

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

CDT

Octubre 2025
Volumen 17 Número 2

www.uc3m.es/cdt

EISSN: 1989-4570

Estudios	Compensation for non-material damage in EU enactments and in the case-law of the European Court of Justice <i>Compensación por daños morales en la norma de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> ULRICH MAGNUS	10
	La sucesión mortis causa de bienes digitales a la luz del Derecho internacional privado europeo <i>Mortis causa succession of digital assets in light of European private international law</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	29
	Diseño industrial de la UE: noción y requisitos de protección (reforma de la UE sobre dibujos y modelos industriales –“diseño industrial”–. Reglamento 2024/2822 y directiva 2024/2823) <i>Eu industrial design: definition and protection requirements (eu reform on industrial designs –“industrial design”–. Regulation 2024/2822 and directive 2024/2823)</i> ALICIA ARROYO APARICIO	52
	Los sujetos obligados en el Reglamento UE de inteligencia artificial <i>Obliged parties in the EU regulation on artificial intelligence</i> MOISÉS BARRIO ANDRÉS	69
	Responsabilidad por productos defectuosos en buques autónomos: implicaciones de la Directiva (UE) 2024/2853 <i>Liability for defective products in autonomous ships: implications of Directive (EU) 2024/2853</i> SARA CABAÑAS AREA	80
	Ocho magníficas lecciones del Tribunal Supremo sobre Derecho internacional privado: Análisis de la sentencia de 30 octubre 2024 <i>Eight brilliant lessons from the Spanish Supreme Court on Private International Law: An analysis of the judgment of 30 october 2024</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	115
	La prueba de la infracción en el Derecho europeo de la competencia <i>Proof of Infringement in European Competition Law</i> FERNANDO DE LA VEGA GARCÍA	150
	Algunas consideraciones sobre el contrato de manipulación portuaria <i>Some considerations regarding the port handling contract</i> ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA	173

Área de Derecho
Internacional Privado



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es



FECYT-340/2024
Fecha de certificación: 12 de julio de 2019 (6ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

La disciplina tributaria a la luz de la armonización de la reestructuración preconcursal en la Unión Europea <i>Tax Law in light of the Harmonization of Pre-Bankruptcy Restructuring in the European Union</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	198
Sobre la revisión del complejo y plural modelo europeo de control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional <i>On the reform of the complex and plural european model of foreign investment control on national security grounds</i> CARLOS ESPLUGUES MOTA	215
Los administradores y su toma de decisiones en un contexto de Inteligencia Artificial. Estudio comparado europeo y español <i>Directors and decision-making in an Artificial Intelligence environment. European and Spanish comparative study</i> MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ	257
Las prácticas colusorias en la contratación pública y los efectos del “compliance antitrust” y del “leniency programme” <i>Collusive practices in public procurement and the effects of the antitrust compliance and leniency program</i> EMILIANO GARCÍA COSO	280
Jurisdictional Boundaries of the Unified Patent Court: An analysis of the Judgment of the Düsseldorf Local Division in case UPC_CFI_355/2023 <i>Límites Jurisdiccionales del Tribunal Unificado de Patentes: Un Análisis de la Sentencia de la División Local de Düsseldorf el Asunto UPC_CFI_355/2023</i> JACOPO GIORDANO	298
Control efectivo -en profundidad- del laudo arbitral: a propósito de la sentencia Royal Football Club Seraing del TJUE (C-600/23) <i>Effective Control -in Depth- of the Arbitral Award: The Royal Football Club Seraing Judgment of the CJEU (C-600/23)</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	317
Productividad, competitividad y mercado interior: análisis crítico de los informes Letta y Draghi* <i>Productivity, competitiveness and the internal market: A critical analysis of the Letta and Draghi reports</i> CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ	334
¿Justicia con ánimo de lucro? La cesión de los derechos de indemnización o assignment model <i>Justice for profit? The transfer of claims or assignment model</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	363
El euro digital y su tributación: entre la trazabilidad, la privacidad y la armonización fiscal europea <i>Digital euro and its taxation: between traceability, privacy, and european fiscal harmonization</i> PEDRO JESÚS JIMÉNEZ VARGAS	385
Eficacia transfronteriza de decisiones judiciales asistidas por inteligencia artificial en el Espacio Judicial Europeo <i>Cross-border effectiveness of judicial decisions assisted by artificial intelligence in the European Judicial Area</i> ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ	437
El principio de calificación jurídica y sus límites en el ámbito tributario al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>The principle of legal characterization and its boundaries in tax law in light of the case law of the Court of Justice of the European Union</i> DANIEL E. MÁRQUEZ LASSO	455

<p>La nueva regulación europea de los contratos de crédito al consumo: claves de la Directiva (UE) 2023/2225, y el reto del crédito responsable <i>Consumer credit: key aspects of Directive (EU) 2023/2225 and the challenge of responsible credit</i> JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ</p>	476
<p>Limitaciones concurrenciales en el contrato de franquicia. Aspectos normativos <i>Franchising, business networks, concurrence, vertical restraints</i> MARÍA CRUZ MAYORGA TOLEDANO</p>	502
<p>Naturaleza contractual de las cartas de patrocinio. Semiótica, pragmática y Derecho internacional privado <i>Contractual nature of comfort letters. Semiotics, pragmatics and Private International Law</i> GABRIEL MENGUAL PUJANTE</p>	527
<p>El empleo verde: contexto supranacional, aproximaciones conceptuales y retos para las políticas del mercado de trabajo <i>Green jobs: supranational context, conceptual approaches and challenges for labour market policies</i> MIRIAM MONJAS BARRENA</p>	545
<p>Normas de bloqueo y obtención transfronteriza de prueba <i>Blocking statutes and cross-border taking of evidence</i> PABLO MUYO BUSSAC</p>	578
<p>El contrato de alquiler de moda: régimen jurídico en España y Estados Unidos en perspectiva comparada <i>Fashion rental contracts: legal framework in Spain and the United States from a comparative perspective</i> DR. ENRIQUE ORTEGA BURGOS</p>	611
<p>Hacia una universalidad efectiva de los derechos fundamentales mediante una relectura de la subsidiariedad y de la confianza mutua en la UE <i>Towards effective universality of fundamental rights by rethinking subsidiarity and mutual trust in the EU</i> ILARIA PRETELLI</p>	661
<p>La justificación o acreditación de la norma extranjera: la llamada «prueba del derecho extranjero» <i>The justification or accreditation of foreign law: the so-called «proof of foreign law»</i> ANA MARÍA RIQUELME MARÍN</p>	685
<p>Propiedad industrial e intelectual: La protección de patentes de medicamentos y el comercio internacional <i>Industrial and intellectual property: Patent protection for medicines and international trade</i> YERAY ROMERO MATUTE</p>	705
<p>Fundamentos jurídicos para un certificado digital europeo de protección de la infancia extranjera no acompañada en el ámbito del asilo <i>Legal Foundations for a European Digital Certificate for the Protection of Unaccompanied Foreign Children in the Context of Asylum</i> CARMEN RUIZ SUTIL</p>	738
<p>Algunas reflexiones sobre el Derecho de la UE en materia de filiación adoptiva: Perspectivas de futuro <i>Some reflections on EU law on adoptive parentage: Future perspectives</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO</p>	766

	Los criptotribunales: un arbitraje en la cadena de bloques, con smart contracts y según la teoría de juegos <i>Crypto tribunals: arbitration in the blockchain, with smart contracts and according to game theory</i>	
	CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA	780
	Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos marinos en Derecho internacional. ¿Nuevas realidades tras la aprobación del Acuerdo relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas Situadas Fuera de la Jurisdicción Nacional? <i>Intellectual property rights and marine genetic resources in international law. Has the agreement on conservation and sustainable use of marine biodiversity beyond national jurisdiction created a new reality?</i>	
	ANA ELVIRA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES SÁNCHEZ	802
	The unattainable logic of treaty antinomy <i>La irrealizable lógica de los conflictos de tratados</i>	
	PABLO ZAPATERO	815
	Anatomy of treaty-based regimes <i>Anatomía de los regímenes basados en tratados</i>	
	PABLO ZAPATERO	830
	Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: interacciones entre el reglamento general de protección de datos y el reglamento de inteligencia artificial <i>Training of AI systems in the healthcare sector: interactions between the general data protection regulation and the artificial intelligence act</i>	
	PAOLA ZOUAK LARA	861
<hr/>		
Varia	El régimen jurídico de importación de bienes culturales a España tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/880 y la puesta en marcha del sistema electrónico para su gestión el 28 de junio de 2025 <i>The Spanish legal regime for the import of cultural goods after the entry into force of Regulation 2019/880 and the implementation of the electronic system for its management on June 28, 2025</i>	
	YOLANDA BERGEL SAINZ DE BARANDA	885
	El Precio de la Paridad en la Unión Europea: análisis de la evolución normativa de las cláusulas de paridad de precios y su impacto <i>The Price of Parity in the European Union: analysis of the regulatory evolution of price parity clauses and their impact</i>	
	MARÍA CABELLO CHAURE	892
	Bibliografía de Derecho internacional privado (2024) <i>Private International Law Bibliography (2024)</i>	
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	924
	Cuando el menor reside fuera de la UE: algunas cuestiones problemáticas. (Observaciones a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de septiembre de 2024) <i>When the minor resides outside the EU: some problematic issues. (Notes to the order of the Court of Appeal of Valencia of 23th September 2024)</i>	
	LUIS F. CARRILLO POZO	1093
	Modificación en la inscripción de nacimiento del lugar donde se produjo en Kiev mediante gestación por sustitución por el del domicilio de los padres en Barcelona: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2024 <i>Change in birth registration from place of birth in kyiv through surrogacy to the place of residence of the parents in Barcelona: regarding the judgement of the Supreme Court 17th September 2024</i>	
	MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	1102

Denegación del exequatur de la sentencia extranjera sobre filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024 <i>Denial of the exequatur of the foreign judgment on the paternity of minors born through surrogacy: Regarding the judgment of the Supreme Court of 4th December 2024</i> M. ^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	1126
Comentário ao acórdão do TJUE de 12 de outubro de 2023, Processo C21/22, OP sendo interveniente Notariusz Justyna Gawlica, ECLI:EU:C:2023:766 <i>Comentario sobre la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C-21/22, OP con la intervención de Notariusz Justyna Gawlica, ECLI:EU:C:2023:766</i> ELSA DIAS OLIVEIRA	1149
Nota a la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución: entre lo anodino y lo lesivo <i>Note on the Instruction of April 28, 2025, of the General Directorate of Legal Security and Public Faith, on updating the registration regime for the parentage of births through surrogacy: between the anodyne and the harmful</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	1155
XI Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado organizado por la Universidad Carlos III de Madrid en homenaje al profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca (22 y 23 mayo 2025) <i>XI International Congress on Private International Law organized by the Carlos III University of Madrid in honor of Professor Alfonso-Luis Calvo Caravaca (May 22 and 23, 2025)</i> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS	1164
La remisión a ordenamientos plurilegislativos <i>ad intra</i> : la aplicación analógica del artículo 9.10 CC para determinar la ley aplicable a los extranjeros. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2025 <i>The reference to plurilegislative systems ad intra concerns the analogical application of Article 9.10 of the Spanish Civil Code to determine the applicable law for foreigners. Supreme Court judgment of 19 May 2025</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	1167
Matrimonio contraído en forma verbal, divorcio sin intervención judicial. Una travesía de Esmara a Alicante <i>Marriage concluded verbally, divorce without judicial intervention. A crossing of Esmara to Alicante</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	1172
Asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano and Hague regimes <i>Le clausole di scelta asimmetriche nell'ambito dei regimi di Bruxelles-Lugano e dell'Aja</i> REBEKKA MONICO	1185
Prácticas de Derecho privado de la Unión Europea en entornos disruptivos (VUCA, BANI, IAG) <i>Practical Materials on Private Law of the European Union in Disruptive Environments (VUCA, BANI, GAI)</i> DR. JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA	1202
Consecutive Conflicting Jurisdiction Agreements under the Brussels Ibis Regulation. Comment on the Austrian Oberster Gerichtshof's ruling of 23 September 2024 (case 7 Ob 116/24w) <i>Acuerdos jurisdiccionales consecutivos contradictorios en virtud del Reglamento Bruselas I-bis. Comentario a la sentencia del Oberster Gerichtshof austriaco de 23 de septiembre de 2024 (asunto 7 Ob 116/24w)</i> LUKAS RADEMACHER	1216

Unidad económica: notificación incorrecta en el domicilio de la filial cuando la destinataria es la matriz. Comentario de la STJUE de 11 julio 2024, Volvo vs. Transsaqui <i>Economic unit: incorrect notification at the subsidiary's domicile when the addressee is the parent company. Commentary to the CJEU of 11 July 2024, Volvo v. Transsaqui</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1222
Ejecución en España de laudo CIADI. Comentario del ATSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, de 18 junio 2024 <i>Enforcement in Spain of an ICSID award. Commentary of the ATSJ Madrid, Civil and Criminal Chamber, of 18 June 2024</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1234
Conflict of Laws Without a Code: A Case Note on a Recent Norwegian Supreme Court Judgment Illustrating Contemporary and Historical Methodological Challenges in a European Non-EU State <i>Conflictos de leyes sin código: nota a una reciente sentencia del Tribunal Supremo noruego que ilustra los desafíos metodológicos contemporáneos e históricos en un Estado europeo no perteneciente a la UE</i> ERIK SINANDER	1248
Milieudéfensie v Shell: una victoria pírrica para la litigación sobre cambio climático <i>Milieudéfensie v Shell: a Pyrrhic victory for climate change litigation</i> NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR	1256

Special Section “EAPIL Winter School” - Attendees’ Contributions SILVIA MARINO	1269
Il regolamento di Bruxelles I bis e la competenza giurisdizionale sulle eccezioni di nullità brevettuale. I riflessi della sentenza BSH Hausgeräte <i>The Brussels I bis Regulation and Jurisdiction over Patent Invalidity Exceptions. The Aftermath of the BSH Hausgeräte Judgment</i> STEFANO SIGNORIN	1270
La parola alla difesa! - Giurisdizione, principio dell’unità economica e tutela della parte debole <i>Defence takes the floor! - Jurisdiction, concept of economic unity and protection of the weaker party</i> ANDREA MANENTI	1288
The localization of torts pursuant to Art. 4 of the Rome II Regulation between “lex loci damni directi”, common habitual residence and escape clause <i>La localizzazione del fatto illecito ai sensi dell’Art. 4 del regolamento Roma II tra “lex loci damni directi”, residenza abituale comune e clausola d’eccezione</i> FEDERICA SARTORI	1303
Application of Article 7 of the Rome II Regulation in the case of Begum v. Maran <i>Aplicación del artículo 7 del Reglamento Roma II en el asunto Begum contra Maran</i> WOJCIECH WYDMAŃSKI	1318
Qualificazione e condizioni di applicabilità delle norme di applicazione necessaria: considerazioni intorno alla sentenza E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG <i>Characterization and application of overriding mandatory provisions: reflections on judgment E.N.I. and Y.K.I. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG</i> TOMMASO FERRARIO	1330

Recensiones

D. Moura Vicente, <i>Direito internacional privado: Ensaios</i> , vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, 426 p. ISBN 978-989-40-2295-4.	1344
---	------

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA J. Rodríguez Rodrigo, <i>El matrimonio y la pareja de hecho internacionales: regulación y jurisprudencia, europea y de producción interna española. Problemas y soluciones</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	1347
Feraci Ornella , <i>Contenzioso climatico e diritto internazionale privato dell'Unione Europea</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1351
Beatriz Fernandes. <i>Os Pactos Sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões – sobre a qualificação como sucessório de um pacto para efeitos de aplicação do Regulamento (EU) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho</i> ANA CRISTINA CAMPANHA RODRIGUES	1354
P. Jiménez Blanco e I. Rodríguez-Uría Suárez (dirs.). <i>Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias</i> BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	1360
Elena Carolina Díaz Galán, <i>La protección diplomática. El caso español</i> CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	1364
R. Caro Gándara. <i>La fiducia como garantía en el comercio internacional: Validez y eficacia en España</i> M. CHECA MARTÍNEZ	1367
Juan Jorge Piernas López, <i>El Derecho Internacional y las Contramedidas Cibernéticas.</i> BERNARDO CORTESE	1369
Eliseo Sierra Noguero (Dir:). <i>Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional</i> PABLO RUIZ OSUNA	1371
Ana Mercedes López Rodríguez. <i>Resolución de conflictos en el metaverso. Nuevas reglas para mercados, propiedad, consumidores y trabajadores en las nuevas realidades virtuales</i> KATIA FACH GÓMEZ	1374
Angela Di Stasi y Rosario Espinosa Calabuig (a cura di). <i>Cyberviolenza di genere e nuove “frontiere” normative e giurisprudenziali: la Direttiva UE 2024/1385/Ciberviolencia de género y nuevas “fronteras” normativas y jurisprudenciales: la Directiva UE 2024/1385</i> VALENTINA FAGGIANI	1377
Javier Pérez Font. <i>Delimitación del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros</i> EDUARDO HERRERO URTUETA	1381
C.Esplugues Mota / M.ª Mercedes Albornoz. <i>Derecho del comercio internacional mexicano</i> CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ	1384
Inmaculada Vivas Tesón. <i>El pasivo ganancial y la inteligencia artificial: aplicaciones prácticas y oportunidades estratégicas</i> ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO	1388
Eliseo Sierra Noguero (Dir:). <i>Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional</i> PABLO RUIZ OSUNA	1391
T. Lehmann, <i>Investment arbitration and international climate change law: reevaluating legitimate expectations</i> PIERRE-JEAN THIL	1394

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III de Madrid

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Catedrática de la Universidad de Sevilla

CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

GIANLUCA CONTALDI, Università di Macerata.

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París

SILVIA MARINO, Università degli Studi dell'Insubria, Italia.

ILARIA PRETELLI, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO TIRADO MARTÍ, Secretario General de UNIDROIT

FRANCESCA C. VILLATA, Università Degli Studi di Milano

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid

STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano

CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo

CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia

ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

ORNELLA FERACI, Università di Siena.

PIETRO FRANZINA, Universidad Católica del Sacro Cuore

ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid

HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia

CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid

PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo

ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg

FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens

MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT

CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid

HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln

DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina

PIERALBERTO MENGGOZZI, Universidad de Bolonia

RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra

JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid

DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa

HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París

JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana

JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid

LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid

LÚIS DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa

CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

FRANCESCA RAGNO, Università di Bologna

MARTA REQUEJO ISIDRO, Universidad de Santiago de Compostela

GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid

LUKAS RADEMACHER, Universidad de Kiel

FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara

ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Universidad de La Rioja

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, Universidad de Sevilla

ÁNGEL GARCÍA VIDAL, Universidad de Santiago de Compostela

NATIVIDAD GOÑI URRIZA, Universidad Pública de Navarra

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Cantabria

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Universidad de Sevilla

FRANCEZCO SEATZU, Università degli studi di Cagliari

ARTÍCULOS

Compensation for non-material damage in EU enactments and in the case-law of the European Court of Justice¹

Compensación por daños morales en la norma de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ULRICH MAGNUS

Hamburg

Recibido:16.07.2025 / Aceptado:05.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9868

Abstract: The article gives an overview over the EU enactments dealing with the compensation of non-material damage and how the relevant provisions are interpreted by the European Court of Justice. Some general conclusions can be drawn from this survey which are helpful for situations where either enactments or leading decisions are still lacking.

Key words: Compensation of non-material damage, respective European enactments, their interpretation by the European Court of Justice, general conclusions for the compensation of non-material damage.

Resumen: El artículo ofrece una visión general de las normas de la UE relativas a la indemnización por daños morales y de cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta las disposiciones pertinentes. De este estudio se extraen algunas conclusiones generales que resultan útiles para situaciones en las que aún faltan normas o decisiones importantes.

Palabras clave: Indemnización por daños morales, disposiciones europeas al respecto, su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Conclusiones generales para la indemnización por daños morales.

Sumario:I. Introducción. II. Material and non-material damage in EU enactments III. Principle of full compensation in EU enactments. IV. Material and non-material damage in EU enactments. V. Non-material damage recoverable under Directive 2014/104/EU?. VI. The position of the European Court of Justice (CJEU) towards the compensability of non-material damage. VII. Conclusions

I. Introduction

1. There are many EU-enactments which provide for liability for damage suffered by natural or legal persons. Unless they expressly mention the compensation of non-material (immaterial, non-financial) damage, they pose the question whether such damage is or is not included. There is further a

¹ This article is written in honour of professor Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

considerable number of decisions of the European Court of Justice (CJEU) that deal with compensation for immaterial damage of those persons.² In most cases the decisions interpret provisions of the respective enactments. The fields where this is the case are rather diverse: they range from compensation for immaterial damage due to unjustified dismissal through damage caused by flight annulment, by loss of control over, or misuse or hacking of, personal data, by loss of holiday time to compensation for the death or severe injury of a close relative or for victims of violence or sexual assault and even further fields. Do the European enactments and does the European Court apply a uniform concept of immaterial loss or does this concept vary – sometimes, for certain fields only, slightly, dramatically – from field to field? In particular, is awarding, and assessing the extent of, damages for immaterial loss entirely left to the national law or does the CJEU formulate outer or inner limits which national legislators and judges must observe, and if so, how far do these limits range?

The following text tries to give some answers to these questions. It is dedicated with great appreciation and affection to Alfonso Luis Calvo Caravaca. He is one of the outstanding European scholars with an extremely broad range of scientific interests and deep research work in almost all areas of law. Dear Alfonso, ad multos annos!

II. Material and non-material damage in EU enactments

There are many enactments of the EU dealing with liability for damage either to persons or to goods or rights of persons. Most of the enactments merely use the term damage, leaving thereby open whether or not this term means material damage alone or also includes non-material damage. The use of the neutral but also ambivalent term ‘damage’ is for instance the case with the TFEU,³ the Rome II-Regulation,⁴ the Product Liability Directive of 1985,⁵ and many, many more.⁶ For all of these enactments it is open if the term includes non-material damage as well.

On the other hand, do some enactments expressly mention that material as well as non-material damage must be compensated, for instance the General Data Protection Regulation (GDPR). Art. 82 (1) GDPR provides: „Any person who has suffered material or non-material damage as a result of the infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation ... for the damage suffered.” The Article has already aroused some case-law of the CJEU concerning non-material damage. This will be discussed below under VI.4.

A still other path is followed by the 2022 Proposal for an amended Product Liability Directive. It defines damage as meaning “material losses resulting from: (a) death or personal injury, including me-

² The data base curia.europa.eu reports 63 judgments which at least mention the term immaterial or non-material loss or damage.

³ Art. 340 (2) and (3) TFEU.

⁴ In particular Art. 15 (c) Rome II-Regulation.

⁵ Art. 9 (a) Product Liability Directive: “... ‘damage’ means: (a) damage caused by death or by personal injuries;”. The 2022 Proposal for a new Product Liability Directive is more explicit (Art. 4 (6): “‘damage’ means material losses resulting from: (a) death or personal injury, including medically recognized harm to psychological health; ... (c) loss or corruption of data that is not used exclusively for professional purposes.”)

⁶ Only few further examples may be named which stand for many others. One of special practical importance is Directive 84/5/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, as amended by Directive 2005/14/EC (‘Second Directive’) whose Art. 1 (1) states that compulsory motor vehicles insurance must cover “damage to property and personal injuries.” Another example is Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union: its Art. 3 provides for a right to full compensation and its Art. 2 (5) defines: “‘claim for damages’ means a claim for compensation of harm caused by an infringement of competition law.” Still another example is Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society whose Art. 8 (2) provides: “... rightholders whose interests are affected by an infringing activity carried out on its territory can bring an action for damages ... “. A rather recent example is Directive 2024/1760/EU on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859 whose Art. 29 (1) and (2) also provide for full compensation of damage caused by a breach of one of the obligations established by the Directive; full compensation shall be granted “in accordance with national law” but must avoid overcompensation.

dically recognized harm to psychological health;” Thus, non-material damage is taken into account here; however, only material losses of medically recognizable immaterial harm caused by defective products would be recoverable if the Proposal becomes law.⁷

From the existence of instruments that expressly mention the compensability of non-material damage it could be inferred that instruments which only mention the term damage do not include redress for non-material loss. This, however, appears as too early a conclusion. Where the formulation, especially in older EU-enactments, uses the wide term damage the scope of the term is just open. Then, it should generally be a matter of interpretation of the respective provision whether or not it covers non-material damage, too.

III. Principle of full compensation and non-material damage

It is a widely accepted aim and principle of the law of liability for damage both in national law and EU law that damages have a primarily compensatory character and shall make good the ensued loss. This generally means that the damage that has been caused should be repaired in its entirety. From this principle of full compensation, it could be inferred that also non-material damage must principally be compensated.⁸ For, where non-material damage has been caused, full restoration would only be achieved when this kind of damage is also fully made good. However, it would be a *petitio principii* that the principle of full compensation automatically includes compensation for immaterial harm. True, the principle may to a certain extent favour that non-material damage should be compensable. But the particular nature of non-material damage demands further justification if that kind of damage should be regularly recoverable.

The specialty of non-material damage requires some caution because of the following aspects: (1) Non-material damage can generally not be repaired like the repair of a damaged car or other tangible good. The healing of wounded emotions or feelings, if at all possible, is generally more complicated than the healing of corporeal wounds because the emotional wounds are invisible. Their existence depends on what the victim says or shows by his or her behaviour. (2) Non-material damage as such does not result in a diminution of the victim’s financial/economic situation (unless costs for healing etc. were incurred). A diminution of the financial situation is generally rather easily determinable; it can be measured by an objective yardstick, regularly in terms of money or other market parameters. (3) For non-material damage no such objective yardstick exists. How hard a person is hit by damage to her/his feelings, even the degree how deep the pain through bodily injury is felt, varies from individuum to individuum. (4) There will therefore always be a certain degree of discretion how far the existence and extent of such damage should be recognized and compensated by a sum of money (restitution *in natura* is generally impossible except where, for instance, apologies, reinstatement into the former position etc. may be possible and sufficient). (5) Compensation for non-material damage cannot, and certainly not exclusively, depend on the personal assessment of the individual victim. Otherwise, the compensation would entirely depend on the victim’s wishes. The border between justified compensation and the exclusion of any compensation would become untenable. (6) Thus, as far as possible, objective facts (in particular the gravity and duration of consequences of the injury), comparison with compensation of comparable cases etc. must be taken into account for the determination whether and to which extent the non-material damage should be recoverable. (7) Moreover, certain kinds of non-material damage belong to the risk of daily life which everybody is expected to stand without any compensation, for instance, the distant by-stander who observes a serious traffic accident or even only how another’s pet is killed by a passing car; the exposition to bad smell, noise, smoke etc. (if reasonably high thresholds are not exceeded); harsh words just slightly below insult or defamation; small bruises in the bus, tram or train at rush-hour and many similar events. Damage of this kind remains – and must remain – uncom-

⁷ Art. 4 (6) of the Proposal.

⁸ For a clear and detailed discussion of the compensability of non-material damages see in particular *Koziol*, Grundfragen des Schadensersatzrechts (2010) 112 et seq.

pensated. Otherwise, the courts could be flooded with *petitesses* and usual (“normal”) social behaviour would become a matter of continuous litigation.

In sum, non-material damage should be compensated as well as material damage, though with some cautious limitations. To become recoverable, the injury of feelings and emotions, bodily pain and other non-material damage must exceed what is a normal, socially accepted impairment in daily life. Since a single common standard for determining the existence and the extent of non-material damage does not exist – unlike money for material damage –, objective facts, comparison with comparable cases etc. must be used in order to reduce as far as possible the discretionary character of such determination.

It should further be mentioned that, in certain fields of law, we are used to think that the occurrence and consequently the compensation of non-material loss is generally the exception, for instance in the field of contracts and particularly commercial and business contracts. For, it is said that contract law regularly protects mere economic interests of the parties unless the specific contract at hand directly aims at the protection of non-material interests as, for instance, contracts which concern holiday recreation. Damages for breach of contract will therefore only rarely include redress for non-material loss. In other fields like tort law the occurrence of non-material damage is frequent, in particular as a consequence of bodily injury or of a violation of personality rights. This frequency of such cases allows the forming of tables of compensation for similar injuries and helps equalize damages awards.

IV. Principle of full compensation in EU enactments

In EU legislation, the principle of total reparation of the suffered damage has been enshrined in some more recent enactments. A good example is Art. 3 Directive 2014/104/EU on damages for infringements of competition law. The Article provides as follows:

“Art. 3 Right to full compensation

1. Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm.
2. Full compensation shall place a person who has suffered harm in a position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest.
3. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages.”

This Article states in legislative form what the CJEU expressed in 2006 in *Manfredi*.⁹ The central contents are the following points: victims of harm that another caused by an infringement of a legal rule should be entitled to full compensation; full compensation shall put the victim in a position as far as possible equal or at least closely comparable to that in which the victim would otherwise have been; full compensation should further not result in overcompensation. True, the Article concerns exclusively damages for infringements of competition law. However, most of its content could probably be generalized and applied to grounds for liability in other fields of law. Whether the principle includes compensation of immaterial damage, is not self-evident and will be discussed below

Also, other EU-enactments refer to the principle of full compensation, for instance Directive 2024/1760/EU on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859. Its Art. 29 (1) and (2) use a formulation similar to that in Art. 3 Competition Damages Directive.

⁹ *Manfredi* (C-295/04 – 298/04) ECLI:EU:C:2006:461 para. 95, 99 et seq.

III. Non-material damage recoverable under Directive 2014/104/EU?

Thus far, Art. 3 Directive 2014/104/EU is the most explicit expression of the principle of full compensation. Nonetheless does Art. 3 not expressly state that also non-material damage should be recoverable. It is interesting to examine whether full compensation includes redress for non-material damage, too, especially in the field of competition where damage is typically an economic loss whereas the occurrence of immaterial damage is rare. The explanation in Recital 12 of the Directive merely mentions actual loss, loss of profit plus interest as recoverable damage under the Directive.¹⁰ This formulation may rather exclude than include non-material damage; but nonetheless is its mere silence on the compensability of non-material damage no answer let alone a clear one. No wonder, that among scholars, different views are shared on how to deal with the problem. As will be seen infra at VI., the CJEU has not yet decided the issue.

A first line of argument refers therefore the decision of this matter to the applicable national law.¹¹ The relevant national law shall decide whether non-material damage caused by violations of competition law is recoverable. Consequently, the differences of the national laws of the Member States would prevail and eventually lead to different results for the compensation of immaterial harm. This stream of argument could further point to the fact that the method of assessing such harm and fixing its extent necessarily belongs to the realm of national, mainly procedural law. Moreover, a fair and just compensation of immaterial harm is difficult and may depend on still different cultural features and traditions concerning competition. Moreover, in many cases, in particular where consumers are victims of competition infringements, the extent of the possible damage – material and even more so immaterial damage – of each single victim may not be worth the time and money for pursuing such claims which in fact are rarely pursued by individual consumers, even if the remedy is theoretically available under national law.¹² The low, even negligible extent of the damage for the single victim and the complexity of competition suits make the remedy in practice almost useless or superfluous.¹³ The European legislative answer to this observation is an increase in litigation possibilities by collective bodies, in particular by consumer associations, although these possibilities do not necessarily lead to damages for the individual consumer.

Others authors propagate an autonomous European answer to the question whether damages for competition infringements should principally include non-material damage.¹⁴ This means that the EU-law, namely Directive 2014/104/EU itself, must answer whether or not non-material harm should be compensated and that this question should be answered positively. This view can refer to the pre-mentioned principle of full compensation; compensation would not be full if non-material damage were excluded. A further consideration is that the border between material and non-material damage is so important and sometimes difficult that a uniform answer for the Union appears necessary. In the since long constituted common and now internal market different cultures and traditions concerning competition should play no longer such a separating role that immaterial harm through competition infringements is deeply differently felt. Anyway, it depends on each single affected individuum how seriously he or she

¹⁰ „The Directive reaffirms the *acquis communautaire* on the right to compensation for harm caused by infringements of Union competition law, particularly standing and the definition of damage, as stated in the case-law of the Court of Justice, and does not pre-empt any further development thereof. Anyone who has suffered harm caused by such an infringement can claim compensation for actual loss (*damnum emergens*), for gain of which that person has been deprived (*loss of profit or lucrum cessans*), plus interest, irrespective of whether those categories are established separately or in combination in national law.”

¹¹ See, e.g., *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (eds.), *Wettbewerbsrecht* vol. 2 (7th ed. 2024) § 33 a GB note 58.

¹² *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (eds.), *Wettbewerbsrecht* vol. 2 (7th ed. 2024) § 33 a GWB note 59.

¹³ See CJEU in *ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westfalen GmbH v. Land Nordrhein-Westfalen* (C-253/23) ECLI:EU:C:2025:40 para. 77: „..., although those persons <sc. the individual victims of competition infringements> have the possibility of bringing an action for damages in their own name and on their own behalf, such a possibility does not, however, enable them to exercise that right effectively. In the light of the particularly complex, long and costly nature of an individual action concerning an infringement of competition law, injured persons would tend to refrain from bringing such an individual action, in particular where harm equating to a low value is at issue.”

¹⁴ See in particular *Heinze*, *Schadensersatz im Unionsprivatrecht* (2017) 227 et seq.

feels impaired by immaterial damage. As stated above, the individual reaction may be quite different. The individual feeling is however not the yardstick for compensation. In order to grant a fair and just compensation, especially in the field of non-material damage through competition infringements, it is necessary to rely in the very first line on facts and circumstances which can be objectified.

In this author's view, an autonomous European answer is necessary. This is not only the case with Directive 2014/104/EU but generally for all EU enactments which mention the term damage and provide for its compensation. Whether damage includes non-material harm is a core issue of the law of damages. Where EU-law provides for damages and uses the term damage or harm a uniform interpretation for the whole internal market is not only highly desirable but also possible. To leave the answer first to private international law and then, second, to the respective national law would uphold unnecessary separations.

A uniform and autonomous European understanding of the term damage does not necessarily mean that in all enactments the term must have the same meaning and must always include non-material damage. The respective enactment that uses the term may expressly exclude this kind of damage from compensation or the special purpose and aim of the enactment may support such an interpretation. However, besides these exceptions the term should in EU enactments generally include immaterial loss.

IV. The position of the European Court of Justice (CJEU) towards the compensability of non-material damage

The CJEU has dealt with the compensability of non-material damage not on a general and abstract level but in quite a number of diverse fields of law. A good number of them is reviewed below. It will be seen whether general consequences can be drawn also for provisions of EU law that grant a right to damages where the CJEU has not yet decided the question.

1. Competition law

As mentioned above, for Art. 3 Competition Damages Directive the CJEU has, as far as visible, not yet decided on the in- or exclusion of non-material damage caused by infringements of competition law. In *Courage and Crehan*,¹⁵ *Manfredi*,¹⁶ *Otis*,¹⁷ *Kone*,¹⁸ *Skanska*,¹⁹ *Sumal*²⁰ and *ASG*²¹ the Court always stated that the “full effectiveness <sc. of the European competition law> would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.”²² But whether this formulation included or excluded non-material damage remained open although the principle of full effectiveness as well as the principle of full compensation may tend to favour the inclusion. In any event, the European Court did not refer to the applicable national law for the definition of damage. Implicitly, the Court considered this question as regulated by European law whereas the – in particular procedural – details of assessing the extent of damage must be left to the relevant national law unless the European law provides for specific regulations.²³ The national law must, however, provide for rules that do not make it “impossible or excessively

¹⁵ *Courage Ltd. v. Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd. a.o.* (C-453/99) ECLI:EU:C:2001:465 para. 26.

¹⁶ *Manfredi* (C-295/04 – 298/04) ECLI:EU:C:2006:461 para. 95, 99 et seq.

¹⁷ *Europese Gemeenschap v. Otis NV a.o.* (C-199/11) ECLI:EU:C:2012:684 para. 43.

¹⁸ *Kone AG a.o. v. ÖBB-Infrastruktur AG* (C-557/12) ECLI:EU:C:2014:1317 para. 21 et seq.

¹⁹ *Vantaan Kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy a.o.* (C-724/17) ECLI:EU:C:2019:204 para. 25.

²⁰ *Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks Espana SL* (C-882/19) ECLI:EU:C:2021:800 para. 34.

²¹ *ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westfalen GmbH v. Land Nordrhein-Westfalen* (C-253/23) ECLI:EU:C:2025:40 para. 61.

²² See the preceding fn.

²³ See, for instance, *Kone AG a.o. v. ÖBB-Infrastruktur AG* (C-557/12) ECLI:EU:C:2014:1317 para. 24: „In the absence of EU rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to lay down the detailed rules governing

difficult to exercise the right to compensation” nor deprive victims “of effective judicial protection.”²⁴ In sum, it appears more likely than not that the CJEU will consider non-material damage as covered by Art. 3 Directive 2014/104/EU.

2. Personal injury/bodily harm through traffic accidents

In the field of personal injuries and bodily harm, the view of the CJEU appears to be rather clear: compensation must include immaterial loss. In 1994, the CJEU held in broad terms: “The victim of an accident must be compensated, irrespective of any financial loss, for any personal damage which may cover physical or mental suffering.”²⁵ The judgment concerned a case of extra-contractual liability of the European Community (the claimant suffered severe corporeal damage through a fall from the flat roof of a meteorological station run in Italy by the European Atomic Energy Community which was represented by the EC-Commission). According to the then Art. 188 (2) EAEC and EC Treaty (now Art. 340 (2) TFEU) the judgment had to be based on “the general principles common to the laws of the Member States.” Without further discussion or comparison of the laws of the Member States, the Court simply held that the damage which the claimant suffered also included non-material damage (mental suffering). The Opinion of Advocate General *Tesouro* was only slightly more explicit on this point and stated “that, regard being had to the applicable law in the other Member States, the only practicable solution is to grant to Mr Grifoni, to compensate him for the physical and mental suffering resulting from his accident, a lump-sum amount on the basis of equitable criteria.”²⁶

In a road traffic accident insurance case, the CJEU likewise acknowledged that mental harm is recoverable even by third persons who are close to the actual victim.²⁷ In that case the wife and the daughter of the victim of a traffic accident claimed their non-material damage from the insurer of the person who had caused the accident. The Court first stated that compensation for personal injuries must include compensation for “psychological suffering.”²⁸ Although, regularly, the applicable national law governs the question whether a person is civilly liable for a traffic accident and which heads damages cover,²⁹ the Member States must ensure, so the Court, that their national law complies with the – three – Directives on mandatory insurance for road accidents by motor vehicles. EU law therefore requires that the domestic law covers non-material damage of victims of those accidents.³⁰ In addition, the Court inferred from the mentioned Directives that the Member States have to ensure that their domestic law allows the next of kin of the direct victim to claim compensation for their non-material harm from the (mandatory) road accidents insurer.³¹ However, the Court appears to be of the

the exercise of the right to claim compensation for the harm resulting from an agreement or practice prohibited under Article 101 TFEU, including those on the application of the concept of ‘causal relationship’, provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed.”; in the same sense, e.g., *Manfredi* (C-295/04 – 298/04) ECLI:EU:C:2006:461 para. 64.

²⁴ See Art. 4 and Art. 17 Directive 2014/104/EU; see also *ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westfalen GmbH v. Land Nordrhein-Westfalen* (C-253/23) ECLI:EU:C:2025:40 para. 82.

²⁵ *Grifoni* (C-308/87) ECLI:EU:C:1994:38 para. 37.

²⁶ AG *Tesouro* in *Grifoni* (C-308/87) ECLI:EU:C:1993:362 para. 21. The AG observed that Italian law – contrary to the laws of the other Member States – distinguished between physiological and moral damage and would have denied compensation of non-financial loss in the present case because of a lack of a criminal offence. He regarded and neglected the Italian position therefore as an outsider-position.

²⁷ *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692.

²⁸ *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692, para. 47: „the notion of ‘personal injuries’ covers any type of damage ... resulting from an injury to physical integrity, which includes both physical and psychological suffering.”

²⁹ *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692, para. 40.

³⁰ See *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692 paras. 38 – 50.

³¹ *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692, para. 54 and 55.: „[54] It cannot be concluded from any part of the First, Second and Third Directives <sc. on mandatory motor vehicle insurance> that the European legislature wished to restrict the protection ensured by those directives exclusively to persons directly involved in an event causing harm. [55] Consequently, the Member States are required to ensure that compensation payable, under their national civil liability law, for non-material harm suffered by the next of kin of victims of road traffic accidents are covered by compulsory insurance of at least the minimum amounts laid down in Article 1 (2) of the Second Directive.”

opinion, that this should be only the case where the applicable domestic law already allows for such next of kin-claims.³²

In the rather recent case *HUK-COBURG*,³³ the CJEU had to determine whether the German law on compensation for non-material damage of indirect (third) victims of serious traffic accidents complied with EU law. By that time, German law still required that the immaterial damage could be compensated only if, among other conditions, the indirect victim had suffered a “pathological damage” to its mental health that exceeded the psychic impairment a person normally feels if a close relative dies.³⁴ Recently, the German Federal Court of Justice (BGH) lowered this threshold somewhat: the higher than normal impairment is no longer required.³⁵ In the concrete case, the Bulgarian mother of two girls aged 4 and 8, was killed in a traffic accident in Germany which her Bulgarian husband had caused when driving intoxicated while his wife was sitting on the front passenger seat, not wearing the seatbelt. The German motor vehicle insurer paid the daughters 5.000.- € as compensation for their immaterial harm. The father, representing them, brought in Sofia a claim for an amount of ca. 153.000.- € for the non-material damage of each daughter. The CJEU was asked to decide whether the German “pathological damage”-condition was in line with the respective EU law.³⁶ Although the Court did not in detail examine what “pathological damage” exactly means, it confirms that this special condition does not compromise the aims of the underlying Directive provision.³⁷ The decision shows the interplay between domestic and EU law. EU law obliges the Member States to introduce compulsory insurance for road accidents that covers the compensation also for non-material damage, but the Member States remain free to define the exact limits of the extent of compensation for that kind of damage.³⁸ However, these limits must not strip the Directive provision of its effectiveness³⁹ – namely to effectively protect victims of road accidents – and must not be disproportionate.⁴⁰ EU law thus determines the outer limits of the range of compensation while the Member States may detail the inner limits of this range and may insofar introduce reasonable and adequate conditions. Also, the inner limits must respect the overarching aims of the Directive. In this context, the CJEU places weight on the point that German law uses an objective criterion (“pathological state of psychic illness value exceeding the normal psychic reaction to the death or severe injury of a close family member”).⁴¹ In the Court’s view, this criterion does neither impair the Directive’s effectiveness nor is it disproportionate.

In *Petillo*,⁴² the CJEU had already in 2014 held that Member States by their domestic legislation may provide for specific rules for the quantification of non-material damage caused by road accidents as long as these rules comply with the minimum amounts fixed by the relevant Compulsory Motor Insurance Directives as well as with the principles of effectiveness and proportionality. Such assessment rules must therefore not “automatically exclude or disproportionately limit the victim’s right to compensation.”⁴³ It is, however, no infringement of the Directives if the compensation amounts, in the concrete case only for minor physical road accident injuries, are mandatorily lower than under general national liability law.⁴⁴

³² *Katarina Haasová v. Rastislav Petrik a.o.* (C-22/12) ECLI:EU:C:2013:692, para. 55 (preceding fn.); see also *Vitalijs Drozdovs v. Baltikums AAS* (C-277/12) ECLI:EU:C:2013:685, para. 48.

³³ *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992.

³⁴ See, e.g., BGH NJW 2012, 1730; BGH NJW 2015, 1451; see also *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 46.

³⁵ BGH NJW 2023, 983.

³⁶ The relevant provision was Art. 3 (para. 4: “The insurance ... shall cover compulsorily both damage to property and personal injuries.”) of Directive 2009/103/EC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles and the enforcement of the obligation to insure against such liability. This Directive consolidated, slightly amended, and repealed the First, Second and Third Compulsory Motor Insurance Directive. The provision on the covered damage remained unchanged.

³⁷ See *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 49.

³⁸ *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 35.

³⁹ *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 43, 44.

⁴⁰ *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 50.

⁴¹ *LM a.o. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (C-577/21) ECLI:EU:C:2022:992, para. 47.

⁴² *Enrico Petillo a.o. v. Unipol Assicurazioni SpA* (C-371/12) ECLI:EU:C:2014:26.

⁴³ *Enrico Petillo a.o. v. Unipol Assicurazioni SpA* (C-371/12) ECLI:EU:C:2014:26, para. 44.

⁴⁴ In *Enrico Petillo a.o. v. Unipol Assicurazioni SpA* the special Italian compensation scheme for road accidents provided

Under national constitutional law the different compensation of victims of road traffic accidents and of victims of other damaging events may be problematic but that is not a matter for EU law.

3. Victims of crime

Victims of crime are particularly prone to suffer, in addition to the injury or loss caused by the crime, non-material harm such as accompanying fear and horror, mental trauma etc. The EU had therefore introduced a system of state support for such victims which the Member States had to implement. The EU has formulated minimum standards for the protection of those victims in Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and At least indirectly in this sense *Presidenza del Consiglio dei Ministri* (C-129/19) ECLI:EU:C:2020:566: omission of Italy to establish a compensation system for inner-Italian victims of crime protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. Art. 2 (1) (a) (i) of that Directive defines the term ‘victim’ as meaning “a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss which was directly caused by a criminal offence”⁴⁵ and includes as further – indirect – victims the spouse, the life-partner, relatives in direct line, siblings and dependents of a killed person if they suffered harm from that death.⁴⁶

Thus, already the Directive itself takes express account of mental and emotional harm and, based on Art. 12 (2) Directive 2004/80/EC,⁴⁷ makes it compensable. Although the Member States and their courts have discretion as to the amount of compensation, the compensation must be “fair and appropriate.” This border limits the discretion of the Member States and their courts.

Interpreting the mentioned provisions, the CJEU declared, first, an Italian regulation as violating the Directive 2012/29/EU provisions, that widely restricted the circle of close persons entitled to compensation: namely Italy excluded the parents of a killed victim from compensation for (regularly purely emotional) harm where the direct victim had a spouse or child, and excluded siblings where the victim had parents.⁴⁸ The CJEU stated that Member States are not allowed to exclude anyone of the close family members from compensation “where they suffer, indirectly, the consequences of that crime.”⁴⁹ Second, with regard to Art. 12 (2) Directive 2004/80/EC, the Court held that a compensation is “‘fair and appropriate’ only if it compensates, to an appropriate extent, the suffering to which those victims have been exposed.”⁵⁰ Generally, the national law can determine the extent of compensation. However, a “purely symbolic or manifestly insufficient compensation”⁵¹ would exceed the margin of discretion of which the Member States and their courts insofar principally dispose. EU law therefore draws outer limits to the national discretion. The compensation award must correspond to the situation at hand and take into account the type and nature of violence, the seriousness of the consequences for the victim, the extent of the victim’s suffering as well as all further special circumstances of the specific case.⁵² Where a Member State provides for fixed rates, these rates must pay due regard to the different situations.⁵³ It can be inferred that the Court would deny the Directive-conformity of a regulation that provides for one rate for all situations of non-material harm or for few strict rates only.

for significantly lower amounts for pain and suffering due to minor injuries and excluded a redress to the higher amounts under general Italian liability law.

⁴⁵ Art. 2 (1) (a) (ii) Directive 2012/29/EU.

⁴⁶ Art. 2 (1) (b) Directive 2012/29/EU.

⁴⁷ Art. 12 (2) of Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims runs as follows: “All Member States shall ensure that their national rules provide for the existence of a scheme on compensation to victims of violent intentional crimes committed in their respective territories, which guarantees fair and appropriate compensation to victims.”

⁴⁸ *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937.

⁴⁹ *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937 para. 55.

⁵⁰ *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937 para. 60.

⁵¹ *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937 para. 59.

⁵² *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937 para. 59 et seq.

⁵³ *UD a.o. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri a.o.* (C-126/23) ECLI:EU:C:2024:937 para. 61: “... the compensation scale must nevertheless be sufficiently detailed ...”.

In the prior case *Presidenza del Consiglio dei Ministri v. BV*⁵⁴ the CJEU had already held that 4.800 € as fixed compensation for any kind of sexual violence which the national Italian compensation scheme for victims of crimes provides for is no fair and appropriate amount. In the case at hand the perpetrators of the crime were sentenced to imprisonment and payment of 50.000 € but since the whereabouts of these persons were unknown the sum could not be recovered. Although that sum was not the decisive yardstick for the compensation scheme amount,⁵⁵ the compensation award must take into account the seriousness of the crime's consequences for the victim and the circumstances of the particular case. Any fixed compensation scale must therefore be "sufficiently detailed" to avoid that the amount is – in the light of those circumstances – "manifestly insufficient."⁵⁶

The field of state-organised compensation for victims of crime recognizes that also the non-material harm of such victims must be appropriately compensated. That does not mean a full reparation of the damage but a substantial contribution to it.

4. Compensation for "digital non-material damage"

The developments in the field of telecommunication and data-transfer have caused cases of illegal or even criminal use of personal data. The EU had reacted with the General Data Protection Regulation and in particular with its already mentioned Art. 82 (1). This provision expressly declares non-material damage recoverable that is caused by an infringement of the GDPR. In recent years, quite a number of cases concerning that provision reached the CJEU.

A central decision is *Österreichische Post*.⁵⁷ In that case, the defendant, the private Austrian company Österreichische Post, used an algorithm to collect from different sources data on the affinity of people to Austrian political parties. It sold the personalised data to organisations which in turn used them to send these persons specific advertising. The claimant became aware that Österreichische Post had qualified him as a person with great affinity to a certain Austrian political party. Although Österreichische Post had not communicated his data to third persons, the claimant feared that the company might do so and claimed, first, an injunction to stop that practice of data processing and, second, based on Art. 82 GDPR, 1.000 € as compensation for his non-material damage (great upset, loss of confidence and feeling of exposure). Material loss had not occurred. The first two instances rejected the compensation claim whereas the Austrian Supreme Court (Oberster Gerichtshof) asked the CJEU whether the mere infringement of the GDPR was sufficient or whether further requirements must be fulfilled for a successful compensation claim. The CJEU inferred from the necessary autonomous interpretation of Art. 82 (1) GDPR that an infringement of the Regulation alone does not entitle to compensation for immaterial harm. Based on the wording and context of Art. 82 (1) GDPR, the Court stated that, besides the infringement, the victim must also have suffered – material or non-material – damage and a causal link between the damage and the infringement must exist, "those three conditions being cumulative."⁵⁸ With respect to the concept of non-material damage, the CJEU held that it "must be given an autonomous and uniform definition specific to EU law, in the absence of any reference to the domestic law of the Member States."⁵⁹ This definition does not require any specific threshold of seriousness⁶⁰ although the victim must demonstrate, actually prove,⁶¹ his or her non-material damage.⁶² The precise assessment of the non-material damage is, so the Court, left to national law, because the GDPR does not contain

⁵⁴ *Presidenza del Consiglio die Ministri v. BV* (C-129/19) ECLI:EU:C:2020:566.

⁵⁵ *Presidenza del Consiglio die Ministri v. BV* (C-129/19) ECLI:EU:C:2020:566 para. 60: "... that compensation is not necessarily required to ensure the complete reparation of material and non-material loss suffered by that victim."

⁵⁶ *Presidenza del Consiglio die Ministri v. BV* (C-129/19) ECLI:EU:C:2020:566 para. 66.

⁵⁷ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370.

⁵⁸ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 32.

⁵⁹ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 44.

⁶⁰ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 45 et seq.

⁶¹ See the Opinion of AG Campos Sánchez-Bordona in *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2022:756 para. 77.

⁶² *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 50.

specific rules on that matter.⁶³ However, the principles of equivalence and effectiveness must be observed.⁶⁴ As far as national law on immaterial damage is applied, the principle of equivalence (that the application of EU law must not be less favourable than that of domestic law in similar situations) will probably rarely be at stake. The principle of effectiveness has considerable importance: it forbids, that national rules “make it impossible in practice or excessively difficult to exercise the rights conferred by EU law.”⁶⁵ The compensatory character of – material as well as non-material – damage requires “full and effective” compensation for “the damage in its entirety,” however without any need for punitive damages.⁶⁶ In his Opinion, Advocate General *Sánchez-Bordona* had drawn “a fine line between mere upset (which is not eligible for compensation) and genuine non-material damage (which is eligible for compensation),” which the national courts must fix.⁶⁷ The CJEU did not react to this comment but, as stated above, it is clear from the Court’s reasoning that the mere infringement of the GDPR is not sufficient to justify a compensation claim.⁶⁸ And although the Court rejected the requirement of a certain threshold of seriousness,⁶⁹ the concept of non-material *damage* demands a damage to the victim. The mere – and ‘normal’ – anger about the fact that another person violated the law will, probably also for the CJEU, not suffice as recoverable damage.

In *MediamarktSaturn*⁷⁰ the claimant bought on credit an electrical household appliance at the defendant’s shop (Saturn). For the sales and the credit contract the claimant had to give his name, address, employer, income and bank details and then went with the documents which contained all these data to the counter. There, by an error of the shop’s employee, the claimant’s appliance as well as the documents were given to another customer. The error was almost immediately discovered and within half an hour after the other customer had received the appliance and documents but not read them, the claimant received the appliance and the documents back. The claimant brought an action for compensation of his non-material damage under Art. 82 (1) GDPR. In interpreting this provision, the CJEU stated that the loss of control and the fear of a misuse of personal data can constitute non-material damage, however “[68] ... a purely hypothetical risk of misuse by an unauthorised third person cannot give rise to compensation. This is so where no third party became aware of the personal data at issue. [69] ... if a document containing personal data was provided to an unauthorised third party and it was established that that person did not become aware of those personal data, ‘non-material damage’ ... does not exist due to the mere fact that the data subject fears that, following that communication having made possible the making of a copy of that document before its recovery, a dissemination, even abuse, of those data may occur in the future.”⁷¹ The loss of control and the accompanying fear of misuse does therefore not entitle to compensation if it is clear that no unauthorised third person got knowledge of the respective personal data.

In the similar case *GP v. Juris GmbH*⁷² a German company for legal information, Juris GmbH, had sent by email advertisements to a lawyer using the latter’s personal data. The lawyer revoked all prior consents given to Juris and objected to the processing of his data except for sending him the Juris newsletter. Since Juris sent further three personalized advertisements, the lawyer brought an action claiming compensation of his material and non-material damage. In the preliminary reference procedure before the CJEU the Court confirmed that the mere infringement of the GDPR is as such no damage.⁷³ But since Recital 85 expressly mentions “loss of control” as possible non-material damage, “the loss of control over such data, even for a short period of time, can constitute ‘non-material damage’ ... provided

⁶³ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 54.

⁶⁴ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 53 et seq.

⁶⁵ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 56.

⁶⁶ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 58, see also Recital 146.

⁶⁷ Opinion of AG *Campos Sánchez-Bordona* in *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2022:756 para. 116; in the same sense AG *Pitruzzella* in *VB v. Natsionalna agentsia za prihodite* (C-340/21) ECLI:EU:C:2023:353 para. 83.

⁶⁸ See *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 42.

⁶⁹ *UI v. Österreichische Post* (C-300/21) ECLI:EU:C:2023:370 para. 51.

⁷⁰ *BL v. MediamarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH* (C-687/21) ECLI:EU:C:2024:72.

⁷¹ *BL v. MediamarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH* (C-687/21) ECLI:EU:C:2024:72 para. 68 et seq.

⁷² *GP v. Juris GmbH* (C-741/21) ECLI:EU:C:2024:288.

⁷³ *GP v. Juris GmbH* (C-741/21) ECLI:EU:C:2024:288 para. 37, 40.

that the data subject can show that he or she has actually suffered such damage, however slight.”⁷⁴ How strict a short loss of control over the own personal data in fact must be proven leaves the decision somewhat open. In the light of *MediamarktSaturn* and *Natsionalna agentsia za prihodite*⁷⁵ it is necessary that the fear of misuse due to a loss of control must be well-founded. As the Court said in *PS*⁷⁶: “Thus, a mere allegation of fear, with no proven negative consequences, cannot give rise to compensation under that provision <sc. Art. 82 (1) GDPR>.”⁷⁷ The burden of proof rests on the person claiming compensation of non-material damage.⁷⁸

In *Natsionalna agentsia za prihodite*⁷⁹ one of the questions was also whether already the fear that the victim’s data could be misused, was a recoverable non-material damage. In that case the Bulgarian National Revenue Agency (NAP) was hacked by unknown hackers who captured personal data of over 6 million people and published the data of several of them on the internet.⁸⁰ The claimant’s data were also captured and published. Based on Art. 82 GDPR she claimed compensation for her non-material damage fearing that her data could be misused in the future. The CJEU when seized with the case held that the mere “loss of control” over the own data does constitute non-material damage, however only if “that fear can be regarded as well founded, in the specific circumstances at issue and with regard to the data subject.”⁸¹ The Court relied for its solution on the objectives of the Regulation and on Recital 85 of the GDPR which illustratively lists “loss of control over their personal data” as possible non-material damage of victims.⁸² Depending on the concrete circumstances of the Bulgarian case the fear of future misuse of the published data over which the claimant had already lost her control therefore could justify her compensation claim. Again, ‘normal’ annoyance or upset about the lost data control as such will probably not suffice.⁸³

Rather similar was the situation in *Scalable Capital*.⁸⁴ The claimants had opened accounts at the defendant, given it several personal data such as their names, birth dates, addresses etc. and paid several thousand euro for the account opening. When unidentified third persons stole the data, the claimants brought an action for compensation of their non-material damage due to the theft of their personal data. So far, their data were not misused. The CJEU confirmed that, under Art. 82 GDPR, damages for non-material damage fulfill an exclusively compensatory function with no punitive nor satisfying function.⁸⁵ Because of the compensatory function, elements like intent or negligence of the liable person must be left aside for the assessment of damages.⁸⁶ Further, the Court stated that “damage caused by a personal data breach is not, by its nature, less significant than physical injury.”⁸⁷ Where damage is established but is not serious, the national court is allowed to award a minimal or symbolic compensation “provided that

⁷⁴ *GP v. Juris GmbH* (C-741/21) ECLI:EU:C:2024:288 para. 42.

⁷⁵ See below.

⁷⁶ *AT, BT v. PS GbR et al.* (C-590/22) ECLI:EU:C:2024:536. In that case, a tax consultancy firm, the defendant, had sent tax papers to its clients, the claimants, however to the latter’s old address although it was informed of the claimants’ new address. At the old address the envelope was opened and sent to the claimants who feared that relevant tax papers with personal data were removed and that some people might have seen these data although it remained open which papers the envelope had originally contained and whether anybody had taken knowledge of the papers allegedly contained in the envelope.

⁷⁷ *AT, BT v. PS GbR et al.* (C-590/22) ECLI:EU:C:2024:536 para. 35.

⁷⁸ *AT, BT v. PS GbR et al.* (C-590/22) ECLI:EU:C:2024:536 para. 27, 34.

⁷⁹ *VB v. Natsionalna agentsia za prihodite* (C-340/21) ECLI:EU:C:2023:986.

⁸⁰ Whether NAP had fulfilled all security obligations against the danger of hacking was still open; the burden of proof rested on NAP; see *VB v. Natsionalna agentsia za prihodite* (C-340/21) ECLI:EU:C:2023:986 para. 74.

⁸¹ *VB v. Natsionalna agentsia za prihodite* (C-340/21) ECLI:EU:C:2023:986 para. 85.

⁸² Recital 85 sent. 1 runs as follows: „A personal data breach may, if not addressed in an appropriate and timely manner, result in physical, material or non-material damage to natural persons such as loss of control over their personal data or limitation of their rights, discrimination, identity theft or fraud, financial loss, unauthorized reversal pseudonymisation, damage to reputation, loss of confidentiality of personal data protected by professional secrecy or any other significant economic or social disadvantage to the natural person concerned.“

⁸³ See the remarks of AG Pitruzzella in *VB v. Natsionalna agentsia za prihodite* (C-340/21) ECLI:EU:C:2023:353 para. 83.

⁸⁴ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531.

⁸⁵ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531 para. 21 et seq. A “satisfying” function of damages for pain and suffering is known in German tort law.

⁸⁶ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531 para. 30.

⁸⁷ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531 para. 39.

that compensation is such as to compensate in full for the damage suffered.”⁸⁸ Finally, the Court held that the mere theft of personal data may justify damages for non-material damage where such damage is established even if the stolen data have not (yet) been misused.⁸⁹ In the light of the prementioned decisions this should be understood in the sense that the risk of misuse must be “well-founded” in the concrete circumstances.

In *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* the CJEU further held that instead of a money award an apology can suffice as compensation for non-material damage.⁹⁰ In that case the Latvian Consumer Rights protection Centre (PTAC) had published on internet sites a video where a person imitated the claimant, a well-known Latvian journalist and automotive expert. The purpose of the video was to warn consumers of risks of the purchase of second-hand cars. The claimant had not consented to the video; he claimed a stop of the distribution of the video, an apology and 2.000 € as compensation. In interpreting Art. 82 (1) GDPR, the CJEU stated that an apology can be sufficient as compensation, however, “provided that that form of redress is such as to compensate in full the damage suffered by the data subject.”⁹¹ An apology and a money award for the non-material damage may thus be coupled if the principle of full compensation so requires.⁹² The CJEU further held that the (positive, altruistic etc.) attitude and motivation of the person liable for the infringement of the GDPR cannot be taken into account in order to reduce the sum that is necessary to compensate the non-material damage in full.⁹³ The compensatory nature of this kind of damages would contradict such a reduction, but also an increase in case of bad intention etc. of the perpetrator.⁹⁴ The CJEU inferred this solution also from the fact that Art. 83 GDPR on administrative fines and penalties allows the taking into account of the gravity of the infringement as well as its intentional or negligent commission and “any other aggravating or mitigating factor.”⁹⁵ Since Art. 82 GDPR does not contain a like list of aggravating or mitigating factors, the Court interpreted this as a deliberate prohibition to take those factors into account.⁹⁶ The Court did, however, not address that the extent of non-material damage, in particular injured feelings such as fear, may depend on aggravating circumstances like intent or specifically ruthless conduct. A cautious analogy to Art. 83 (2) GDPR for cases of bad intent would have been more convincing.

A particularly explosive case of an unlawful disclosure of personal data was *Kočner v. Europol*⁹⁷ because of *Kočner*’s suspected involvement in the murder of a Slovak journalist and his fiancée.⁹⁸ In that case, Europol had, while asked by the Slovak authorities for cooperation, transmitted data of *Kočner*’s mobile phone (intimate talks with his girlfriend) without justification to third persons from where they were published in Slovakian newspapers. *Kočner* claimed 50.000 € as damages for non-material damage based on Art. 268 and 340 TFEU as well as on Art. 50 (1) of Regulation 2016/794.⁹⁹ He further alleged that it was Europol which had placed his name on a “mafia list” which was also published. The competent General Court of the EU dismissed *Kočner*’s action because the claimant had not sufficiently proven

⁸⁸ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531 para. 46.

⁸⁹ *JU, SO v. Scalable Capital GmbH* (C-182/22 and C-189/22) ECLI:EU:C:2024:531 para. 57 et seq.

⁹⁰ *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854.

⁹¹ *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854 para. 37.

⁹² See *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854 para. 38.

⁹³ *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854 para. 45.

⁹⁴ *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854 para. 42: “...the exclusively compensatory function of the right to compensation provided for in Article 82 (1) of the GDPR precludes the taking into account of the severity and possible intentional nature of the infringement of that regulation ...”

⁹⁵ See Art. 83 (2) lit. a, b, k GDPR and Recital 148.

⁹⁶ *A v. Patērētāju tiesību aizsardzības centrs* (C-507/23) ECLI:EU:C:2024:854 para. 41.

⁹⁷ *Marián Kočner v. European Union Agency for Law Enforcement (Europol)* (C-755/21 P) ECLI:EU:C:2024:202.

⁹⁸ The Slovak court of first instance acquitted *Kočner* for having ordered the killing of the journalist and his fiancée. The Supreme Court, when seized, set aside this judgment and referred the case back to the first-instance court which again acquitted him.

⁹⁹ Art. 50 (1) of Regulation (EU) 2016/794 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) ... runs as follows: “Any individual who has suffered damage as a result of an unlawful data processing shall have the right to receive compensation for damage suffered, either from Europol in accordance with Article 340 TFEU or from the Member State in which the event that gave rise to the damage occurred, in accordance with its national law. The individual shall bring an action against Europol before the Court of Justice of the European Union, or against the Member State before a competent national court of that Member State.”

Europol's causal involvement in the disclosure of his personal data and his inclusion in the mafia list. The CJEU reversed on appeal the judgment of the General Court in part insofar as the transmission of the intimate talks on the mobile phone to unauthorized persons was a sufficiently serious infringement of Europol's duties towards involved persons that justified a compensation award of 2.000 €. ¹⁰⁰ This amount shows the CJEU's assessment of an unjustified disclosure of intimate personal data.

5. Discrimination and non

EU law prohibits discrimination in employment and occupation¹⁰¹ and generally of persons because of their racial or ethnic origin.¹⁰² Anti-discrimination law is a densely regulated part of EU law with some particularities. Directives 2000/43 and 2000/78 both provide that the sanctions which the Member States must implement “may comprise the payment of compensation to the victim, <sc. and> must be effective, proportionate and dissuasive.”¹⁰³ Directive 2006/54 contains a similar provision.¹⁰⁴ Contrary to what one would expect, the number of CJEU decisions is relatively small which interpret the compensation for non-material damage through discrimination. What seems clear is that non-material damage can be recoverable under these Directives provided that such damage is caused by a violation of a commandment of one of the Directives and that the circumstances call for a compensation in money.¹⁰⁵ This was the CJEU's position already prior to the mentioned Directives.¹⁰⁶ Where financial compensation for non-material damage appears adequate, in particular, because true restoration is impossible, unacceptable or insufficient, the damage sustained must be made good in full; a purely symbolic sanction would not comply with Art. 15 Directive 2000/43¹⁰⁷ or Art. 17 Directive 2000/78 and Art. 18 Directive 2006/54 respectively. Moreover, “[t]he severity of the sanctions must be commensurate to the seriousness of the breaches for which they are imposed... .”¹⁰⁸ However, compensation for discrimination damage does not include punitive damages,

¹⁰⁰ *Marián Kočner v. European Union Agency for Law Enforcement (Europol)* (C-755/21 P) ECLI:EU:C:2024:202 para. 111 et seq., 140.

¹⁰¹ See Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

¹⁰² Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

¹⁰³ Art. 15 sent. 2 Directive 2000/43 and Art. 17 sent. 2 Directive 2000/78.

¹⁰⁴ Art. 18 Directive 2006/54 provides: “Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to ensure real and effective compensation or reparation as the Member States so determine for the loss and damage sustained by a person injured as a result of discrimination on grounds of sex, in a way which is dissuasive and proportionate to the damage suffered. Such compensation or reparation may not be restricted by the fixing of a prior upper limit, except in cases where the employer can prove that the only damage suffered by an applicant as a result of discrimination within the meaning of this Directive is the refusal to take his/her job application into consideration.”

¹⁰⁵ As to this latter condition see, e.g., the appeal decision of the General Court in *DD v. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)* (T-742/15 P) of 19 July 2017. In that case, the appellant argued that the decision of his employing agency to terminate his employment had caused him “psychological trauma and affected his reputation and dignity” (para. 79). Furthermore, he was of the opinion, that the annulment of the termination had not remedied his immaterial harm. The General Court as appeal tribunal rejected the argument: “... the annulment of an unlawful act may constitute, in itself, appropriate and, in principle, sufficient compensation for any non-material harm which that measure may have caused, unless the appellant shows that he has sustained non-material harm that can be separated from the illegality on which the annulment is based that cannot be compensated in full by that annulment.” (para. 83). The mere allegation of a “deep psychological trauma”, “a total shock”, “a lot of pain, stress and anxiety” and that the termination “affected his reputation, dignity and self-esteem” as well as a doctor's certificate of them were not sufficient proof because they did not show “the existence of non-material harm that can be separated from the illegality on which the annulment is based” (para. 91 and 92). The General Court's threshold for the substantiation and proof of immaterial damage was evidently very high.

¹⁰⁶ See *Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (C-271/91) ECLI:EU:C:1993:335 para. 4, where 1000 UKL as compensation for injury to feelings by an unjustified dismissal were not disputed.

¹⁰⁷ *Discrimineringsombudsmannen v. Braathens Regional Aviation AB* (C-30/19) ECLI:EU:C:2021:269 para. 39.

¹⁰⁸ *Discrimineringsombudsmannen v. Braathens Regional Aviation AB* (C-30/19) ECLI:EU:C:2021:269 para. 38; see also Art. 18 Directive 2006/54: “compensation ... proportionate to the damage suffered.”

unless national law provides for such a possibility.¹⁰⁹ EU law neither obliges nor prohibits the Member States to introduce punitive damages.¹¹⁰ That the compensation under EU law must be “dissuasive” merely means that the total loss and harm must be compensated.¹¹¹ Compensation for damage including immaterial damage can even be claimed by an association (whose objective is the protection of – for instance, sexually – discriminated persons) if an injured individual cannot be identified.¹¹² But if a person claims compensation for non-material damage caused by discrimination with the sole purpose to receive compensation without any real interest in the position offered in a discriminatory way this will be, depending on the precise circumstances, an abuse of rights.¹¹³

6. State liability and non-material damage

The general basis for the extra-contractual liability of the EU or its organs for wrongs are Art. 340 (2) and (3). The CJEU has held from early on that the damage that under these provisions and their predecessors can be claimed includes non-material damage.¹¹⁴ According to the famous *Francovich* decision¹¹⁵ and the following case-law of the CJEU, in particular *Brasserie du Pêcheur*,¹¹⁶ also Member States which violate or do not correctly or not at all implement EU law can – under certain conditions – become liable towards their citizens if the latter have thereby suffered damage. Again, non-material damage can be recoverable also under this doctrine.¹¹⁷ In *Brasserie du Pêcheur* the CJEU explicitly referred to its “case-law on non-contractual liability on the part of the Community.”¹¹⁸ Since the Court under Art. 340 (2) TFEU and the predecessors of this provision allowed compensation for non-material damage, this has to be transposed to the *Francovich* doctrine, too.¹¹⁹ With respect to the extent of compensation, primarily the national law of the seised court determines the details. However, the standard

¹⁰⁹ See *Maria Auxiliadora Arjona Camacho v. Securitas Seguridad Espana SA* (C-407/14) ECLI:EU:C:2015:831 para. 33 et seq.

¹¹⁰ *Maria Auxiliadora Arjona Camacho v. Securitas Seguridad Espana SA* (C-407/14) ECLI:EU:C:2015:831 para. 40 and 43.

¹¹¹ *Maria Auxiliadora Arjona Camacho v. Securitas Seguridad Espana SA* (C-407/14) ECLI:EU:C:2015:831 para. 37 et seq.

¹¹² *NH v. Associazione Avvocatura per I diritti LGBTI – Rete Lenford* (C-507/18) ECLI:EU:C:2020:289. In that case, the claimant, a lawyer, had said in a radio interview that he would not employ homosexual staff in his law firm. The defendant association had brought proceedings in Italy and reached a decision in the first and second instance which sentenced the claimant to pay 10.000 € as damages to the defendant. The Italian Supreme Court to which the case went asked the CJEU whether it complies with the Directive that an association like the defendant has standing to initiate respective proceedings including claim damages. The CJEU gave a positive answer which corresponded to the position of the defendant; see also the very similar case *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* (C-81/12) ECLI:EU:C:2013:275 (a mere warning by the competent institution may be an insufficient sanction and therefore a violation of Art. 17 Directive 2000/78 if a football club shareholder announces in an interview that he would close down the club before accepting a homosexual on the team; see para. 60 et seq.).

¹¹³ *Nils-Johannes Kratzer v. R+V Allgemeine Versicherung AG* (C-423/15) ECLI:EU:C:2016:604 para. 44. The decision lists the preconditions (an objective and a subjective element) for the judgment of an abuse of law (para. 37 et seq.).

¹¹⁴ See *Alfred Willame v. Commission of the European Atomic Energy Community* (110/63) ECLI:EU:C:1965:71 (European Court Reports, English special edition 1965, 649 [667]); not discussed and therefore upheld in *Alfred Willame v. European Atomic Energy Commission* (110/63 bis) ECLI:EU:C:1966:40 (case of wrongful dismissal without giving fair opportunity to applicant to defend; 20.000 Belgian francs awarded as damages for immaterial harm); see also, e.g., *European Union v. Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne SA and Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne v. European Union* (C-138/17 P and C-146/17 P) ECLI:EU:C:2018:1013 (see the discussion of this case below under VI.9).

¹¹⁵ *Andrea Francovich v. Italian Republic; Danila Bonifaci a.o. v. Italian Republic* (C-6/90 and C-9/90) ECLI:EU:C:1991:428.

¹¹⁶ *Brasserie du Pêcheur SA v. Federal Republic of Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd a.o.* (C-46/93 and C-48/93) ECLI:EU:C:1996:79.

¹¹⁷ See, at least indirectly, *Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (C-271/91) ECLI:EU:C:1993:335: it was not disputed that under the *Francovich* principle the state agency for health was obliged to pay compensation (including 1000 UKL for injury to feelings) to the illegally dismissed claimant.

¹¹⁸ *Brasserie du Pêcheur SA v. Federal Republic of Germany and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd a.o.* (C-46/93 and C-48/93) ECLI:EU:C:96:79 para. 40. In para. 41 et seq. the Court expressly mentions Art. 215 of the Maastricht Treaty which preceded the present Art. 340 TFEU.

¹¹⁹ In the same sense *Machnikowski*, The Liability of Public Authorities in the European Union, in: *Oliphant* (ed.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective (2016) 585 para. 72. Probably also, though only indirectly in this sense *Presidenza del Consiglio dei Ministri v. BV* (C-129/19) ECLI:EU:C:2020:566; see to this case already supra under VI.3.

principles of EU law, that of equivalence and that of effectiveness, which always set limits to the legislative autonomy of the Member States, must be observed also here: the national solution under implemented or directly applicable EU law must not be less favourable than that for similar domestic claims nor make it impossible or excessively difficult to obtain compensation.¹²⁰ A national rule that excludes the recovery of litigation costs as part of the damage caused by a violation of EU law – even if a final, non-appealable court decision violates EU law – can render full compensation excessively difficult or even impossible.¹²¹ The person who suffered this damage can therefore nonetheless hold the responsible Member State also liable for the litigation costs.

7. Loss of holiday enjoyment

The question whether the loss of enjoyment of the holiday could be recoverable non-material damage had to be answered in *Leitner*.¹²² In this well-known case, the CJEU had to interpret Art. 5 of the Package Travel Directive of 1990¹²³ which provided that the Member States must ensure that organisers of package holidays be liable for damage caused to customers by the non-performance or improper performance of the contracted services. In that case, 10 years old Simone Leitner contracted a salmonella poisoning resulting from the food in the holiday club which her parents had booked for the family at the defendant. Besides the ‘normal’ damages for pain and suffering due to the illness she claimed additional compensation for loss of holiday enjoyment. Based on the objectives of the Directive, the CJEU held that the term “damage” included the non-material harm caused by a loss of enjoyment of holidays: „... the Directive, and in particular Article 5 thereof, is designed to offer protection to consumers and, in connection with tourist holidays, compensation for non-material damage arising from the loss of enjoyment of the holiday is of particular importance to consumers.”¹²⁴ The case is one of the examples where damages for non-material harm are awarded in the field of contract law. The purpose of the contract to provide holiday enjoyment explains and justifies the Court’s solution.

8. Loss of travel baggage

In *Walz v. Clickair*¹²⁵ the claimant brought an action against the air carrier Clickair because his checked baggage got lost on his flight from Barcelona to Oporto in Portugal. In addition to the material loss of 2.700 €, he requested also 500 € for his non-material damage. The CJEU had to decide whether the liability limit of Art. 22 (2) Montreal Convention¹²⁶ (1.000 €) for baggage damage includes also non-material damage. The Convention is directly applicable in all EU Member States via Art. 1 and 3 (1) of Regulation 2027/97.¹²⁷ Since its entry into force on 28 June 2004 in the EU, the Convention is “an integral part of the European Union legal order ... on which ... the Court has jurisdiction to give a preliminary ruling concerning its interpretation.”¹²⁸ The interpretation method has, however, to follow the interpretation of rules of general international law, not of special EU law.¹²⁹ Interpreting the term ‘damage’ in Art. 22 (2) Montreal Convention, the CJEU deduced from the literal meaning, the compa-

If a Member State omits to correctly implement Directive provisions which foresee compensation for non-material damage, the *Francovich* liability must certainly include compensation for this kind of damage, too.

¹²⁰ *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe v. Fővárosi Törvényszék* (C-620/17) ECLI:EU:C:2019:630 para. 45.

¹²¹ *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe v. Fővárosi Törvényszék* (C-620/17) ECLI:EU:C:2019:630 para. 47.

¹²² *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* (C-168/00) ECLI:EU:C:2002:163.

¹²³ Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours.

¹²⁴ *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* (C-168/00) ECLI:EU:C:2002:163 para. 22.

¹²⁵ *Axel Walz v. Clickair SA* (C-63/09) ECLI:EU:C:2010:251.

¹²⁶ Montreal Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air of 1999.

¹²⁷ Regulation (EC) 2027/97 on air carrier liability in respect of the carriage of passengers and their baggage by air, as amended by Regulation (EC) 889/2002.

¹²⁸ *Axel Walz v. Clickair SA* (C-63/09) ECLI:EU:C:2010:251 para. 20 with further references.

¹²⁹ *Axel Walz v. Clickair SA* (C-63/09) ECLI:EU:C:2010:251 para. 21 et seq.

ration of the different language versions, the context and the objectives of the Convention that the term “must be interpreted as including both material and non-material damage.”¹³⁰ Although Art. 22 (2) limits the carrier’s liability for damage to baggage on a rather low level and the protection of passengers could speak for a contrary solution, the limitation of liability was the clear aim of the provision which “enables passengers to be compensated easily and swiftly, yet without imposing a very heavy burden of damages on air carriers”¹³¹ Even with respect to an international convention, the Court thus favours a broad notion of damage which includes immaterial loss, too. The CJEU thus recognized that in suitable cases loss of or damage to baggage may result in recoverable non-material damage.

9. Flight annulment, delay or denied boarding and compensation for immaterial damage

Art. 7 of Directive 261/2004¹³² provides for a table of standardised compensation if air passengers face serious problems with their air transport (annulment, long delay, rejection). The extent of the compensation primarily depends on the distance of the flight (e.g., 400 € for flights over 1500 km within the EU and 1500-3000 km outside). The CJEU stated that the compensation is “intended to compensate, in a standardised and immediate manner, for the damage constituted by the inconvenience that, inter alia, ... denied boarding in the carriage of passengers by air causes”¹³³ “Such fixed amounts are intended to provide compensation only for the damage that is almost identical for every passenger concerned.”¹³⁴ Any further individual damage can be claimed on the basis of the applicable national or international law, in particular the Montreal Convention.¹³⁵ Already in *Air France SA*¹³⁶ the CJEU held that Art. 12 Regulation 261/2004 which allows for “further compensation” does include compensation for further immaterial damage caused by the annulment, delay or rejection. However, it is not very likely that the inconvenience caused by these events will often exceed the inconvenience already compensated by the standardised amounts under Art. 7 Regulation 261/2004.

10. Excessive duration of proceedings

Art. 47 (2) of the Charter of Fundamental Rights provides that “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law.” In connection with Art. 320 (2) TFEU (non-contractual liability of EU organs) parties can claim compensation for damage caused by overlong proceedings before EU courts.¹³⁷ The damage includes non-material damage, too.¹³⁸ In *Gascogne Sack Deutschland* the General Court found that a period of three years and ten months between the written and the oral part of the proceedings was “in no way justified by the adoption of measures of organisation of procedure or measures of inquiry or the occurrence of procedural incidents.” Since the claimants merely alleged loss of reputation without any further proof, the General Court awarded each of the two claimants 5.000 € instead of their at least claimed 500.000 €. ¹³⁹ The award was mainly based on the “prolonged state of uncertainty in which they

¹³⁰ *Axel Walz v. Clickair SA* (C-63/09) ECLI:EU:C:2010:251 para. 39.

¹³¹ *Axel Walz v. Clickair SA* (C-63/09) ECLI:EU:C:2010:251 para. 36.

¹³² Regulation (EC) 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) 295/91.

¹³³ *Radu-Lucian Rusu, Oana-Maria Rusu v. SC Blue Air – Airline management Solutions SRL* (C-354/189) ECLI:EU:C:2019:637 para. 28.

¹³⁴ *Radu-Lucian Rusu, Oana-Maria Rusu v. SC Blue Air – Airline management Solutions SRL* (C-354/189) ECLI:EU:C:2019:637 para. 30.

¹³⁵ *Radu-Lucian Rusu, Oana-Maria Rusu v. SC Blue Air – Airline management Solutions SRL* (C-354/189) ECLI:EU:C:2019:637 para. 36.

¹³⁶ *Aurora Sousa Rodriguez et al. v. Air France SA* (C-83/10) ECLI:EU:C:2011:652 para. 46.

¹³⁷ See, e.g., *Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne v. European Union* (T-577/14) ECLI:EU:T:2017:1.

¹³⁸ See *Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne v. European Union* (T-577/14) ECLI:EU:T:2017:1 para. 144 et seq.

¹³⁹ *Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne v. European Union* (T-577/14) ECLI:EU:T:2017:1 para. 165.

<sc. the claimants> were placed.”¹⁴⁰ In the appeal proceedings before the European Court of Justice this award was upheld.¹⁴¹

V. Conclusions

The survey over EU enactments on the compensation for damage and over the respective CJEU case law shows that in principle each field of law is treated separately. Rarely is an analogy drawn from a solution in one field to that in another. Nonetheless, the preceding survey appears to enable the formulation of certain overarching principles which apply generally wherever civil liability for wrongs between private law subjects requires compensation for the suffered damage. Wherever EU law provides for such liability for damage, the survey revealed that the term ‘damage’ generally includes non-material damage, too. EU law may provide differently, but unless it clearly so does, damage comprises non-material damage. This is supported by the main aim of compensation in this field of law, namely to make good the whole – material and immaterial – damage. Because of this generally compensatory character of damages, EU law does in principle not allow for punitive damages. The present attitude of the CJEU is that drastic deterrent effects that may exceed the caused damage may be pursued by state sanctions towards perpetrators but not by civil actions between private law subjects.

Unless EU law provides for details for the assessment of the compensation of non-material damage – which it very rarely if at all does – it is for the seised court and its national law to determine these details. However, two fundamental principles of EU law, that of equivalence and that of effectiveness, set significant limits to the legislative or judicial autonomy of the Member States: equivalence requires that the national solution under implemented or directly applicable EU law must not be less favourable than the solution under national law for similar domestic claims; effectiveness requires that the national law, irrespective whether legislation or judge-made law, must not make it impossible or excessively difficult to obtain the full compensation that the EU law provides for.¹⁴² National law can only fill the parts within these outer limits. Although both principles leave some room for discretion, in particular the effectiveness principle must not be underestimated. It requires that the objective of the respective enactment or legal rule, in particular its protective aim, must be recognized and implemented. The CJEU is insofar rather strict.

The survey over the case law of the CJEU gives a broad impression what may count as ‘non-material damage.’ In case of direct bodily injury, it is clear, that the acute pain and suffering, their strength and duration are immaterial harm and as such recoverable. The same is true for long-lasting or permanent impairments or restrictions due to corporeal damage. Even persons close to the primary victim who was killed or very seriously injured may be entitled to compensation for their pain and suffering. But also, loss of reputation, loss of holiday enjoyment, prolonged uncertainty due to overlong proceedings, injured feelings through discrimination, inconvenience resulting from annulled, delayed or denied air transport are covered. The CJEU does apparently not demand a specific threshold of severity of the non-material damage. Redress for minor immaterial harm if sufficiently proven and based on objective facts can be claimed although the compensation may be very small. Even mere fear of further possible damage following from the violation of EU law may in extraordinary situations entitle to money compensation (to the proof of such damage see below).

EU law further prescribes that the assessment of the compensation for non-material damage must be proportionate. Money awards must therefore correspond to the extent of the immaterial harm in the individual case. Strict and inflexible compensation limits of national law thus violate EU law whereas tables of compensation with sufficient differentiation between the different situations are admitted.

¹⁴⁰ *Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne v. European Union* (T-577/14) ECLI:EU:T:2017:1 para. 158.

¹⁴¹ *European Union v. Gascogne Sack Deutschland GmbH, Gascogne SA etc.* (C-138/17 P and C-146/17 P) ECLI:EU:C:2018:1013 para. 49 et seq., 54 et seq.

¹⁴² *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe v. Fővárosi Törvényszék* (C-620/17) ECLI:EU:C:2019:630 para. 45.

The CJEU does not tend to specifically high levels of compensation but rather to moderate ones. Unreasonably low compensation does however offend EU law and its effectiveness principle.

EU law even penetrates the procedural side of compensation for non-material harm. The proof of a violation of EU law alone will generally not be sufficient proof of the occurrence of non-material harm. The CJEU requires further substantiation and proof of such harm. The mere fear that the violation can result in further damage is therefore insufficient proof unless there are reliable proven facts that in the circumstances certain severe damage is rather likely to happen. Only then, the fear alone may justify compensation in terms of money.

La sucesión *mortis causa* de bienes digitales a la luz del Derecho internacional privado europeo¹

Mortis causa succession of digital assets in light of European private international law

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido:21.07.2025/Aceptado:05.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9869

Resumen: El tiempo que las personas pasamos actualmente conectados a Internet es mucho. En ese tiempo en la red se pueden hacer actividades muy variadas entre sí y algunas de ellas incluso pueden tener impacto tras nuestra muerte. Así, cabe plantearse qué sucede cuando fallecemos con todos esos vídeos y fotos publicados en redes sociales, cuentas creadas en plataformas de comercio electrónico, libros almacenados en dispositivos como *Kindle* o bienes que podrían tener más valor económico como criptoactivos o *NFTs*. Es decir, ¿se podría heredar una cuenta de email al igual que el dinero existente en una cuenta bancaria o un bien inmueble?. Un aspecto a tener presente es que en la sucesión del patrimonio digital el elemento extranjero está muy presente. Por lo tanto, el Derecho internacional privado, y en particular, el Derecho internacional privado europeo en materia de sucesiones tiene mucho que aportar al respecto. El principal objeto de este estudio es analizar si los bienes digitales pueden heredarse al igual que los bienes analógicos y sobre todo qué papel juega la Ley aplicable a la sucesión en todo ello. Sin embargo, esta no es una cuestión sencilla debido a que no todos los bienes digitales se conocen por los herederos, ni todos ostentan valor desde una perspectiva patrimonial, viéndose además, en algunos de ellos, la privacidad del causante afectada.

Palabras clave: Sucesión *mortis causa*, bienes digitales, RES, competencia judicial internacional, derecho aplicable.

Abstract: The amount of time people currently spend connected to the internet is significant. During this time online, we can engage in a wide variety of activities, some of which may even have an impact after our death. Thus, it is worth considering what happens after death with all those videos and photos posted on social media, accounts created on e-commerce platforms, books stored on devices like Kindles, or assets that might be more valuable, such as cryptoassets or *NFTs*. In other words, an email account could be inherited just like a checking account or real estate. One aspect to keep in mind is that the foreign element is very present in the succession of digital assets. Therefore, private international law, and in particular, European private international law on inheritance, has much to contribute in this regard. The main objective of this study is to analyze whether digital assets can be inherited in the same way as analog assets and, above all, what role the law applicable to succession plays in all this. However, this is not a simple matter because not all digital assets are known to the heirs, nor do they all have patrimonial value, and in some cases, privacy is compromised.

Key words: Succession *mortis causa*, digital assets, EU Succession Regulation, international jurisdiction, applicable law.

¹ Esta publicación es parte del Proyecto TED2021-129307A-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/ PRTR, de cuyo equipo de investigación es miembro la autora.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Hacia un concepto de bien digital. III. El impacto de la vida digital en la sucesión mortis causa: ¿Toda sucesión es internacional?. 1. Aproximación inicial. 2. La calificación de la sucesión mortis causa como internacional por la existencia de bienes digitales. 3. Las normas que regulan la sucesión mortis causa transfronteriza de bienes digitales. IV. La categorización de los bienes digitales. V. La determinación de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable de la sucesión mortis causa de bienes digitales. 1. El punto de partida. 2. Los diferentes escenarios. 3. La determinación del Derecho aplicable bienes personales y mixtos. 4. Los litigios derivados de la sucesión *mortis causa* de bienes digitales y la determinación del tribunal competente. VI. La sucesión de bienes digitales creados por el causante. VII. El testamento digital y la organización de la sucesión *mortis causa* del patrimonio digital a la luz del derecho civil español. VIII. Las cuentas de email. IX. Reflexiones finales.

I. Aproximación inicial

1. Nuestra presencia en Internet es innegable en la actualidad. Según muestran las estadísticas en un informe del año 2023, en España, sólo un 3,37 % de la población nunca habría accedido a la red de redes². Es más, si se compara con datos del año 2010, se puede apreciar cómo ha ido decreciendo la cifra desde entonces, ya que, en aquel momento, un tercio de la población española nunca se había conectado a Internet³. De hecho, si se atiende a datos sobre el acceso y uso a Internet en los países europeos puede apreciarse como de media sólo un 5,97 nunca habría accedido a Internet en Europa⁴. Estos datos muestran que entre los 27, hay Estados como Luxemburgo en los que sólo un 0,45 de su población nunca se habría conectado a Internet⁵. Estas estadísticas reflejan como el uso de Internet está más que presente en nuestros quehaceres diarios, impactando su uso en otras esferas de nuestra vida física e incluso una vez que morimos.

2. El uso de Internet presenta múltiples consecuencias y una de ellas es que generamos un importante número de datos e información sobre nosotros y sobre lo que hacemos en la red mientras navegamos. Mucha de esa información que generamos es visible y notoria porque las personas nos ocupamos de hacerla pública mediante una foto o comentario en una red social. Sin embargo, hay otra información, que no es pública, bien porque guarda relación con el rastro que dejamos al navegar mediante las *cookies* que aceptamos, bien porque nosotros mismos hemos decidido no comunicarla. Por ejemplo, una cuenta en una plataforma que permite que tengamos un monedero de criptoactivos. Todo este contenido que creamos en Internet de forma individual se denomina “huella digital”, que es lo mismo que decir, el rastro de nuestra identidad en Internet⁶.

3. La cuestión que perseguimos abordar en el presente trabajo es qué sucede con toda esa información que se genera en Internet cuando una persona fallece. Especialmente, nos centraremos en esa información que tiene un valor, ya sea patrimonial o personal. Pregunta fácil de plantear pero compleja de responder debido a aspectos como: i) Mucha información de la que se genera en Internet sólo la conocemos nosotros mismos; ii) Alguna tiene valor económico, pero otra, no; iii) Esa información que no tiene valor patrimonial puede tener valor pero desde una esfera más personal, dando lugar a que los

² Vid. al respecto, Evolución del porcentaje de personas que nunca había accedido a Internet en España de 2010 a 2023”, Statista, disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/599658/porcentaje-de-personas-que-nunca-habia-utilizado-internet/> (consultado el 27 de marzo de 2025).

³ *Ibidem*.

⁴ Vid. el informe “Porcentaje de población que nunca había utilizado Internet en la Unión Europea (UE-27) en 2023”, Statista, disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/599658/porcentaje-de-personas-que-nunca-habia-utilizado-internet/> (consultado el 27 de marzo de 2025).

⁵ *Ibidem*.

⁶ S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, 2019, p. 407; A. MERCHÁN MURILLO, “Cuestiones esenciales en cuanto en torno a la sucesión digital internacional”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (DIR.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, 2022, p. 592.

herederos quieran acceder a esa información tras la muerte de la persona que la ha generado, impactando de lleno en la privacidad *post mortem* e incluso también a su identidad digital⁷; iv) El elemento extranjero está presente en la sucesión de ese posible patrimonio digital en todo caso, lo que implica que las normas de Derecho internacional privado europeo entren en escena.

4. La complejidad jurídica del tema a abordar se agrava debido a que no existe una normativa material al respecto en España⁸ ni en prácticamente ningún Estado miembro y tampoco desde una perspectiva internacional privatista. De hecho, la normativa material en materia sucesoria que existe no ofrece soluciones debido a que cuando se creó no existían los problemas complejos que plantean en la actualidad la sucesión de bienes digitales⁹. La realidad es que, en la mayoría de los casos, los problemas que plantea la sucesión *mortis causa* de los bienes físicos no es la misma que plantea los bienes digitales.

5. Ante este escenario vamos a dividir el presente trabajo en cuatro partes diferenciadas. En la primera parte se abordarán cuestiones introductorias relacionadas con el concepto de bien digital, la internacionalidad de estas sucesiones *mortis causa* y la normativa que se debe tener en cuenta desde una perspectiva transnacional.

En la segunda parte, el objeto del trabajo se centrará en categorizar los bienes digitales para poder determinar cómo se podrían integrar en una sucesión *mortis causa*.

En la tercera parte, se estudiarán cuestiones de litigación transfronteriza abordando qué pleitos se podrían derivar de la sucesión *mortis causa* de bienes digitales debido a que muchos de ellos tienen un carácter patrimonial pero también personal y cuál sería el Derecho aplicable a los mismos.

En la cuarta y última parte, trataremos aspectos relativos a la posibilidad de designar quiénes, cómo y mediante que vías legales se puede disponer sobre el patrimonio digital conforme Derecho español.

II. Hacia un concepto de “bien digital”

6. Un primer problema que aparece en la sucesión *mortis causa* de bienes digitales es determinar qué se entiende por “bien digital”. Esto es así porque no hay una norma europea, ningún Reglamento europeo ni en materia de familia ni en materia patrimonial, que ofrezca una definición clara y precisa para este término a pesar de su importancia en la práctica.

7. Por lo tanto, ante esta falta de uniformidad legislativa y también jurisprudencial, la doctrina ha señalado que una forma de llegar a un concepto de bien digital es diferenciando diferentes tipos de bienes en atención a su forma de procesamiento¹⁰ o cómo se almacena esa información¹¹. Así, en base

⁷ Por “identidad digital” podemos entender la manifestación de la identidad de una persona en un entorno informático. La mayoría de la doctrina considera que no hay una dualidad entre la identidad física y la digital. La persona y su identidad es solo una, la única diferencia es que una es una manifestación física y la otra digital. Para un mayor detalle *vid.* J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y electrónico: una visión de derecho internacional y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 43 y p. 46.

⁸ Salvo en el Derecho civil catalán, donde podemos encontrar la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (BOE núm. 173, de 21 de julio de 2017). Parte de esta norma fue declarada inconstitucional por una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de 17 de enero de 2019. En particular, la parte de la ley relativa a la creación y regulación de un registro electrónico de voluntades digitales. El TC consideró que la naturaleza de ese registro era privada y que la competencia para crear un registro de esa naturaleza corresponde de forma exclusiva al Estado en virtud del art. 149.1. 8 de la Constitución. Sin carácter exhaustivo, sobre esta Ley 10/2017 *vid.*, E.GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), Vol. 12, nº 1, pp. 919-924.

⁹ Para una misma visión *vid.* I. MASPES, “Morte digitale e persistenza dei diritti oltre ka vita della persona fisica” (Nota a ordinanza Tribunale civile Milano sezione I 9 febbraio 2021), *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc.7, p. 1602.

¹⁰ I. MASPES, “Morte digitale e persistenza dei diritti oltre ka vita della persona fisica” (Nota a ordinanza Tribunale civile Milano sezione I 9 febbraio 2021), *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc.7, p. 1603.

¹¹ A.Mª PÉREZ VALLEJO /I.VIVAS TESÓN, *La trasmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 210. *Vid* también, E.GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de*

a este criterio de cómo se procesan o dónde se encuentran recogidos los bienes digitales se podría diferenciar entre:

- *Bienes digitales que se encuentran exclusivamente en formato on line y que se pueden representar en formato binario.* Es decir, bienes digitales que representan mediante secuencias de series de números que son 0 y 1. Esto es lo que conoce como bits (*binary digit*). Una foto que realizamos con el *smartphone* y que luego subimos a una red social es un conjunto de *bits*. Un aspecto fundamental que estudiaremos más adelante es que para la creación de estos “bienes” que únicamente se encuentran en formato digital existe un contrato firmado entre el causante y el prestador de servicios digitales, es decir, la plataforma de vídeo, la red social, la empresa que ofrece servicio de correo electrónico, etc. Además, estos “bienes digitales” en realidad no son bienes en puridad sino más bien un servicio al que accede el causante de forma personal y en la mayoría de los casos será intransferible. Esta intransferibilidad generalmente es así porque lo señalan los contratos que se firman con los prestadores de estos servicios. En esta categoría de bienes digitales que se encuentran *on line* se podrían incluir cuentas en *marketplaces*, documentos almacenados en la nube, cuentas en redes sociales, correos electrónicos, contraseñas, bienes electrónicos adquiridos en línea (música, películas, *software*), monedas virtuales (bitcoin y otras criptomonedas), *software* y, de forma más general, datos relativos a una persona generados digitalmente e introducidos en la red¹².
- *Bienes digitales que se encuentran en un soporte físico.* Es decir, bienes que se almacenan en un ordenador, en CDs o memorias USB. Estos bienes digitales seguirán la suerte del soporte físico en el que se encuentren¹³. Aunque puede parecer que estos bienes digitales son más fáciles de heredar debido a que no se plantearía el problema del acceso (salvo que tuvieran clave), no obstante, también pueden presentar otros problemas debido a que la propiedad sobre el bien físico (ordenador, por ejemplo) en el que se almacenan los datos pueden concurrir en la misma persona titular de esos bienes digitales ahí almacenados o no necesariamente¹⁴. Piénsese en un profesor de universidad de derecho, el cual está escribiendo su último libro en un ordenador que no le pertenece, cuyo dueño es su universidad. Al fallecer aquél repentinamente, el ordenador se debe devolver a su legítimo propietario, la universidad, pero el contenido creado por él, es decir, ese libro entrará en el caudal relicto.

8. Otra clasificación muy presente en la doctrina, y que se desarrollará más adelante es clasificar los bienes digitales en tres grandes categorías en atención a si tienen un valor patrimonial, personal o mixto.

III. El impacto de la vida digital en la sucesión *mortis causa*: ¿Toda sucesión es internacional?

1. Aproximación inicial

9. En atención a lo expuesto anteriormente, en la actualidad, la gran mayoría de las personas tiene presencia en Internet. Esta presencia quizás sea más intensa cuanto más joven se sea, ya que la realidad es, que el acceso y uso de Internet por las diferentes generaciones que conviven en la actualidad es desigual. Esto hace que puedan existir sucesiones en las que el finado ostente una web propia, tenga varios monederos digitales en los que hay criptomonedas, cuente con varias cuentas de correo electrónico, su presencia en redes sociales haya sido activa subiendo fotos, vídeos y realizando comentarios, ostente una cuenta para realizar inversiones y tenga varios *iphone(s)* y un par de ordenadores¹⁵. Pero también,

Derecho Transnacional (CDT), Vol. 12, nº 1, p. 917; C. PANENCO, “La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 20 bis, junio 2024 pp. 650-651.

¹² I.MASPES, “Morte digitale e persistenza...”, p. 1603.

¹³ I.MASPES, “Morte digitale e persistenza...”, p. 1603.

¹⁴ A.M^a PÉREZ VALLEJO /I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, pp. 227-228.

¹⁵ Sobre esa diferencia entre generaciones en el uso de Internet y su convivencia en la actualidad *vid.* A.M^a PÉREZ VALLEJO /I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 204.

hoy en día, la mayoría de las sucesiones son en relación a personas que nacieron en torno a mediados del pasado siglo en las que la presencia en Internet sea escasa, tanto desde una perspectiva económica como personal y la sucesión no se vea impactada en absoluto.

10. Para el presente trabajo, el *target* relevante de personas serán las más activas en los que a la creación y tenencia de bienes digitales se refiere. Hay que tener presente que conforme vaya pasando el tiempo, las sucesiones *mortis causa* más se verán afectadas por la vida digital que hemos llevado durante nuestra existencia y mayor consciencia se tendrá sobre cómo legar todo ese contenido digital¹⁶.

11. De este modo, debido a este gran uso de Internet, tan diferente y de forma tan generalizada entre generaciones de personas con intereses tan distintos cabe plantearse dos cuestiones preliminares: 1º) ¿Toda sucesión *mortis causa* podría calificarse como internacional debido al uso de plataformas que requieren que el usuario firme condiciones generales de contratación con empresas cuyas sedes se encuentran en terceros países como EE.UU.?; 2º) ¿Actualmente existen soluciones uniformes sobre cómo se integra el patrimonio digital en una sucesión *mortis causa*?

2. La calificación de la sucesión *mortis causa* como internacional por la existencia de bienes digitales

12. En relación a la primera cuestión que surge y que es necesario resolver al plantearse la sucesión por causa de muerte del patrimonio digital de una persona es si toda sucesión debería calificarse de internacional. En otras palabras, debido a que las empresas que nos ofrecen toda esa vida paralela en Internet tienen sus sedes en el extranjero¹⁷ y para poder acceder a sus servicios hay que firmar contratos con ellas, cabe preguntarse si este hecho puede implicar que una sucesión *mortis causa* que presenta todos sus elementos conectados con un único país puede cambiar a transnacional como consecuencia de esos bienes digitales. Desde nuestra visión, la respuesta es no. Por el hecho de ostentar un patrimonio digital, ubicuo y en el que intervienen empresas radicadas en diferentes países que dan acceso a un servicio digital, una sucesión enteramente nacional cuyos elementos se ubican en un único Estado no sería internacional¹⁸. Los motivos para esta posición podrían basarse en: 1) La razón de ser del Derecho internacional privado; 2) Lo establecido por las normas potencialmente aplicables como el *Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante, RES¹⁹); 3) La relevancia de la seguridad jurídica.

¹⁶ Sobre el poco conocimiento en la actualidad sobre cómo organizar el patrimonio digital tras la muerte *vid.* S.ZUBERO QUINTANILLA, “La autonomía de la voluntad del testador con respecto a la disposición de sus activos digitales: contraposición entre las previsiones de la ley orgánica de protección de datos y los principios del Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. XII, n° 1, p. 141, la autora señala que la falta de previsión hoy en día sobre el destino de los bienes digitales tras la muerte de una persona no es tanto por descuido o mala *praxis* si no por desconocimiento.

¹⁷ En el caso de las redes sociales (la empresa *Meta* con sede en California (EE.UU.) es dueña de Facebook, Instagram y WhatsApp; la empresa Microsoft de la red social profesional *LinkedIn* tiene su sede estatutaria en Washington (EE.UU.); *Tik Tok* pertenece a la empresa china *Bytedance* con sede en Pekín). A la hora de comprar en Internet y tener cuentas en *ecommerce*, *Amazon* (con sede en Seattle y Arlington, ambas ciudades estadounidenses) o *Alibaba* (cuya sede se encuentra en Hangzhou, China), destacan sobre el resto; cuentas de *email* como es el caso de *Gmail*, cuya sede se encuentra en California (EE.UU.); cuentas de criptoactivos que se pueden guardar en monederos virtuales como los que ofrecen plataformas como *Binance*, cuya sede se encuentra en Malta; la creación de vídeos o la tenencia de cuentas en plataformas como *YouTube*, con sede en California (EE.UU.); simplemente almacenamos contenido en la red mediante plataformas como *Dropbox*, cuya sede también se encuentra en California (EE.UU.), nos divertimos escuchando música en *Spotify* (empresa con sede en Suecia) o viendo series o películas en *Netflix* (con headquarters en la ciudad de Los Gatos, California, EE.UU.) o *HBO* (cuya sede estatutaria se encuentra en Nueva York).

¹⁸ *Vid.* en este sentido, I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border “digital “succession” in the digital era: preliminary remarks on the new challenges for the current legal framework”, *EU and comparative law issues and challenge series*, Special issue - Law in the age of modern technologies, Vol. 7 (2023), p. 40.

¹⁹ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

13. En relación a los objetivos y razón de ser del Derecho internacional privado hay que tener presente que esta disciplina se ocupa de determinar el tribunal competente, el derecho aplicable y los efectos de las resoluciones judiciales en un país diferente de donde se dictan respecto de las relaciones privadas en las que existe uno o varios elementos extranjeros²⁰. Estos elementos extranjeros deberían estar localizados en diferentes Estados, entendido como territorios físicos geográficamente diferentes para poder considerar que estamos ante una sucesión transfronteriza²¹. Hay doctrina, y también el propio TJUE, que ha apoyado que en determinadas situaciones que, con un simple elemento extranjero, siendo indiferente su relevancia es suficiente para calificar una situación como privada internacional sin necesidad de que estén implicados en la situación varios Estados miembros²². Esta tesis es la que se conoce como “la tesis del elemento extranjero puro”²³. Sin embargo, en el caso de las sucesiones *mortis causa* si analizamos lo dispuesto por el TJUE²⁴ para determinar en qué casos una sucesión es transfronteriza a efectos del RES podemos apreciar que es necesario que existan diferentes elementos extranjeros que conecten la sucesión con más de un Estado²⁵. Esto puede ser bien porque los bienes que componen la sucesión *mortis causa* se encuentren en diferentes Estados o el Estado de la nacionalidad del causante no coincide con el país de su residencia habitual al momento del fallecimiento. De este modo, para calificar una sucesión como transfronteriza se necesita que la misma tenga tal repercusión²⁶, y desde nuestro punto de vista, esto es algún elemento más que el contrato que firma el causante con la plataforma que va a prestar los servicios de vídeo en *streaming* o que le va a permitir hacer compras en un *ecommerce*. Si con ese simple elemento extranjero fuera suficiente, en la actualidad, prácticamente todas las sucesiones *mortis causa* serían transfronterizas lo que daría lugar a una importante inseguridad jurídica para los herederos debido a que se suscitaría importantes dudas de cuál sería el Derecho aplicable a la sucesión.

3. Las normas que regulan la sucesión *mortis causa* transfronteriza de bienes digitales

14. En relación a la segunda cuestión preliminar que nos planteábamos, si existen soluciones uniformes en materia de Derecho internacional privado a nivel europeo de cómo se integraría en la sucesión *mortis causa* el patrimonio digital, la respuesta es no. Hay que tener presente que la norma potencialmente aplicable a una sucesión *mortis causa* de patrimonio digital sería el RES debido a que, aunque no recoge nada sobre bienes digitales, es la normativa directamente aplicable por tribunales y autoridades europeas en la UE a las sucesiones *mortis causa* transfronterizas. Además, este Reglamento europeo se basa en el principio de unidad de la sucesión²⁷, siendo aplicable tanto a bienes muebles e in-

²⁰ Sobre este particular *vid. ad ex.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 158-164.

²¹ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border ...”, p. 39.

²² STJUE de 14 de noviembre de 2013, C-478/12, *Maletic*, ECLI:EU:C:2013:735, apartado 26.

²³ A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2022, p. 137.

²⁴ STJUE de 21 de julio de 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 32. Para un análisis sobre esta sentencia, *vid. ad ex.*, M.J.CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 473-511; J.GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Réflexions sur la notion de “jurisdiction” au sens de l’Article 3.2 du Règlement (UE) nº 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne Oberle, C-20/17, et WB, C-658/17. Perspective espagnole”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1001-1019.

²⁵ El legislador europeo pudo definir en el texto del RES cuando una sucesión *mortis causa* se debe considerar transfronteriza pero no lo hizo. La doctrina apunta que esa omisión se debe a que si otorgaba una definición se podía dejar asuntos fuera. Es decir, por el temor de no poder ofrecer una solución general, el legislador prefirió no definir qué es una sucesión *mortis causa* transfronteriza a la luz del RES. Así, el legislador prefirió que ese concepto se fuera construyendo en atención a la aplicación del RES por parte de autoridades y tribunales. Sobre este particular, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, Rapid centro color, Murcia, 2019, p. 66.

²⁶ En la jurisprudencia *vid.* STJUE de 16 de julio de 2020, C-80/19, E.E. vs. K.-D, ECLI:EU:C:2020:569, apartados 45. En la doctrina *vid.* E.CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria.El Reglamento Sucesorio europeo”, en A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2374-2376.

²⁷ A.DAVI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 25.

muebles²⁸ por lo que si los bienes digitales fueran unos bienes más dentro de una sucesión *mortis causa* también deberían quedar incluidos en el RES en atención al citado principio²⁹.

15. Junto con el RES, otra norma relevante a tener presente en relación al objeto del presente trabajo es el *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante, RGPD). Esta norma es importante debido a que una de las dificultades que presenta la sucesión *mortis causa* de bienes digitales es la estrecha conexión que presentan con los derechos de la personalidad. Así, algunos bienes digitales no sólo ostentan una naturaleza patrimonial, sino que también tienen una vertiente personal que afecta de lleno a la privacidad de las personas. Y a pesar de que el RGPD, en atención a su considerando 27, no se aplicaría a la protección de los datos personales de las personas fallecidas, ese mismo considerando permite que los Estados miembros puedan desarrollar normativa para la protección de la privacidad *post mortem*³⁰. Y así se ha hecho. Como ejemplo, podemos poner de manifiesto, los arts. 3 y 96 de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*³¹ (en adelante, Ley española de protección de datos personales). El art. 3 (el cual es una excepción al art. 2.2 b) recogido también en la citada Ley española) establece la protección de los datos personales de las personas fallecidas y el art. 96 se ocupa de desarrollar algunos aspectos relativos del mal llamado “testamento digital”³². Al igual que el ordenamiento jurídico español, otros Estados miembros como el italiano³³ o el francés³⁴, también cuentan con disposiciones para proteger los datos personales tras el fallecimiento incluso antes de la entrada en vigor del RGPD. Este es el caso de Italia y también de España, que ya disponían de protección de la privacidad para las personas fallecidas³⁵.

16. Por lo tanto, la investigación que desarrollamos va a tener como normas principales para resolver los problemas jurídicos que se van a plantear el RES, el RGPD y la Ley española de protección de datos personales.

IV. La categorización de los bienes digitales

17. Uno de los aspectos más complejos que presenta la sucesión de bienes digitales es su categorización para así poder llegar a determinar si esos bienes pueden ser objeto del caudal relicto en una sucesión *mortis causa*. En otras palabras, clasificar la naturaleza del bien digital es una tarea que reviste de cierta complejidad debido a la diversidad de este tipo de bienes y lo relacionado que algunos se encuentran con la identidad de la persona. Además, no se puede perder de vista la importancia del aspecto contractual debido a que la mayoría de esos bienes se crean debido a una relación contractual previa de finado con una empresa que presta servicios en la sociedad de la información.

18. Un principio importante del que se debe partir es que si el bien digital tiene valor económico se va a poder transmitir por causa de muerte de la misma forma que si de un bien físico se tratara³⁶. Este

²⁸ Considerando 15 RES.

²⁹ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border ...”, p. 41.

³⁰ Sobre la protección de la privacidad tras la muerte *vid.* S.CÁMARA LAPUENTE, “La lesión por medios digitales de la personalidad del fallecido”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, 2020, pp. 117-174.

³¹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

³² Sobre este particular *vid.*, sin carácter exhaustivo, J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y electrónico: una visión de derecho internacional y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

³³ Art 2-terdecies Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196- Codice in materia di protezione dei dati personali-.

³⁴ Art. 63 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746> (consultado el 2 de mayo de 2025).

³⁵ Art. 2.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

³⁶ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border...”, p. 42.

principio ha sido calificado por la doctrina como “principio de equivalencia funcional”³⁷. Principio que se puede apoyar en la legislación material sobre sucesiones de ordenamientos jurídicos como el noruego, el inglés, el belga³⁸ o incluso el español y también en los casos que han tenido que ser resueltos por los tribunales en los últimos años³⁹. A la luz de los asuntos resueltos por los tribunales y del derecho material se puede afirmar que al igual que se heredan bienes físicos se podrían heredar bienes digitales en atención al principio de universalidad que rige en ordenamientos como el español. Sin embargo, en la práctica no es tan sencillo afirmar lo anterior en relación a bienes digitales cuya naturaleza no es estrictamente económica y en los que la privacidad y los derechos de la personalidad, como el honor, la propia imagen, pueden jugar un papel importante, como podría ser una cuenta de email.

De este modo, cada sucesión *mortis causa* en la que existan bienes digitales puede ser muy diferente. Estas sucesiones pueden entrañar dificultades diversas debido a que no existe una visión unánime entre los Estados miembros de qué es un bien digital, de cómo se deben categorizar los mismos ni tampoco cómo debería articularse su transmisión *mortis causa*. Y es que hay que tener en cuenta que debido a esa heterogeneidad⁴⁰ y diferente naturaleza de los bienes digitales un primer paso sería categorizar dichos bienes en aras de poder determinar si conforme a la Ley que rija la sucesión pueden ser objeto de transmisión *mortis causa*.

19. Para tal tarea, la doctrina ha diferenciado que los bienes digitales podrían clasificarse en diferentes tipos en atención a si tienen carácter económico o cómo se crean⁴¹. En atención a si el aspecto más predominante del bien digital es el patrimonial se podría hacer una primera clasificación diferenciando entre:

- *Bienes digitales patrimoniales*. Son aquellos bienes digitales en los que el carácter patrimonial impera. Este podría ser el caso de cuentas bancarias digitales, monederos digitales con criptoactivos, obras de arte como *non fungible tokens*⁴² o la titularidad de derechos de propiedad industrial o intelectual sobre creaciones digitales.
- *Bienes digitales personales*. Estos bienes serían aquellos en los que el aspecto más caracterizador del bien digital es el contenido íntimo, personal o privado de una persona. Estos bienes digitales podrían ser, *ad ex.*, mensajes de WhatsApp, cuentas de email o mensajes privados en redes sociales.
- *Bienes digitales mixtos*. Serían aquellos bienes digitales en los que hay componentes patrimoniales, pero también personales. Es decir, son bienes con naturaleza patrimonial pero también podrían afectar a la privacidad y a la esfera más personal del causante. Este puede ser el

³⁷ M.FRAS, “Succession of digital goods. A comparative legal study”, *Review of European and Comparative Law*, Volume XLVII, Year 2021, issue 4, p. 79.

³⁸ *Id.* al respecto, M.FRAS, “Succession of digital goods...”, p. 78.

³⁹ Uno de los más conocidos, el cual posteriormente desarrollaremos, es el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo alemán que dio lugar a una 12 de julio de 2018, un análisis de su recorrido puede estudiarse en M.FRAS, “Succession of digital goods. A comparative legal study”, *Review of European and Comparative Law*, Volume XLVII, Year 2021, issue 4, pp. 70-75.

⁴⁰ A.SPANGARO, *La successione digitale: la permanenza post mortem di aspetti della personalit.*, *Giurisprudenza italiana*, No. 6, 2022, p. 1366.

⁴¹ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border...”, pp. 42-45.

⁴² Un “non fungible token” o “token no fungible”, también conocido popularmente como NFT, es un activo digital único que no se puede fraccionar, a diferencia de lo que sucede con los “fungible tokens”, como es el caso de las criptomonedas (*ad ex.* bitcoins). De este modo, un NFT al no poder ser dividido es irrepetible y está basado en la tecnología de bloques o blockchain. Como consecuencia de esta última tecnología los NFT se pueden almacenar, verificar su autenticidad y demostrar que son únicos, todo ello sería posible gracias a un *smart contract*. En los últimos años, la prensa se ha hecho eco de obras de arte en forma de NFT, algunas de ellas han tenido tal éxito que han sido vendidas por más de 60 millones de euros por famosas casas de subastas como Christie’s. Este fue el caso de la obra “Everydays: The First 5000 Days” del artista Beeple. *Vid.* al respecto, “Las obras de arte más caras que se han vendido como NFT” en Diario Expansión, 15 de febrero de 2022, disponible en <https://www.expansion.com/fueradeserie/cultura/2022/02/15/61fae421468aeb9098b45cb.html> (consultado el 9 de junio de 2025). Sobre la blockchain *vid.* A.DE LA MATA RODRIGUEZ, “Fundamentos del Blockchain” 2020, disponible en <https://blockchainintelligence.es/fundamentos-de-blockchain-por-almudena-de-la-mata/> (consultado el 6 de junio de 2025); A.LÓPEZ RODRIGUEZ, “Ley aplicable a los smart contracts y *lex cryptography*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 13, nº 1, pp. 441-459, en particular, p. 442.

caso de la creación de vídeos o publicaciones en redes sociales. Un vídeo o una publicación pueden ser objeto de derechos de autor y que ostente valor patrimonial pero también puede ser contenido que afecte a la esfera privada de una persona y esto implicar que la persona no desee que sus familiares tras su muerte puedan verlo. Del mismo modo, una cuenta de *Apple* o *Gmail* podrían tener también ese carácter mixto.

V. La determinación de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable de la sucesión *mortis causa* de bienes digitales

1. El punto de partida

20. En atención a esta clasificación anterior se podría afirmar que si el bien digital tiene un carácter patrimonial entraría dentro del patrimonio del finado y se regiría por el RES y por sus normas de conflicto aplicables para determinar el Derecho aplicable a la sucesión⁴³. En contraposición, siguiendo el mismo razonamiento, si el bien es estrictamente personal quedaría fuera del caudal relicto y podrían entrar en juego otros aspectos no estrictamente sucesorios relacionados con la protección de la privacidad del causante. Sin embargo, la cuestión es qué sucede con esos bienes digitales mixtos o con esos bienes digitales en los que la esfera personal o patrimonial no es tan clara, ¿podrían los herederos ocupar la posición del causante para poder acceder a una cuenta de *Intagram* o *youTube* y seguir “monetizando” contenido de una persona fallecida? La respuesta a esta cuestión estaría relacionada en gran medida con lo dispuesto en los contratos firmados entre el causante y el prestador de servicio digitales que permite el acceso a esas cuentas en plataformas.

21. De este modo, se deber poner atención en cómo se crea ese bien digital en vida del causante, es decir, qué términos y condiciones se aceptaron por el finado. Estos aspectos serán más que relevantes para poder determinar tanto si los herederos pueden acceder a esas cuentas, qué uso pueden hacer de ese contenido tras la muerte del finado y si el contenido es patrimonial que pueda ser parte del caudal relicto. Es decir, los herederos deben tener presente esos contratos mediante los que sea crea el bien digital para poder determinar cómo impacta en la sucesión *mortis causa*⁴⁴.

22. Sobre este particular, la mejor doctrina ha diferenciado que la aproximación a la sucesión de bienes digitales de carácter no estrictamente patrimonial o económico se podría resolver teniendo presente algunas de las siguientes tesis o posiciones doctrinales⁴⁵:

- *Tesis basada en la propiedad*. En base a esta perspectiva, el heredero ocuparía la posición del causante¹, y, por lo tanto, le sucedería en todas sus relaciones activas y pasivas, incluido los contratos mediante los cuales se crean bienes digitales con independencia de si éstos tienen un carácter más patrimonial o personal. Esta posición se basa en el principio de universalidad de la sucesión y en el principio de equivalencia. Es decir, del mismo modo que se pueden heredar bienes físicos se pueden también heredar bienes digitales con independencia de su naturaleza.
- *Tesis basada en la personalidad*. Esta tesis tiene su eje central en la protección de los derechos de la personalidad y la privacidad del causante. Por lo tanto, en base a esta posición, los herederos podrían heredar algunos bienes digitales de carácter más patrimonial, pero en ningún caso ocupar la posición del causante para poder así heredar cuentas de redes sociales, de email o IDs de *Apple*.

⁴³ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... *op. cit.*, p. 42

⁴⁴ *Vid* al respecto, A. MERCHÁN MURILLO, “Cuestiones esenciales en cuanto en torno a la sucesión digital internacional”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (DIR.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, 2022, p. 598.

⁴⁵ A.SPANGARO, *La successione digitale: ...*, pp. 1368-1370; I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... *op. cit.*, pp. 43-44.

- *Tesis basada en la autonomía de la voluntad.* Esta tesis le otorga un valor importante a los contratos firmados (normalmente condiciones generales de contratación) entre el *de cuius* y las plataformas que prestan servicios digitales. Estas condiciones generales de contratación que firma el usuario normalmente suelen contener cláusulas en las que se precisa qué sucede con la cuenta en causa de muerte. Las soluciones más habituales que ofrecen estas empresas son: 1) La no transferibilidad de la cuenta. Los contratos recogen alguna cláusula en la que se precisa que la cuenta es intransferible. Esto implica que los herederos no podrán acceder ni mucho menos ocupar la posición del causante tras su muerte; 2) La no transferibilidad de la cuenta pero con la posibilidad de que el usuario pueda nombrar a un “*heir contact*” o “heredero de contacto” para contactar tras la muerte. Esta persona nombrada *ex profeso* por el causante podrá ser contactada por la empresa de servicios digitales cuando la cuenta lleva inactiva durante un tiempo. También el usuario-causante podrá determinar el contenido al que tendrá acceso esa persona de contacto y qué va a pasar con esa cuenta tras su muerte.

23. Desde nuestro punto de vista, las tres tesis centran su atención en aspectos claves para la sucesión del patrimonio digital, esto serían: respeto a la privacidad, autonomía de la voluntad y principio de universalidad⁴⁶. Por eso consideramos que estas tesis no se deberían excluir las unas a las otras sino más bien aplicarse las tres en conjunto en atención al caso concreto.

2. Los diferentes escenarios

24. De este modo, teniendo presente el asunto específico y estas tres posiciones, se podrían diferenciar dos escenarios de partida que podrían estar presentes de forma habitual en una gran mayoría de sucesiones de bienes digitales por causa de muerte. Estos dos escenarios serían:

- 1 *Escenario enteramente patrimonial.* En este escenario la naturaleza de los bienes digitales que compondrían la sucesión *mortis causa* es patrimonial. Se trataría de un causante que podría tener cuentas de criptoactivos, cuentas en bancos digitales o ser titular de derechos de propiedad industrial o intelectual. En este caso, estos bienes digitales se integrarían en la masa hereditaria en base al principio de universalidad y de equivalencia y se podrían heredar como cualquier bien físico más⁴⁷. La determinación del Derecho aplicable en este tipo de asuntos sería del mismo modo que si se tratara de una sucesión *mortis causa* que sólo se compone de bienes analógicos. Por tanto, los artículos aplicables del RES a tener presente serían los arts. 21 y 22. El Derecho aplicable a la sucesión *mortis causa* sería el que determinaría si esos bienes digitales tienen ese carácter patrimonial y si se pueden transferir a los herederos. En principio, todos los contratos firmados por el causante podrían transferirse a sus herederos siempre que no fueran contratos que se extinguen tras la muerte. Así se considera al menos en ordenamientos jurídicos como el español⁴⁸ o el italiano⁴⁹ en los que se parte de que el heredero sustituye al causante en sus posiciones contractuales como regla general. No obstante, habrá que atender a lo dispuesto por *lex successiois*. Un ejemplo práctico nos permitirá poner de manifiesto estos preceptos de forma más clara:

⁴⁶ En derecho material español, en concreto en el Código Civil español en su art. 659 se recoge este principio de universalidad precisando que la herencia se compone de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. También del mismo modo se contempla en los derechos forales, ad ex., art. 322.1 del Código de Derecho foral aragonés, el art. 17.1 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco o el art. 441-1 del Código Civil Catatán.

⁴⁷ *Vid.* al respecto sobre la sucesión de bienes digitales de carácter patrimonial, A.Mª PÉREZ VALLEJO / I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis causa...*, p. 213.

⁴⁸ F. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, “Testamento digital”, en R. OLIVA LEÓN/S. VALERO, (Coords.), *Testamento ¿digital?*, Editores Juristas con futuro, 2016, p. 29. Disponible en abierto en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=657167> (consultado el 9 de mayo de 2025).

⁴⁹ I. VARIENGO/J. RE, “Managing managing cross-border... *op. cit.*, nota 19, p. 44.

La señora Smith, nacional irlandesa y residente en Marbella desde hace más de una década, ha fallecido recientemente en España dejando una masa hereditaria valorada en medio millón de euros. Los bienes que componen el caudal relicto serían de un bien inmueble en Marbella, 100.000 euros que se encuentran en un banco de los que no tienen sucursal, 15.000 euros en una cuenta de *PayPal*, 2 bitcoins y derechos de autor sobre unos vídeos que han tenido mucho éxito y por los que *YouTube* abona una cantidad de dinero cada cierto tiempo a la Sra. Smith. Sus herederos, quieren saber qué Ley regiría esta sucesión *mortis causa* debido a que se compone tanto de bienes digitales como físicos. Para ello hay que tener presente los arts. 21 y 22 del RES. En atención a esta norma hay que determinar si la causante eligió el Derecho aplicable a la sucesión conforme a las reglas que establece el RES en su art. 22. En este caso al no existir elección de Ley, el Derecho aplicable se determinaría conforme al art. 21 RES. Este precepto señala que la sucesión se rige en su totalidad por la Ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual al momento de fallecer. Es decir, el Derecho español, debido a que la Sra. Smith residía habitualmente en Marbella al momento de su fallecimiento. Es Marbella el lugar en el que la causante se encontraba físicamente en los años previo a su fallecimiento y donde mantenía sus vínculos más estrechos. El Código Civil español es el que determinará cómo se integran esos bienes digitales en la sucesión *mortis causa*, que al tener carácter enteramente patrimonial, se integrarían en el caudal relicto como si se tratara de otros bienes analógicos más.

2. *Escenario patrimonial y personal.* Sucesión de bienes digitales en los que el carácter de los mismos es patrimonial pero también los hay de carácter personal y de naturaleza mixta. En este escenario se tendrá que tener presente la Ley aplicable a la sucesión, pero también los contratos firmados entre el causante y los proveedores de servicios digitales⁵⁰. Esto es así debido a que esos contratos de bienes digitales en los que la esfera de la persona se ve afectada es necesario analizar si hacen alguna disposición esos contratos sobre qué sucede tras la muerte del usuario, y en su defecto, qué dispondría la Ley aplicable a esos contratos. A este particular le dedicaremos el siguiente epígrafe del estudio.

3. La determinación del Derecho aplicable bienes personales y mixtos

25. Partamos de la siguiente situación: el señor Van Dijk de nacionalidad holandesa, con residencia habitual en Alicante fallece en junio de 2025. Sus bienes al momento de fallecer serían una cuenta bancaria, títulos valores, dos bienes inmuebles, uno en Ámsterdam y otro en Alicante, una cuenta en la plataforma *OpenSea*, en la que hay 3 NFTS y varias cuentas en Redes Sociales como *Instagram* y *YouTube* de las que recibe dinero de la plataforma debido a que sus últimos años se ha dedicado a crear vídeos y posts sobre automóviles de lujo. Sus hijos quieren heredar cuanto antes y seguir obteniendo rendimiento de las inversiones del causante y de su considerable éxito y rédito en redes sociales, pero necesitan acceder a las cuentas y tomar decisiones al respecto. Esto se les presenta más complejo debido a que el causante no dispuso nada sobre su patrimonio digital, tampoco señaló persona encargada ni dejó precisado dónde encontrar claves para poder acceder. De este modo, ante este escenario, la primera cuestión que surge en esta sucesión *mortis causa* transfronteriza es qué Derecho regiría esta sucesión y cómo se integran esos bienes digitales en la misma.

26. En relación con el primer aspecto, es necesario señalar que el Derecho aplicable se debería determinar en atención a los preceptos del RES citados anteriormente. Es decir, los arts. 21 y 22.

27. En defecto de elección de Ley válida conforme al art. 22 RES, el Derecho sucesorio español recogido en el Código Civil sería la normativa aplicable debido a que la residencia habitual del causante al momento de fallecer se encontraba en España y esta es la Ley aplicable a la que remite la norma de conflicto del art. 21 RES. Sin embargo, en este asunto que planteamos, el causante era propietario de bienes digitales con carácter patrimonial pero también de bienes digitales de naturaleza

⁵⁰ *Ibidem*, p. 44.

personal o mixta. Así, en este caso, aunque el Derecho sucesorio hay que tenerlo presente, también se debe tener el contrato o términos generales de la contratación que el causante firmó⁵¹ para poder acceder a sus cuentas e interactuar en Redes Sociales o en plataformas de *NFTs*. Estos contratos pueden plantear escenarios diferentes en la sucesión *mortis causa* de bienes digitales. Así, es posible diferenciar entre:

- 1) *Contratos con plataformas que sí incluyen disposiciones relativas a la muerte*. En la actualidad, este escenario es el más habitual debido a que los términos y condiciones de la mayoría de los prestadores de servicios de la información sí precisan qué sucede con la cuenta tras la muerte del usuario. Un ejemplo de ello es la cuenta de *icloud* de *Apple*. En los términos y condiciones de la empresa de Cupertino se puede observar que los contratos de las cuentas de *icloud* son intransferibles, y que, con la muerte del titular, la cuenta y su contenido se acabaría⁵². En este escenario prima la autonomía de la voluntad y la Ley que rige la sucesión permanece en un segundo plano. Los contratos firmados con plataformas en los que se señala de forma expresa que son intransferibles, los herederos no van a poder ocupar la posición del causante y deberán atender a lo que señalan los mismos para poder acceder al contenido. Siguiendo con el ejemplo de *icloud*, en sus condiciones de uso del servicio prevé que el usuario pueda designar un contacto para que tras la muerte ostente determinados derechos concretos sobre la cuenta del causante. Este contacto podría, *ad ex.*, descargarse determinado contenido siempre tras la comprobación por parte de *Apple* de que el usuario ha fallecido y de que, esa persona fue designada como contacto tras la muerte⁵³.
- 2) *Contratos con plataformas que no incluyen disposición alguna en relación al fallecimiento del usuario*. En este escenario la Ley aplicable sería la Ley que rige esos contratos. Si en esa Ley no se señala nada ni se excluye la transferibilidad (que eso va a ser extraño en la actualidad) la sucesión *mortis causa* volvería a entrar en escena y se aplicaría con independencia de que los bienes digitales no ostentaran valor económico⁵⁴. Esto es posible si en el contrato firmado entre el finado y el prestador de servicios digitales no señala nada sobre qué sucede en caso de muerte ni se excluye la transferibilidad del contrato ni tampoco se señala nada en el Derecho aplicable a ese contrato. La transferencia de bienes digitales en este supuesto tan particular sería igual que si de bienes analógicos se tratara, salvo que el finado hubiera dispuesto de forma expresa que prohíbe el acceso a sus bienes digitales. En atención al ordenamiento jurídico español, el art. 96.1 letra a) de la Ley española de protección de datos personales precisa que las personas vinculadas con el causante por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos no podrán acceder a los contenidos del causante ni solicitar su modificación ni eliminación cuando la persona fallecida si así lo hubiera manifestado este de forma expresa. Esta prohibición manifestada de forma expresa por el causante tiene un límite y es que no puede afectar a al caudal relicto.

28. En este escenario se pueden dar situaciones en las que los herederos se vean avocados a litigar con el prestador del servicio. Este escenario podría ocurrir cuando en las condiciones y términos del contrato no se prevé nada sobre la transferibilidad de la cuenta en la red social y la familia desea acceder a la misma tras la muerte del usuario, pero el prestador del servicio se niega. Sobre este particular ha

⁵¹ I.VARIENGO/J.RE, "Managing managing cross-border... *op. cit.*, nota 19, p. 44.

⁵² *Vid.* al respecto, Cláusula IV, letra D, donde se señala lo siguiente: "Except as allowed under Digital Legacy and unless otherwise required by law, you agree that your Account is non-transferable and that any rights to your Apple Account or content within your Account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate your Account may be terminated and all content within your Account delete".

⁵³ *Vid.* sobre este particular, with Digital Legacy, you can choose to add one or more contacts to access and download certain data in your account after your death. If your designated contacts provide proof of death to Apple and have the required key, they will automatically obtain access to that certain account data and activation lock will be removed from all your devices. Thus, it is your responsibility to keep your Digital Legacy contacts up to date.

⁵⁴ I.VARIENGO/J.RE, "Managing managing cross-border... *op. cit.*, p. 44.

habido asuntos que han sido objeto de estudio por la doctrina como el de unos padres que demandaron a *Facebook* en Alemania⁵⁵ o el de otros contra *Apple* en Italia⁵⁶.

29. Por lo tanto, el aspecto clave es estudiar qué señalan esos contratos firmados entre el prestador de servicios digitales y el finado para llegar a determinar la legislación por la que se rigen. Si esos contratos con esos prestadores de servicios digitales no precisan nada o no señalan que la relación se extingue con la muerte, todo quedará regido por el Derecho aplicable a la sucesión⁵⁷. No obstante, la Ley que rige esos contratos es relevante porque puede que el contrato no establezca nada sobre qué sucede tras la muerte del usuario, pero el Derecho que rige esos contratos sí precise que los herederos no pueden suceder al causante en su posición contractual con la plataforma.

4. Los litigios derivados de la sucesión *mortis causa* de bienes digitales y la determinación del tribunal competente

30. Una cuestión interesante desde la perspectiva de litigación transfronteriza es qué normas de Derecho internacional privado son las aplicables para determinar el tribunal competente en el caso de una disputa entre herederos y la plataforma prestadora del servicio digital en relación a cuestiones relacionadas con bienes digitales de carácter patrimonial. La doctrina ha considerado que los arts. 4 a 11 RES⁵⁸ serían los aplicables y podrían determinar con precisión dónde acudir a litigar⁵⁹. En defecto

⁵⁵ El *Bundesgerichtshof* de 12 Julio de 2018 pone fin a una batalla judicial de varios años entre unos padres y la compañía norteamericana *Facebook*. En este asunto se resolvía el litigio entre unos padres alemanes que perdieron a su hija de quince años en un accidente en el metro de Berlín. Los padres sospechaban que esa muerte pudo ser consecuencia de que su hija hubiera sufrido acoso y creían que la red social *Facebook* ayudaría a esclarecer lo ocurrido debido a que la hija un año antes se había abierto un perfil con el consentimiento de ambos progenitores. Sin embargo, *Facebook* se niega a permitir acceso a los padres a la cuenta de su hija, los argumentos que esgrime son: 1) La extinción de la relación contractual al fallecer la titular de la cuenta; 2) El derecho a la intimidad y a la privacidad en las comunicaciones de sus usuarios. En primera instancia, el *Landesgericht* de Berlín en su resolución de 7 de diciembre 2015, dio la razón a los padres y les permitió acceder a la red social. El razonamiento del tribunal se basaba en que tenían derecho a acceder y heredar el contenido existente en la cuenta de la red social debido a que dichos contenidos se pueden transmitir con la muerte. En segunda instancia, el tribunal de apelación, el *Kammergericht* en su sentencia de 31 de mayo de 2017, revoca la decisión de primera instancia y deniega el acceso a los padres a la cuenta de *Facebook* de su hija fallecida en base al secreto en las telecomunicaciones. En particular, el tribunal alemán basándose en la *Telekommunikationsgesetz* considera que a las cuentas de *Facebook* también se puede extender el secreto a las telecomunicaciones. El tribunal, en esta segunda instancia, no entra a analizar si una cuenta en una red social puede integrar el caudal relicto y ser parte de la masa hereditaria. Los padres no se resignan ante esa resolución y acuden al Tribunal Supremo alemán. Este resuelve en su sentencia de 12 de julio de 2018 considerando que es posible heredar la cuenta de la hija en *Facebook*, y no sólo su contenido. El Tribunal Supremo alemán basándose en el art. § 1922(1) BGB considera que el acceso y transmisión e incluso posterior uso por parte de los herederos de la cuenta en la red social *Facebook* no vulneraba los derechos de la personalidad de la hija fallecida ni tampoco el secreto de las comunicaciones. Esto permitió que los padres tuvieran no solo acceso al contenido de la cuenta, sino que también se les considerara herederos de la misma. Esta sentencia es bastante relevante para el objeto de estudio que nos ocupa debido a que establece que el perfil social de una persona, su contraseña, sus publicaciones... son bienes del difunto, y que, por tanto, se podrían heredar. Para un análisis de este importante asunto *vid.*, M.FRAS, “Sucesion of digital goods. A comparative legal study”, *Review of European and Comparative Law*, Volume XLVII, Year 2021, issue 4, pp. 70-75. En la doctrina española *vid.* S.CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, 2019, pp.375-432, en particular, pp. 379-381; J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y...*, p. 92.

⁵⁶ Auto del Tribunal de Milán de 9 de febrero de 2021. En este caso unos padres italianos litigaron ante tribunales de Milán contra *Apple* debido a que querían acceder a la cuenta *en la nube (icloud)* de su hijo menor fallecido en un accidente de tráfico. Tras el accidente, el móvil había quedado destruido y temían que, tras tiempo sin actividad, *Apple* pudiera destruir el contenido de su cuenta. Los padres argumentaron que querían acceder a la cuenta para poder acceder a las fotos y tenerlas de recuerdo. Sin embargo, la empresa californiana se negó debido a que entendía que el Reglamento de protección de datos era inaplicable. Su argumento era que debía protegerse la privacidad y la seguridad de sus clientes resultando de aplicación la Ley estadounidense para las comunicaciones privadas (*Electronic Communications Privacy Act*). El tribunal de Milán consideró que los padres tenían razón y que se debía actuar con prontitud para evitar que se borrara el contenido. Sobre este asunto *vid.*, I. MASPES, “Morte digitale e persistenza...”, *op. cit.*, pp. 1601-1609.

⁵⁷ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border...”, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁸ E.CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria.El Reglamento Sucesorio europeo”, en A.L CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2385-2413.

⁵⁹ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border...”, *op. cit.*, p. 46.

de elección de foro (art. 7 RES)⁶⁰, los tribunales que se tendrían que tener presente por orden jerárquico son:

- 1º) *Foro de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento* (art. 4 RES). Un lugar relevante al que acudir a litigar es el de la residencia habitual del causante al momento de su muerte. Aunque no hay un concepto jurídico propiamente definido en el texto del RES sobre qué debe entenderse por residencia habitual, el TJUE sí lo ha ido desarrollando en atención a los asuntos que ha tenido que resolver en estos años^{61,62}. En definitiva, una persona física en atención al RES tiene su residencia habitual del Estado miembro cuando del conjunto de circunstancias (en los años de su vida que preceden a su muerte y del momento en el que esta se produce) puede establecerse un vínculo estrecho y estable con un Estado miembro. Ese vínculo lo determinarán especialmente el lugar de su presencia física (teniendo en cuenta su duración y regularidad⁶³) y sobre todo en casos de más dudas, su ánimo de permanecer (las condiciones y motivos de esa residencia habitual) también se deberá tener presente. Es un concepto fáctico en el que las circunstancias del caso concreto determinarán en qué Estado reside el causante al momento de su fallecimiento.
- 2º) *Foro del lugar de situación de los bienes de la herencia* (art. 10.1 RES). Un tribunal podrá ser competente en virtud de dónde se encuentren sitios los bienes de la herencia y lo será para toda la herencia en su totalidad, siempre que concurren dos requisitos: 1) No concurre ni el foro de la elección de ley (art.7 RES) ni el foro de la residencia habitual del causante (art. 4)⁶⁴; 2) Algunos bienes de la herencia se encuentran sitios en el Estado cuyos tribunales pueden ostentar competencia judicial internacional. Y además debe concurrir junto con esos dos requisitos un factor extra de vinculación que puede ser, bien que el causante ostentara nacionalidad del Estado donde se encuentran los bienes al momento de su fallecimiento o, que el causante hubiera tenido residencia habitual en ese Estado miembro.
- 3º) *Foro del lugar de situación de los bienes de la herencia* (art. 10.2 RES). En el caso de que no concurren ninguno de los foros anteriormente mencionados y existan bienes en un Estado miembro, ese Estado ostentará competencia únicamente para los bienes sitios en su territorio⁶⁵.
- 4º) *Foro de necesidad* (art. 11 RES). Este foro puede operar únicamente a favor de un Estado miembro de forma restrictiva y subsidiaria cuando no concurre ninguno de los foros anteriores, la sucesión presenta suficiente conexión con un Estado miembro y además, resulta imposible iniciar un litigio o no puede desarrollarse en un tercer Estado donde sí se presenta el asunto vinculación estrecha.

31. Sin embargo, estos foros no serían los aplicables en el caso de una litigación transfronteriza cuando la disputa entre los herederos y la familia atañe a bienes digitales con un carácter personal. Es decir, piénsese en el caso de que unos herederos quieren acceder a la cuenta de *Gmail* de su madre

⁶⁰ En virtud del art. 7 RES, el causante que haya elegido la Ley aplicable a su sucesión también se puede derivar de ello la elección de foro. Esta elección es limitada y sólo podría implicar la competencia bien de los tribunales del Estado de la nacionalidad del causante al momento de la elección o la de los tribunales del Estado de la nacionalidad del causante al momento de su fallecimiento. Para que este foro pueda operar la elección de Ley debe ser válida en atención al art 22 RES y además debe existir, bien un acuerdo de litigación entre las partes bien formal o informal de acudir a litigar ante los tribunales del Estado miembro cuya Ley fue elegida por el causante, o bien, el tribunal del Estado del Estado miembro del lugar de la residencia habitual del causante o del lugar de situación de los bienes hereditarios se ha abstenido, a instancia de parte, de conocer del caso porque entiende que los tribunales del Estado miembro del Estado de la ley que fue elegida están mejor situados para conocer. Para un mayor detalle sobre este foro, *vid.* J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio...*, pp. 161-169.

⁶¹ STJUE de 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E. vs. K.-D.E.*, ECLI:EU:C:2020:569, apartados 37-40.

⁶² También los considerandos 23 y 24 del propio texto del Reglamento en materia de sucesiones aunque no define el concepto de residencia habitual ofrece unas consideraciones prácticas útiles sobre la determinación de la residencia habitual.

⁶³ STJUE de 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E. vs. K.-D.E.*, ECLI:EU:C:2020:569, apartados 38.

⁶⁴ STJUE de 7 de abril de 2022, C-645/20, *V A y Z A vs. TP*, ECLI:EU:C:2022:267, apartado 30.

⁶⁵ , “Sucesión hereditaria.El Reglamento Sucesorio europeo”, en A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2022,p. 2403.

fallecida. En el caso de que los bienes digitales no ostenten valor económico, pero sí personal habrá que atender a los instrumentos legales internacionales que permitan determinar la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable en los asuntos relativos a la vulneración de los derechos de la personalidad. Especialmente, este escenario de litigación transfronteriza, cobrará más fuerza si además hay un contrato entre el prestador de servicios digitales y el causante donde se señala que la cuenta es intransferible. La litigación transfronteriza en estos casos no podría sustentarse en el RES debido a que estos bienes personales intransferibles quedarían fuera del art. 3 del RES⁶⁶.

Así, los herederos y/o familiares del causante deberían tener presente el Reglamento 1215/2012, conocido como Reglamento Bruselas I bis (RBI-bis)⁶⁷, para determinar la competencia judicial internacional y las normas de Derecho internacional privado del foro en materia de vulneración de derechos de la personalidad para determinar el Derecho aplicable. Esto es así debido a que el Reglamento europeo en materia de determinación del Derecho aplicable para reclamaciones extracontractuales excluye de su ámbito de aplicación los derechos de la personalidad (art. 2).

Los posibles foros de competencia judicial internacional serían los foros de sumisión expresa (art. 25 RBI-bis) o tácita (art. 26 RBI-bis), el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI-bis) o el foro especial por razón de la materia (art. 7.2 RBI-bis)⁶⁸. En este caso, los familiares podrían acudir a litigar ante los tribunales del Estado miembro donde se han sufrido los daños derivados de la lesión de los derechos de la personalidad, es decir, daño a la intimidad, a la propia imagen o al honor.

En relación al Derecho aplicable, sería de aplicación en el caso de litigar ante tribunales españoles el art. 10.9 del Código Civil español. Este precepto lleva a aplicar la Ley del país donde se ha producido el daño a los derechos de la personalidad⁶⁹.

32. No obstante, antes de iniciar un litigio para poder acceder a cuentas digitales donde el contenido es enteramente personal habría que tener presente tres aspectos:

- 1) *Vulneración de la privacidad con el acceso a ese contenido.* Sería necesaria valorar a qué tipo de contenido quiere acceder la familia del causante. Si es un contenido íntimo, privado, se podrían encontrar con la negativa por parte de la normativa europea y nacional en materia de protección de datos personales. Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, hay que tener en cuenta los arts. 3 y 96 de la ya mencionada Ley española de protección de datos personales.
- 2) *La prohibición expresa del causante.* El causante tiene la facultad de prohibir que sus herederos accedan a sus bienes digitales. Así se reconoce en la Ley española de protección de datos en su art. 96.1.a). Esta prohibición expresa del causante tiene como límite que dichos bienes digitales afecten al caudal relicto. Así, *ad ex.*, por mucho que prohibiera en vida un causante acceder a determinados vídeos o post creados durante su vida, de prácticamente nada le serviría tal prohibición si los mismos son parte del caudal relicto. Esto sucede cuando sobre esos bienes digitales recaen derechos de propiedad intelectual o la plataforma paga por ellos. En este escenario, a pesar de la prohibición, los herederos van a poder acceder y seguir sacando rédito de ese contenido creado por el causante.
- 3) *El nombramiento de un “heredero de contacto” o “heir contact”.* El causante ha podido nombrar a un familiar o a un amigo, alguien que bien puede o no ser heredero conforme a la Ley aplicable a la sucesión como persona encargada de eliminar o gestionar el contenido las cuentas en las plataformas digitales en las que tiene cuentas abiertas tales como redes

⁶⁶ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... *op. cit.*, p. 47.

⁶⁷ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁶⁸ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... *op. cit.*, pp. 47 y 48.

⁶⁹ A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Tirant lo Blanch, 2022, p. 4039.

sociales, cuentas de correo electrónico o *marketplaces*. Este particular es importante porque esta disposición expresa de nombrar a un “heir contact” limita el acceso a otros herederos o familiares al contenido digital del causante.

El propio contrato firmado entre el causante y el prestador de servicios suele recoger esta figura del “heir contact”, pero habrá que tener en cuenta que los derechos nacionales en materia de protección de datos no autorizan a cualquier persona para poder encargarse de esos trámites. Además, conviene no olvidar el derecho sucesorio aplicable al asunto puede no casar del todo bien con el contrato firmado entre el prestador del servicio digital y el causante y las normas de protección de datos⁷⁰. Esta fricción entre normas sucederá como ya hemos señalado cuando esos bienes digitales ostenten un valor económico pero también personal.

Ad ex., la Ley española en materia de protección de datos en su art. 96.1. señala que dichas personas que se pueden encargar serían:

- “Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información...”.
- “El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar...”.
- “En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”.

También en otros ordenamientos como en el italiano en base a su normativa interna (art. 2 terdecies del Decreto legislativo 196/2003 modificado por el Real Decreto Legislativo nº 101/2018)⁷¹, cualquier persona que pueda probar un interés propio o que persiga proteger los intereses del fallecido, con independencia de que sea heredero o familiar, representante o no, pueden ejercer los derechos de los arts. 15 a 22 del RGDP. En el ordenamiento jurídico italiano hay jurisprudencia que muestra como se ha concedido el acceso a las cuentas en plataformas como *icloud*⁷².

Otro aspecto a destacar es que esta designación de un “heir contact” puede considerarse un mandato *post mortem* en un contexto transnacional⁷³. Cuando la persona designada como heredero de contacto acepta ese encargo y en el caso de que un familiar quisiera impugnar esa disposición del causante habría que tener en cuenta las normas de Derecho internacional privado europeo en materia de contratos. Es decir, el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento UE 593/2008, es decir, el Reglamento Roma I⁷⁴.

33. Por lo tanto, para concluir, un ser querido, un familiar que normalmente será heredero quiere, en general, acceder al contenido digital más personal de su familiar fallecido bien para rendirle tributo o bien para poder conocer causas de su deceso cuando las circunstancias no son claras. Desde nuestro punto de vista, además, conviene tener presente si el causante realizó alguna disposición sobre si nombraba a un heredero de contacto o si prohibía el acceso a sus cuentas. Estos aspectos son importantes tenerlos presentes ya que pueden limitar el acceso al contenido digital del causante⁷⁵.

⁷⁰ A.M^a PÉREZ VALLEJO /I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis causa*, p. 225.

⁷¹ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... op. cit, p. 47; *Vid.* también, MASPES, I., “Morte digitale e persistenza...”, *op. cit.*, p. 1604.

⁷² *Vid.* al respecto, Tribunal de Bolonia, de 25 de noviembre de 2021 y Tribunal de Roma, 10 de febrero de 2022. Sobre estas sentencias, *vid.*, MANIACI, A./ D’ARMINIO MONFORTE, A., “Eredit. digitale” e accesso ai dati personali del defunto, *Diritto di Internet*, No. 3, 2022, pp. 561-573.

⁷³ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... op. cit, p. 48.

⁷⁴ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. 117, de 4 de julio de 2008.

⁷⁵ I.VARIENGO/J.RE, “Managing managing cross-border... op. cit, p. 48.

VI. La sucesión de bienes digitales creados por el causante

34. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, no en todo caso, los herederos tienen asegurado que podrán acceder a una cuenta del causante en una plataforma digital y mucho menos ser herederos de la misma. Como se ha estudiado, el contrato firmado entre el finado y la empresa que ofrece ese servicio digital será un elemento clave a tener en cuenta para saber si los herederos podrían ocupar la posición del causante. Así, puede darse la situación de que unos herederos se encuentren sin poder acceder a una red social, por ejemplo, y esto implique que no puedan heredar el contenido creado por su familiar fallecido (posts, vídeos...) sobre el que recaen derechos de propiedad industrial e intelectual y/o derechos económicos como consecuencia de su monetización en la red (por número de visualizaciones, por ejemplo). Esta imposibilidad de acceder y poder gestionar ese contenido va a afectar a los derechos sucesorios. Así, ante este escenario hay doctrina que ha planteado si este escenario podría implicar una vulneración del orden público, llegando a una respuesta afirmativa⁷⁶.

35. La cuestión es que el Derecho aplicable a la sucesión es el que regiría esta transferencia de bienes digitales sobre los que pueden recaer derechos de autor, derechos de propiedad industrial e incluso económicos por la explotación de esos activos⁷⁷. Hay que tener presente que, si sobre esos bienes digitales recaen derechos de autor y el Derecho aplicable a la sucesión es el español, las reglas de transmisión de los derechos económicos derivados de los derechos de autor se rigen por las reglas generales del Código Civil español (arts. 659 y ss.) o el Derecho foral que resultara de aplicación⁷⁸. Es decir, la plataforma de servicios digitales donde se almacena ese contenido no podría negarse (al menos a la luz del Derecho sucesorio español) en base al contrato firmado con el finado a que los herederos pudieran heredar los derechos económicos derivados de los derechos de autor sobre esas creaciones digitales.

36. Cuestión más compleja es qué sucede con los derechos morales derivados de las obras ubicadas en plataformas digitales tras la muerte de su creador. De nuevo, sería el Derecho aplicable a la sucesión el que determinaría si los derechos morales se podrían heredar pero sin perder de vista también los arts. 15 y 16 *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (en adelante, LPI)⁷⁹. En el ordenamiento jurídico español hay posiciones doctrinales enconadas al respecto⁸⁰ debido a que se sigue discutiendo si los derechos morales (derecho de paternidad, de integridad de la obra, de modificación...⁸¹) son derechos de la personalidad, si su carácter es patrimonial o extrapatrimonial, y por lo tanto, y más importante, si se podrían transmitir *mortis causa*. Desde nuestro punto de vista, siguiendo a doctrina civilista referente en estas cuestiones, se puede afirmar que los derechos morales se pueden transmitir *mortis causa* serían tres (la integridad de la obra, el derecho de paternidad y la decisión de divulgación, limitada a 70 años), pero estos derechos morales no son derechos patrimoniales ni tampoco personales⁸². De este modo, para el Derecho civil español serían derechos extrapatrimoniales transmisibles *mortis causa*, pero de forma especial⁸³. Esto implicaría que ese derecho moral que se heredara no pueda ser ejercido del mismo modo que el autor originario. Estos derechos morales al heredarse sufrirían una transformación con el fin de preservar la memoria del autor y la integridad de su obra. Así, con esta transmisión se perseguiría no tanto que el heredero saque provecho o beneficio propio de esos derechos morales sino más bien como vía para preservar la obra y la memoria de su autor⁸⁴.

⁷⁶ G. MARINO, *La successione digitale*, Osservatorio del diritto civile e commerciale, No. 1, 2018, pp. 167-204, en particular 182-183.

⁷⁷ I. VARIENGO/J. RE, "Managing managing cross-border... op. cit, p. 47.

⁷⁸ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 158.

⁷⁹ BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996.

⁸⁰ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, pp. 153-173.

⁸¹ Art. 14 LPI.

⁸² A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 172.

⁸³ *Ibidem*, pp. 172-173.

⁸⁴ S. CÁMARA LAPUENTE, "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, 2019, p. 409; A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 172.

VII. El testamento digital y la organización de la sucesión *mortis causa* del patrimonio digital a la luz del derecho civil español

37. El testamento necesita conforme al Derecho material español unas formalidades. Desde una perspectiva internacional privatista, los problemas que puede plantear el testamento digital plantean más relacionados con la forma que con el fondo⁸⁵. Por lo tanto, conforme al instrumento legal aplicable a las formas testamentarias que no es otro para el ordenamiento español que el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961⁸⁶, tendremos que atender a la Ley material del lugar en la que el testador hizo el otorgamiento, o de su nacionalidad, o de su domicilio o de su residencia habitual (art. 1)⁸⁷.

De este modo, si un testador de nacionalidad austriaca pero residente en España hiciera una disposición testamentaria una de las opciones es que la misma se rigiese formalmente por lo dispuesto en el ordenamiento español (Ley del lugar del otorgamiento conforme al citado art. 1 del Convenio de la Haya de 1961). Desde una perspectiva de fondo, el testamento otorgado en España se regiría por el RES y la Ley designada por este instrumento legal europeo conforme a sus puntos de conexión. Así, conforme al derecho civil español, el primer aspecto del que debe partirse es que no existe un testamento digital en la actualidad⁸⁸. Tampoco el testamento ológrafo ni el testamento notarial puede realizarse por completo de forma digital⁸⁹. Es decir, en el ordenamiento jurídico español no se contempla ni el testamento digital ni el electrónico⁹⁰. No sucede lo mismo en otros ordenamientos jurídicos como el australiano⁹¹ o algunos de EE.UU⁹².

38. El hecho de que no exista testamento digital en el ordenamiento español no significa que no se puedan transmitir bienes digitales *mortis causa* ni que no se puedan disponer de ellos y planificar su sucesión. En relación a la planificación de la sucesión *mortis causa* de bienes digitales podríamos diferenciar tres escenarios⁹³.

⁸⁵ J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y...*, p. 104.

⁸⁶ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

⁸⁷ Este Convenio está en vigor en 41 Estados, todos los Estados miembros de la UE son parte del mismo salvo Italia y Portugal. Para los países europeos parte del Convenio no se aplica a las disposiciones testamentarias el art. 27 del RES si no este Convenio.

⁸⁸ La única excepción a esta posibilidad y con particularidades para su admisión se encuentra en el Derecho Civil Catalán, donde en el art. 421-14.2 se establece que en el caso de que el testamento se haya realizado en soporte electrónico se debe firmar con una firma electrónica reconocida.

⁸⁹ S.CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59, 2019, p. 411.

⁹⁰ J.C. LLOPIS BENLLOCH, “Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe”, R.OLIVA LEÓN/S.VALERO, (Coords.), *Testamento ¿digital?*, Editores Juristas con futuro, 2016, p. 49. Disponible en abierto en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=657167> (consultado el 15 de julio de 2025).

⁹¹ Un asunto interesante es el que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de Queensland de Australia del año 2013 en el asunto *Re Yu*. En este caso, un hombre se suicida en el año 2011 y dejó escrito en la app “de notas” de su *iphone* lo que era su última voluntad y también nombró a un *executor*. Este “documento” estaba sin firmar y se realizó sin testigos. Aun así, un juez australiano consideró que este testamento digital era válido. Para un mayor detalle sobre este asunto vid., B.McENIERY, “Succession Law Keeping Pace with Changes in Technology and Community Expectations”, *Journal of New Business Ideas & Trends*, 11(1), 2013, pp. 52-53.

⁹² En Estados Unidos hay que tener presente la *Uniform Electronic Wills Act* aprobada en el año 2019 por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws que está en vigor en 10 Estados. Estos Estados son: Colorado, Distrito de Columbia, Idaho, Minnesota, Missouri, Dakota del Norte, Oklahoma, Utah, Washington y las Islas Vírgenes. Hay Estados como Florida o Nevada que no son parte de esta norma, pero permiten el soporte electrónico como vía para hacer un testamento. Por lo tanto, en la actualidad la admisión del testamento electrónico varía de Estado a Estado. En el caso de Nevada se debe firma y fechar electrónicamente el documento y además se debe cumplir alguno de los siguientes requisitos: 1) Un signo de autenticidad que demuestre que es el testador el que está detrás de esa última voluntad. Ad ex. el escáner de la retina; 2) Firma electrónica con sello del notario, el cual puede compartir espacio físico o virtual con el testador; 3) Firma electrónica de dos o más testigos que se pueden encontrar física o virtualmente en el mismo lugar en el que el testador se encuentra. En el caso de Florida, se exigen los mismos requisitos que para un testamento “analógico”, presencia de dos testigos y firma ante notario. Para un mayor detalle del testamento electrónico desde el Derecho comparado vid., J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y...*, pp.115-117.

⁹³ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, pp. 232-240.

El *primero* de ellos sería aquel en el que el causante ha expresado de forma inequívoca y libre su deseo de que todo su patrimonio digital se destruya tras su muerte. Esto implicaría desde hacer desaparecer discos duros en formato físico hasta cancelar perfiles en redes sociales o eliminar suscripciones en plataformas de *ecommerce*. No obstante, esta voluntad del causante no podría vulnerar el derecho de los herederos a acceder a contenidos que pudieran conformar el caudal relicto. Así se establece en el art. 96.1 letra a de la Ley española de protección de datos, como ya hemos puesto de manifiesto en este estudio anteriormente.

El *segundo escenario* sería uno bastante habitual en la actualidad. Es aquel en el que el causante no dispone nada al respecto.

El *tercer escenario* es el que jurídicamente más nos interesa debido a que es aquel en el que el causante se ha preocupado por la transmisión de sus bienes digitales y elabora antes de su muerte una lista detallada de todos sus bienes con sus claves de acceso y lugar donde encontrarlos.

En este escenario idílico, pero poco habitual a día de hoy en la práctica, podemos diferenciar varios instrumentos legales para planificar esa sucesión:

- 1) *El testamento*. En particular, el testamento notarial abierto es una de las mejores opciones debido a que aporta seguridad jurídica y flexibilidad⁹⁴. El notario no es sólo fedatario público también puede asesorar y eso permite una mayor seguridad tanto para el testador que podrá tener más confianza y certeza de que las disposiciones que realiza sobre su patrimonio digital son ajustadas a derecho, como para los herederos, a los cuales les facilita que el causante haya dispuesto sobre este particular. El testador puede conforme al derecho español precisar en su testamento a título hereditario qué heredero o herederos son los encargados de acceder y de disponer del patrimonio digital. No hay que olvidar que en el testamento se pueden hacer disposiciones de carácter económico, pero también personal. *Ad ex.* en un testamento se puede reconocer la filiación a favor de una persona (art.120.2º Código Civil)⁹⁵. El heredero en virtud del art. 661 del Código Civil sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones. Por lo tanto, también en derechos personales como la posibilidad de defender el honor del causante tras su muerte. De hecho, el causante puede en su testamento designar quién se debe ocupar de proteger su honor, intimidad e imagen tras su muerte (artículo cuarto uno Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁹⁶). Es más, en base a este precepto consideramos que el causante podría establecer en su testamento quién debe ocuparse tras su muerte de ejercer el derecho al olvido⁹⁷.

A pesar de que el testamento notarial presenta ventajas frente a otros tipos de testamentos como el ológrafo o el testamento privado no se puede olvidar que, si se incluye una lista de claves de acceso, se deben ir renovando. Los accesos a las plataformas donde se encuentran los bienes digitales no son inmutables⁹⁸. Y esto plantea problemas con la figura del testamento. Además, hay incluso bienes digitales como determinadas criptomonedas que tienen varias contraseñas, algunas de ellas se pueden recoger en el propio texto del testamento, pero otras, se puede solicitar al notario que se conserven en privado⁹⁹.

⁹⁴ S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital: Una aproximación, *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, nº 84, 2019, p. 143.

⁹⁵ A. M^ª. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p.233.

⁹⁶ BOE núm. 115, de 15 de mayo de 1982.

⁹⁷ La Agencia Española de Protección de Datos ha definido el derecho al olvido como “*el derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet (buscadores) cuando la información es obsoleta o no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información)*”. Como señala J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y...*, p. 31, el derecho al olvido como “*el instrumento que permite desindexar*” ciertos contenidos mostrados en la red (particularmente por los motores de búsqueda, tales como Google”).

⁹⁸ A. M^ª. PÉREZ VALLEJO/I. VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p.234.

⁹⁹ J.SERRANO COPETE, *Los testamentos digital y...*, p.61.

Hay que tener presente que, si todas las contraseñas se encuentran en el texto del testamento, todos los herederos aunque no hereden esos bienes digitales las van a conocer debido a que tienen derecho a una copia del testamento y además el testamento se abre y lee en presencia de todos los herederos conforme al derecho civil español. Este conocimiento por todos de las contraseñas de acceso a los bienes digitales podría comprometer la integridad de los mismos.

Un aspecto sin resolver por parte de la Ley española de protección de datos personales es qué sucede cuando el causante ha realizado un testamento, pero también en virtud del art. 96 el causante ha elegido a algún familiar que no es heredero o a un allegado para que siga instrucciones en relación a sus bienes digitales en virtud del citado precepto. Sobre este particular, la doctrina ha señalado que, si hay disposiciones testamentarias sobre cómo proceder en relación a los bienes digitales del causante y también otras disposiciones que no lo son, prevalecerían las primeras¹⁰⁰.

- 2) *El legado de password*. Es una disposición voluntaria que permite la comunicación de las contraseñas para acceder y gestionar el patrimonio digital. Esta figura surge en la doctrina italiana con el fin de solventar este problema que señalábamos anteriormente sobre el problema de la actualización de las contraseñas en el testamento¹⁰¹.

A través de esta figura se puede hacer una atribución patrimonial de esos bienes digitales. El tratamiento jurídico de lo legado dependerá del bien en cuestión¹⁰². No es lo mismo atribuir un legado de cosa cierta que un legado de cantidad. El primero podría ser cuando el legado consiste en una obra literaria, por ejemplo, y será necesario tener también presente lo dispuesto por el autor en atención a la Ley de Propiedad Intelectual; el segundo, cuando se lega una cuenta de criptoactivos.

- 3) *El mandato post portem exequendum*: Esto es un contrato *intervivos* donde se encarga algo a otra persona (prestación de hacer) en el caso de que la muerte se produzca¹⁰³. El encargo está sujeto a una condición, que es que la muerte tenga lugar. Esto chocaría con el mandato recogido en el art. 1723.3º de nuestro Código Civil debido a que no se admite que el contenido del mandato pueda ejecutarse tras la muerte del mandante. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como el alemán¹⁰⁴ Así, quizás las mismas obligaciones en relación al patrimonio digital se podrían encomendar pero mediante otra figura; el albaceazgo. El cual debe ser en todo caso testamentario (art. 892 Código Civil). Figura de diferente naturaleza al mandato pero que comparte su fundamento: la relación de confianza. Para las profesoras PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN¹⁰⁵, que el mandato termine *post mortem* debe ser opcional y debe sujetarse a la voluntad de las partes. Bajo el mandato no se podrían hacer atribuciones patrimoniales. Estas autoras consideran que esta figura del mandato tendría un objetivo puramente ejecutivo (el mandante puede disponer que el mandatario debe tras su muerte solicitar acceso a sus datos personales, y en su caso, rectificación, supresión, eliminar cuentas en redes sociales, suscripciones, entregar a las personas designadas las contraseñas de acceso a sus activos digitales, etc.), porque si no fuera así y se intentara vía mandato hacer un pacto sucesorio sería nulo¹⁰⁶. La sucesión contractual no tiene cabida en el derecho civil común, ya que no se pueden hacer pactos sobre la herencia futura.

Esta figura del mandato *post mortem exequendum* presenta ventajas y puede ser un instrumento alternativo al testamento. Sin embargo, hay que tener presente que el mandato ni tampoco el albaceazgo

¹⁰⁰ S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital: Una aproximación, *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, nº 84, 2019, p. 143. S. CÁMARA LAPUENTE, p. 235.

¹⁰¹ L. DI LORENZO, *Il legato di password*, Notariato, 2/2014, pp.144-151.

¹⁰² A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p.235.

¹⁰³ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 236.

¹⁰⁴ Vollmacht auf den Tod or postmortale Vollmacht

¹⁰⁵ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 237.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 238-239.

puede entrar en conflicto con los derechos hereditarios¹⁰⁷. Es decir, el mandatario, por mucho que lo establezca el mandante, no podría eliminar cancelar una cuenta en un banco digital que contiene fondos de inversión, ya que este tipo de bienes va a interferir en el caudal relicto con total seguridad.

39. Por lo tanto, conforme al derecho civil español no existe un testamento digital ni tampoco un testamento *on line* o electrónico. Existe la posibilidad en virtud del art. 3 y del art. 96 de la Ley española de protección de datos de hacer disposiciones testamentarias en relación a los bienes digitales y designar a determinadas personas para que se puedan encargar de acceder y de hacer de interlocutores con los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

VIII. Las cuentas de email

40. Si el titular de esa cuenta de email estuviera vivo, sólo se podría acceder lícitamente si se tiene el consentimiento del interesado. Por lo tanto, cabría preguntarse sobre qué sucede cuando se quiere acceder al email de una persona que ha fallecido.

41. Si hay consentimiento del causante, en principio no hay mayor problema. La cuestión se complica cuando no se dispone nada al respecto. En ese caso hay que tener presente la naturaleza jurídica de los emails.

La naturaleza jurídica de los emails es una cuestión que se ha debatido por la doctrina, pero la más autorizada, también la Agencial Española de Protección de Datos y del propio Reglamento europeo de protección de datos se puede considerar que los emails son datos personales¹⁰⁸. Además, poco valor económico, por no decir ninguno, hay detrás de unos emails. Por lo tanto, para el acceso y la posibilidad de leer el contenido por parte de los herederos se debería primero de partir de si hay alguna disposición al respecto por parte del causante.

42. A los emails como dato personal se les aplicaría el art. 3 de la Ley española de protección de datos, el cual permite que un amplio (demasiado para nuestra visión¹⁰⁹) elenco de personas puedan acceder al contenido salvo que el causante lo hubiera prohibido expresamente o la ley. Hay que tener presente que el email cae fuera del art. 15.1 del *Real Decreto 437/2024, de 30 de abril por el que se aprueba el Reglamento de servicios postales* debido a que no se considera un envío postal¹¹⁰ al igual que sucedía con el Reglamento de servicios postales anterior¹¹¹. Por lo tanto, esto puede plantear la situación de que cuando una persona muere sus herederos sí pueden abrir y leer sus cartas y paquetes¹¹² debido

¹⁰⁷ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p. 239.

¹⁰⁸ A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, pp.230-231; G. RESTA, "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati Personali", *Contratto e Impresa*, vol. 35, n° 1, 2019, pp. 85-105, en particular, 88.

La cuenta de email se ha considerado un dato de carácter personal tanto por la Agencia Española de Protección de datos (informe jurídico del año 2011 cuando estaba vigente la Ley de protección de datos personales anterior a la actual) como por el art. 4 del Reglamento Europeo de protección de datos. Este precepto señala que un dato personal sería: "toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

¹⁰⁹ También lo ven así A. M^a. PÉREZ VALLEJO/I.VIVAS TESÓN, *La transmisión mortis...*, p.230; S. CÁMARA LAPUENTE, "La sucesión "mortis causa" en el patrimonio digital: Una aproximación, *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, n° 84, 2019, p. 143.

¹¹⁰ Real Decreto 437/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (BOE núm. 121, de 18 de mayo de 2024)

¹¹¹ Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1999).

¹¹² Así lo permite el art. 32 letra a del Real Decreto 437/2024 que señala que "los envíos postales dirigidos a personas

a que sí se consideran un envío postal, pero tendrán más dificultad para acceder a una cuenta de email debido a que tienen una naturaleza jurídica distinta.

43. En la práctica, la realidad es que empresas como *Google* permiten que el titular de una cuenta de email establezca quién podría acceder tras su fallecimiento. En la configuración de la cuenta de *Gmail* hay una opción para ello en “privacidad de la cuenta”. En el caso de no establecer nada el causante, los herederos e incluso otros familiares (art. 96.1 Ley española de protección de datos) podrían acceder al email presentando los documentos que acrediten la muerte del titular (*ad ex.* certificado de defunción). Los términos y condiciones que se firman por cualquier usuario de una cuenta de *Gmail* señalan claramente que tras un tiempo de inactividad la empresa prestadora del servicio podría cancelar la cuenta¹¹³.

44. Todo ello debe tenerse presente para evitar violar el secreto de las comunicaciones y cometer un delito, ya que, conforme al ordenamiento español, el art. 197 del Código Penal establece que el que para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad se apodere de (...) mensajes de correo electrónico podrá ser castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

45. Desde nuestro punto de vista, tal y como señala el prof. CÁMARA, proteger la memoria del difunto es una cosa y adentrarse en su intimidad, otra¹¹⁴. Así, los *emails* son “bienes” digitales personales, de escaso valor patrimonial y pueden afectar a la esfera más íntima de la persona, ya sea profesional o personal. Un familiar podría acceder si hay un interés legítimo¹¹⁵, pero no por el mero hecho de ver que hacía el causante en vida, ya que, si los motivos que mueven son sólo estos segundos, se vulneraría la privacidad del causante tras su muerte a todas luces.

46. Desde una perspectiva de litigación transfronteriza, como ya se sostuvo anteriormente en este trabajo, si unos familiares quieren acceder al email y la empresa que presta el servicio lo impide y la opción que se contemplara es la de un litigio, hay que tener en cuenta que una demanda judicial ante un tribunal europeo habría que tener presente que la naturaleza de los emails hace que para determinar la competencia judicial internacional el Reglamento Bruselas I bis y para el derecho aplicable el art. 10.9 del Código Civil (debido a que las cuestiones relativas a los derechos de la personalidad como la intimidad, el honor o la propia imagen están excluidas del Reglamento Roma II).

IX. Reflexiones finales

47. La actualidad imperante marcada por el hecho de que las personas tengamos una vida real y física pero también otra digital muy activa hizo plantearnos si nuevos escenarios para el Derecho internacional privado se plantean por la sucesión *mortis causa* de los bienes digitales. La realidad es que así es. La sucesión por causa de muerte de los bienes digitales implica problemas legales diferentes a los que planteaban y siguen planteando la sucesión de los bienes analógicos para el Derecho internacional

fallecidas, con carácter general, serán entregados a sus herederos o a aquellos que tengan la administración de la herencia, justificada su cualidad de tales.

En el caso de envíos que tengan naturaleza de carta o tarjeta postal, por su carácter actual y personal, su entrega a los herederos o a aquellos que tengan la administración de la herencia requerirá que previamente se recabe autorización expresa del remitente de estos envíos; en caso contrario serán devueltos a sus remitentes”

¹¹³ Vid al respecto, <https://policies.google.com/terms?hl=es> (consultado el 12 de junio de 2025).

¹¹⁴ S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital: Una aproximación, *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, n° 84, 2019, p. 143.

¹¹⁵ Un interés legítimo para permitir a los herederos acceder a un email puede ser averiguar un delito. Así, el TS en 2014 en su sentencia 850/2014, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5174) consideró que los herederos legítimos suceden al fallecido incluso en los derechos personalísimos y los mismos pueden acceder a la documentación (SMS, correos electrónicos, correspondencia, etc.) de sus comunicaciones de forma proporcional en la medida que sea necesaria para la defensa de sus intereses. En esa defensa se considera la posibilidad de ejercer acciones para reparar daños y perjuicios causados al causante, tanto civil como penalmente.

privado. Estos retos legales se acentúan debido a que, como se ha estudiado, en Europa no hay una normativa ni material ni en materia de Derecho internacional privado que ofrezca respuestas ni tampoco jurisprudencia que realice un análisis internacional privatista de los problemas que suscitan estos asuntos.

A nuestro juicio, cuando se plantean sucesiones *mortis causa* transfronterizas compuestas por bienes digitales y bienes que no lo son habría que tener presente tres aspectos:

- 1) *Disposiciones del causante sobre cómo acceder o qué tratamiento dar a sus bienes digitales tras su muerte.* El mejor escenario al que se podrían enfrentar los herederos es aquél en el que el causante ha previsto qué sucede con sus bienes digitales tras su muerte. Estas disposiciones se podrían realizar en un testamento, especialmente aconsejable sería realizarlo ante notario, por la seguridad jurídica que ofrece. No obstante, esto no está exento de problemas, como hemos estudiado, debido a que las contraseñas se deben ir actualizando con el tiempo y si se recogen en el propio texto del testamento se conocerán por todos. Otros documentos quizás deberían barajarse desde una perspectiva notarial para complementar al testamento y solucionar donde éste no llega. Aun así, a día de hoy, a pesar de los problemas que puede plantear el testamento es la mejor opción para que el testador prohíba expresamente el acceso a determinado contenido digital o nombre un heredero o a un albacea para que se encargue desde destruir contenido digital más personal o permitir acceso al mismo por parte de otros herederos según la última voluntad del causante.
- 2) *La identificación y categorización del patrimonio digital.* Si el causante no ha señalado ninguna disposición al respecto sobre su patrimonio digital, el primer paso para los herederos será identificar y clasificar esos bienes digitales en atención a si tienen un carácter patrimonial o personal. Uno de los problemas es la dispersión y la variada naturaleza de estos bienes.
- 3) *La determinación del derecho que rige esa transferencia.* Si los bienes digitales tienen una naturaleza patrimonial, la Ley aplicable a la sucesión determinada conforme a los arts. 21 o 22 RES regirá la transferencia de esos bienes digitales al patrimonio de sus herederos. Sin embargo, en estos casos no es tan sencilla ni clara la sucesión debido a que muchos de esos bienes, aunque tienen carácter patrimonial también sobre los mismos existen unos contratos firmados por el causante y el prestador del servicio digital que pueden obstaculizar el acceso a la cuenta, la monetización de su contenido, etc. Así, lo que señalen esos contratos guardará cierta relevancia, aunque la Ley aplicable a la sucesión en estos casos tenga un peso primordial.

Estos contratos a los que nos referimos donde se fijan los términos y servicios para poder crear una cuenta en *Dropbox* o *YouTube* son aún más relevantes cuando los bienes digitales tienen una naturaleza de carácter personal. En ese caso, la *lex sucessionis* es prácticamente irrelevante para dejar paso a las condiciones contractuales que rigen esa relación contractual entre el causante/usuario y el prestador de servicios de la información. Si no se señala nada sobre la transferencia de esos bienes digitales o qué sucede tras la muerte del causante con esas cuentas en el propio contrato, habría que atender al Derecho aplicable a esos contratos. Si no hay previsión alguna por el Derecho aplicable a esos contratos al respecto (que es raro que así sea a día de hoy), será el Derecho aplicable a la sucesión el que determinaría la transferibilidad de esos bienes digitales de carácter personal. En principio, en atención al Derecho civil común español (art. 661 Código Civil), el patrimonio digital entra dentro del caudal relicto en base al principio de universalidad y al igual que se hereda un bien inmueble se puede heredar una obra de arte digital en formato NFT.

Por lo tanto, al igual que existe un único patrimonio, ya sea digital o analógico, también consideramos que sucede lo mismo con la persona. Identidad hay una, ya sea digital o física, y la misma, en su totalidad se puede proteger, durante la vida pero también por los herederos tras la muerte de la persona.

Diseño industrial de la UE: noción y requisitos de protección (reforma de la UE sobre dibujos y modelos industriales –“diseño industrial”–. Reglamento 2024/2822 y Directiva 2024/2823)

EU industrial design: definition and protection requirements (EU reform on industrial designs –“industrial design”–. Regulation 2024/2822 and © Directive 2024/2823)

ALICIA ARROYO APARICIO
Catedrática de Derecho Mercantil
UNED

Recibido: 15.06.2025 / Aceptado: 25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9870

Resumen: La importancia del valor comercial añadido por el diseño al producto es algo que todos podemos comprobar recurriendo a nuestra propia experiencia personal. Este valor añadido por el diseño al producto es lo que vino a tutelar la protección que se le reconoce a través la propiedad industrial. Y, en el régimen jurídico inicial de los dibujos y modelos -diseño industrial- por parte del Derecho europeo -entonces “comunitario”- se podía apreciar, además, una estructura genuina. Dibujo o modelo –“diseño”- es en esencia, en tanto que protegible por propiedad industrial, un tipo de innovación formal que recae sobre las características de apariencia del producto (para hacerlo más atractivo y en consecuencia más vendible). Con la reforma de la UE a finales del año 2024 se busca dar cabida a nuevos medios con una nueva definición de “diseño” y “producto”, respectivamente. De este modo, se amplía el alcance de la protección de los diseños en respuesta a los avances tecnológicos y frente a ellos (entre otros, la impresión 3D). Analizar en una primera aproximación en qué medida se logran algunos aspectos de esta ampliación de protección es el objeto de estas páginas.

Palabras clave: Dibujos y modelos industriales. Diseño industrial. Paquete de reformas sobre Diseño industrial de la UE. Reglamento (UE) 2024/2822. Directiva (UE) 2024/2823. Símbolo ©.

Abstract: The commercial value added by the design to the product is something relevant that we can all see from our own personal experience. This value added by the design to the product is what is protected by the protection recognised through industrial property. And, in the initial legal regime for designs - industrial design - under European - then ‘Community’ - law, a genuine structure could also be seen. A design is essentially, as an industrial property protectable design, a type of formal innovation that was based on the appearance characteristics of the product (in order to make it more attractive and therefore more saleable). The EU reform at the end of 2024 seeks to accommodate new means with a new definition of ‘design’ and ‘product’ respectively. This broadens the scope of design protection in response to technological developments (including in respect of 3D printing). The scope of this extension of protection is the subject of these pages.

Key words: Industrial Design. European Legislative Reform Package on Design. Regulation (EU) 2024/2822. Directive (EU) 2024/2823. © Symbol.

Sumario: I. Nociones introductorias: 1. Protección mediante la propiedad industrial. 2. Proceso de reforma europea del marco jurídico: revisión del diseño europeo y establecimiento del símbolo (D); 3. Vía de protección: ideas generales; II. Noción: objeto de la protección. 1. Noción anterior. 2. Noción a partir de la reforma: diseño y producto; 3. Incidencia de la nueva delimitación de la noción. III. Requisitos de protección: novedad y carácter singular. 1. Noción. 2. Carácter Singular. 3. Usuario informado. 4. Grado de libertad del diseñador. 5. Divulgación en internet; IV. Ideas finales.

I. Nociones introductorias

1. Protección mediante la propiedad industrial

1. En nuestra vida cotidiana adquirimos bienes no sólo por ser necesarios, sino también por su diseño. Así, cuando compramos un coche, un mueble, o un reloj, lo hacemos porque lo necesitamos o lo deseamos, atendiendo a la funcionalidad y, sin duda, a las prestaciones del producto en su relación calidad/precio; pero, también, porque nos gusta el modelo, es decir, por su diseño. Ese valor añadido puede quedar protegido legalmente por la propiedad industrial, en la vertiente que será la aquí analizada, así como por la propiedad intelectual. De hecho, la acumulación de ambas protecciones se dará a condición de que se cumplan los requisitos de derechos de autor, tal como lo interpretó el TJUE en el Asunto C-683/17, *Cofemel*, objeto de numerosos comentarios por sus implicaciones¹. Seguido del Asunto C-833/18, *Brompton*, del TJUE, o del debate respecto de las interacciones de ambas protecciones en el Reino Unido en el Asunto *Waterrower*².

2. De forma extraordinariamente simplificada, el diseño para el Derecho se ha venido concibiendo como una creación intelectual original de su autor (protección conferida por la propiedad intelectual), así como también un tipo de innovación formal que recae sobre las características de apariencia del producto para que resulte atractivo y de mayor comercialización (protección mediante propiedad industrial). En relación con los límites y la posible convergencia de ambas protecciones, cabrían plantearse numerosas cuestiones problemáticas. De las más recientes, por citar una, estaría aquella referida a las obras de arte aplicadas, en cuanto a la diferencia entre el diseño y la legislación sobre derechos de autor, sobre la que el TJUE deberá pronunciarse en un asunto pendiente planteado³. Diferencia que estaría principalmente en la naturaleza de la comparación que sea haga respecto de la nueva creación o innovación, así: (i) cuando se comprueba si en un supuesto específico debe percibirse como una expresión del grado de libertad creativa ejercido por su autor (derecho de autor); (ii) o realizar una comparación uno a uno (diseño).

3. Desde el punto de vista del lenguaje común por diseño se entendería la forma proyectada para los objetos de uso y que se fabrican en serie, en la mayor parte de los supuestos. En cambio, la definición legal en el régimen vigente -régimen que está actualmente en pleno proceso de modificación una vez aprobados dos textos europeos en el año 2024 que vienen a reformar el panorama legislativo- es más amplia, refiriéndose a las características de la apariencia incluyendo en la definición más aspectos. En efecto, la definición legal se amplía con el paquete legislativo de reforma hasta incluir el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas características. Se recordará que “el objetivo de la protección de los dibujos y modelos es conceder derechos exclusivos sobre la apariencia de un producto, pero no un monopolio sobre el producto en sí”⁴.

¹ E. ROSATI, “CJEU rules that copyright protection for designs only requires sufficient originality”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, 12, December 2019, pp. 931–932. También: D. INGUANEZ, “A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ’s Recent Copyright/Design Cumulation Case Law”, *IIC* 51, pp. 797–822, 2020. <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00962-7>.

² Cfr. ST de 28 julio de 2022, *Waterrower (UK) Limited v Liking Limited (T/A Topiom)* [2022] EWHC 2084 (IPEC). V., posteriormente, *Waterrower (UK) Ltd v Liking Ltd (T/A Topiom)* [2024] EWHC 2806 (IPEC).

³ Así, el Tribunal Supremo Federal de Alemania ha venido a plantear al TJUE una cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267 del TFUE en relación con la interpretación de la Directiva 2001/29/CE en el asunto *USM Haller (C-795/23)*.

⁴ Considerando 32 de la Directiva (UE) 2024/2823 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (versión refundida).

4. En España, la protección -vigente en estos momentos- que proviene de la propiedad industrial puede obtenerse por tres vías: la nacional, la europea y la internacional. La protección nacional se obtiene a través de la inscripción del diseño en la Oficina Española de Patentes y Marcas. La legislación aplicable al respecto está constituida por la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI) por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva europea sobre la materia, Directiva 98/71/CE⁵. La LDI deberá incorporar las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (versión refundida). La protección para todo el territorio europeo se obtiene con el registro en la EUIPO, agencia de la UE con sede en Alicante, aunque ha de recordarse que se reconoce, también, protección a los dibujos y modelos no registrados. Ambas protecciones -registrado y no registrado- están reguladas en el Reglamento CE 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDMC)⁶, modificado en última instancia por el Reglamento 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024 (entendiéndose el texto resultante como Reglamento de Diseño de la UE, RDUE, aunque las disposiciones modificadas entran en vigor en dos fases temporales). Conviene mencionar que lo que la anterior versión del Reglamento denominaba “dibujos y modelos” industriales equivale al “diseño” industrial de la Ley española. Es decir, en materia de propiedad industrial la protección del diseño es equivalente a la protección de los dibujos y modelos industriales, en cuanto a equiparación de terminología se refiere (en estas páginas se emplearían indistintamente). Nótese desde ahora que el RDUE, en su versión española, emplea ya también el término “diseño”, optando por él y haciendo una manifestación expresa en ese sentido.

5. Aunque la protección del diseño se da propiamente a nivel nacional o europeo, existe también una protección internacional, contenida en los convenios internacionales, que ha de ser aquí meramente citada. Así mismo existe una protección en otros países, distintos a los que integran la UE⁷. En todo caso, esa protección internacional se extrae tanto de los tratados de carácter general -por ejemplo, el Convenio de la Unión de París-, como de los tratados sectoriales, entre los que cabe mencionar el Arreglo de la Haya sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales, que permite realizar una solicitud internacional en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, OMPI), con efectos en España. Se trata en puridad de una protección nacional, aunque conseguida por un depósito internacional. Del Convenio de la Unión de París ha de destacarse la denominada “prioridad unionista” que consiste en que, una vez presentada una solicitud de protección para un modelo o dibujo industrial en un Estado miembro, el solicitante dispone de seis meses para solicitar la protección en otros Estados miembros. La consecuencia es que las solicitudes presentadas en esos seis meses se aprecian como presentadas en la fecha de la primera solicitud.

2. Proceso de reforma europea del marco jurídico: revisión del diseño europeo y establecimiento del símbolo ©

6. A nivel de la UE, en el año 2024, se promulgan, conocido como paquete legislativo de reforma en materia de diseño de la UE: (i) el Reglamento (UE) 2024/2822, de 23 de octubre de 2024, que modifica el Reglamento (CE) 6/2002 del Consejo sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDUE, en la versión ya modificada, aunque algunas normas entran en vigor en distintas fechas); y (ii) la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (versión refundida, en lo sucesivo, la Directiva). Ambos textos entran en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, con matices en cuanto a la aplicación tanto en un caso como en otro y en

⁵ Por todos, J. MACÍAS MARTÍN, “Estudio monográfico de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial”, *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, AIPPI, 2005, pp. 651-686.

⁶ VVAA, GARCÍA VIDAL, A. (Coord.), *El diseño comunitario: Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Aranzadi, 2012.

⁷ BULLING, LANGÖHRIG, HELLWIG, MÜLLER, ELL, *Designschutz in Deutschland und Europa mit USA, Japan, China und Korea*, Carl Heymanns Verlag, 2022.

cuanto a la transposición o derogación en el caso de la Directiva. En el Reglamento se da una aplicación diferenciada, en dos fases: el 1 de mayo de 2025, primera fase, si bien algunas normas a partir del 1 de julio del 2026, en lo que constituiría la segunda fase. Obsérvese que la Directiva anterior a la recientemente promulgada, la Directiva 98/71/CE, es la que la LDI española incorpora a nuestro ordenamiento, que habrá de adaptarse al texto del año 2024 y, a más tardar, el 9 de diciembre de 2027. A partir de esa fecha, la Directiva 98/71/CE quedará derogada, debiendo haber sido incorporada a los ordenamientos nacionales (transposición y derogación). El artículo 28 de la Directiva 2024/2823 dispone, no obstante, y de forma textual, que los artículos 4, 5, 7, 8, 9, 20 y 22 se aplicarán a partir del 9 de diciembre de 2027.

7. El proceso de reforma europea a fin de modernizar el sistema se inició de forma nítida, después de evaluaciones y consultas⁸, con una publicación del 28 de noviembre de 2022, momento en que la Comisión presentó propuestas tanto de Reglamento como de Directiva para la modificación del régimen anterior hasta esas fechas. Desde ese momento, puede señalarse otro hito: el 5 de diciembre de 2023, el Consejo y el Parlamento de la UE llegaron a un acuerdo sobre las dos propuestas, que fue denominado como provisional, con una versión, modificada, de esas propuestas tanto de Reglamento como de Directiva. Posteriormente, se adoptó una Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2246/2002 de la Comisión⁹. Para llegar, finalmente, en octubre de 2024, a la publicación de los textos finales arriba citados.

8. Cabe destacar que el principal objetivo estratégico de la modificación del Reglamento sobre diseños comunitarios y la propuesta paralela de refundición de la Directiva sobre diseños se focalizó en la mejora, la innovación y la competitividad del diseño en la UE. Lograr esto suponía garantizar que el sistema general de protección de diseños se actualizase para satisfacer las demandas de la era digital, a la vez que se lograra que fuera más accesible y eficiente para los diseñadores individuales, las PYMES y las industrias intensivas en diseño en términos de menores gastos junto con una menor complejidad. En ese sentido, parece claro que las reformas han pretendido que las definiciones de “diseño” y de “producto” no deban obviar los cambios tecnológicos. En particular, un “diseño” también se extenderá al movimiento, transición o cualquier otro tipo de animación de las características del diseño. La definición de “producto” también se actualiza para incluir productos no incorporados en objetos físicos y productos que se materializan en forma digital, así como la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior e interfaces gráficas de usuario. En la misma idea se pretende ajustar el alcance de los derechos conferidos por un diseño registrado para incluir las tecnologías de impresión 3D, sujetando a la autorización del titular del derecho la creación, descarga, copia y puesta a disposición de cualquier soporte o software que registre el diseño con el fin de reproducir un producto que infrinja el diseño.

9. En términos generales, conviene advertir que se da un cambio terminológico, no del todo uniforme. Así, tanto la Directiva como el Reglamento siguen empleando los términos “dibujos y modelos”, aunque el artículo 1.1. del Reglamento modificado aclara que emplea el término “diseño” para referirse a ambos aspectos -bidimensional o tridimensional-, mientras que la Directiva sigue manteniendo los dos términos. A efectos prácticos han de entenderse intercambiables o sinónimos: “diseño” es equivalente al binomio “dibujos y modelos”. Y, no obstante, el Reglamento opta preferentemente por el término “diseño” al expresar lo siguiente en el articulado: los dibujos o modelos que cumplan con los requisitos previstos se denominarán en lo sucesivo “diseño de la Unión Europea” (de la UE, abreviadamente). Esto es, se señala como preferente el empleo de “diseño”, que de hecho ya se recogía en la versión en inglés de la mayor parte de los textos incluso antes de esta reforma.

⁸ Un antecedente ya se encuentra en el Estudio del año 2016, encomendado por la Comisión: *Legal review on industrial design protection in Europe*.

⁹ (COM (2022)0666 – C9-0394/2022 – 2022/0391(COD)).

10. Otros de los principales pilares de la modificación se recopilan del siguiente modo: (i) la denominada “cláusula de reparación” que alude a las piezas de recambio, que siempre generó gran controversia y posiciones enfrentadas, habiéndose logrado una fórmula intermedia, con un periodo transitorio armonizado¹⁰; (ii) la delimitación ya apuntada de qué ha de entenderse por “producto”, en la medida en que ya se recogería en dicha delimitación no solo un artículo en formato “físico”, sino también el que esté recogido en un formato “no físico”, de manera que se está previendo la adaptabilidad a futuros avances de la tecnología¹¹; (iii) la protección del patrimonio cultural de interés nacional¹²; con determinadas disposiciones a fin de que los Estados tengan libertad para fijar motivos de denegación de registro y causas de nulidad que constituyan un uso indebido de los elementos de patrimonio cultural de interés nacional de los Estados Miembros (distintos de los mencionados en el artículo 6 ter del Convenio de París)¹³; (iv) y una simplificación que va conectada con la delimitación y se refiere a la representación del diseño¹⁴. Además, se establece el plazo de transposición de la Directiva a los ordenamientos internos hasta el 9 de diciembre de 2027¹⁵.

11. Finalmente, en la idea de contribuir a una más fácil comercialización de los productos cuyo diseño queda protegido, sobre todo pensando en pequeñas y medianas empresas, también en autores individuales, de forma que se contribuya al registro de dibujos y modelos, se decide poner a disposición de los titulares -y de otros, que tengan el consentimiento del titular (considerando 37 de la Directiva)- un símbolo que consiste en la indicación ©. Se conoce como “símbolo de registro” y queda recogido tanto en la Directiva como en el Reglamento¹⁶. Este símbolo recuerda al de la © de derechos de autor, comúnmente utilizado para indicar que los derechos de autor se aplican a las obras; así, con este nuevo símbolo para diseños -©-, el titular de un diseño de la UE registrado da a conocer el derecho.

3. Vía de protección: ideas generales

12. De las modalidades de propiedad industrial, el diseño industrial es aquél que, probablemente, puede quedar protegido desde más vías o posibilidades. De hecho, se podría entender que el diseño se mueve entre el mundo del arte (libertad del creador, diseñador) y la industria (que busca una utilidad y cubrir una necesidad). Esa doble naturaleza ha hecho que las protecciones pudieran aproximarse a la figura desde modelos reguladores cercanos a la patente (novedad) o más cercanos a los derechos de autor (originalidad). Y podría manifestarse que “nuevo es lo no conocido”, mientras que “original es lo no copiado”, simplificando extraordinariamente ambas perspectivas.

¹⁰ Así, puede verse la explicación del Considerando 32 y artículo 19 Directiva; también en el art. 20 bis del RDUE. En resumen, el texto perseguiría que se excluyan de la protección mediante diseño las piezas de recambio de un producto complejo, cuya apariencia dependa del diseño de ese componente, que se utilizan para el único propósito de reparar el producto complejo y devolverle su apariencia original. Además, la “cláusula de reparación” no podrá ser invocada por aquellos fabricantes o vendedores de componentes de productos complejos que no hayan informado debidamente a los consumidores sobre el origen comercial y la identidad del fabricante del producto en el que se vaya a utilizar el componente. En cualquier caso, se incluye expresamente que los fabricantes o vendedores de componentes de productos complejos no estarán obligados a garantizar que tales componentes son realmente utilizados por los usuarios finales con el único propósito de reparar un producto y restaurar su apariencia original. Y se establece un periodo transitorio armonizado de 8 años (desde 2024), en los siguientes términos: si al 8 de diciembre de 2024 el Derecho interno de un Estado miembro prevé determinada protección para dibujos y modelos en el sentido del apartado 1, el Estado miembro, como excepción a lo dispuesto en dicho apartado, continuará hasta el 9 de diciembre de 2032 proporcionando tal protección a los dibujos y modelos cuyo registro se haya solicitado antes del 8 de diciembre de 2024.

¹¹ Cfr. art. 3 RDUE; art. 2 de la Directiva.

¹² Cfr. arts. 13 y 14 de la Directiva.

¹³ Para establecer los límites de esta disposición, el Consejo y el Parlamento han optado por utilizar la definición de “patrimonio cultural” de la UNESCO.

¹⁴ Cfr. art. 35 del RDUE; art. 25 de la Directiva.

¹⁵ Cfr. art. 36 de la Directiva.

¹⁶ Cfr. art. 24 Directiva. Del mismo modo, en el Reglamento queda establecido que los titulares de diseños registrados, o terceros con su consentimiento, pueden usar una letra «D» incluida en un círculo ©, para indicar que el producto está protegido por el registro del diseño (art. 26bis RDUE).

13. A partir de esa dicotomía, se venía considerando que la protección europea se concibe, como es sabido, como una tercera vía o vía propia en la que se protege “lo nuevo”, pero no en el sentido de las patentes sino en el sentido de lo no conocido, profesionalmente. Además, “lo original” se entendería como “carácter singular”, para el usuario informado y dentro del margen de libertad del diseñador. Adicionalmente, si el diseño cumple con los requisitos acumulativos de protección de la vía de la propiedad intelectual, nada impide que se acumulen ambas protecciones. A las que se uniría, no como derecho exclusivo y, solo llegado el caso, según las circunstancias, la protección proveniente de la competencia desleal.

14. Por otra parte, más distancia existe, sin duda, si se aborda la acumulación de la protección de patente -o modelo de utilidad- con la del diseño, como sustanciación de la clásica frase -del mundo de la arquitectura- consistente en la “forma sigue a la función”¹⁷. Así, se ha venido considerando que, en tanto que el diseño no persigue proteger la función ni la forma exclusivamente condicionada por ella, solo cuando la función pueda ser lograda por varias formas, éstas sí que podrían ser protegidas por diseños. También, un mismo producto puede incorporar elementos protegidos por patente o modelo de utilidad y elementos de forma externa que puedan ser protegidos por vía de diseño. No obstante, ha de considerarse que se estarían protegiendo distintos elementos de un mismo producto y la acumulación no recaería, por tanto, sobre idénticos aspectos del mismo objeto de protección.

15. Ante estas ideas iniciales, se recordará que, con el paquete de reforma de la UE, se persigue una simplificación a la vez que una modernización del sistema de protección de los dibujos y modelos en el ámbito europeo. A la par que se ajustaría la denominación, pasando del término “comunitario” al de “europeo”. Pero, también, se persigue una mejor adaptación a la internacionalización futura. Por ello, no es casual que hayan convergido en el tiempo: la consulta del sistema inglés, que ha ido seguida de estudios comparados de jurisprudencia además¹⁸, todo ello posterior al Brexit, así como la incorporación de China al sistema internacional (al Sistema de La Haya para el Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales), junto con la puesta en marcha de la revisión europea. Todo ello con inicio en el año 2022.

II. Noción: objeto de protección

1. Noción anterior

16. En esencia, un dibujo o modelo es un derecho de propiedad industrial que protege la apariencia de un producto que, además a nivel UE, se reconoció desde el Reglamento inicial como un sistema de protección propio con carácter unitario y los mismos efectos en el conjunto de la Unión Europea. De este modo, confiere a su titular, en el territorio de la Unión, el derecho exclusivo de utilización y de prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento. El plazo de protección para el registrado es de cinco años y puede renovarse hasta un máximo de veinticinco años.

17. Por diseño se viene entendiendo la apariencia de la totalidad o parte de un producto, sea industrial o artesanal, que deriva de sus características formales, esto es, teniendo en cuenta la forma, líneas, contornos, colores, textura, materiales u ornamentación. El diseño industrial incluye dos modalidades: los dibujos (diseños bidimensionales) y los modelos (diseños tridimensionales); de ahí la equiparación de “diseño” con “dibujos y modelos”. Ya se ha señalado que, una vez se incorpore la Directiva, así como a partir del texto del Reglamento de 2024 por “diseño” se considera no solo la apariencia

¹⁷ Interesantes nuevas aproximaciones y no desde perspectiva jurídica propiamente en: P. SAREH: “The aesthetics of sustainable industrial design: form and function in the circular design process”, *Sustain. Dev.*, 2023. <https://doi.org/10.1002/sd.2731>; P. SAREH, G. LOUDON, “The form-affordance-function (FAF) triangle of design”, *International Journal on Interactive Design and Manufacturing (IJIDeM)*, 2024.

¹⁸ O. CHURCH, E. DERCLAYE, G. STUPFLER, G. , “An Empirical Analysis of the Design Case Law of the EU Member States”, *IIC*, 2019, 50: pp. 685–719, <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00813-0>.

de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características -en particular líneas, contornos, colores, formas, texturas y/o materiales, del producto en sí o incluso de su decoración-, sino que también se considerarán incluidos en esa delimitación el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas características.

18. El diseño, que cumpliera esas notas delimitadoras, resultaría protegible si cumpliera además varios requisitos: la apariencia del diseño había de ser visible (visibilidad) y no debía venir condicionada exclusivamente por su función técnica (función no técnica). En todo caso, se prohíbe la protección de los diseños contrarios al orden público o las buenas costumbres. Reténgase desde ahora que la exigencia de “visibilidad” sí que se ve modificada con la reforma y sí que sigue conectada con la solicitud, pero no en la misma medida con el diseño en sí. Respecto de la visibilidad, se recordará -por otra parte- que ya en la STJUE de 21 de septiembre de 2017¹⁹, se subrayaba que, cuando el solicitante de la nulidad invoca la causa de nulidad debe proporcionar a la Oficina “la identificación y la reproducción concretas y completas del dibujo o modelo cuya anterioridad se alega para demostrar que el dibujo o modelo controvertido no puede registrarse válidamente”.

19. Pero para obtener la protección no ha venido bastando con que se cumplieran esas notas, sino que resulta preciso, siendo esto determinante, que el diseño sea nuevo y posea carácter singular. Ambos requisitos -novedad y carácter singular- habrían de ser valorados a partir de su comparación con los diseños que se hayan hecho accesibles al público con anterioridad. La accesibilidad al público viene delimitada legalmente en los siguientes términos: un diseño se hace accesible al público cuando se publica, se expone, se comercializa o se divulga de algún otro modo (arts. 9.1. LDI, que sigue vigente y 7.1 RDMC, hoy RDUE). En esencia, es novedoso el diseño que no sea idéntico a otro anterior; y será singular si la impresión que causa a los usuarios informados difiere de la impresión ocasionada por el diseño anterior con el que se compara.

2. Noción a partir de la reforma: diseño y producto

20. Vista a grandes rasgos la noción anterior a la reforma, con mención de los requisitos, y habiéndose adelantado algunos de los cambios, se ha de considerar ahora ¿en qué cambiaría la noción a partir del “paquete de diseño” de reforma europea? Se incluyen, como habitual en las normas europeas, tanto de Directiva como de Reglamento, las definiciones de diseño y de producto, entre otras.

21. De entrada, la delimitación de qué haya de entenderse por “dibujo o modelo” o “diseño” es, como ya se ha indicado, *más amplia*. En efecto, en primer lugar, en consonancia con uno de los propósitos de la reforma, se entenderá por “diseño”: la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto derivada de las características, en particular las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura, los materiales del producto en sí o su decoración, *incluidos el movimiento, la transición o cualquier tipo de animación de dichas características*. Es cierto que, incluso antes de la reforma, la EUIPO ya permitía el registro de diseños digitales estáticos habiendo sido así indicado en las Directrices. Por tanto, ahora, con la reforma de 2024 una vez entren en vigor todas sus normas, se permitirá también el registro de diseños digitales animados.

22. En los trabajos preparatorios de la reforma se detectó que, si bien las definiciones de dibujo y modelo -diseño- en los ordenamientos nacionales eran, con carácter general, claras, resultaba necesario incluir expresamente, en las nuevas normas, la mención a los diseños virtuales. Así mismo, se apuntaba cómo los diseños virtuales, animados y las interfaces gráficas de usuario, por ejemplo, podrían ser entendidos como productos a efectos de las normas, a la vez que se indicaba la dificultad de determinar hasta

¹⁹ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Easy Sanitary Solutions* y *EUIPO/Group Nivelles*, C-361/15 P y C-405/15 P, ECLI:EU:C:2017:720.

qué punto sus elementos estarían o no cubiertos por la noción de diseño, en todos los supuestos²⁰. En ese sentido se planteaba si la animación, en sí, es una característica o un elemento.

23. En el texto de la nueva Directiva, en concreto, se alude a la definición arriba mencionada, así como, a continuación, se recogen los requisitos de protección, después de aclarar que a los Estados miembros solo les corresponderá el régimen de los diseños registrados²¹, dejando que sea el Reglamento el que prevea el alcance de la protección conferida para los no registrados, como ya ocurre de hecho actualmente en el Derecho español.

24. Esos requisitos siguen siendo los de novedad y carácter singular, esto es, se otorgará protección a un dibujo o modelo si este es nuevo y posee carácter singular. Y se matiza, en la línea de las modificaciones introducidas, que solo se considerará que el dibujo o modelo aplicado o incorporado a un producto que constituya un componente de un producto complejo es nuevo y posee carácter singular (art. 3 Directiva): (i) si el componente, una vez incorporado al producto complejo, sigue siendo visible durante la utilización normal de este último; así como (ii) en la medida en que aquellas características visibles del componente reúnan en sí mismas los requisitos de novedad y carácter singular.

25. En los considerandos de la Directiva se introduce la idea que recoge el artículo 3 arriba referido, en concordancia con la visibilidad que, a partir de la reforma, ya no es considerada en los mismos términos anteriores al cambio legislativo. Así, se concreta lo siguiente: “aparte de mostrarse de forma visible en una solicitud de registro, las características del dibujo o modelo de un producto *no necesitan ser visibles* en ningún momento concreto ni en ninguna situación particular de uso para beneficiarse de la protección de los dibujos y modelos” (considerando 16). Y se sigue señalando que “como excepción a este principio, no debe extenderse la protección a aquellos componentes que no sean visibles durante la utilización normal de un producto complejo, o a aquellas características de un componente que no sean visibles cuando este se encuentra montado o que, en sí mismas, no reúnan los requisitos relativos a la novedad y al carácter singular”. Y, aún más, en tanto que no se estaría ante características del dibujo o modelo relevantes a efectos de protección porque están excluidas, estas características de los componentes de un producto complejo que queden excluidas de la protección por esos motivos *no deben tenerse en cuenta* al objeto de determinar si otras características del dibujo o modelo cumplen o no los requisitos de protección.

26. En suma, puede hablarse de una diferente consideración del requisito de visibilidad que ya no opera con carácter general (cfr. además el considerando 13 del Reglamento junto con el citado 16 de la Directiva). En efecto, el paquete de medidas sobre diseños de la UE aclara una duda de larga *data* sobre si las características de diseño de un producto deben ser visibles cuando está en uso. Y aquí el régimen nuevo recoge de forma expresa (arts. 26.1 de la Directiva y 36.5 del Reglamento) lo que en las normas anteriores a la reforma no quedaba previsto en esos términos. Esto es, la visibilidad será un requisito del registro, en tanto que se ha de reproducir visualmente el diseño en el registro. En ese sentido, se dispone expresamente que se concederá protección a las características de apariencia de un dibujo o modelo registrado que se muestren de forma visible *en la solicitud* (arts. 15 de la Directiva y 18 bis del Reglamento). Ahora bien, con las normas nuevas, son los considerandos los que matizan la extensión y calado del cambio: el diseño no ha de ser visible necesariamente en el momento de uso del producto que lo incorpora para quedar protegido, habiéndose recogido también un matiz importante en cuanto a los productos complejos (vid. párrafos 30 a 32 *infra*).

27. Por otra parte, téngase en cuenta que también a partir de la reforma se incluye qué ha de entenderse por “producto”, en un sentido más amplio: comprendiéndose por tal cualquier artículo bien sea

²⁰ En la línea de otros Informes y estudios en el ámbito internacional. Cfr. WIPO SCT41/2 *Compilation of the Returns to the Second Questionnaire on Graphical User Interface (GUI), Icon and Typeface/Type font Designs*.

²¹ 1. Los Estados miembros protegerán los dibujos y modelos exclusivamente mediante el registro de estos y conferirán derechos exclusivos a sus titulares de conformidad con la presente Directiva.

industrial o artesanal, haciendo expresa exclusión de los programas informáticos, con independencia de si el artículo en cuestión está o no incorporado a un objeto físico, esto es, también se considerarán productos a estos efectos aquellos que se presenten en un formato no físico. Aún más, en la Directiva, se recogen, en el artículo 2, titulado “definiciones”, tres apartados que se entenderían incluidos por tanto en la delimitación de “producto” y serían: (i) el embalaje, los conjuntos de artículos, la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior, y las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo; (iii) las obras o los símbolos gráficos, los logotipos, los patrones de superficie, los caracteres tipográficos y las interfaces gráficas de usuario. Además, se incluye en el último apartado otra definición de “producto complejo”, esto es, (iii) un “producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto”. Puede confrontarse, así mismo, con el artículo 3 del RDUE. De lo anterior, resulta sin duda destacable, además, la disposición espacial de elementos.

3. Incidencia de la nueva delimitación de la noción

28. Toda vez que la noción va a ser más amplia en tanto que la propia definición de diseños y modelos está evolucionando para tener en cuenta la importancia de los aspectos tecnológicos, los diseños protegen la apariencia de productos o partes de productos físicos y digitales (quedan excluidos los programas informáticos), conferida por sus características, que ahora incluyen sus colores, forma, textura, etc. movimiento, transiciones u otros tipos de animación.

29. Esta ampliación implicará cambios para las oficinas de registro nacionales, de manera que las formas de representación habrán de adaptarse, para tener en cuenta los avances, permitiendo la reproducción estática, dinámica o animada por cualquier medio apropiado. De los estudios previos al lanzamiento de la reforma, en estrecha colaboración con la EUIPO y las oficinas nacionales, se observaba también cierta divergencia en el tratamiento de los productos complejos, compuestos de más de un elemento. Así mismo cabía dudar de si el diseño del interior de una tienda, por ejemplo, sería protegible por diseño, siendo que con la reforma se alude ya de forma expresa a la “disposición espacial”, como se ha destacado anteriormente. Estas cuestiones, que estuvieron en el impulso de los trabajos legislativos, pueden aún no quedar resueltas o claras en todos los supuestos. Por ejemplo, la nueva delimitación de producto complejo puede referirse a supuestos de hecho muy variados. Ahora bien, lo que sí que ya se ha publicado desde la EUIPO son unas nuevas Directrices considerando un avance de las novedades que la reforma trae²².

30. En relación con la visibilidad del diseño, si se observan las anteriores resoluciones del TJUE, en el Asunto C-361/15P, podía entenderse que se consideraba un aspecto consustancial al diseño en sí. Por ejemplo, en el asunto citado, se declaraba que “el hecho de que una característica de un dibujo o modelo sea visible es un rasgo esencial de la protección [de los dibujos y modelos]” (apartado 63). O, en la misma línea, el Tribunal General en relación con otro Asunto, precisó que el relleno de chocolate en el interior de una galleta no está protegido por el Derecho sobre dibujos y modelos porque no es visible (asunto ya referido antes, T-494/12).

31. No obstante, tanto la Directiva como el Reglamento descartan el requisito general de visibilidad como podía ser entendido con el régimen anterior. De acuerdo con los considerandos, no es necesario que las características de los dibujos y modelos sean visibles en ninguna situación concreta para beneficiarse de la protección de los dibujos y modelos. Sin embargo, en la solicitud de registro sí que se exige visibilidad en el siguiente sentido: la protección de los dibujos y modelos sólo se concede a las características de apariencia de un dibujo o modelo registrado que se muestran de forma visible en

²² En efecto, las Directrices relativas a los diseños UE han sido aprobadas por el director ejecutivo el 30/04/2025 (Decisión n.º EX-25-3), y entraron en vigor el 01/05/2025.

la solicitud de registro (artículo 15 de la Directiva, artículo 18 bis del Reglamento). Específicamente, la Directiva (considerando 16) se expresa en términos claros al afirmar que con independencia de que sí que haya de mostrarse como visible en la representación que acompaña la solicitud de registro, las características cuya protección se amparan “no necesitan ser visibles en ningún momento concreto ni en ninguna situación particular de uso para beneficiarse de la protección de los dibujos y modelos”. Aclara el mismo considerando a continuación que cabe una excepción y es que “no debe extenderse la protección a aquellos componentes que no sean visibles durante la utilización normal de un producto complejo, o a aquellas características de un componente que no sean visibles cuando este se encuentra montado o que, en sí mismas, no reúnan los requisitos relativos a la novedad y al carácter singular”. E incluso se precisa que esos componentes, en sus características, no deben ser considerados en tanto que se esté valorando al objeto de determinar si otras características del dibujo o modelo “cumplen o no los requisitos de protección”.

32. Habrá de recordarse, por tanto, este cambio de relieve a fin de considerar en qué medida la antigua jurisprudencia del TJUE o las resoluciones del TG siguen siendo compatibles con las nuevas normas respecto de la visibilidad.

33. Finalmente, cabe señalar que existen otras novedades en la reforma. Así, el tratamiento de la descarga de impresión 3D, que requerirá de autorización del titular, como también los aspectos de mercancías en tránsito; cuestiones ambas que se configuran como nuevos aspectos a considerar en el régimen de diseños europeos, lo que supondría una ampliación de la protección, si bien en estas páginas no son específicamente abordados. De la primera, se destaca aquí únicamente que la reforma de diseño sí que amplía la protección en el sentido de poder entender que el titular de un diseño puede combatir la impresión 3D ilegítima (art. 19.2 Reglamento; 16.2 Directiva). Así, el titular, puede prohibir la creación, descarga, copia y distribución, o distribución a terceros, de cualquier soporte o software que registre el dibujo o modelo con el fin de habilitar un producto en el que se incorpore el dibujo o modelo o al que se aplique el dibujo o modelo. Y de esta otra segunda novedad apuntada, cabe observar que, si bien se sigue la estela de lo ya previsto para marcas o indicaciones geográficas, no todos los aspectos parecen exentos de problemas en la aplicación concreta práctica, al haberse recogido normas para el caso de diseños “en tránsito”, de forma que los titulares de los diseños puedan hacer valer sus derechos sobre los dibujos o modelos de los productos que se transportan en tránsito por la UE (cfr. art. 19.3 del Reglamento y art. 16.3 de la Directiva).

III. Requisitos de protección: novedad y carácter singular

1. Novedad

34. Cuando se hace una aproximación a la protección del diseño (dibujos y modelos), en los textos nuevos promulgados se reitera, como no podía ser de otro modo, que la protección se confiere “a un dibujo o modelo mediante un derecho sobre un dibujo o modelo si este es nuevo y posee carácter singular”. Novedad y carácter singular siguen siendo, por tanto, requisitos de protección. Es cierto que, en los estudios previos al proceso de modernización, se habían observado algunas aproximaciones al concepto que incluían los requisitos de protección junto con la delimitación del objeto de protección.

35. Tal vez, esa sea la razón por la que, entre los textos promulgados, en concreto, en la Directiva se señala, en los considerandos (número 13 *in fine*), que “es necesario elaborar una *definición unitaria* de los requisitos de novedad y carácter singular que deben cumplir los derechos sobre los dibujos y modelos registrados”. Y, en el texto articulado, se concreta que por novedad -art. 4- ha de entenderse el diseño es nuevo cuando no se haya puesto a disposición del público ningún otro idéntico antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad. Se añade, textualmente que “se considerará que los dibujos y modelos son idénticos cuando sus características difieran tan solo en detalles irrelevantes”.

36. En el Derecho previo a la reforma, los dibujos y modelos se consideran nuevos también si no se ha hecho público ningún dibujo o modelo idéntico -o “cuasi idéntico”- antes de su fecha de presentación o de prioridad. Y, antes de la fecha en que el dibujo o modelo se haya hecho público por primera vez, en el caso de un dibujo o modelo comunitario no registrado (hoy diseño europeo, como es sabido). Los dibujos o modelos son idénticos “si sus características difieren únicamente en detalles insignificantes” (art. 5 RDMC antes de la reforma y que no ha sido modificado en el año 2024). Como puede observarse en los textos antes y después de la reforma del 2024 la aproximación es similar.

37. Se recordará que, en cuanto al grado de diferencia frente a los diseños desde una impresión de conjunto, en relación -eso sí- con el carácter singular, en la primera propuesta de la Directiva -propuesta previa al texto final 98/71/CE, cuya transposición del texto final se materializó en la LDI española vigente hoy día, se manifestaba que esas diferencias habrían de ser “significativas” o “sustanciales”. El Parlamento Europeo en primera lectura suprimió ese adjetivo en la tramitación, de manera tal que en el considerando 13 de la Directiva 98/71/CE se habla de que esa impresión general difiera *claramente* de la producida por el *corpus* existente de dibujos y modelos, habida cuenta de la naturaleza del producto a que se incorpora el diseño y concretamente del sector industrial a que pertenezca. En el nuevo texto, en la Directiva de 2024, y en referencia a la apreciación del carácter singular se ha suprimido el término “claramente” (cfr. art. 5 Directiva del año 2024).

38. En cuanto a la novedad de un “producto complejo” se ha decidido seguir manteniendo una referencia concreta en el artículo 3.3. del texto de la Directiva. En ese sentido, solo se considerará que el dibujo o modelo aplicado o incorporado a un producto que constituya un componente de un producto complejo es nuevo y posee carácter singular: a) si el componente, una vez incorporado al producto complejo, sigue siendo visible durante la utilización normal de este último; así como b) en la medida en que aquellas características visibles del componente reúnan en sí mismas los requisitos de novedad y carácter singular. Y, se añade, que se entenderá por “utilización normal” la utilización por parte del consumidor final, sin incluir las medidas de mantenimiento, conservación o reparación.

39. Se recordará, por otra parte, que, en la jurisprudencia, ya se había entendido que “el hecho de que la protección conferida a un dibujo o modelo no se limite únicamente a los productos a los que vaya a incorporarse o aplicarse implica necesariamente que la apreciación de la novedad de un dibujo o modelo tampoco debe limitarse solo a esos productos”²³. Y los detalles insignificantes han de entenderse como “detalles que no se percibirán de inmediato y que, por tanto, no darán lugar a la constatación de diferencias, siquiera mínimas, entre dichos dibujos o modelos” (Cfr. Asunto *Kastenholz/OAMI — Qwatchme* referido a esferas de reloj de pulsera)²⁴.

2. Carácter singular

40. Pero el diseño de la UE también debe tener “carácter singular”. Un diseño tendrá carácter singular si “la impresión general que produce en el usuario informado difiere de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier dibujo o modelo que se haya puesto a disposición del público” (art. 6 RDUE). La evaluación de si un dibujo o modelo tiene carácter singular debe basarse en si la impresión general producida en un usuario informado que contempla el dibujo o modelo difiere claramente de la producida en él por el dibujo o modelo existente, teniendo en cuenta ambos aspectos (considerando 14 del RDUE): (i) la naturaleza del producto al que se aplica el diseño o en el que se incorpora; y (ii) en particular, el sector industrial al que pertenece el producto y el grado de libertad del diseñador en el desarrollo del diseño.

²³ STJUE de 21 de septiembre de 2017, *Easy Sanitary Solutions* y *EUIPO/Group Nivelles*, C-361/15 P y C-405/15 P, ECLI:EU:C:2017:720.

²⁴ STJUE de 6 de junio de 2013, *Kastenholz/OAMI — Qwatchme (Esferas de reloj de pulsera)*, T-68/11, ECLI:EU:T:2013:298.

41. Al referirse la normativa a la impresión “general”, esta no ha de concentrarse en aspectos tangenciales, como venía entendiendo el TG, es decir, han de ser elementos pertinentes (Asunto Sanford/EUIPO - Avery Zweckform, relativo a etiquetas)²⁵.

42. En la Directiva del año 2024 se recoge respecto del “carácter singular” una idea similar y se añade que, si un dibujo o modelo posee o no carácter singular, se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor a la hora de desarrollar el dibujo o modelo.

43. En cuanto a los criterios de determinación, el carácter singular venía interpretándose por el TJUE en el sentido de que la determinación de este referido a un dibujo o modelo debe realizarse con “respecto a dibujos o modelos concretos, individualizados, determinados e identificados entre todos los dibujos o modelos hechos públicos con anterioridad”²⁶.

44. Además, para determinar si se cumple el requisito de carácter singular no ha de considerarse la concepción de sus modalidades de uso o de funcionamiento del producto, en la medida en que la finalidad de la normativa es la de proteger la apariencia de un producto. Por ello, la determinación ha de venir, según el TG, como resultado de la comparación de las “impresiones generales que producen en los usuarios informados los dibujos o modelos en conflicto y teniendo en cuenta el grado de libertad del autor. Por lo tanto, el criterio relativo a los inconvenientes o diferentes dificultades de uso del dibujo o modelo anterior, que se han resuelto supuestamente en el dibujo o modelo controvertido, no figura entre los que pueden tenerse en cuenta para determinar el carácter singular de un dibujo o modelo” (Asunto El Hogar Perfecto del Siglo XXI/OAMI - Wenf International Advisers, referido a un Sacacorchos)²⁷.

45. Así mismo, para valorar el carácter singular, el TG subraya que “el hecho de que el dibujo o modelo anterior haya sido objeto de anulación carece de pertinencia desde el momento en que fue divulgado” (Asunto Viabizzuno, referido a una Lámpara de mesa)²⁸.

46. Por otra parte, el sector específico resulta sin duda relevante, puesto que para “determinar el carácter singular de un dibujo o modelo ha de tenerse en cuenta la naturaleza del producto al que se aplica o se incorpora el dibujo o modelo, y en particular el sector industrial al cual pertenece” (Asunto referido a un equipo de comunicación)²⁹. Sin que, en otro sentido, sea preciso que la comparativa implique que, al comparar las impresiones generales producidas en dicho usuario informado, “los productos a los que se refieren los dibujos o modelos de que se trate sean similares o formen parte del mismo sector” (cf. Asunto antes citado Viabizzuno).

47. También será útil la constatación, según el TG, de las denominadas “cuatro etapas de comprobación”. Así, para determinar si un diseño posee carácter singular, procede realizar, en esencia, un análisis en cuatro etapas. A este respecto, “el Tribunal puntualiza que las tres primeras etapas del análisis, a saber, la determinación del sector de que se trate, del usuario informado y del grado de libertad del autor, solo deben efectuarse con relación al dibujo o modelo controvertido”. En efecto, dado que el dibujo o modelo anterior puede estar comprendido en un sector totalmente diferente, caracterizado por un usuario informado y una libertad del autor distintos, carece de pertinencia a efectos de esas tres primeras etapas del análisis. En cambio, la cuarta etapa, consistente en comparar las impresiones generales producidas por los dibujos o modelos en conflicto, implica *tener en cuenta tanto el dibujo o modelo controvertido como el anterior* (Asunto referido a un panel de construcción³⁰).

²⁵ STG de 10 de noviembre de 2021, *Sanford/EUIPO*, T-443/20, ECLI:EU: T:2021:767.

²⁶ STJUE de 19 de junio de 2014, *Asunto Karen Millen Fashions*, C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013.

²⁷ STG de 21 de noviembre de 2013, *Hogar Perfecto del Siglo XXI/OAMI*, T-337/12, ECLI:EU: T:2013:601.

²⁸ STG de 16 de junio de 2021, *Davide Groppi/EUIPO — Viabizzuno*, T-187/20, ECLI:EU: T:2021:363.

²⁹ STG de 22 de junio de 2010, *Shenzhen Taiden/OAMI — Bosch Security Systems*, T-153/08, ECLI:EU: T:2010:248.

³⁰ STG de 10 de noviembre de 2021, *Eternit/EUIPO — Eternit Österreich*, T-193/20, ECLI:EU: T:2021:782.

48. Otro aspecto que no ha de olvidarse consiste en que resulta relevante tener en cuenta que al valorar no solo el carácter singular, sino también la novedad, no habría de considerarse como anterioridad el hecho de que el diseño se haya hecho público durante los doce meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de registro o, en su caso, de la fecha de prioridad, si esa divulgación la ha hecho el autor, su causahabiente, o un tercero al que aquéllos hayan dado la autorización pertinente o a resultas de una acción de cualquiera de ellos, o si la divulgación la ha hecho un tercero mediante un acto abusivo respecto al autor o su causahabiente (arts. 10 LDI y 7.2, 3 RDUE). Esa delimitación temporal de las anterioridades a fin de considerar la novedad y el carácter singular permite que quien haya hecho público su diseño obtenga la protección de diseño de la UE no registrado y pueda solicitar una protección registral para ese mismo diseño, siempre y cuando presente la solicitud dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se hiciera público por vez primera.

49. De hecho, en el caso de “Puma”, en STG³¹ del año 2024, se confirmó la nulidad que había declarado la EUIPO sobre un modelo comunitario -hoy sería diseño de la UE- de zapatillas de deporte. En el supuesto, la sociedad “Puma” había registrado en 2016 un diseño, siendo que un competidor aportó la prueba de imágenes de una famosa cantante calzando las zapatillas en un concierto del año 2014. Esta prueba implicaba que los argumentos del impugnante rebatiesen la singularidad de los artículos 4.1. en interrelación con el 6 del entonces RDMC, divulgado por el propio solicitante del diseño antes del período de 12 meses mencionado en el art. 7.2.d) de ese RDMC.

3. “Usuario informado”

50. El término “usuario informado” no está definido ni en los textos anteriores, ni en los textos tras la reforma del año 2024. Esto no impide que sí que se puedan destacar algunas ideas. El usuario informado suele ser el consumidor de los productos elaborados con el diseño, esto es, alguien que esté familiarizado con los productos en cuestión. Cabe entender que puede ser equivalente al consumidor final, pero no necesariamente; por ejemplo, si se trata de la parte interna de una máquina o de un dispositivo mecánico sustituido en el curso de una reparación. En esos casos, la persona que sustituye la pieza sería el usuario informado, que tiene un cierto grado de conocimiento, sin que sea experto. Además, al tenerse en cuenta el sector industrial al que pertenece el producto que incorpora el dibujo o modelo o diseño. En consecuencia, aunque el usuario informado no sea un experto en diseño, debe conocer en cierta medida el tipo de productos y diseños anteriores en ese campo.

51. Por otra parte, en tanto que, al evaluar el carácter singular, dado que lo que cuenta es la “impresión general”, hay que dar más peso a las características comunes entre el dibujo o modelo en cuestión y el estado de la técnica que a las diferencias. Debe tenerse en cuenta el grado de libertad del autor en la elaboración del dibujo o modelo. Por lo tanto, parece claro que la atención se centrará en aquellos elementos del producto en los que ha habido libertad de diseño, en los que la apariencia no está dictada por la función ni por su necesidad de encajar con otras partes. Cuando las limitaciones al diseño son tales que los diseños serán inevitablemente similares, es posible que se protejan ligeras variaciones con respecto al estado de la técnica, de lo que sería el caso si no existieran tales restricciones.

52. Al ir dibujando qué deba entenderse por usuario informado sí que se ha ido señalando por los tribunales de la UE que no equivale a “consumidor medio normalmente atento y perspicaz” que percibe habitualmente el dibujo o modelo como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar. Del mismo modo no se consideraría como “un experto o técnico capaz de observar en detalle las más pequeñas diferencias que existan entre los dibujos o modelos en conflicto”. En el punto medio podría aproximarse la delimitación, entendiéndose que no se ha de ser ni un experto en la materia concreta de que se trate –“experto técnico”- ni del campo del diseño –“un diseñador”, por lo que bastaría tener un grado

³¹ STG, Sala Sexta, de 6 de marzo de 2024, *Zapatillas Puma*, T-647/22, ECLI:EU: T:2024:147.

de conocimiento normal. Ese grado de conocimiento, unido al interés por el producto de que se trate, permitiría a ese tipo de usuario prestar un grado de atención “relativamente elevado” al utilizar el producto³².

53. Pero también podrían ser usuario informado a efectos de determinar el carácter singular, por una parte, el profesional que adquiere los productos para distribuirlos a los usuarios finales y, por otra, los propios usuarios finales. Con tal que uno de esos dos grupos de usuarios informados perciba que los dibujos o modelos de que se trate produzcan la misma impresión general sería suficiente para apreciar que el dibujo o modelo controvertido carece de carácter singular (Asunto antes citado *Sphere Time/OAMI — Punch*, relativo a un reloj unido a una cinta).

54. Es cierto que, por otra parte, dependerá del producto concreto de que se trate. En el caso de productos fabricados en serie, con una forma simple, en los que no se necesita una forma específica para cumplir una función y, por lo tanto, la libertad del diseñador no está limitada, y en los que forman parte de un campo abarrotado en el que coexiste una amplia gama de diseños, los pequeños detalles pueden aportar una diferencia suficiente a la impresión general.

55. No obstante, esto no implica que el usuario informado pueda distinguir -más allá de la experiencia acumulada como consecuencia de la utilización del producto de que se trata- los “aspectos de la apariencia del producto que responden a su función técnica de aquellos que son arbitrarios” (Asunto, antes citado, *Shenzhen Taiden/OAMI- Bosch Security Systems*, referido a un Equipo de comunicación).

56. Y si se observa que las propias normas, incluso en los considerandos del texto de la Directiva del año 2024 se ahonda en que se refiere a la impresión “general”³³, esto implicaría que el conocimiento y el grado de atención elevados -de ahí el matiz de “informado”- no llevarían al punto de entender que se está ante un experto del sector similar o propio del Derecho de patentes (Asunto relativo a un Expositor para vehículos³⁴).

4. Grado de libertad del diseñador

57. El grado de libertad del diseñador ha de contraponerse a las exigencias técnicas. Dicho en sentido inverso, “cuanto mayor sea el grado de libertad del autor al desarrollar un dibujo o modelo, menor será la posibilidad de que las diferencias secundarias que existan entre los dibujos o modelos comparados causen una impresión general distinta en los usuarios informados” (Asunto referido a unos radiadores de calefacción)³⁵.

58. Se ha considerado por parte de los tribunales europeos que el factor de libertad del diseñador no condiciona, pero sí matiza la existencia o no de carácter singular, esto es, el grado de libertad no sería entendido como un factor autónomo o totalmente independiente de la determinación del carácter singular (Asunto referido a bolsos)³⁶.

59. Y también los tribunales determinaron que, si existe una mera modernización, sin hacer uso de la libertad del diseñador, puede entonces que no concurra el requisito del carácter singular, todo ello referido a dos modelos del vehículo de una marca muy conocida (Asunto referido a vehículos)³⁷.

³² STJUE de 20 de octubre de 2011, *PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, ECLI:EU:C:2011:679.

³³ Considerando 18: “La valoración del carácter singular debe basarse en si la impresión general producida a un usuario informado que examine el dibujo o modelo difiere de la producida por cualquier otro dibujo o modelo que forme parte del corpus existente de dibujos y modelos, habida cuenta de la naturaleza del producto al que se aplica o incorpora el dibujo o modelo y, concretamente, del sector industrial al que este pertenece y del grado de libertad del autor a la hora de desarrollarlo”.

³⁴ STG de 13 de junio de 2019, *Visione/EUIPO — EasyFix*, T-74/18, ECLI:EU: T:2019:417.

³⁵ STG de 13 de noviembre de 2012, *Antrax It/OAMI — THC*, T-83/11 y T-84/11, ECLI:EU: T:2012:592.

³⁶ STG de 10 de septiembre de 2015, *H&M Hennes & Mauritz/OAMI — Yves Saint Laurent*, T-525/13, ECLI:EU: T:2015:617.

³⁷ STG de 6 de junio de 2019, *Porsche/EUIPO — Autec*, T-209/18, EU: T:2019:377.

5. Divulgación en internet

60. Ocurre que para valorar la novedad o el carácter singular se ha de considerar respecto de diseños anteriores y en este sentido la divulgación resulta fundamental. Se trataría del juicio comparativo del diseño a proteger.

61. A fin de valorar la existencia de identidad o no (en las normas previas se consideraba -recuérdese- también los diseños “idénticos” o cuasi idénticos), se ha de considerar la divulgación, sobre la que los tribunales europeos se han pronunciado. Se han considerado cuáles han de ser los criterios para entender si se ha divulgado o no con confidencialidad³⁸, si los círculos especializados del sector han de conocerlo no de manera fortuita, sino por los cauces normales del tráfico comercial (Asunto en relación con un paraguas)³⁹, así como resulta relevante que la divulgación sea probada (Asunto referido a un estuche para teléfono móvil)⁴⁰.

62. La divulgación en internet ha supuesto además que la EUIPN⁴¹ publicase una Guía que recogiera los criterios comunes sobre esa materia. Se trata del documento titulado “Criterios para evaluar la divulgación de dibujos y modelos en internet”, del año 2020. Los criterios se detienen en varios aspectos: (i) las fuentes de divulgación, puesto que se observará que es muy diferente según se trate de sitios web, aplicaciones, correos electrónicos o intercambio de archivos; (ii) la fecha pertinente a considerar; (iii) los medios de presentación de las pruebas obtenidas en internet; y (iv) las excepciones a que se considere que el diseño estuvo disponible, sea por referencia a acuerdos de confidencialidad, contraseñas, bloqueos geográficos entre otros.

63. De estos criterios se destaca que, después de la exposición de cada uno de los puntos analizados, se proceden a facilitar recomendaciones. Pero, sobre todo, destaca el hecho de que se haya recogido un listado de las sentencias, bien del TJUE, bien del Tribunal General, que han abordado, de un modo u otro, la divulgación en medios electrónicos⁴².

64. No cabe duda de que la referencia a “internet” se queda hoy limitada y que algunas de las conclusiones que se analizan podrán o no ser extrapolables al ámbito que se abre con la ampliación hacia los soportes no físicos de los diseños, con la reforma introducida, ya recogidos de forma expresa.

IV. Ideas finales

65. A finales de la década de 1980 y principios de la de 1990 se sentaron las bases del sistema de dibujos y modelos de la UE. De hecho, durante más de dos décadas, la legislación de la UE sobre los dibujos y modelos (diseños) ha permanecido prácticamente inalterada, pero los avances tecnológicos

³⁸ STJUE de 13 de febrero de 2014, *Asunto H. Gautzsch Großhandel*, C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75.

³⁹ STG de 21 de mayo de 2015, *Senz Technologies/OAMI — Impliva*, T-22/13 y T-23/13, ECLI:EU:T:2015:310.

⁴⁰ STG de 27 de febrero de 2018, *Gramberg/EUIPO — Mahdavi Sabet*, T-166/15, ECLI:EU:T:2018:100.

⁴¹ European Union Intellectual Property Network, que se puede consultar en la pg. De EUIPO siguiente: CP10 Common Communication_and_Common_Practice_ES (consultado el 1 de junio de 2025).

⁴² Asuntos: STG de 21 de junio de 2018, *Haverkamp IP/EUIPO - Sissel (Tapis de sol)*, T-227/16, ECLI:EU:T:2018:370; STG de 14 de marzo de 2018, *Crocs*, T-651/16, ECLI:EU:T:2018:137; STG de 27 de febrero de 2018, *Gramberg/EUIPO - Mahdavi Sabet*, T-166/15, ECLI:EU:T:2018:100; STG de 18 de noviembre de 2015 Tribunal General, *Liu/OHMI - DSN Marketing (Ordenadores Portátiles)*, T-813/14, ECLI:EU:T:2015:868; STG de 11 de diciembre de 2014, *Nanu-Nana Joachim Hoepf/OHMI - Vincci Hoteles (NAMMU)*, T-498/13, ECLI:EU:T:2014:1065; STG de 9 de marzo de 2012, *Coverpla/OHMI - Heinz-Glas (Flacon)*, T-450/08, ECLI:EU:T:2012:117; STG de 21 mayo 2015, *Senz Technologies/OHMI - Impliva (Parapluies)*, T-22/13, ECLI:EU:T:2015:310; STJUE de 13 febrero 2014, *H. Gautzsch Großhandel*, C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75; STG de 16 diciembre de 2010, *Baena Grupo/OHMI - Neuman y Galdeano del Sel (Personnage assis)*, T-513/09, ECLI:EU:T:2010:541; STG de 15 de octubre de 2015, *Promarc Technics/OHMI - PIS (Pièce de porte)*, T-251/14, ECLI:EU:T:2015:780; TJUE de 21 de septiembre de 2017, *Easy Sanitary Solutions/Group Nivelles*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720; y TJUE de 19 de junio 2014, *Karen Millen Fashions*, C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013.

y la era digital han transformado la industria del diseño. En este panorama en constante evolución, la Comisión Europea reconoció la necesidad de adaptar su marco normativo.

66. Los cambios se recogieron en dos “propuestas”, presentadas por la Comisión Europea en noviembre de 2022: una propuesta de Reglamento que modifica el del año 2002, que sigue vigente modificado -y en vigor en dos fases las modificaciones- y otra de Directiva nueva (que se anuncia como refundición). En conjunto, cambian la forma en que se delimita la noción (objeto de protección), a la vez que se aplica y protege la legislación sobre diseños en todos los Estados miembros de la UE. Los cambios propuestos van desde la modificación terminológica y la ampliación de la definición de “diseño” hasta la mejora de las medidas de protección.

67. El cambio de la noción de dibujos y modelos -diseños- en la legislación de la UE permite que la tecnología entre de forma expresa dentro del ámbito de aplicación. Ya no es preciso que cuando se trate de un producto cuyo diseño está protegido el mismo haya de estar en un soporte físico. La definición de un diseño abarcaría ahora más claramente características como el movimiento, la transición y la animación, al tiempo que se aplicaría a la apariencia de todo el producto o de una parte de él.

68. Los textos propuestos primero, promulgados finalmente después, proporcionan además una lista no exhaustiva de elementos que podrían considerarse “productos”, como el embalaje, los conjuntos de artículos, la disposición espacial de elementos destinados a formar un entorno interior o exterior, las piezas destinadas a ser ensambladas en un producto complejo, pero también las obras gráficas o símbolos, los logotipos, los patrones de superficie, los caracteres tipográficos y las interfaces gráficas de usuario. Así mismo, se abordan en mayor detalle aspectos del “producto complejo”.

69. En resumen, al abordar la delimitación de “producto”, “producto complejo”, junto con la noción de dibujo y modelo, se persiguen clarificar algunos aspectos que se consideraban problemáticos o de tratamiento desigual en la aplicación de las normas en los Estados miembros. Algunas cuestiones antes tratadas en considerandos pasan ahora a normas (por ejemplo, las referidas a la visibilidad, ahora clarificada respecto de la solicitud de registro).

70. Estos cambios se habrán de trasladar al procedimiento de registro, sean registros nacionales -que obedezcan a la transposición de la nueva Directiva-, sean europeos, esto es, el registro en la EUIPO. De hecho, la EUIPO ya ha actualizado algunos aspectos en 2025 al publicar una nueva versión de las Directrices en materia de diseño. En materia de procedimiento también se persigue una simplificación.

71. En relación con la exclusión relativa a la función técnica, parece claro que tanto la Directiva como el Reglamento de diseños europeos habrían de suponer un avance, de forma que se puedan dibujar con mayor nitidez aspectos, no siempre tan fáciles de clarificar, como por ejemplo determinar si las características de apariencia de un producto vienen dictadas únicamente por su función técnica. Sería necesario en este sentido poder determinar cuándo el diseñador goza de cierta libertad en el desarrollo de características de apariencia del diseño, esto es, cuándo la presencia de diferencias entre el diseño existente y el diseño impugnado demostraría que el diseñador tuvo cierta libertad.

72. Algunos otros aspectos no parece que hayan tenido una respuesta más detallada. Se recordará que, en relación con la marca, con ocasión de la modernización de su regulación, se aprovechó para codificar los denominados criterios Sieckmann (cfr. Asunto C-273/00) respecto de la representación de una marca. En cambio, en la reforma para diseño no parece que se haya perseguido codificar la definición de “usuario informado”, por ejemplo. De hecho, sí que se sigue aludiendo al “usuario informado” respecto de la percepción del carácter singular. En concreto, la valoración del carácter singular debe basarse en si la impresión general producida a un usuario informado que examine el dibujo o modelo difiere de la producida por cualquier otro dibujo o modelo que forme parte del *corpus* existente de dibujos y modelos, habida cuenta de la naturaleza del producto al que se aplica o incorpora el dibujo o modelo

y, concretamente, del sector industrial al que este pertenezca y del grado de libertad del autor a la hora de desarrollarlo.

73. Se modifican, así mismo, aspectos como la visibilidad, el tratamiento de las piezas de recambio, a la par que se amplía la protección contra la impresión de piezas 3D -que en estas páginas no se han tratado de forma detallada-, como también se hace un nuevo tratamiento respecto de los productos “en tránsito”, junto con un mejor o más práctico régimen del procedimiento. En este último sentido, se persigue que los costes económicos o la complejidad del procedimiento no dificulten el que pequeñas o medianas empresas puedan acudir a este tipo de derecho exclusivo. En esta última idea incide también el empleo del símbolo ©.

74. Como es sabido, nuestra legislación nacional no prevé el diseño no registrado -pues al quedar cubierto por el Reglamento entonces comunitario, no resultaba preciso para el territorio nacional, incluido en el europeo-; pues bien, ahora se prevé que así será para todos los Estados miembros. En efecto, los dibujos y modelos nacionales no registrados ya no deberían ser previstos en virtud de la nueva Directiva sobre dibujos y modelos del año 2024. De ello se ocupa el Reglamento.

75. Tampoco se han tratado en esta aproximación a algunos aspectos de la reforma en cuanto a los usos permitidos, esto es, las limitaciones a que deben quedar sujetos los derechos exclusivos. En la nueva Directiva se hace una referencia expresa tanto en el articulado como en los considerandos. Y en el número 31 se detalla que, junto con los usos privados y con fines no mercantiles o con fines experimentales, se incluyen los actos con fines de ilustración, docentes, de uso referencial (en lo que sería la publicidad comparativa), comentario, crítica o parodia. Habitualmente se añade, como es sabido, la referencia a que esos actos sean compatibles con prácticas comerciales leales y no menoscaben indebidamente la explotación normal del dibujo o modelo. Ahí se añade el uso con fines de expresión artística, lícito si también se realiza conforme a prácticas leales, así como la libertad de expresión como derecho fundamental.

76. Es cierto, por otra parte, que se cuenta ya con un *corpus* de sentencias del TJUE y del TG suficiente que podrá seguir siendo considerado en gran medida, puesto que los cambios permitirán que se pueda seguir acudiendo a la interpretación de normas que se mantienen en cuanto a su esencia o finalidad. Aunque cabe entender que no todas las resoluciones podrán ser invocadas en los mismos términos, por ejemplo, en cuanto a la visibilidad, cuyo tratamiento diverge.

77. Si en el origen del tratamiento inicial de los dibujos y modelos -diseño industrial- por parte del Derecho europeo -entonces “comunitario”- se pudo ver una estructura genuina⁴³, resulta necesario plantearse si las normas nuevas cumplirán cabalmente con la adecuación a los nuevos escenarios. Sí que cabe pensar que, habiéndose producido un replanteamiento también en Reino Unido, en la UE se buscaba dar cabida a nuevos medios con una nueva definición de “dibujo o modelo” y “producto”, respectivamente. De este modo, se amplía el alcance de la protección de los diseños en respuesta a los avances tecnológicos en la impresión 3D, entre otros. No quedarse atrás, en definitiva.

⁴³ A. KUR, M. LEVIN, M., “The Design Approach revisited - background and meaning”, en A. Kur, M. Levin, & J. Schovsbo (Eds.), *The EU Design Approach - A Global Appraisal* (pp. 1-27), Edward Elgar Publishing, 2018.

Los sujetos obligados en el Reglamento UE de inteligencia artificial¹

Obliged parties in the EU regulation on artificial intelligence

MOISÉS BARRIO ANDRÉS

*Letrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Digital.
Director del Diploma de Alta Especialización en Legal Tech y transformación
digital (DAELT) de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad
Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-2877-5890

Recibido:03.06.2025 / Aceptado:30.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9871

Resumen: El Reglamento europeo de inteligencia artificial establece retos normativos sin precedentes para todas las categorías de agentes del mercado. La forma en que el RIA afectará a las entidades depende de varios factores, como el tipo de entidad, las posibles modificaciones del sistema de IA, las exclusiones, las prohibiciones, etc. Este artículo se centra en la cuestión de quiénes son los verdaderos destinatarios de las obligaciones y cómo pueden las entidades –sean privadas o públicas– establecer con certeza qué categorías de obligaciones les son aplicables.

Palabras clave: Inteligencia artificial; Reglamento UE de inteligencia artificial; Reglamento (UE) 2024/1689; RIA; Derecho digital.

Abstract: The EU AI Act sets unprecedented regulatory challenges for all categories of market players. How the AI Act will affect entities depends on a number of factors, such as the type of entity, possible changes to the AI system, exclusions, prohibitions and so on. This article focuses on the question of who the actual addressees of the obligations are and how entities - whether private or public - can establish with certainty which categories of obligations apply to them.

Keywords: Artificial intelligence; EU Regulation on artificial intelligence; Regulation (EU) 2024/1689; AI Act; Digital law.

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito sustantivo, territorial y subjetivo. 1. Ámbito sustantivo. 2. Ámbito territorial. 3. Ámbito subjetivo. 4. Excepciones. III. Niveles de riesgo. IV. Cadena de valor de la IA. V. Modelos de IA de uso general (GPAI). VI. Relaciones con otras normas. VII. Conclusiones.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto “Privacidad y carpeta de identidad digital europea” (PID2023-150123OB-I00) (EUDIWAPRY), correspondiente a la convocatoria 2023 de ayudas a «Proyectos de Generación de Conocimiento» y a actuaciones para la formación de personal investigador predoctoral asociadas a dichos proyectos, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea.

I. Introducción

1. El Reglamento Europeo de IA (RIA en lo sucesivo)² es una de las normas jurídicas más importantes de la historia del Derecho digital reciente³. Se trata de una norma horizontal *ex ante* que adopta un enfoque basado en la seguridad de los productos y el nivel de riesgo para regular la inteligencia artificial (IA). En lugar de asignar fuertes derechos individuales, el RIA pretende impedir el desarrollo y la distribución de sistemas y modelos de IA arriesgados. Para ello, adopta un enfoque asimétrico para regular las distintas clases de sistemas y modelos de IA e impone a los destinatarios exigentes obligaciones basadas en el riesgo.⁴

2. En efecto, frente a otros instrumentos normativos del Derecho digital europeo con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁵ a la cabeza, el RIA no establece ningún conjunto de principios generales⁶ para guiar el desarrollo de la IA, centrándose únicamente en la mitigación de riesgos. El énfasis en los valores europeos⁷ que deben integrarse en la IA, que si bien caracterizó el debate académico y normativo inicial así como una buena parte de las enmiendas del Parlamento Europeo que fueron desechadas en la versión final, se ha perdido en favor de una normativa centrada en el riesgo y orientada principalmente a la seguridad del sistema de IA.

3. Aquí radica uno de los mayores retos prácticos que plantea el RIA ante la falta de unos principios generales: la dificultad de determinar si un escenario de uso de IA entra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Y lo que es más importante, se manifiesta en forma de un problema más complejo que consiste en relacionar las obligaciones de cumplimiento basadas en el riesgo con la propuesta de valor del concreto uso de IA.

4. Aunque la IA aporta importantes y bien documentados ahorros y ventajas competitivas, también tiene el potencial de causar daños⁸. La presión general para desplegar la IA se ve contrarrestada por el coste y la incertidumbre del cumplimiento basado en el riesgo.⁹ Las organizaciones que utilizan la IA se enfrentan a dos tipos de incertidumbre: la inherente a la propia tecnología y la derivada de la legislación. La primera se refiere a la posibilidad de que los sistemas que funcionan según lo previsto puedan causar daños; la segunda es un riesgo de que una legislación aparentemente asequible pueda producir resultados no previstos.

² Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

³ M. BARRIO ANDRÉS, “Las nuevas coordenadas del Derecho digital europeo”, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, Vol. 9, 2024.

⁴ Para un estudio más detallado de la norma, me remito a M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, Madrid, Editorial Lefebvre, 2025. Y, de forma mucho más extensa, lo hemos llevado a cabo en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Madrid, Editorial Aranzadi LA LEY, 2024, con la participación de 73 autores expertos de relevancia nacional e internacional.

⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁶ M. BARRIO ANDRÉS, “Los principios estructurales del Reglamento General de Protección de Datos”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 20, 2024, pp. 1322-1341.

⁷ D. FIERRO RODRÍGUEZ, “El valor ético y jurídico de la dignidad humana, la inteligencia artificial y la normativización estética”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 21, 2024.

⁸ P. GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, “Desafíos de la tecnología y, en especial, de la Inteligencia Artificial, al Derecho”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 23, 2025; S. CARRETERO SÁNCHEZ, “Los nuevos retos de la Filosofía del Derecho ante la Inteligencia Artificial”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 15, 2023; J. M. MUÑOZ VELA, “Inteligencia Artificial y responsabilidad penal”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 11, 2022.

⁹ M. BARRIO ANDRÉS, “El cumplimiento basado en el riesgo o *risk-based compliance*, pieza cardinal del nuevo Derecho digital europeo”, *ARI Real Instituto Elcano*, N.º 34, 2023.

5. Actualmente, más del 41 % de las grandes empresas de la UE utilizan IA según Eurostat.¹⁰ Las organizaciones interactúan con la IA de diversas formas. Algunas son fabricantes y desarrolladoras; otras, importadoras o usuarias. Pueden desarrollar tecnologías de IA desde cero o apoyarse en soluciones ya disponibles, utilizando modelos que requieren o no entrenamiento. Pueden basarse en diferentes modelos lingüísticos de gran tamaño para diversos fines (los LLMs). Su uso de la IA puede abarcar desde la atención del cliente o ciudadano (*chatbots*) hasta la optimización de operaciones o procesos, recursos humanos, marketing, ventas o una variedad de aplicaciones específicas sectoriales en finanzas, comercio minorista, sanidad, servicios públicos y otros. Cada escenario requiere comprender la situación jurídica exacta de las actividades de la entidad.

6. El RIA se aplica en toda la cadena de suministro, pero no a todos los agentes involucrados¹¹ por igual.

7. Por ello, en próximas páginas se ofrece una visión práctica para determinar el ámbito de aplicación del RIA a una entidad.

II. Ámbito sustantivo, territorial y subjetivo

1. Ámbito sustantivo

8. El RIA distingue¹² entre “sistemas” y “modelos” de IA. Los sistemas son máquinas que funcionan de forma autónoma y muestran adaptabilidad, mientras que los modelos son construcciones entrenadas en grandes conjuntos de datos para realizar tareas específicas. Un sistema de IA, en ese sentido, es una implementación funcional que integra uno o más modelos pero también contiene la infraestructura necesaria para procesar datos. En términos sencillos, un modelo de IA es un componente de un sistema de IA.

9. La idea clave es que el RIA se aplica a los sistemas de IA y no a los modelos, con la excepción de los modelos de IA de uso o propósito general (los GPAI por sus siglas en inglés). El considerando 12 señala que los sistemas de IA se diferencian del software algorítmico ordinario porque tienen capacidad de inferencia. El considerando también apunta que este concepto debe estar estrechamente armonizado con los trabajos de las organizaciones internacionales que se ocupan de la IA, “a fin de garantizar la seguridad jurídica y facilitar la convergencia a escala internacional y una amplia aceptación”. No obstante, los aspectos clave de la definición legal son la autonomía, la adaptabilidad, la capacidad de inferencia y de producir resultados de salida y la capacidad de afectar a entornos físicos o virtuales. En la mayoría de los casos, los agentes deben ser capaces de reconocer si el producto que desarrollan o utilizan constituye un sistema de IA -o no-.

10. Se plantea una situación específica en los casos de integración de modelos de IA en sistemas de IA. En virtud del RIA, los modelos de IA integrados en sistemas de IA están regulados con una clara distinción entre “sistemas de IA” y “modelos de IA de uso general”, cada uno de los cuales tiene obligaciones de cumplimiento específicas. Cuando los modelos de IA se integran en sistemas de IA, todo

¹⁰ Eurostat, Use of artificial intelligence in enterprises, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Use_of_artificial_intelligence_in_enterprises [Fecha de la consulta: 30-06-2025].

¹¹ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, op. cit., pp. 135 y ss.; A. BOIX PALOP, “Artículo 25. Responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, op. cit., pp. 375 y ss.; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La gobernanza de la IA”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 21, 2024.

¹² M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, op. cit., pág. 17 y ss.; B. ADSUARA VARELA, “Artículo 3. Definiciones”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, op. cit., pp. 167 y ss.

el sistema está sujeto al marco regulador del RIA de IA basado en el riesgo, y los sistemas de IA de alto riesgo se enfrentan a los requisitos más estrictos. Un sistema de IA debe cumplir todas las obligaciones de cumplimiento normalmente dirigidas a tales sistemas, incluso cuando el modelo subyacente se enfrenta a obligaciones diferentes.

11. Por lo demás, las definiciones del RIA son amplias y pretenden abarcar todos los avances futuros de la tecnología de IA.

2. Ámbito territorial

12. De acuerdo con el artículo 2.1 del RIA¹³, territorialmente la norma se aplica a los siguientes sujetos de la cadena de valor de la IA:

- los proveedores que comercializan sistemas de IA o modelos GPAI en la UE;
- los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA con un lugar de establecimiento en la UE; y
- los proveedores y responsables del despliegue situados fuera de la UE, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión independientemente del lugar de su establecimiento.

13. Un proveedor se define en el artículo 3.3) del RIA como “una persona física o jurídica, autoridad pública, órgano u organismo que desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general o para el que se desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado o ponga en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca, previo pago o gratuitamente”. Por tanto, el elemento clave es que sitúan su propio nombre o marca comercial en el sistema o modelo en cuestión.

14. A su vez, un responsable del despliegue es definido en el artículo 3.4) del RIA como “una persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional”. Por tanto, se trata de la organización usuaria, sea privada o pública.

15. Así pues, cualquier proveedor de un sistema de IA con usuarios en la UE entra en el ámbito de aplicación del RIA, incluso en los casos en que actúen a través de representantes, distribuidores, etc. Es necesario que las actividades afecten a la Unión. Los proveedores ubicados en la UE siempre están sujetos al RIA, independientemente de que los sistemas de IA se dirijan a usuarios de fuera de la UE. Y los proveedores situados fuera de la UE lo están cuando los resultados de salida de la IA se utilicen en la Unión, con lo cual la norma tiene una eficacia universal como señalé¹⁴ en su momento.

16. Los actores de la cadena de valor de la IA también pueden asumir mayores obligaciones, especialmente cuando modifican el sistema de IA o colocan su propia marca. Esto significa que tanto un importador de la UE de un sistema de IA extranjero que lo modifique como un importador de fuera de la UE que se dirija a la UE son responsables como proveedores.

17. En resumen, cualquier relación con la UE hace que una entidad entre de lleno en el ámbito de aplicación del RIA. El alcance de las obligaciones a las que está sujeta depende de su posición en virtud del RIA.

¹³ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

¹⁴ M. BARRIO ANDRÉS, “Consideraciones sobre el ámbito extraterritorial del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”, *Derecho Digital e Innovación*, N.º 20, 2024.

3. Ámbito subjetivo

18. El RIA se aplica a una amplia gama de actores¹⁵, dependiendo de la posición en la que se encuentren. El artículo 2.1 nombra específicamente a las siguientes categorías:

- proveedores y responsables del despliegue.
- importadores y distribuidores.
- fabricantes de productos.
- representantes autorizados.
- personas afectadas situadas en la UE.

19. Los principales destinatarios del RIA son los proveedores, jurídicamente configurados como agentes que desarrollan sistemas de IA y modelos de GPAI y los comercializan. Esta es también la categoría que está sujeta a la carga de *compliance* más pesada del RIA.

20. Los “usuarios” de IA, denominados jurídicamente como responsables del despliegue, son actores que utilizan un sistema de IA “bajo su autoridad”, lo que debe interpretarse como el ejercicio de cierto grado de control sobre el sistema.

21. Los importadores, definidos como las personas que comercializan el producto de IA, también están incluidos cuando distribuyen sistemas de proveedores extracomunitarios. Los distribuidores, por su parte, son personas que ponen a disposición un sistema de IA. La distinción estriba en que los importadores son la primera entidad que pone a disposición una IA, mientras que los distribuidores se sitúan más abajo en la cadena. Las obligaciones de los importadores y distribuidores sólo se aplican a los sistemas de alto riesgo y tienen un alcance más limitado que las de los proveedores.

22. Los fabricantes de productos integran los sistemas de IA en sus productos y, a continuación, introducen ese producto en el circuito comercial. Estas obligaciones sólo son pertinentes en las situaciones contempladas en la sección A del anexo I del RIA (sistemas de alto riesgo).

23. Los representantes autorizados son entidades que reciben un mandato de proveedores de IA no establecidos en la UE. La existencia de estos representantes es un requisito imperativo para los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo establecidos fuera de la UE.

24. Por último, las personas afectadas están legitimadas en el RIA, y se les reconocen los tímidos derechos establecidos en los artículos 85 (derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de vigilancia del mercado) y 86 (derecho a explicación de decisiones tomadas individualmente) del Reglamento.

4. Excepciones

25. El RIA exime¹⁶ a determinadas categorías de su ámbito de aplicación. Es el caso de los usos militares, la defensa y la seguridad nacional. Esto es así independientemente del tipo de entidad. El RIA tampoco se aplica a las autoridades públicas de terceros países ni a las organizaciones internacionales. Además, los sistemas y modelos de IA desarrollados con exclusivos fines de investigación están exen-

¹⁵ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 154-155 y ss.

¹⁶ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 28-36; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Artículo 2. Ámbito de aplicación”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, p. 153.

tos. Quedan asimismo excluidas las pruebas, pero no las pruebas en el mundo real (en “condiciones reales”). Se excluye también el uso puramente personal.

26. También se introduce una exclusión relevante para los sistemas de IA liberados bajo licencia libre y de código abierto. Esta excepción se aplica únicamente a los sistemas que no se introduzcan en el mercado o no se pongan en servicio como sistemas de IA de alto riesgo o como sistemas de IA que entren en el ámbito de aplicación del artículo 5 o del artículo 50.

III. Niveles de riesgo

27. El RIA ha positivizado un modelo asimétrico de regulación, tratando de forma diferente a las distintas categorías de actores.

28. Asimismo, ha establecido cinco categorías principales de sistemas de IA:

- Las prácticas prohibidas (art. 5).
- Los sistemas de alto riesgo (cap. III).
- Los modelos de uso general (cap. V).
- Los sistemas de riesgo medio (art. 50).
- Los sistemas de riesgo nulo o bajo (sin regulación imperativa).

29. Diferentes escenarios de la concreta entidad pueden activar varias categorías simultáneamente.

30. El artículo 5 del RIA tipifica las prácticas de IA prohibidas¹⁷. Se trata de “la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización” de determinados sistemas. Las obligaciones se refieren a sistemas de IA especialmente peligrosos. Los destinatarios son todos los que comercializan, ponen en servicio o utilizan IA, lo que va más allá de los proveedores e incluye todas las categorías mencionadas anteriormente. En pocas palabras, incluso el uso de un sistema de IA prohibido es ilegal, independientemente de la condición de proveedor o fabricante.

31. Las obligaciones relativas a los sistemas de alto riesgo¹⁸ se dirigen principalmente a los proveedores¹⁹. Que una entidad esté sujeta a un oneroso cumplimiento de las obligaciones de alto riesgo depende de si el sistema de IA que suministra entra en una de las dos categorías siguientes:

1. Los sistemas de IA cubiertos por la legislación armonizada de la UE y enumerados en el anexo I (maquinaria, juguetes, equipos de radio, etc.) en los que es necesaria una evaluación de la conformidad.
2. Los sistemas de IA enumerados en el anexo III, que incluyen:
 - identificación biométrica.
 - gestión y funcionamiento de infraestructuras críticas.
 - educación y formación profesional.

¹⁷ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Artículo 5. Prácticas de IA prohibidas”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

¹⁸ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; M. GONZÁLEZ-MENSESES GARCÍA-VALDECASAS, “Artículo 6. Reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

¹⁹ Art. 16 RIA.

- empleo, autoempleo y recursos humanos.
- acceso y disfrute a los servicios públicos o privados esenciales.
- garantía del cumplimiento del Derecho.
- migración, asilo y control de fronteras.
- Administración de Justicia y procesos electorales.

32. En cuanto a los sistemas del anexo III del RIA, un requisito adicional es que el sistema plantee un riesgo significativo de perjuicio para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de cualquier persona, se utilice para la elaboración de perfiles o influya materialmente en el resultado de la toma de decisiones. De no ser así, el sistema quedará exento aunque entre en alguno de los epígrafes del anexo III (art. 6.3 RIA).

33. En efecto, el artículo 6.3 del RIA introduce una excepción para los sistemas que realizan tareas de procedimiento limitadas, sólo mejoran los resultados de la actividad humana, detectan patrones de toma de decisiones y no influyen en la evaluación humana, o cuando el sistema de IA sólo realiza una tarea preparatoria. No obstante, como excepción a la excepción, un sistema de IA se considera siempre de alto riesgo cuando realiza la elaboración de perfiles de personas físicas. No es necesaria una decisión formal de una autoridad nacional para beneficiarse de la exención (es una suerte de declaración responsable). No obstante, cuando un proveedor decida que un sistema no es de alto riesgo, conserva la obligación de documentar tal decisión con arreglo al artículo 49.2 del RIA.

34. Por lo demás, atendiendo a las consecuencias de esta clasificación de alto riesgo, éstas son necesariamente más leves en el RIA que en el RGPD. Mientras que en este último la innegociable protección de los derechos humanos llevó al legislador de la UE a excluir del mercado las aplicaciones de tratamiento de datos que entrañaban un alto riesgo para los derechos individuales (arts. 35.7.d) y 36.1 RGPD), en el RIA el legislador optó por un riesgo “aceptable“, lo que significa que las aplicaciones de riesgo pueden utilizarse aunque el nivel de riesgo siga siendo alto.

35. La cuarta categoría -las obligaciones de transparencia y marcado del art. 50²⁰- está reservada a los proveedores y responsables del despliegue de algunos sistemas de IA. Estos no se definen como sistemas de “riesgo medio” como tales, sino que contienen un conjunto independiente de obligaciones de transparencia que se aplica a los sistemas interactivos, los contenidos sintéticos, el reconocimiento de emociones, las falsificaciones profundas, ultrasuplantaciones o *deepfakes* y los textos sintéticos que informan al público.

IV. Cadena de valor de la IA

36. Determinar el papel de la entidad es uno de los primeros y más importantes pasos para decidir si se aplica el RIA y, en caso afirmativo, qué partes de la norma. Una de las características más confusas del RIA es su aplicación a diversos agentes a lo largo de la cadena de valor. Ya ha quedado apuntado cómo el RIA aplica, en principio, a una amplia variedad de actores, siendo los proveedores y los responsables del despliegue los más obvios.

37. La división inicial es entre proveedores y responsables del despliegue. Estas dos categorías desempeñan provisionalmente los papeles de fabricante y usuario. Los proveedores ostentan el papel central y la carga más pesada de cumplimiento normativo. Los proveedores son siempre los actores que

²⁰ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.; F. BUENO DE MATA, “Artículo 50. Obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas de IA”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 515 y ss.

desarrollan o encargan el desarrollo de un sistema de IA y lo introducen en el mercado de la UE. Si no es el caso, siguen siendo considerados como tales si ponen su nombre o una marca comercial en un sistema o lo modifican sustancialmente. Si no es el caso, están cubiertos si ponen el sistema en servicio en la UE o si se crea un resultado de salida allí. El RIA está concebido de tal manera que la comercialización de un sistema con una marca diferente sustrae al proveedor primigenio del ámbito de aplicación de la parte del RIA que se aplica a los proveedores y somete en su lugar al agente que pone la marca.

38. Los responsables del despliegue son categorías de usuarios que utilizan sistemas bajo su propia autoridad y están establecidos o ubicados en la UE o el resultado de salida de la IA se utiliza en la UE. Están sujetos a un conjunto mucho más reducido de obligaciones en el RIA, incluidos el artículo 13 sobre transparencia, el artículo 14 sobre supervisión humana, el artículo 20 sobre medidas correctoras y un artículo 26 separado que sólo se refiere a los responsables del despliegue. También están sujetos al artículo 27 sobre evaluación del impacto en los derechos fundamentales.

39. La disposición clave, el artículo 25 del RIA, aborda las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor. Ese artículo equipara a los distribuidores, importadores, responsables del despliegue y otros terceros agentes con los proveedores -y, por tanto, los somete al máximo nivel de obligaciones de los proveedores de alto riesgo- cuando ponen su nombre o marca comercial en un sistema de alto riesgo, cuando introducen en él una modificación sustancial o cambian su finalidad prevista.

40. Los acuerdos contractuales que asignan responsabilidades se mencionan explícitamente y están permitidos. Esto significa que el proveedor original de un sistema de IA puede retener contractualmente las obligaciones de cumplimiento, eliminando así la carga de los agentes posteriores de la cadena de valor. No obstante, el apartado 2 del artículo 25 también estipula que, incluso cuando no se hayan celebrado acuerdos contractuales, el proveedor inicial tiene la obligación de ayudar a los agentes posteriores de la cadena de valor a cumplir la normativa, facilitándoles la información y documentación necesarias. El proveedor inicial tiene la opción de indicar que no desea que su sistema se convierta en uno de alto riesgo por parte de los agentes que se encuentran más abajo en la cadena de valor. Cualquier acción en sentido contrario también exoneraría a dicho proveedor de otras obligaciones en virtud de las disposiciones de alto riesgo del RIA. Si el sistema de alto riesgo del anexo I se convierte en un componente de un producto, las obligaciones se transfieren al fabricante del producto.

41. Cuando los proveedores de sistemas de inteligencia artificial venden sistemas de IA a múltiples clientes o responsables del despliegue, existen obligaciones de cumplimiento basadas en el riesgo para el proveedor, pero también para los responsables del despliegue. Los responsables del despliegue que solo utilizan el sistema sin modificaciones tienen un conjunto de obligaciones más reducido, y los que lo modifican o ponen marcas comerciales están sujetos al conjunto de obligaciones aplicables a los proveedores.

V. Modelos de IA de uso general (GPAI)

42. El artículo 3.63) del RIA define un modelo de IA de uso general del modo siguiente: “un modelo de IA, también uno entrenado con un gran volumen de datos utilizando autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores, excepto los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su introducción en el mercado”.

43. A diferencia de los sistemas de IA ordinarios, los modelos GPAI son capaces de realizar una amplia gama de tareas. Su estatus normativo es especialmente importante, ya que se despliegan en una variedad de casos de uso que van desde la atención al cliente a la ciberseguridad, la gestión de

servicios públicos o la creación de contenidos, entre otros. Servicios conocidos como ChatGPT, Gemini o Copilot son *chatbots* que utilizan diferentes modelos GPAI a los que pueden acceder distintas categorías de usuarios.

44. Aunque las normas sobre modelos GPAI²¹ son relativamente vagas y están sujetas a actos delegados²², su ámbito de aplicación está claro: las normas sobre modelos GPAI del RIA de IA sólo se aplican a los proveedores de modelos GPAI. Se trata de un dato importante, ya que indica que el uso normal de los modelos GPAI no genera obligaciones de cumplimiento para agentes distintos de los proveedores, siendo la excepción sus representantes autorizados²³.

45. Existen dos conjuntos diferentes de obligaciones: las que afectan a los proveedores regulares de modelos GPAI y las que afectan a los modelos GPAI con riesgo sistémico. Estos últimos se definen como modelos que tienen capacidades de alto impacto evaluadas sobre la base de herramientas técnicas y metodologías adecuadas, incluidos indicadores y puntos de referencia, o modelos que son designados como tales por una decisión de la Comisión. Se presumirá que un modelo tiene alto impacto cuando la cantidad acumulada de cálculo utilizada para su formación medida en operaciones de coma flotante sea superior a 10^{25} FLOP.

46. Cuando un proveedor intermedio integra un modelo GPAI en un sistema de IA, el proveedor GPAI tiene la obligación de cooperar con el proveedor intermedio. La pregunta que se impone, sin embargo, es la siguiente: ¿cuándo se consideraría que un proveedor modificador intermedio es un proveedor GPAI por derecho propio? El RIA no contiene nada al respecto, pero reconoce que estas modificaciones pueden tener lugar²⁴. Habría que suponer que sólo las modificaciones sustanciales tendrían tal consecuencia. Las Directrices preliminares²⁵ para los modelos GPAI fijan el umbral de modificación en $1/3$ del umbral GPAI ordinario: es decir, $3 \cdot 10^{21}$ FLOP. En caso de riesgo no sistémico, las Directrices fijan el umbral en 10^{25} FLOP o más.

47. Así pues, el uso habitual de modelos de gran tamaño rara vez desencadena un cumplimiento basado en el riesgo, a menos que se produzcan modificaciones significativas o se integren en sistemas de IA, especialmente cuando estos últimos están sujetos a un cumplimiento como sistema de alto riesgo.

48. También existen exenciones de código abierto, aunque no para los GPAI con riesgo sistémico.

VI. Relaciones con otras normas

49. El RIA contiene reglas complicadas para repartir las obligaciones de cumplimiento a lo largo de la cadena de valor. Es importante comprender la relación de esta norma con otras normas del Derecho digital de la UE, incluido el RGPD, las normas sobre responsabilidad y ciberseguridad. La idea principal aquí es que la condición de una empresa como sujeto de las obligaciones del RIA de IA es independiente de su posición jurídica derivada de otras normas. Dicho de otro modo, el uso por parte de una entidad de sistemas de IA o modelos GPAI puede desencadenar obligaciones de cumplimiento normativo derivadas de leyes distintas del RIA.

²¹ M. BARRIO ANDRÉS, *Reglamento UE de inteligencia artificial (Incluye los actos de desarrollo y ejecución de la AI Act)*, op. cit., pp. 169 y ss.; C. MUÑOZ GARCÍA, “Capítulo V. Modelos de IA de uso general”, en M. BARRIO ANDRÉS (DIR.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, op. cit., pp. 525 y ss.

²² Vid. art. 56 RIA sobre códigos de buenas prácticas. El código de buenas prácticas puede consultarse en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-code-practice> [Fecha de la consulta: 30-06-2025].

²³ Art. 54 RIA.

²⁴ Cdo. 97 RIA.

²⁵ Vid. Directrices preliminares, Comisión Europea, 22 de abril de 2025 y disponibles en https://artificialintelligenceact.eu/wp-content/uploads/2025/04/GPAI_guidelines_consultation_MPfjkTcAJ4WXeJ7UX4UgnYMDy6c_114768.pdf [Fecha de la consulta: 30-06-2025].

50. El ya citado Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) es la principal herramienta reguladora de la UE en materia de datos personales. Regula las condiciones en las que los datos personales pueden recopilarse, tratarse, utilizarse y transferirse²⁶. Su importancia para los sistemas de IA radica en el hecho de que tanto los sistemas como los modelos de IA necesitan ser entrenados con conjuntos de datos. Los modelos de IA son algoritmos y construcciones matemáticas, mientras que los sistemas de IA consisten en uno o más modelos de IA junto con otros componentes informáticos (interfaz de uso, motor de bases de datos, hardware...). El entrenamiento con conjuntos de datos es fundamental para los modelos de IA porque les permite aprender patrones y hacer predicciones. La IA puede entrenarse, y a menudo se entrena, con datos que son personales y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del RGPD. Esto significa que siempre debe existir una base jurídica de tratamiento legítima en virtud del artículo 6 del RGPD en los casos de tratamiento de datos personales.

51. La base habitual será el consentimiento explícito recabado de los interesados, aunque a menudo se alegarán y utilizarán otras bases²⁷. Los conjuntos de datos pueden consistir en datos obtenidos mediante un acuerdo comercial combinados con datos propios y datos “raspados” de la web. Esta combinación, por lo demás muy habitual, aumenta la complejidad y con ella la necesidad de cumplimiento. Algunas situaciones no dependerán del entrenamiento y serán simples usos del modelo GPAI. En esos casos, deben utilizarse estipulaciones contractuales para obtener una indemnización, pero en los casos sencillos es probable que las cláusulas de las condiciones de uso del proveedor del modelo de IA prevean la cuestión. Se trata de una cuestión muy relevante y a mi juicio es muy conveniente optar por sistemas de IA que estén certificados como conformes con el RGPD.

52. El RGPD y el RIA se complementan y pueden obtenerse sinergias de cumplimiento si se coordinan los esfuerzos de cumplimiento simultáneo. El artículo 25 del RGPD exige la integración de la protección de datos en el diseño del sistema, un principio del que se hace eco el RIA al exigir medidas de mitigación de riesgos durante el desarrollo. Además, el requisito del RGPD significa que el componente de protección de datos del cumplimiento de la IA debe integrarse en el diseño del sistema como resultado de los requisitos procedentes del RGPD, no del RIA. Además de lo anterior, el artículo 22 del RGPD restringe únicamente las decisiones automatizadas con efectos jurídicos o significativos, que requieran la intervención humana o el consentimiento explícito. Esto significa que el uso de sistemas de IA o de modelos de GPAI, incluso cuando dicho uso no entre en el ámbito de aplicación del RIA (por ejemplo, porque el riesgo no sea elevado o porque el capítulo del RIA no sea aplicable) conlleva la obligación de implicar a seres humanos en el proceso en virtud del señalado artículo 22 del RGPD.

53. Las normas de responsabilidad no forman parte del RIA. La responsabilidad puede derivarse de tres categorías diferentes de normas. En primer lugar, las relaciones contractuales entre proveedores y usuarios pueden dar lugar a responsabilidad por incumplimiento de contrato. En segundo lugar, la responsabilidad por productos defectuosos se regula en la Directiva revisada de la UE sobre responsabilidad por productos defectuosos²⁸. Por último, también puede surgir la responsabilidad extracontractual²⁹. La aplicación del régimen normativo depende de las circunstancias del caso y de la elección del

²⁶ M. BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 4.ª edición, 2025, pp. 323 y ss. De forma más detallada, J. LÓPEZ CALVO (DIR.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPD-GDD*, Madrid, Editorial Bosch-Wolters Kluwer, 2019, así como A. TRONCOSO REIGADA (DIR.), *Prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos, autoridades de control y protección de datos personales*, Madrid, Editorial Civitas, 2025.

²⁷ Sobre el uso del interés legítimo como base, véase CEPD, Dictamen 28/2024 sobre determinados aspectos de la protección de datos relacionados con el tratamiento de datos personales en el contexto de los modelos de IA, de 17 de diciembre de 2024 y disponible en https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-282024-certain-data-protection-aspects_es [Fecha de la consulta: 30-06-2025].

²⁸ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

²⁹ La UE propuso pero retiró a principios de este 2025 una Directiva sobre responsabilidad por IA, véase Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas sobre responsabilidad civil no contractual a la inteligencia artificial, de 28 de septiembre de 2022. COM(2022)496 final.

demandante. La idea clave aquí es que el cumplimiento y la responsabilidad son cuestiones separadas. Aunque la cuestión de si una entidad cumple el RIA puede desempeñar un papel a la hora de determinar su responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual, esta última no está supeditada a la primera. Las entidades que no están sujetas al RIA pueden, no obstante, ser consideradas responsables con arreglo a las normas nacionales o de la UE, y el cumplimiento del RIA no garantiza la inmunidad frente a la responsabilidad.

54. Por su parte, la ciberseguridad se está convirtiendo en un tema central para las entidades. La UE ha regulado ampliamente esta cuestión en los últimos años, con la Directiva NIS2³⁰ sobre ciberseguridad en el centro del grupo normativo sobre la ciberseguridad³¹. La Directiva exige un cumplimiento *ex ante* basado en el riesgo para las entidades esenciales e importantes y su cadena de suministro³². En la medida en que el desarrollo o despliegue de la tecnología de IA presenta un riesgo de ciberseguridad, ese riesgo debe abordarse y mitigarse a través de las medidas contempladas en el artículo 21, apartado 2, de la Directiva NIS2. La evaluación del riesgo y el cumplimiento pueden ser de naturaleza similar a lo que exige el RIA pero, al igual que el RGPD, es independiente de ella.

55. En un nivel básico, el solapamiento de los requisitos de diferentes marcos normativos debería reconocerse como un fuerte incentivo para crear sinergias de cumplimiento simultáneo en un único plan global a medida que las organizaciones integran diferentes procesos para lograr mejores estrategias de cumplimiento. Este cumplimiento a medida no sólo maximiza la eficacia, sino que también proporciona a las entidades con visión de futuro una ventaja competitiva.

VII. Conclusiones

56. Los requisitos del RIA dependen de la situación de la entidad y del papel que la IA desempeña en la cadena de valor. Comprender este papel permite a la entidad desarrollar respuestas de cumplimiento adecuadas a su situación. La primera tarea del operador jurídico es determinar si el RIA afecta a la entidad y qué parte de la norma puede plantear problemas.

57. Aunque existe una confusión general sobre el grado de aplicación del RIA a las distintas entidades, sólo los proveedores de tecnologías de IA de alto riesgo están sujetos a todo el ámbito de cumplimiento basado en el riesgo, e incluso entonces sólo cuando es necesaria una evaluación de la conformidad o cuando existe riesgo para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Otros agentes de la cadena de valor de la IA se enfrentan a obligaciones menos onerosas. El ámbito de aplicación de las disposiciones de modelos GPAI es aún más reducido para los actores ordinarios (no proveedores) que no modifican el sistema de IA. Por otro lado, la interacción con otras normativas digitales puede crear importantes retos de cumplimiento, obligando a los actores que quedan fuera del ámbito del RIA a cumplir las normas de privacidad, ciberseguridad y otras.

58. A la postre, una comprensión clara de la situación de la entidad con respecto a las obligaciones ayuda a crear empresas más seguras y con un *compliance* más robusto. No se olvide que el *compliance* es Responsabilidad Social Empresarial (RSE), buen gobierno y factor distintivo de calidad en el mercado.

³⁰ Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) n° 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2).

³¹ M. BARRIO ANDRÉS, “La ciberseguridad en el Derecho digital europeo: novedades de la Directiva NIS2”, *InDret*, Vol. 1.2024, 2024, pp. 504-531; D. C. CARO CORIA (DIR.), *Ciberseguridad, cibercrimen y nuevas tecnologías. Riesgos y respuestas jurídicas*, México, Derecho Global, 2023; M. FUERTES LÓPEZ, *Metamorfosis del Estado. Maremoto digital y ciberseguridad*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

³² Arts. 20 y 21 Directiva NIS2.

Responsabilidad por productos defectuosos en buques autónomos: implicaciones de la Directiva (UE) 2024/2853

Liability for defective products in autonomous ships: implications of Directive (EU) 2024/2853

SARA CABAÑAS AREA

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad Camilo José Cela.*

ORCID ID: 0000-0002-4408-1901

Recibido:15.06.2025/Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9872

Resumen: La introducción de buques autónomos en el sector marítimo plantea un cambio en los esquemas tradicionales de responsabilidad, centrados históricamente en errores humanos. A medida que el control se transfiere a sistemas automatizados, los defectos técnicos, especialmente de software, adquieren mayor relevancia jurídica. Este trabajo analiza el impacto de la Directiva 2024/2853 sobre productos defectuosos en el Derecho marítimo, valorando su aplicabilidad a buques no tripulados y su potencial para llenar un vacío de responsabilidad. Se examina la posibilidad de que los perjudicados presenten reclamaciones contra fabricantes de software y constructores navales, así como los límites y exenciones de responsabilidad. Finalmente, se cuestiona si la navegación autónoma incrementará la litigiosidad bajo el régimen de responsabilidad por productos.

Palabras clave: buques autónomos, responsabilidad por productos defectuosos, Directiva 2024/2853, Derecho marítimo, defectos de software.

Abstract: The introduction of autonomous ships in the maritime sector marks a shift from traditional liability frameworks, historically centred on human error. As control increasingly shifts to automated systems, technical faults—particularly in software—gain legal significance. This paper analyses the impact of Directive 2024/2853 on defective products within maritime law, assessing its applicability to unmanned vessels and its potential to address a liability gap. It considers whether injured parties could bring claims against software developers and shipbuilders, as well as the limits and exemptions of liability. Finally, the paper explores whether autonomous navigation may lead to increased litigation under product liability regimes, given the dependency of these vessels on complex automated systems.

Key words: autonomous ships, product liability, Directive 2024/2853, Maritime law, software defects.

Sumario: I. introducción. II. La evolución del régimen de responsabilidad por productos defectuosos. III. El software como producto: consideraciones jurídicas en el entorno marítimo. IV. La responsabilidad del astillero y del proveedor del software bajo la directiva 2024/2853. 1. Posibilidad de extender la limitación de responsabilidad a los nuevos operadores económicos. 2. Los riesgos de desarrollo y el arbitraje como medios para evitar la aplicación de la directiva. V. Conclusiones

I. Introducción

1. La responsabilidad en el sector marítimo se ha basado, a lo largo de la historia, principalmente, en los errores humanos¹ y sus elecciones, sin embargo, a medida que avanzamos hacia un entorno cada vez más automatizado, la probabilidad de que los accidentes sean causados por errores humanos disminuye, mientras que los defectos técnicos del producto se vuelven más relevantes², llevando a los fabricantes a asumir una mayor responsabilidad.

2. Máquinas y códigos informáticos, en lugar de capitanes y oficiales superiores, están controlando cada vez más las operaciones marítimas³. Los buques autónomos de superficie marítima (MASS⁴), un área emergente de avance digital en las industrias de transporte marítimo y construcción naval, presentan un paradigma legal diferente al de los buques tradicionales existentes⁵ en materia de responsabilidad⁶, haciéndose necesario considerar la responsabilidad por defectos técnicos en un software defectuoso instalado en un buque autónomo.

3. Esto podría presentarse como una alternativa para los demandantes, quienes podrían intentar basar sus reclamaciones en otros sistemas de responsabilidad diferentes a los tradicionales en el sector marítimo. Si los accidentes fueran causados con mayor frecuencia por sistemas autónomos defectuosos, las partes perjudicadas podrían intentar presentar reclamaciones contra el constructor del buque o el fabricante del software autónomo. Esto implicaría un cambio hacia la responsabilidad por productos defectuosos en el contexto marítimo para llenar un posible „vacío de responsabilidad“ en la legislación marítima⁷

4. Esta decisión podría ser ventajosa para los demandantes, puesto que, por ejemplo, la nueva Directiva sobre responsabilidad por producto defectuoso se basa en la responsabilidad objetiva⁸ del pro-

¹ La mayoría de los accidentes marítimos son, de alguna manera, consecuencia de errores humanos. M. BLANKE, M. HENRIQUES Y J. BANG, *A Pre-Analysis on Autonomous Ships*, Technical University of Denmark, DTU Electro y DTU Management Engineering, 2021, disponible en: https://www.dma.dk/Media/637745503398246035/Autonomie%20skibe_DTU_rapport_UK.pdf. (consultado el 14 de mayo 2025). Al igual que en el contexto de los accidentes de tráfico, donde el error suele recaer sobre el conductor y su comportamiento al utilizar el vehículo. B. KOCH, *Product Liability for Autonomous Vehicles*, PIU – Polska Izba Ubezpieczeń, 2019, p. 3. Tradicionalmente, la responsabilidad se ha atribuido a personas humanas o a organizaciones que se consideran entidades jurídicas, como las compañías navieras. M. ISSA, A. ILINCA, H. IBRAHIM Y P. RIZK, “Maritime Autonomous Surface Ships: Problems and Challenges Facing the Regulatory Process”, *Sustainability*, vol. 14, 2022, núm. 23, p. 9.

² En el tráfico vial, los automóviles autónomos del futuro transformarán al usuario de conductor a pasajero, es decir, en una persona que viaja dentro del automóvil pero que no tiene ningún control sobre él. Desde una perspectiva funcional, el enfoque de la responsabilidad extracontractual debe ajustarse a este cambio en el control. Como primera aproximación, la responsabilidad de los fabricantes aumentará en tamaño y relevancia, mientras que la responsabilidad de los usuarios disminuirá proporcionalmente. M. A. GEISTFELD, “A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation”, *California Law Review*, vol. 105, 2017, pp. 1611-1691.

³ A. TETTENBORN, “Shipping: Product liability goes high-tech”, en B. SOYER y A. TETTENBORN (eds.), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, op. cit., p. 116.

⁴ Por sus siglas en inglés, “*Maritime Autonomous Surface Ships*”.

⁵ KIM, C. LEE, S. PARK y S. LIM, “Potential Liability Issues of AI-Based Embedded Software in Maritime Autonomous Surface Ships for Maritime Safety in the Korean Maritime Industry”, *Journal of Marine Science and Engineering*, vol. 10, 2022, art. 498

⁶ Del mismo modo que sucede con los vehículos autónomos. El lanzamiento de los vehículos autónomos afectará principalmente a tres ramas distintas del derecho privado: la responsabilidad por accidentes de tráfico, la responsabilidad por productos y el derecho de seguros. F. P. PATTI, “The European Road to Autonomous Vehicles”, *Fordham International Law Journal*, vol. 43, 2019, p. 125, disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol43/iss1/4>

⁷ AAWA, *Remote and Autonomous Ships: The Next Steps*, Rolls-Royce, Position Paper, Londres, 2016, p. 52, disponible en: <https://www.dieselduck.info/library/08%20policias/2016-AAWA%20Autonomous%20vessels.pdf>.

⁸ En términos simples, la responsabilidad objetiva puede definirse como responsabilidad sin culpa. En otras palabras, el demandante no necesita probar ninguna falta cometida por el demandado; simplemente debe demostrar que el acto u omisión fue cometido por el demandado y que sufrió una pérdida, daño o perjuicio. S. SHAVELL, “Strict Liability versus Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, 1980, p. 5. Otros autores la denominan “responsabilidad estricta” o incluso “responsabilidad por riesgo”, por ejemplo: P. SALVADOR CODERCH y S. RAMOS GONZÁLEZ, “Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante”, en P. SALVADOR CODERCH y F. GÓMEZ POMAR (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 76.

ductor y no incluye una limitación financiera general de responsabilidad. Cabe enfatizar, sin embargo, que la aplicación de las normas de responsabilidad por productos a la navegación autónoma no es, en absoluto, un proceso sencillo, además, únicamente abarca determinados tipos de daños⁹

5. En este trabajo se analizará el impacto de la nueva Directiva europea 2024/2853 sobre productos defectuosos en el Derecho marítimo, poniendo especial énfasis en el nuevo concepto de producto y en la distribución de la responsabilidad entre los nuevos actores en el ámbito de los buques no tripulados. Se pretende analizar si la introducción de los buques autónomos podría aumentar la frecuencia de litigios por productos defectuosos en el sector marítimo, pues estos buques dependen de sistemas automatizados, cuyo funcionamiento está basado en software.

6. Asimismo, se estudia la viabilidad de extender la limitación de responsabilidad prevista en el LLMC a estos nuevos operadores, así como la posible aplicación de la exención de responsabilidad por „errores de desarrollo“ en el contexto de la navegación autónoma.

II. La evolución del régimen de responsabilidad por productos defectuosos

7. La responsabilidad por productos defectuosos constituye un aspecto clave en el ámbito de la seguridad y la protección de los consumidores, especialmente cuando se trata de productos que puedan causar daños personales o materiales.

8. Tradicionalmente, la responsabilidad por productos defectuosos se ha enmarcado dentro del derecho privado, abarcando reclamaciones basadas en contratos, responsabilidad extracontractual o normativas especiales. Su finalidad es otorgar recursos legales a quienes sufran lesiones personales o daños materiales como consecuencia de defectos en un producto¹⁰. En su sentido más estricto y común, el

La responsabilidad objetiva por productos defectuosos significa que los fabricantes aseguran a los usuarios contra todos los daños que provienen de su producto, independientemente de la culpa. N. KALRA, J. ANDERSON y M. WACHS, *Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies*, California PATH Program, Institute of Transportation Studies, Universidad de California, Berkeley, 2009, p. 26. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/54k592hv>.

Aquella responsabilidad que no requiere la concurrencia de un elemento subjetivo, como el dolo (intencionalidad) o la culpa (negligencia o imprudencia) por parte de quien causa el daño. Una persona que sufre una lesión a causa de un producto defectuoso podrá reclamar una compensación al fabricante o al vendedor del producto sin necesidad de probar que estos actuaron de manera negligente. Ver: É. CORTÉS MONCAYO y M. C. MCAUSLAND SÁNCHEZ, *La responsabilidad objetiva: Entre esquemas tradicionales y nuevas realidades*, Universidad Externado, Bogotá, 2024. Es habitual que también se utilice el término “responsabilidad estricta” (*strict liability*) como sinónimo en el mundo anglosajón. También, S. BAUGHEN, *Shipping Law*, 8.ª ed., Routledge, 2023, “La responsabilidad objetiva significa que un demandado es considerado responsable por los daños o perjuicios causados por sus acciones o productos, y los demandantes serán compensados sin necesidad de probar la culpa o intención del demandado. Basta con demostrar que el daño ocurrió y que la acción o producto del demandado fue la causa”.

La responsabilidad objetiva es un concepto antiguo en el derecho marítimo. En el *common law*, el propietario de un barco era considerado un transportista común y absolutamente responsable por la pérdida de bienes, incluso si se perdían o eran robados sin su conocimiento, hasta que en 1734 el Parlamento del Reino Unido aprobó la primera de las *Merchant Shipping Acts*. Véase la discusión de Lord Denning MR’s en CA 1976, *Compania Maritima San Basilio SA v The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd (The Eurysthenes)*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 171, 178.

En la actualidad, la *Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civil por Daños debido a la Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (CLC Convention)* establece la responsabilidad del armador por daños causados por contaminación con hidrocarburos sin necesidad de que el demandante pruebe negligencia por parte del armador. A cambio, el armador tiene derecho a limitar su responsabilidad, siempre que el daño no haya sido causado de manera imprudente o con su conocimiento e intención.

⁹ AAWA, *op. cit.*, p.53.

¹⁰ M. REIMANN, “Product Liability”, en M. BUSSANI y A. J. SEBOK (eds.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, 2.ª ed., Research Handbooks in Comparative Law series, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 236. No debe confundirse la noción de producto con la de servicio. En este sentido resulta particularmente ilustrativa la STJUE 21 diciembre 2011, *Centre hospitalier de Besançon c. Thomas Dutruieux*, C-495/10. En este caso, el Tribunal abordó la responsabilidad derivada de las lesiones sufridas por un menor durante una intervención quirúrgica, ocasionadas por un defecto en el colchón eléctrico utilizado durante la operación. La resolución clarifica que, aunque la actividad principal del hospital sea la prestación de un servicio

término „responsabilidad por productos“ se refiere a una acción extracontractual, principalmente basada en la responsabilidad estricta¹¹

9. Durante gran parte de la era industrial moderna, la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos en Estados Unidos y Europa estuvo dominada por la doctrina de la *privity of contract* o „regla general de no responsabilidad“¹² Según este principio, un fabricante solo podía ser considerado responsable por los daños causados por un producto defectuoso si existía una relación contractual¹³ directa con la parte perjudicada. En otras palabras, si el demandante no tenía un contrato con el demandado, los tribunales fallaban a favor de este último, basándose en la doctrina de la *privity* contractual¹⁴.

10. Un punto de inflexión en esta evolución jurisprudencial se produjo con el fallo de la Corte de Nueva York en el caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*¹⁵ en 1910, en el que se amplió la responsabilidad del fabricante más allá de la relación contractual directa.

11. El caso se desarrolló cuando un hombre adquirió un automóvil a un concesionario, el cual, a su vez, lo había comprado al fabricante *Buick Runabout*. Mientras conducía por una carretera, perdió el control del vehículo, chocó con un poste de teléfono y volcó. Como consecuencia del accidente, sufrió fracturas en la muñeca y las costillas, además de lesiones en la cabeza, lo que lo llevó a presentar una demanda contra el fabricante del automóvil. Las pruebas periciales presentadas en el juicio determinaron que la causa del accidente fue un defecto en la rueda trasera izquierda. Se concluyó que la rueda había sido fabricada de manera defectuosa, ya que sus radios se fracturaron mientras el vehículo estaba en movimiento, provocando el vuelco¹⁶

12. Lo particular de este caso es que, aunque el fabricante del automóvil demostró que la rueda defectuosa no había sido producida por él, sino por un proveedor externo, el tribunal igualmente lo consideró responsable de los daños ocasionados. El fallo se basó en el principio de que el fabricante es quien debe garantizar el deber de cuidado y supervisión sobre los componentes que incorpora en sus productos. La falta de esta vigilancia fue considerada un acto de negligencia, estableciendo así su responsabilidad frente a cualquier tercero que adquiriera el automóvil¹⁷

13. Es decir, aunque el perjudicado había adquirido el vehículo a través de un intermediario sin vínculo contractual directo con el fabricante, el tribunal concluyó que este debía asumir la responsabilidad por los daños causados¹⁸. Esta decisión marcó un punto de inflexión en la evolución de la responsabilidad por productos defectuosos, ampliando significativamente el alcance de las reclamaciones contra los fabricantes y alejándose de la tradicional limitación impuesta por la ausencia de vínculo contractual entre el fabricante y la parte afectada.

sanitario, ello no excluye la consideración de determinados elementos utilizados —como en este caso el colchón— como productos en el sentido de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. Así, el fallo subraya que la calificación de “producto” no se ve diluida por el hecho de formar parte de una prestación de servicios más amplia. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0495>

¹¹ R. FORCE, “Maritime Product Liability in the United States”, *Maritime Lawyer*, 1986, pp. 2-3.

¹² C. J. MILLER y R. S. GOLDBERG, *Product Liability*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 3-5.

¹³ Este principio también existe en el Derecho continental europeo (*Civil Law*), y se denomina principio de la relatividad de los contratos. Determina que los contratos solo generan efectos entre las partes que los han suscrito y, en su caso, sus herederos, por tanto, los derechos y obligaciones derivados del acuerdo no pueden perjudicar ni beneficiar a terceros que no hayan participado en su celebración.

¹⁴ C. J. MILLER y R. S. GOLDBERG, *Product Liability*, op. cit., pp. 3-5.

¹⁵ *NY Court of Appeals 1916, MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050. Disponible en: <https://casetext.com/case/macpherson-v-buick-motor-co-2>

¹⁶ K. E. GAJARDO SÁEZ, *La responsabilidad civil por productos defectuosos en el Derecho español. La prueba del defecto*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2022, pp. 12-13. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/f0cdbfca-9562-465a-a6fb-d3ba992a5775/content>

¹⁷ *Ibidem*, p.13.

¹⁸ *MacPherson v. Buick Motor Co. op. cit.*

14. Sin embargo, aunque la decisión del caso *MacPherson* eliminó el requisito de *privity*, no suprimió la necesidad de probar la negligencia del fabricante. El demandante seguía obligado a demostrar que el defecto del producto se debía a una conducta negligente en su fabricación¹⁹.

15. Sin embargo, ante las dificultades que suponía probar la negligencia en la mayoría de los casos, los tribunales estadounidenses comenzaron a explorar un enfoque alternativo. Tres casos marcaron un hito en la aproximación a la moderna responsabilidad objetiva: el caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*²⁰ en 1944, el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*²¹, y el caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*

16. En el primero se reconoció por primera vez el derecho a obtener compensación por daños sin necesidad de demostrar negligencia. En esta sentencia, tanto el fabricante como el distribuidor de un automóvil que tenía un defecto en el mecanismo de dirección fueron considerados responsables de las lesiones sufridas por la esposa del comprador del vehículo defectuoso. En este caso no se exigió probar la existencia de una relación contractual directa (*privity*) entre la víctima y el fabricante ni una conducta negligente específica por parte del fabricante²². Como argumentó el juez Traynor, los productos defectuosos suelen ser el resultado de negligencia, pero demostrar dicha negligencia suele ser complicado o incluso imposible para el demandante²³

17. Este caso representó un punto de inflexión en la evolución de la responsabilidad por productos defectuosos, ya que abrió la puerta a la consolidación de la responsabilidad objetiva. Con ello, la compensación por daños dejó de depender de la prueba de negligencia y pasó a fundamentarse en la mera existencia de un defecto en el producto.

18. En el caso *Henningsen* estableció la garantía implícita de que un producto fuese razonablemente adecuado para su uso previsto²⁴, de tal forma que, al poner un producto en el mercado, el fabricante asume de manera implícita un compromiso de calidad frente al consumidor, garantizando que el bien es seguro y adecuado para su propósito.

¹⁹ Esta misma línea se siguió en Inglaterra, en el caso escocés HL 1932, *Donoghue v. Stevenson*, AC 562, donde la señora Donoghue consumía una botella de cerveza de jengibre en una cafetería y descubrió un caracol muerto en su interior. Como resultado, enfermó y presentó una demanda contra el fabricante, el Sr. Stevenson. La Cámara de los Lores resolvió que el fabricante tenía un deber de diligencia hacia la demandante, que fue incumplido, ya que era razonablemente previsible que la falta de control sobre la seguridad del producto pudiera ocasionar daños a los consumidores. Este fallo estableció el principio del *duty of care* (deber de cuidado) en el derecho de responsabilidad civil, sentando las bases de la doctrina de negligencia en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos.

²⁰ *Supreme Court of California 1944, Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal. 2d 453, 467. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/24/453.html>. Esta decisión es ampliamente reconocida como el verdadero origen de la teoría de la responsabilidad objetiva del fabricante, estableciendo un precedente clave en la protección de los consumidores frente a productos defectuosos. K. E. GAJARDO SÁEZ, *op. cit.*, p.16. Aunque la autora reconoce que el fallo en *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* fue un hito inicial en la formulación de la teoría de la responsabilidad objetiva del fabricante, lo considera un precedente prematuro dentro de la evolución jurídica. Dado que la sentencia data de 1944, sostiene que debe interpretarse más como un caso aislado que como el punto de consolidación de esta doctrina. Según su perspectiva, la verdadera afirmación de la responsabilidad estricta no se produce hasta la década de 1960, un período marcado por el auge del desarrollo tecnológico, la expansión de la producción industrial y el crecimiento del consumo masivo. También en J. MARCO MOLINA, “La evolución y el sustrato teórico de la jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de responsabilidad por productos defectuosos”, en J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 3006.

²¹ *Supreme Court of New Jersey 1960, Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>

²² *Ibidem* 32 N.J. 358, 161 A.2d 69.

²³ Ver A. KASAP, “Strict Product Liability”, en *Autonomous Vehicles: Tracing the Locus of Regulation and Liability*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Reino Unido, 2022, p. 94.

²⁴ G. R. ALVEY Jr., “MacPherson Sprouts Fins: Development of Products Liability Theories in Admiralty”, *Loyola Law Review*, vol. 28, 1982, p. 1074.

19. Otro caso que cabe destacar fue el de *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*²⁵. Aunque la demanda se había formulado por incumplimiento de garantía, la Corte Suprema de California fue más allá e impuso responsabilidad objetiva del fabricante sin prueba de negligencia, señalando que

„Aunque la responsabilidad objetiva generalmente se ha basado en la teoría de una garantía expresa o implícita entre el fabricante y el demandante, el abandono del requisito de un contrato entre ellos, el reconocimiento de que la responsabilidad no es asumida por acuerdo sino impuesta por la ley, y la negativa a permitir que el fabricante defina el alcance de su propia responsabilidad por productos defectuosos, dejan en claro que esta responsabilidad no está gobernada por el derecho de garantías contractuales, sino por el derecho de responsabilidad objetiva en el ámbito extracontractual.“²⁶

20. Es decir, la Corte Suprema declaró que los fabricantes de productos defectuosos serían en adelante responsables de manera objetiva en responsabilidad extracontractual²⁷

21. Este enfoque acabó siendo formulado como una regla general en 1966, cuando el *Restatement (Second)*²⁸ of Torts (1965), sección §402A²⁹, elaborado por el *American Law Institute*³⁰, codificó el principio de que los vendedores de productos defectuosos son responsables ante los usuarios y consumidores, independientemente de la existencia de un contrato o de la culpa³¹. Así, la exigencia de *privity* fue perdiendo relevancia en los casos de responsabilidad por productos defectuosos en tierra, una tendencia que acabó trasladándose también al ámbito marítimo³²

22. El primer caso en aplicar el principio establecido en *MacPherson*—según el cual un fabricante puede ser considerado responsable por los daños causados por su producto sin necesidad de una relación contractual directa—en el derecho marítimo fue *Seas Shipping Co. v. Sieracki*³³. En el litigio, un estibador sufrió heridas al romperse una pluma de carga recién instalada. El tribunal determinó que el trabajador no solo podía reclamar contra el propietario del buque, sino también contra el fabricante de la pluma, al considerar que este último era responsable por no haber realizado pruebas adecuadas antes de la venta del equipo³⁴

23. En el caso *S.S. Samovar*³⁵, el tribunal falló a favor de un marinero que sufrió lesiones cuando un anillo de sujeción de carga, defectuosamente soldado, cedió durante la operación. Aplicando el prin-

²⁵ *Supreme Court of California 1963, Greenman v. Yuba Power Products Inc., L. A. No. 26976*. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/59/57.html>

²⁶ *Ibidem*, L. A. No. 26976.

²⁷ M. REIMANN, “Product Liability”, *op. cit.*, p. 237.

²⁸ Antecedente del *Restatement (Third) of Torts* de 1997. Regulan la responsabilidad por productos en Estados Unidos. Estas recopilaciones, elaboradas por el *American Law Institute*, son esfuerzos para sistematizar el derecho. Aunque no son automáticamente vinculantes para ningún tribunal, muchos tribunales supremos estatales adoptan partes de estas recopilaciones para regir áreas específicas del derecho. N. KALRA, J. ANDERSON y M. WACHS, *op. cit.*, p. 22.

²⁹ “La sección 402ª señala en su apartado 1: Quien vende cualquier producto en una condición defectuosa irrazonablemente peligroso para el usuario o consumidor o para su propiedad está sujeto a responsabilidad por el daño físico causado al usuario o consumidor final, o a su propiedad, si (a) el vendedor se dedica al negocio de vender dicho producto, y (b) se espera y llegue al usuario o consumidor sin cambios sustanciales en las condiciones en las que se vende.

³⁰ El *American Law Institute* (ALI), establecido en 1923 y con sede en Filadelfia, Pensilvania, es una institución conformada por jueces, abogados, académicos e investigadores jurídicos cuyo propósito principal es analizar y actualizar el derecho en Estados Unidos para garantizar su adaptación a los cambios sociales. Uno de sus aportes más relevantes es la elaboración de compendios y estudios que sistematizan tanto el *common law* vigente en los distintos estados como los principios legales derivados de la jurisprudencia, facilitando así la interpretación y aplicación del derecho en el país. K. E. GAJARDO SÁEZ, *op. cit.*, p.17. Se puede ver su página web en: <https://www.ali.org/>

³¹ M. REIMANN, *Product Liability, op. cit.*, p.237.

³² D. T. McCUNE, “Maritime Products Liability”, *Hastings Law Journal*, vol. 18, 1967, p. 850, disponible en: https://repository.uclawsf.edu/hastings_law_journal/vol18/iss4/4.

³³ *Supreme Court of the United States 1946, Seas Shipping Co., Inc. v. Sieracki*, 328 U.S. 85. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/85/>

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *District Court N.D. Cal. 1947, The S. S. Samovar*; 72 F. Supp. 574. Ver en: <https://casetext.com/case/the-s-s-samovar>

cipio establecido en *MacPherson*, el tribunal concluyó que el constructor naval tenía un deber general de diligencia hacia el demandante y que había incumplido esta obligación al realizar una soldadura defectuosa, lo que lo hacía responsable del daño causado.

24. No obstante, el caso que se considera clave en la consolidación de la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho marítimo es *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval Inc.*³⁶ En este litigio, el armador presentó una demanda basada en el derecho marítimo contra el fabricante de las turbinas del buque, invocando la responsabilidad estricta del producto para reclamar los costes de reparación y la pérdida de beneficios derivados del fallo mecánico. En su fallo, el tribunal afirmó de manera explícita que la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos y los principios de responsabilidad objetiva forman parte del derecho marítimo general³⁷

25. Por su parte, la cuestión de la responsabilidad del fabricante empezó a ser tratada por los tribunales europeos a partir de la década de 1960³⁸. Los tribunales de Europa occidental trataron de proteger a las víctimas de productos defectuosos, sin embargo, las normas contractuales impedían a los afectados presentar reclamaciones si no existía una relación contractual directa con el fabricante (*privity*), mientras que las normas extracontractuales en los códigos civiles de cada país exigían demostrar que el productor había actuado con culpa, lo que complicaba aún más la posibilidad de obtener indemnización³⁹

26. Un caso clave en este contexto fue el de la *Peste aviar (Hühnerpest)*⁴⁰, resuelto por el Tribunal Supremo alemán en 1968. Esta decisión fue la piedra angular para la construcción del régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Alemania y una de las principales fuentes de inspiración de la Directiva Europea de 1985⁴¹

27. En vez de obligar a las víctimas a probar que el productor había actuado con negligencia, trasladó la carga de la prueba al propio fabricante, aplicando la disposición general de responsabilidad extracontractual recogida en el § 823 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*)⁴². Es decir, se asumía su responsabilidad salvo que pudiera demostrar lo contrario.

28. Poco a poco el legislador europeo siguió los pasos que EE. UU. marcó como país pionero en superar la exigencia de que existiera una relación contractual entre perjudicado y causante del daño (*privity*) -al constatar que resultaban insuficientes para la protección de las víctimas- y acudir a la responsabilidad civil extracontractual -en la que, gradualmente, se dejó de lado la culpa hasta establecer el principio de responsabilidad objetiva del fabricante⁴³

³⁶ *East River op.cit.*

³⁷ “El derecho marítimo, además de reconocer la teoría general de responsabilidad por negligencia, también incorpora principios de responsabilidad por productos defectuosos, incluida la responsabilidad objetiva”. *Ibidem.*

³⁸ M. REIMANN, “Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model”, *European Review of Private Law*, vol. 11, 2003, p. 131.

³⁹ M. REIMANN, *Product Liability*, op. cit., p. 237.

⁴⁰ Decisión del Bundesgerichtshof de 26 noviembre 1968, *BGHZ* 51, 91. Puede verse en: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=760> (consultado en febrero de 2025).

⁴¹ F. MANTILLA ESPINOSA / F. TERNERA BARRIOS, op. cit., p.48. También ver: P. ANCEL, “Les dommages réparables et l’étendue de la réparation (Rapport allemand)”.

⁴² Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

⁴³ J. MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 19-42.

“Siendo una persona culpable del daño que causa a otra, queda obligada a reparárselo e incluso, aun sin serlo, lo queda también, excepcionalmente, en ciertos casos. En la primera hipótesis, en cuanto que la responsabilidad se basa en la culpa del autor del acto, se habla de responsabilidad por culpa; en la segunda, de responsabilidad objetiva, en cuanto que no se responde por ser culpable, sino por ser causante del daño”. M. ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Vol. II. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 484.

Solo hay tres condiciones para una reclamación de responsabilidad por productos defectuosos: daño, defecto y causalidad. La conducta del productor es completamente irrelevante. La responsabilidad del productor se basa en el “defecto” y no en la

29. El camino hacia la adopción de un régimen de responsabilidad sin *privity* y sin culpa tuvo un punto de inflexión con la Convención del Consejo de Europa sobre Responsabilidad por Productos en relación con Lesiones Personales y Muerte de 1977, conocida como la Convención de Estrasburgo (Serie de Tratados Europeos No. 91).

30. Posteriormente, la Directiva de 1985 introdujo el concepto de responsabilidad objetiva de los productores, según el cual los productores eran responsables de los productos defectuosos con independencia de si el defecto del producto era culpa suya o no. Si un producto defectuoso causaba la muerte, lesiones personales o daños materiales (por encima de los 500 euros) a los consumidores o a sus bienes privados, el productor estaba obligado a proporcionar una compensación, independientemente de que existiera o no negligencia o culpa por parte de los consumidores⁴⁴

31. Así, en la actualidad, la responsabilidad por producto defectuoso adquiere una dimensión particular, ya que la lesión o el daño causado por un producto defectuoso no se limita a las partes contratantes, sino que puede extenderse a terceros⁴⁵ que no tengan una relación contractual directa con el vendedor o el productor⁴⁶

32. En 2024, la Unión Europea, en un esfuerzo por adaptar la normativa a los avances tecnológicos, ha aprobado una nueva Directiva que deroga la anterior Directiva 85/374/CEE⁴⁷ sobre responsabilidad por productos defectuosos adoptada en 1985 (hace casi cuatro décadas⁴⁸), destacando como una de sus principales innovaciones la inclusión del software⁴⁹ como un „producto“ o „componente“. Esta

“culpa”. H. C. TASCHNER, “Product Liability: Basic Problems in a Comparative Law Perspective”, en D. FAIRGRIEVE (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 161.

⁴⁴ N. Th. NIKOLINAKOS, *Adapting the EU Civil Liability Regime to the Digital Age: Artificial Intelligence, Robotics, and Other Emerging Technologies*, Law, Governance and Technology Series, vol. 68, Springer, 2024, p. 478.

⁴⁵ El tercero expuesto a una situación dañosa por un producto defectuoso se denomina “*bystander*” en el sistema anglosajón.

⁴⁶ L. N. BIRNBAUM, “Strict Products Liability and Computer Software”, *Computer/Law Journal*, vol. 8, núm. 2, 1988, pp. 135-168.

Esto ya se estableció en el caso *Supreme Court of Oklahoma 1974, Kirkland v. General Motors Corp*, al señalar el tribunal que “la doctrina de la responsabilidad de productos del fabricante extiende la responsabilidad por un producto defectuoso a cualquier usuario o consumidor que utilice el producto para su uso previsto, y a cualquier tercero lesionado como resultado del defecto. Disponible en <https://case-law.vlex.com/vid/kirkland-v-general-motors-889979905>, consultado en diciembre 2024.

⁴⁷ Denominada “*Products Liability Directive*” (PLD por sus siglas en inglés), cuyo contenido puede verse en: <https://www.boe.es/doue/1985/210/L00029-00033.pdf>. Mientras que las jurisdicciones europeas ya habían desarrollado al menos algunas variaciones de responsabilidad (ya sea en el ámbito del derecho civil o contractual) para indemnizar a las víctimas de productos defectuosos, la Directiva de Responsabilidad por Productos de 1985 (PD) tuvo como objetivo armonizar estas variaciones nacionales. B. KOCH, *Product Liability for Autonomous Vehicles*, PIU – Polska Izba Ubezpieczeń, 2019, p. 4, disponible en: <https://doi.org/10.33995/wu2019.4.1>.

Esta Directiva fue objeto de una modificación parcial mediante la Directiva 1999/34/CE, cuyo principal objetivo fue ampliar el ámbito de protección a los productos agropecuarios.

⁴⁸ Después de tantos años, la evolución tecnológica ha convertido a la Directiva en un marco desfasado, incapaz de abordar los problemas fundamentales que podrían derivarse del software integrado en vehículos autónomos. T. M. GASSER, “Fundamental and Special Questions for Autonomous Vehicles”, en M. MAURER et al. (eds.), *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects*, Springer, Berlín/Heidelberg, 2016, pp. 523-525.

El problema es que la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos que articula la Directiva de 1985 tampoco sirve y ha quedado desfasada para dar solución a los nuevos problemas que genera la utilización de esta nueva y compleja tecnología, que vienen dados por los rasgos que la caracterizan: - por su opacidad (imposibilidad o extremada dificultad para averiguar la causa del daño y el concreto defecto que lo ha provocado, y por tanto la elevada dificultad para probar el nexo causal entre el daño y el defecto. M. C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, 2023, núm. 1, p.691. Disponible: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7558>

⁴⁹ Entendido como cualquier sistema operativo, programa informático, aplicación o sistema de inteligencia artificial. No obstante, se excluye el software de código abierto desarrollado o suministrado fuera de una actividad comercial, así como la información que no sea un producto, como el contenido de los archivos digitales o el mero código fuente del software. CUATRECASAS, *Nueva Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos*, 2024, disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/recursos/nueva-directiva-sobre-responsabilidad-por-productos-defectuosos-6744900fe65a6461372976.pdf?v1.82.1.20241122>. El proyecto de Directiva excluye el software libre y de código abierto que se desarrolla o sumi-

nueva norma comunitaria es la Directiva (UE) 2024/2853⁵⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

33. Por más que en 1985 era impensable la fabricación de objetos que fueran capaces de actualizarse o de recopilar información de su entorno para mejorar su rendimiento, inimaginable la construcción de coches de conducción autónoma cuyo software tomara decisiones al volante, o de robots que operasen en lugar de las manos del médico, hoy en día, y cada vez más, resultan ser productos cotidianos⁵¹.

34. Así, el avance de la tecnología parece complicar, cada vez más, la determinación de culpa⁵² o responsabilidad por negligencia y parece cambiar el foco de atención de los errores humanos a los fallos técnicos, lo que afectará a la determinación de la responsabilidad en accidentes donde se vean involucrados buques automatizados, pues estos llevan integrados complejos softwares para la navegación autónoma.

35. La OMI expresó su intención de aprobar un Código para la regulación de los buques autónomos en 2026, el denominado *MASS Code*⁵³. Este Código, sin embargo, no será vinculante y no abordará el tema de la responsabilidad, un aspecto crítico que continúa siendo una cuestión pendiente en la regulación de los buques autónomos. Se espera que los sistemas autónomos reduzcan drásticamente el número y la gravedad de los accidentes, pero los accidentes seguirán ocurriendo⁵⁴

nistra fuera del marco de una actividad comercial de la comprensión legal del software a efectos de la responsabilidad por productos

⁵⁰ Conviene destacar que el texto final ha suprimido todas las referencias cruzadas previamente incluidas respecto a la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por inteligencia artificial de la Unión Europea. Una posible explicación de esta decisión podría ser la intención de evitar que la aprobación definitiva de la Directiva revisada sobre responsabilidad por productos se vea afectada por los retrasos o complicaciones políticas y jurídicas que aún persisten en la tramitación paralela de la futura Directiva sobre responsabilidad en materia de IA (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial de 2022, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496>). Dicha propuesta de Directiva no constituye en modo alguno una base para una forma completamente nueva de responsabilidad por IA, sino más bien suavizar las exigencias probatorias en los procedimientos de reclamación y crear nuevos derechos vinculados al acceso a la información, así como obligaciones de cooperación entre las partes implicadas. H. JESSEN, “MASS and Liability for Damages”, en C.-J. CHAE y R. BAUMLER (eds.), *Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) - Regulation, Technology, and Policy: Three Dimensions of Effective Implementation*, Springer, Cham, 2024, pp. 225-226.

Esta Directiva se aplicará a sistemas de IA que hayan causado un daño, incluso cuando no se consideren defectuosos, como en supuestos de uso indebido, defectos de diseño o incumplimiento de obligaciones legales específicas relativas al uso de la IA, y no impone responsabilidad directa, sino que complementa las normas existentes de responsabilidad civil. Publicada en el *DOUE L 2024/81701*, de 18 noviembre 2024, entrando en vigor el 08 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81701>

⁵¹ Después de tantos años, la evolución tecnológica ha convertido a la Directiva en un marco desfasado, incapaz de abordar los problemas fundamentales que podrían derivarse del software integrado en vehículos autónomos. T. M. GASSER, “Fundamental and Special Questions for Autonomous Vehicles”, en M. MAURER et al. (eds.), *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects*, Springer, Berlín/Heidelberg, 2016, pp. 523-525.

⁵² P. GONZÁLEZ BELUCHE, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, octubre 2023, p. 449.

⁵³ De la misma opinión, respecto de los vehículos autónomos, “Un sistema basado en la culpa, que depende de los estándares de diligencia de los conductores, resulta claramente inadecuado para los vehículos autónomos”. E. KARNER y L. SCHELLERER, “Non-Contractual Liability for Railways, Buses and Aeroplanes”, *Journal of European Tort Law*, vol. 9, núm. 2, 2018, p. 151.

⁵⁴ El MASS Code se encuentra en fase de elaboración bajo la colaboración del Comité de Seguridad Marítima, el Comité Jurídico y el Comité de Facilitación de la OMI. Anexo I del documento *Development of a Goal-Based Instrument for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS). Report of the Correspondence Group submitted by Marshall Islands*, Doc. IMO MSC 108/4, 13 de febrero de 2024. M. ALBA FERNÁNDEZ, “La responsabilidad extracontractual por daños causados por el buque de navegación autónoma”, en E. SIERRA (dir.), *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 765. Aunque actualmente existe un borrador del MASS Code, no se espera que vea la luz hasta 2026, según datos obtenidos de la propia página web de la OMI. Ver en: <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>

⁵⁴ G. WAGNER, “Robot Liability”, en *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 44.

36. En consecuencia, aunque los precedentes de aplicación de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos en el sector marítimo son escasos —probablemente debido a las dificultades que enfrentan las víctimas para acceder a las pruebas que acrediten el defecto—, esta situación podría experimentar un giro significativo a raíz de la nueva Directiva. Dicha normativa, como veremos, amplía el concepto de producto y establece una responsabilidad sin límites para los nuevos operadores implicados, lo que podría facilitar notablemente el ejercicio efectivo de acciones indemnizatorias en este ámbito.

III. El software como producto: consideraciones jurídicas en el entorno marítimo

37. La Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos de 1985 disponía en su art.2 que se entendía por producto “cualquier bien mueble, a excepción de las materias primas agrícolas y los productos de caza, aun cuando estén incorporados a otro bien mueble o a un inmueble”⁵⁵. Por lo tanto, un componente de un producto también es un producto⁵⁶

38. La legislación de los Estados miembros, en general, es coincidente en el término de bien mueble⁵⁷, bien que puede ser transportado de un lugar a otro sin menoscabo del inmueble al que se hallen unidos. De este modo, si entendemos el buque⁵⁸ como un bien mueble, aunque *sui generis*⁵⁹, quedaría integrado en dicho concepto.

⁵⁵ Más allá de ello, no se lleva a cabo ninguna otra diferenciación dentro de los bienes muebles, ya que ni el tenor literal ni la ratio legis requieren una delimitación del concepto, siendo, por tanto, irrelevantes factores tales como el origen, el método de producción o la calidad. M. MÜLLER, “Art. 5 Rom II”, en B. GSELL (ed.), *beck-online.Großkommentar*, 1 septiembre 2022, ap. 32.

⁵⁶ F. COLLIN, *Maritime Product Liability at the Dawn of Unmanned Ships – the Finnish Perspective*, University of Turku, Faculty of Law Research Paper Series, núm. 2, 2018, p. 4.

⁵⁷ El derecho francés, italiano, alemán o el español (todos ellos de tradición jurídica de *civil law*) se basan en el Derecho romano, por ello, su regulación sobre la propiedad de los bienes es similar. Por ejemplo, el art.528 del Código civil francés establece que son bienes muebles los que por su naturaleza se pueden transportar de un lugar a otro. Ver en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000030254004. El Código civil italiano define en su art.812 los bienes inmuebles indicando que los bienes muebles son todos aquellos que no son inmuebles. Es decir, los objetos que se pueden trasladar de un lugar a otro sin daño. Ver en: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/ita197336.pdf>. El Código civil portugués dispone en su art. 205 que son muebles todos los bienes no comprendidos en el artículo anterior (el art. 204 referente a bienes inmuebles). Ver en: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49776275>.

En cuanto a Reino Unido (país de tradición jurídica de *common law* o anglosajona) definen el bien mueble como aquel que puede ser transportado de un punto a otro sin menoscabo de su naturaleza. Como vemos, es muy similar la definición de bien mueble en Europa.

⁵⁸ Todos aquellos asociados con el mundo del transporte marítimo saben que no existe una definición de buque o “*ship*” que sea universalmente aceptada. B. SÖZER, “Control Centres in the Context of Unmanned Ship Operations – Their Status and Potential Liabilities”, en B. SOYER (ed.), *Damages, Recoveries and Remedies in Shipping Law*, Informa Law from Routledge, Londres, 2024. Cada convenio internacional da una definición de buque en función del contenido de dicho convenio.

⁵⁹ Término que hace referencia a una cosa que es tan diferente que no puede encuadrarse dentro de las categorías existentes. En el caso del buque, si tenemos en cuenta la legislación española y el Código civil (art.335), un bien mueble es aquel que se puede transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuviesen unidos. Sin embargo, un buque, debido a su alto valor económico, puede ser objeto de una hipoteca y de inscripción registral, adquiriendo, en consecuencia, la naturaleza de bien inmueble para determinados efectos. Por ello, la mayoría de la doctrina considera que los buques son de naturaleza mixta. Por ejemplo: R. PALACIOS LÓPEZ, “El buque como objeto de la garantía hipotecaria en los contratos de préstamo: una ficción necesaria para su financiación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, diciembre 2013, pp. 69-88.

La definición de la naturaleza jurídica del buque ha variado en el transcurso del tiempo, desde asumir que los buques son bienes muebles porque precisamente se diseñan y construyen para moverse o desplazarse de un lugar a otro con el objeto muchas veces de transportar mercancías o pasajeros, para luego sentar su naturaleza inmobiliaria y así tornarlos susceptibles de ser gravados con garantías como la hipoteca naval. Esta visión dogmática no ha sido del todo superada en los diversos sistemas jurídicos y de algún modo coexiste con aquellos planteamientos más recientes que identifican la naturaleza jurídica del buque como un bien registrable, es decir como un objeto que puede ser inscrito en un registro público. Si la gestión náutica del buque se lleva a cabo con tripulantes a bordo o se realiza en forma remota con un operador *–remote operator–* u operador remoto–localizado en tierra firme o en algún otro buque u objeto o superficie flotante, bajo alguna de las formas que se mencionan más adelante, la naturaleza jurídica del buque se mantiene incólume, no varía la sustancia, luego, se trata del mismo objeto con la diferencia en cuanto al manejo de los instrumentos que mueven las máquinas de propulsión y eventualmente lo relacionado con la toma de decisiones respecto a la navegación. J. A. PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, “La responsabilidad civil en la

39. Aunque en el pasado se cuestionó si los buques podían calificarse como productos a efectos de la responsabilidad por productos defectuosos, si se analiza el texto normativo desde una perspectiva coherente con su estructura y finalidad, los buques, en tanto que bienes muebles fabricados y comercializados, encajan plenamente en la noción de producto contemplada por la Directiva, la cual no establece distinción alguna que permita excluirlos⁶⁰

40. Si el legislador europeo hubiese querido dejar fuera de su ámbito de aplicación a este tipo de bienes, lo habría hecho de forma expresa, del mismo modo que ocurre en otros instrumentos internacionales como el Convenio de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁶¹, que en su artículo 2.a) excluye explícitamente los contratos de compraventa de buques o embarcaciones. O el Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales⁶² en cuyo artículo 1, párr. 2, establece que no se aplicará a la venta de naves o buques.

41. La ausencia de una exclusión expresa en la Directiva no puede interpretarse como una omisión casual, sino como una manifestación deliberada de inclusión.

42. De hecho, en Noruega, la ley sobre responsabilidad por productos aprobada el 23 de diciembre de 1988 (número 104), inicialmente excluía los daños causados por barcos y otros vehículos de transporte de su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta excepción fue eliminada en la reforma de 1992, precisamente tras la adhesión de Noruega al Espacio Económico Europeo (EEE). A partir de ese momento, la legislación noruega tuvo que alinearse plenamente con la Directiva del Consejo Europeo de 25 de julio de 1985 (85/374/CEE) sobre responsabilidad por productos defectuosos, la cual no contempla excepciones en cuanto a los daños causados por medios de transporte⁶³. En Noruega, por tanto, y en consonancia con el derecho comunitario, el buque también es considerado un producto a efectos de la responsabilidad por productos defectuosos.

43. En Reino Unido, conforme a la Ley de Protección del Consumidor de 1987 (*Consumer Protection Act*⁶⁴ o “CPA”), un buque también se considera un „producto“, pues en la sección 1(2) de la ley se define „producto“ como „cualquier bien“, mientras que en la sección 45 se aclara que „bienes“ incluye „cualquier barco, aeronave o vehículo“, y „barco“ se refiere a „cualquier bote u otra embarcación utilizada para la navegación“. Es importante señalar que la CPA también se extiende a „cualquier producto que forme parte de otro producto, ya sea como componente, materia prima o de cualquier otra manera“⁶⁵.

44. Por tanto, no existen razones jurídicas sólidas para sustraer a los buques del régimen de responsabilidad por productos defectuosos de la nueva Directiva, máxime cuando la finalidad de la Directiva —la protección del perjudicado frente a riesgos derivados de defectos de fabricación— es plenamente aplicable en el contexto de bienes complejos como los buques.

operación de buques autónomos de superficie dedicados al transporte marítimo de mercancías”, en SIERRA, E. (dir.), *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p.801.

⁶⁰ De la misma manera, M. NAVARRO-MICHEL sostiene que un vehículo, sea automatizado, autónomo o conectado es, sin duda alguna, un producto a efectos de la normativa sobre producto defectuoso. Según el art. 136 TRLGDCU, «se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad». M. NAVARRO-MICHEL, “Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, 2020, núm. 5, p.180.

⁶¹ Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

⁶² Véase en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=31>.

⁶³ I. L. OSM, *Shipowner’s Liability for Unmanned Ships - Can Existing Legislation Handle the Challenges of the Future?*, Master thesis, The University of Bergen, 2017, p.24, disponible en: https://bora.uib.no/bora-xmlui/bitstream/handle/1956/16480/JUS399_V17_128.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁶⁴ Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/section/45>. En materia de seguridad, también les es aplicable el Reglamento General de Seguridad de los Productos (*General Product Safety Regulations* (GPSR))

⁶⁵ R. BAGSHAW, “Product Liability: Autonomous Ships”, en B. SOYER y A. TETTENBORN (eds.), *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2021, p. 122.

45. Se trata de un bien tangible y mueble que se introduce en el mercado, en el marco de la actividad comercial del fabricante (el astillero) y, por consiguiente, en la Unión Europea, conforme al espíritu y a la letra del derecho europeo, un buque se considera un producto final.

46. Sin embargo, mientras que la categorización del buque como producto es más manifiesta, la posición del software es menos clara⁶⁶. ¿Es el software un servicio o un producto?

47. A lo largo de los años, los juristas han manifestado posturas diversas respecto a la posibilidad de clasificar el software como un producto, dado que las normativas de responsabilidad por productos han sido tradicionalmente aplicables solo a bienes tangibles. Por ejemplo, la definición dada por la Directiva de 1985 o la recogida por la legislación americana en su *Restatement (Third) of Torts*⁶⁷: *Products Liability*, describen al producto como una „propiedad personal tangible distribuida comercialmente para su uso o consumo“. Por tanto, el software no sería considerado un producto, a menos que se materializase en un soporte físico, como un DVD o una unidad USB⁶⁸.

48. En relación con los vehículos automatizados, en una línea similar, algunos autores⁶⁹ sostienen que, dado que el software no constituye un „producto manufacturado“ tangible, un tribunal podría concluir que la teoría del defecto de fabricación no resulta aplicable en casos de errores de software o algorítmicos relacionados con dichos vehículos⁷⁰.

⁶⁶ F. COLLIN, *op. cit.*, p.4.

⁶⁷ Los *Restatements of the Law* son recopilaciones de decisiones judiciales de los diversos estados de Estados Unidos, proporcionando reglas de derecho similares a las de un código, aunque más específicas y no vinculantes. El *American Law Institute* (ALI) lleva a cabo esta tarea de sistematización a través de reconocidos profesores conocidos como “reporters”. Esto convierte a los *Restatements* en una herramienta esencial para comprender un sistema legal como el estadounidense, donde las decisiones judiciales se reconocen abiertamente como fuente de derecho. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third Torts. Responsabilidad por daño físico y emocional*, 1.ª ed., coordinadores: L. Liebman y M. D. Green (coords.), trad. H. A. Cárdenas Villarreal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. ALI realiza investigaciones y redacta *Restatements* de muchas áreas del derecho, incluidas, entre otras, las leyes de responsabilidad civil (*torts*), con el propósito de promover la reforma legal. El ALI no es un cuerpo legislativo, sino un instituto profesional de investigación; en consecuencia, un *Restatement* del derecho no es legislación y, por sí mismo, no es vinculante para ningún tribunal. Sin embargo, tienen bastante influencia y los tribunales suelen tener en cuenta los *Restatements* del ALI, especialmente en el área de la responsabilidad por producto defectuoso. W. C. HOFFMAN., “Unavoidably Unsafe Products: The Comment K Defense to Strict Liability for Pharmaceuticals, Medical Devices, and... What Else?”, *NFT*, núm. 1, 1993, p.56.

⁶⁸ F. COLLIN, *op. cit.*, p.4. También en R. S. GOLDBERG y C. J. MILLER., *Product Liability*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2004, Capítulo 9.

En el caso *America Online, Inc. v. St. Paul Mercury Insurance Co.* 207 F. Supp. 2d 459 (2002), el tribunal concluyó que el software, los datos y los sistemas informáticos no poseen una forma física y, por tanto, no son propiedad tangible conforme al significado ordinario de la palabra en la póliza de seguros. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/207/459/2346018/>

No obstante, el *Restatement Third of Torts* aclara que ciertos elementos —como la electricidad o los bienes inmuebles— pueden ser considerados productos si su contexto de distribución y utilización resulta suficientemente análogo al de los bienes materiales, de modo que resulte apropiada la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva. Además, deja claro que la calificación jurídica como producto no es fija ni automática, y corresponde en última instancia al tribunal decidir, como cuestión de Derecho, si algo puede considerarse o no un producto. *Restatement (Third) of Torts*, § 19(a). Por ejemplo, en el caso *Retail Systems, Inc. v. CNA Insurance Cos.* (Minn. Ct. App. 1991), DISPONIBLE EN <https://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/1991/c7-90-2586.html>, un tribunal estatal de Minnesota sostuvo que los datos informáticos podían constituir propiedad personal tangible, debido a su valor permanente y a su integración física con el soporte material. M. D. SCOTT., “Tort Liability for Vendors of Insecure Software: Has the Time Finally Come?”, *Maryland Law Review*, vol. 67, 2008, p. 464. Disponible: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3320&context=mlr>,

En definitiva, la cuestión de si el software y los datos pueden considerarse productos tangibles bajo el Derecho de responsabilidad por productos defectuosos americano sigue siendo objeto de interpretación judicial, dependiendo del contexto legal y de las circunstancias del caso concreto.

⁶⁹ R. A. COHEN, “Self-Driving Technology and Autonomous Vehicles: A Whole New World for Potential Product Liability Discussion”, *IADC Product Liability Committee Newsletter* (International Association of Defense Counsel), mayo 2015, p. 332, disponible en <https://pbnlaw.com/media/540169/Cohen-IADC-Product-Liability-May-2015.pdf>

⁷⁰ En este contexto, puede entenderse equiparado el término “vehículo automatizado” al de “buque automatizado”.

49. Sin embargo, para otros autores, como B. L. Nancy Birnbaum⁷¹, era solo cuestión de tiempo que se impusiera la responsabilidad objetiva por un software informático defectuoso, habida cuenta de que la industria del software ha evolucionado hasta alcanzar un grado de madurez tal que, al menos en lo que respecta a sistemas operativos y software de seguridad, no resultaría ni irrazonable ni injusto exigir a los desarrolladores un grado de responsabilidad por defectos equiparable al que se impone a los diseñadores de productos físicos⁷²

50. Cada vez más voces sostienen, en esta misma línea⁷³ sostienen que el software integrado en un producto final no debe quedar excluido del régimen jurídico aplicable a los productos defectuosos, y abogan por una extensión de dichas normas para abarcar también los defectos de diseño del software apoyándose en la equiparación funcional del software con componentes físicos, otro también apelan a criterios más amplios, como la expectativa legítima de seguridad del consumidor o la necesidad de adaptar el régimen tradicional de responsabilidad a la evolución tecnológica de los productos complejos⁷⁴

51. La Comisión Europea, consciente de que el concepto de producto ha experimentado una evolución significativa desde 1985, especialmente considerando la era digital en la que nos encontramos actualmente⁷⁵, publicó en septiembre de 2022 una propuesta⁷⁶ para una nueva directiva sobre la responsabilidad de los productos defectuosos.

52. La nueva propuesta buscaba actualizar el régimen de responsabilidad de la Unión Europea para alinearlo con la era digital y garantizar que los consumidores reciban compensación por daños causados por productos defectuosos, incluidos aquellos fabricados fuera de la UE. Se incorporan nuevas disposiciones que abordan la responsabilidad por productos digitales como software y sistemas de inte-

⁷¹ L. N. BIRNBAUM, *op. cit.*, p.144. Baris Soyer defiende también la implementación de regímenes de responsabilidad objetiva específicamente para casos que involucren operaciones de buques autónomos. B. SOYER, “Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities. The Elephant in the Room”, en B. SOYER y A. TETTENBORN (eds.), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, 1.ª ed., Informa Law from Routledge, Nueva York, 2019, p. 108.

⁷² M. D. SCOTT., *op. cit.*, p.462. Los legisladores podrían imponer responsabilidad directa a la industria del software, obligando a los fabricantes a someterse a las mismas normas de responsabilidad por productos defectuosos que rigen en otros sectores industriales. Si una empresa de software pusiera en el mercado un producto defectuoso, se le podría exigir que respondiera por los daños causados. Incluso sin una reforma legislativa específica, los tribunales están empezando a adoptar medidas análogas a la imposición de responsabilidad. B. SCHNEIER, “Liability and Security”, *Crypto-Gram Newsletter*, 15 de abril de 2002, disponible en: <https://www.schneier.com/crypto-gram/archives/2002/0415.html#6> (última consulta mayo 2025).

⁷³ M. D. SCOTT., *op. cit.*, p 467. N. A. SALES, “Regulating Cyber-security”, *Northwestern University Law Review*, vol. 107, 2013.

⁷⁴ S.-A. ELVY, “Transactions and the Internet of Things: Goods, Services, or Software?”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 74, 2017, núm. 1, p. 148 y ss.

El problema jurídico subyacente es que, en el marco tradicional de la responsabilidad por productos defectuosos, solo se consideran productos aquellos que son tangibles. Los productos intangibles —como software, planos digitales o archivos de impresión— normalmente no generan responsabilidad bajo este régimen. Por ejemplo, una guía que recomienda una playa como apta para el baño no se consideraría un producto en el contexto de una reclamación por una mordedura de tiburón, ni una enciclopedia que se equivoque al identificar hongos venenosos podría dar lugar a responsabilidad por producto defectuoso. Así, el código entregado al consumidor no es considerado defectuoso porque carezca de fallos, sino porque no califica jurídicamente como “producto”. Este proceso de encarnación de lo digital desafía los fundamentos tradicionales del régimen de responsabilidad civil, que aún se basan en la dicotomía entre productos físicos y contenidos informativos. El desarrollo tecnológico plantea la necesidad urgente de repensar esa frontera jurídica, especialmente en un contexto donde el software ya no es un simple transmisor de instrucciones, sino un actor autónomo con capacidad de incidir materialmente en el entorno. R. CARO, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*, vol. 103, 2015, pp. 535-536. “No existe ningún incentivo de mercado para producir software seguro porque los fabricantes de software no arriesgan nada cuando sus productos son inseguros.” B. SCHNEIER, *op. cit.* Eso tiene que cambiar. M. D. SCOTT., *op. cit.*, p. 484.

⁷⁵ Denominada “Cuarta revolución industrial” desde que Klaus Schwab lo bautizó así en el Foro Económico Mundial de 2016. Ver: <https://www.weforum.org/about/klaus-schwab/>; <https://www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab/>; y K. SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, Barcelona, España, 2016, ISBN: 9788499926940.

⁷⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496>

ligencia artificial, así como por servicios digitales⁷⁷ que influyen en el funcionamiento de los productos, como los servicios de navegación en vehículos autónomos⁷⁸.

53. El Parlamento Europeo, a través de su página web⁷⁹, indicó en 2023 que las reformas normativas pretendían “ampliar la definición actual de producto para incluir las actualizaciones de software, la IA o los servicios digitales (por ejemplo, robots, drones o sistemas domésticos inteligentes), con exclusión de los softwares que son de código abierto.

54. Recordemos que la Unión Europea ha sido pionera en la regulación de la IA a través de su Reglamento de Inteligencia Artificial⁸⁰, aprobado por el Consejo de la Unión Europea en mayo de 2024⁸¹, conocido como *AI Act*, pero el mismo no regula la responsabilidad de la IA, solo establece normas de seguridad y se centra únicamente en el establecimiento de un marco jurídico uniforme para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de esta y adoptando un enfoque basado en los riesgos derivados del uso de sistemas de IA, imponiendo requisitos y deberes a los distintos actores de la cadena de valor.

55. Empero, este Reglamento establece en su considerando n° 9 que las normas armonizadas establecidas en él se aplicarán en todos los sectores sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, entre otros, en materia de protección de los consumidores y seguridad de los productos, aplicándose el Reglamento de forma complementaria. En consecuencia, todos los derechos y vías de recurso del Derecho de la Unión permanecen inalterados, permitiendo a los consumidores y demás personas afectadas por sistemas de IA obtener reparación por posibles daños según la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

56. Los debates sobre la nueva Directiva fueron dirigidos por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) y la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI), bajo un procedimiento de comisión conjunta. El 5 de abril de 2023, las comisiones corresponsables del Parlamento Europeo emitieron su proyecto de Informe Conjunto⁸² sobre la propuesta de Directiva revisada, lo cual representa un notable suavizamiento de la Directiva revisada. El 9 de octubre de 2023, tras su proyecto de Informe Conjunto del 5 de abril de 2023, las comisiones conjuntas adoptaron el Informe final⁸³ y decidieron entrar en negociaciones interinstitucionales (trílogo) con el Consejo de la UE (y la Comisión)⁸⁴, con el objetivo de alcanzar un acuerdo político sobre el texto legislativo de la Directiva revisada en los meses

⁷⁷ Como los servicios digitales que afectan al funcionamiento del producto (por ejemplo, servicios de navegación en vehículos autónomos). N. Th. NIKOLINAKOS., *op. cit.*, p. 479.

⁷⁸ Parlamento Europeo. *Revised Product Liability Directive*. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI\(2023\)739341_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI(2023)739341_EN.pdf)

⁷⁹ Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20231023STO08103/mejor-proteccion-del-consumidor-normas-de-la-ue-sobre-productos-defectuosos>

⁸⁰ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828. Ver en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

⁸¹ Aunque algunas de sus disposiciones han entrado en vigor en agosto de 2024, la mayoría de sus reglas entrarán en vigor en agosto de 2026.

⁸² Informe provisional de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad por productos defectuosos (COM(2022)0495 – C9-0322/2022 – 2022/0302(COD)), 05.04.2023, (“Informe Conjunto Provisional de las comisiones corresponsables IMCO y JURI del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva revisada sobre responsabilidad por productos, 5 de abril de 2023”). N. Th. NIKOLINAKOS, *op. cit.*, p. 480.

⁸³ Informe conjunto de las comisiones corresponsables IMCO y JURI del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, A9-0291/2023, 12 de octubre de 2023. *Ibidem*, p. 480.

⁸⁴ El 16.10.2023 se anunció en sesión plenaria la decisión de las comisiones conjuntas de iniciar negociaciones interinstitucionales. El 18.10.2023, la decisión de las comisiones conjuntas de iniciar dichas negociaciones fue confirmada por la sesión plenaria. *Ibidem*, p.480.

siguientes. El Parlamento Europeo confirmó el mandato provisional en la sesión plenaria del 16 de octubre de 2023.

57. Tras las negociaciones interinstitucionales (trílogo), los legisladores (el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo) alcanzaron un acuerdo provisional (político) el 14 de diciembre de 2023. En su reunión del 24 de enero de 2024, el Comité de Representantes Permanentes del Consejo de la UE confirmó el acuerdo sobre el texto de compromiso de la Directiva revisada sobre responsabilidad por productos, tal como fue acordado entre las partes negociadoras el 14 de diciembre de 2023, y autorizó a la Presidencia a enviar la habitual carta de oferta al Parlamento Europeo⁸⁵

58. Finalmente, en marzo de 2024⁸⁶ el Parlamento Europeo aprueba la propuesta de Directiva⁸⁷ de la Comisión, que pasará a derogar la PLD de 1985 siendo traducida y publicada en noviembre de 2024 en el Diario Oficial de la Unión Europea como la Directiva 2024/2853 y será de aplicación a los productos puestos en el mercado o que se pongan en servicio 24 meses a partir de la fecha de entrada en vigor⁸⁸, cuando los Estados miembros deben haber cumplido con su obligación de transposición⁸⁹ al ordenamiento interno nacional.

59. Con esta nueva normativa, cambia el concepto de producto en la Unión Europea pues, tal y como prometieron, según su artículo 4⁹⁰, “el término „producto“ se refiere a todos los bienes muebles, incluso si están integrados en otro bien mueble⁹¹ o inmueble, o interconectados con ellos; incluyendo la electricidad, los archivos de fabricación digital, las materias primas y el software”. Es decir, ahora se incluyen bienes tangibles e intangibles y se incluye el software, con independencia de la forma en que se suministre o utilice, ya sea almacenado en un dispositivo físico⁹², accesible a través de tecnologías en la nube o redes de comunicación, o proporcionado mediante un modelo de „software como servicio“⁹³

⁸⁵ *Ibidem*, p.480.

⁸⁶ Concretamente, el 12 de marzo de 2024.

⁸⁷ Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo, *Proposal for a Directive on liability for defective products (replacing Directive 85/374/EEC)*, PE-CONS 7/24, 25 de septiembre de 2024: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-7-2024-INIT/en/pdf>

⁸⁸ Las Directivas vinculan a los Estados miembros destinatarios a alcanzar ciertos objetivos, estableciendo así una obligación de resultados, permitiendo que las autoridades nacionales decidan sobre la forma y los medios para su implementación, siendo imprescindible que adquieran rango de ley en los Estados miembros. No poseen, por tanto, la aplicabilidad directa que distingue a los Reglamentos. Art. 288 TFUE, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>. También Parlamento Europeo, *Directivas de la Unión Europea (RESUMEN)*, EURLex, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-union-directives.html>

⁸⁹ Los Estados Miembros deberán transponer la nueva Directiva a su legislación interna antes del 9 de diciembre de 2026.

Esto implica que, por el momento, un usuario afectado por un sistema de IA defectuoso no podrá acogerse a la nueva Directiva. En su lugar, deberá recurrir a los sistemas nacionales de responsabilidad por culpa vigentes en cada Estado miembro. Estos sistemas deberán adaptarse a las disposiciones de la Directiva en 2026. P. GONZÁLEZ BELUCHE, *op. cit.*, p.454.

⁹⁰ También el Considerando 6 señala: “Para garantizar que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos de la Unión sea exhaustivo, la responsabilidad objetiva por daños causados por productos defectuosos debe aplicarse a todos los bienes muebles, incluidos los programas informáticos, incluso cuando estén integrados en otros bienes muebles o instalados en bienes inmuebles”.

⁹¹ El buque sigue entrando en la categoría de producto conforme a la definición recogida en el artículo 4 de la nueva Directiva 2024/2853.

⁹² La mayoría de la doctrina jurídica consideraba con anterioridad a la nueva Directiva, que el software solo podía considerarse un “producto” si estaba integrado en algo físico, como un usb, por ejemplo. En este sentido, ver: D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MØGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOEVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN y R. SCHULZE, “Product Liability Directive”, en P. MACHNIKOWSKI (ed.), *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Principles of European Tort Law, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 41-42, y V. ULFBECK, “Autonomous ships and product liability under the EU directive”, en *Autonomous Ships and the Law*, Routledge, 2021, p.147.

⁹³ Cabe señalar que la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes (STI) en el transporte por carretera y en su interacción con otros modos de transporte ya establecía en su artículo 11 que los Estados miembros deberán garantizar que las cuestiones de responsabilidad vinculadas a la implantación y utilización de aplicaciones y servicios de STI se traten conforme al Derecho de la Unión —en particular, la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos—, así como a la normativa nacional aplicable.

60. Asimismo, señala que un desarrollador o creador de software, incluidos los proveedores de sistemas de inteligencia artificial⁹⁴ (en los términos establecidos por el Reglamento IA), debe ser considerado como un fabricante a efectos de la Directiva. Y todo fabricante de un producto defectuoso, debe ser responsable del mismo⁹⁵

61. Se incluyen igualmente los “servicios conexos”, comprendiendo como tales a aquellos que permiten que el producto lleve a cabo alguna de sus funciones. Estos servicios, por lo general, están basados en el suministro de información que resulta necesaria para el funcionamiento del propio producto físico (por ejemplo, los datos que se introducen en un sistema de navegación “*navigation as a service*” que, evidentemente, condicionan la seguridad del producto y pueden provocar su defectuosidad, considerándolos como “componentes” del mismo⁹⁶.

62. En consecuencia, resulta indiscutible que, una vez que la nueva Directiva sea transpuesta en los Estados miembros de la Unión Europea el software intangible será reconocido como un producto dentro del territorio de la Unión.

63. Si el software proviene de fuera de la UE, la Directiva sigue aplicando sus normas sobre productos importados. Según el Artículo 8.1.c), si el fabricante del software o componente está fuera de la Unión Europea, se considera responsable el importador del software o el representante autorizado del fabricante en la UE. Si no hay importador o representante, también podría considerarse responsable el proveedor de servicios de cumplimiento o, en última instancia, el distribuidor.

64. Esto garantiza que, aunque el país de origen del software no considere el software como un producto bajo su propia legislación, si dicho software se pone a disposición en el mercado de la UE, se aplican las reglas de la Directiva y se consideran responsables a los actores en la cadena de suministro dentro de la UE (importador, representante, distribuidor).

IV. La responsabilidad del astillero y del fabricante del software bajo la nueva directiva

65. Una de las principales novedades que introduce la nueva Directiva, es la aparición de más sujetos responsables por producto defectuoso, extrapolable también, por qué no, al ámbito marítimo.

66. La nueva Directiva tiene un ámbito de aplicación significativamente más amplio que la Directiva anterior⁹⁷, pues identifica al responsable como el “operador económico”, incluyendo en esta

De ello se desprende que, para los fines de la Directiva 2010/40/UE, las aplicaciones de conectividad se consideran productos, o al menos, que están sujetas al régimen de responsabilidad establecido por la Directiva sobre productos defectuosos, independientemente de que se las califique formalmente como productos o servicios. M. NAVARRO-MICHEL, *op. cit.*, p.182.

⁹⁴ Los sistemas de IA pueden utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente del producto (integrado) o contribuye a la funcionalidad del producto sin formar parte de él (no integrado). Considerando 12 del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32024R1689>

⁹⁵ El diseño defectuoso de un sistema, la ausencia de estándares adecuados en el desarrollo de un programa, así como la aplicación de prácticas deficientes en su programación, constituyen causas determinantes de fallos en los resultados esperados durante la ejecución del software. Estas deficiencias no solo comprometen la funcionalidad del sistema, sino que pueden derivar en pérdidas económicas de gran magnitud, desaprovechamiento de recursos tecnológicos y, en los casos más graves, afectaciones a la integridad e incluso a la vida de las personas. C. VÉLEZ MARTÍNEZ, “Errores de Software”, en J. A. DE LEÓN RAZO (rev. téc.), *Almacén Digital*, Instituto de Ingeniería de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2019, disponible en: <http://www.ii.unam.mx/es-mx/AlmacenDigital/CapsulasTI/Paginas/erroresdesoftware.aspx>.

⁹⁶ P. GONZÁLEZ BELUCHE, *op. cit.*, pp.461-462.

⁹⁷ N. Th. NIKOLINAKOS., *op. cit.*, p. 517.

categoría a los numerosos sujetos involucrados en la *producción* del sistema inteligente, tales como el proveedor de un servicio asociado, el representante autorizado, el importador, el distribuidor, el prestador de servicios y, en primera instancia, el fabricante de un producto o componente, figura que también podrá abarcar al diseñador-autor del algoritmo⁹⁸

67. En este ámbito es fundamental distinguir entre dos tipos de responsabilidad jurídica: por un lado, la responsabilidad de carácter contractual que asume el fabricante o proveedor frente al usuario directo del producto; y, por otro, la responsabilidad extracontractual que puede derivarse frente a terceros por los daños ocasionados por defectos o vicios del sistema⁹⁹

68. En este contexto, nos centraremos en los daños producidos a terceros pues, como se desprende de la nueva Directiva, las personas jurídicas ya no pueden reclamar por producto defectuoso¹⁰⁰, y nos centraremos específicamente en los fallos técnicos de un buque automatizado no tripulado, dejando a un lado los errores humanos cometidos por quienes están a cargo de operarlos.

69. Los buques, al igual que los ferries, pueden ser considerados productos construidos por un astillero, que podría ser considerado responsable bajo la responsabilidad por productos defectuosos¹⁰¹

70. Algunos sostienen que un buque está compuesto por tal cantidad de componentes que resulta muy difícil establecer la responsabilidad por producto defectuoso. Sin embargo, un automóvil también está formado por numerosos elementos, y tribunales americanos han reconocido la responsabilidad objetiva del fabricante o proveedor por el fallo de uno solo de esos componentes.

71. En el caso *John A. Cancelleri v. Ford Motor Company*¹⁰², resuelto por el Tribunal Superior de Pensilvania (Caso núm. 267MDA2015), en el que el demandante, John A. Cancelleri, interpuso una acción por responsabilidad objetiva por producto defectuoso contra Ford Motor Company y contra el concesionario (*third party intermediary*)¹⁰³ tras sufrir lesiones cuando los airbags de su vehículo, un Mercury Sable del año 2005, no se desplegaron durante un accidente. El tribunal consideró que la existencia de un defecto peligrosamente significativo en el diseño del vehículo era un elemento a valorar por el jurado. La cuestión central del litigio radicaba, en definitiva, en la calidad y el diseño del producto, y en si, en el momento de su fabricación, existían alternativas razonables que hubieran evitado el fallo. El tribunal concedió finalmente al demandante una indemnización de 5,9 millones de dólares¹⁰⁴

⁹⁸ G. D'ALFONSO, "Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee / Artificial Intelligence and Civil Liability. European Perspectives", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 6, julio-diciembre 2022, p. 186.

Según el Instituto de Derecho Europeo, los algoritmos tienen cinco características principales: complejidad, creciente autonomía, opacidad, apertura y vulnerabilidad. EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), *Response to Public Consultation on Civil Liability*, 2022, disponible en <https://www.europeanlawinstitute.eu>, consultado el 1 de noviembre de 2022. Al ser capaces de aprender a través de la experiencia acumulativa y tomar decisiones independientes, y al presentarse como verdaderos ecosistemas de elementos conectados, los sistemas autónomos plantean un desafío para los remedios clásicos del derecho de daños. M. MIRANDA BARBOSA, "Autonomous Systems and Tort Law", en D. M. VICENTE, R. SOARES PEREIRA y A. ALVES LEAL (eds.), *Legal Aspects of Autonomous Systems: A Comparative Approach*, Springer, Cham, 2024, p. 3.

⁹⁹ S. D. BERGEL, "Responsabilidad civil derivada de la informática", *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 4, 1994 (ejemplar dedicado al III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), p. 409.

¹⁰⁰ El artículo 5 de la nueva Directiva introduce una novedad significativa al limitar su aplicación a los daños sufridos por personas físicas derivados de productos defectuosos. Esta restricción marca una diferencia importante respecto a la Directiva 85/374/CEE, que no circunscribía la protección a las personas afectadas, sino únicamente al tipo de daños cubiertos.

¹⁰¹ K. SIEHR, "The Rome II Regulation and Specific Maritime Torts: Product Liability, Environmental Damage, Industrial Action", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 74, núm. 1, enero de 2010, pp. 142, disponible en <https://www.jstor.org/stable/27878855>.

¹⁰² Disponible en: <https://law.justia.com/cases/pennsylvania/superior-court/2016/267-md-2015.html>

¹⁰³ Siendo este el suministrador o proveedor del producto. M. NAVARRO-MICHEL, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁴ A. M. KOHN, "A World After *Tincher v. Omega Flex*: Pennsylvania Courts Should Preclude Industry Standards and Practices Evidence in Strict Products Liability Litigation", *Temple Law Review*, vol. 89, 2017, núm. 3, p. 670. Disponible en: <https://www.templelawreview.org/comment/a-world-after-tincher-v-omega-flex-pennsylvania-courts-should-preclude-industry-standards-and-practices-evidence-in-strict-products-liability-litigation/>

72. Esto demuestra que la multiplicidad de elementos o componentes no exime de responsabilidad cuando se puede identificar un defecto específico que haya contribuido al daño, siempre que exista un vínculo claro entre el defecto y el perjuicio causado. Por tanto, el mismo razonamiento podría aplicarse a los buques equipados con sistemas autónomos.

73. En la “Respuesta del *European Law Institute* a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la *Responsabilidad Civil: Adaptación de las Normas de Responsabilidad a la Era Digital y la Inteligencia Artificial*¹⁰⁵” ya se señalaba la necesidad de que el desarrollador del software pudiera ser demandado directamente por la víctima como “fabricante de un componente”, sin perjuicio de que, entre las causas de exoneración, se le reconociera la posibilidad de hacerlo si acreditase que el defecto del componente se debe al diseño global del producto o a las instrucciones expresas dadas por el fabricante del producto¹⁰⁶.

74. Por consiguiente, si el buque es de nueva construcción, lo cual será habitual dado que el concepto es aún innovador, la responsabilidad por producto defectuoso podría recaer en el fabricante/constructor (el astillero)¹⁰⁷, pues el artículo 8.1(a) de la Directiva establece que el fabricante de un producto defectuoso es el responsable directo. En este contexto, el astillero que fabricó el buque y lo integró con el software y otros componentes se presenta como el principal responsable si el defecto causante del daño estaba presente en el momento de la entrega.

75. Ahora bien, si la causa del daño es completamente atribuible al software, (por ejemplo, el sistema no detectó un obstáculo¹⁰⁸ debido a un error en el código) se podría argumentar que el proveedor de software es el único responsable¹⁰⁹

76. Del mismo modo que un padre puede ser considerado responsable por los actos de su hijo, el „progenitor“ reconocible de un sistema autónomo es su programador. Los daños derivados del comportamiento de un vehículo autónomo recaerían, en ese caso, sobre el programador o el equipo de desarrollo que definió su lógica de actuación. Al ser quienes establecieron los parámetros de decisión del sistema, serían considerados responsables en caso de que el diseño o funcionamiento del software presentase defectos que dieran lugar a un perjuicio¹¹⁰

¹⁰⁵ EUROPEAN LAW INSTITUTE, “*Response of the European Law Institute to the Public Consultation on Civil Liability: Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*”, p.9, disponible en:https://europeanlawinstitute.eu/file-admin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf.

¹⁰⁶ P. GÓNZÁLEZ BELUCHE, *op. cit.*, p.460.

¹⁰⁷ El astillero sería considerado el “fabricante” del buque en base al art. 4 (10) de la nueva Directiva, por ser la persona física o jurídica que produce, desarrolla o fabrica el producto.

¹⁰⁸ Algunos autores también sostienen que los astilleros también podrían ser responsables de no instalar correctamente los sensores que permitan la detección remota de polizones a bordo, en el caso de buques sin tripulación a bordo. S. TSANDIDIS, “Legal Implications for Maritime Autonomous Vehicles in Relation to Stowaways”, en N. KLEIN, D. GUILFOYLE, S. KARIM y R. MCLAUGHLIN (eds.), *Maritime Autonomous Vehicles and International Law: Maritime Security Perspectives*, Routledge, Abingdon, 2025, p. 236.

¹⁰⁹ Una posible solución sería desarrollar un sistema de software cerrado que impida cualquier manipulación del algoritmo por parte de terceros, incluidos los propios usuarios. De este modo, únicamente el fabricante tendría la capacidad de optimizar las características de seguridad del dispositivo, garantizando que no se altere su funcionamiento por agentes externos. En el caso de una máquina o dispositivo que funcione como un sistema integrado y cerrado de hardware y software, el fabricante no solo es el evitador de costes más barato, sino que es la única parte en posición de tomar precauciones. Esto sugiere que el sistema de responsabilidad debe centrarse en el fabricante. G. WAGNER, “*Robot Liability*”, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁰ A. ZORNOZA SOMOLINOS, “La responsabilidad jurídica de los programadores por los daños causados por agentes autónomos”, en *Actas de las XXXVII Jornadas de Automática*, 2016, p.427. disponible en:<https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/29614>.

Algunos autores sostienen que los fabricantes serán cada vez más responsables de los accidentes causados por vehículos autónomos. N. KALRA, J. ANDERSON y M. WACHS, *op. cit.*, executive summary ix. El cambio gradual de la responsabilidad en la operación del automóvil, que pasa del conductor al vehículo, conducirá a un cambio similar en la responsabilidad por los accidentes, que pasará del conductor al fabricante. *Ibidem*, p.22.

resumiblemente, para vehículos que operan de forma autónoma, es probable que el fabricante sea responsable de cualquier accidente causado por defectos en el diseño o funcionamiento del producto y de sus sistemas automatizados en el caso de que la tecnología debiera haber evitado un accidente, pero no lo hiciera. En este contexto, el apartado 2 (a) de la *Consumer Protection*

77. Si el software o algoritmo se encuentra incorporado o interconectado con un bien mueble tangible (*bundled product*), no puede ostentar la condición de tercero, entendido como un sujeto ajeno a la organización del productor del producto y fuera de su control, habida cuenta de que el software o algoritmo es necesario para que el bien desarrolle sus funciones¹¹¹

78. En el contexto de la nueva Directiva, los fabricantes de software, mientras conserven la capacidad de garantizar que su software sea seguro y esté libre de defectos —ya sea mediante actualizaciones, parches o mejoras—, están obligados a ejercerla. Así lo recogen los considerandos 19, 50 y 52 de la Directiva. Esta obligación se extiende incluso más allá del momento de la comercialización, en la medida en que el producto, particularmente en el caso del software, pueda seguir bajo el control del fabricante¹¹²

79. Es evidente que el software del buque requerirá actualizaciones¹¹³ en algún momento, debido al rápido avance tecnológico. En consecuencia, si un astillero de reparación (*repair yard*) o una empresa de software realizara una actualización sin participación ni control del astillero original, entonces la responsabilidad por cualquier defecto en la actualización recaería en dichas empresas¹¹⁴

80. Por su parte, si el astillero que construye el buque autónomo integra el software en el buque o tiene control sobre dicha integración (por ejemplo, autoriza o consiente la incorporación del software como parte del producto final), y el defecto deriva del software de navegación autónoma defectuoso entonces el astillero, como fabricante¹¹⁵ del producto final, o podría ser considerado respon-

Act 1987 impondría responsabilidad objetiva al productor de un vehículo autónomo si el vehículo no fuera tan seguro como “las personas tienen derecho generalmente a esperar”. Este requisito probablemente se cumpliría a menos que el vehículo fuera operado en contra de sus instrucciones o advertencias. L. COLLINGWOOD, *op. cit.*, p.41.

¹¹¹ G. IZQUIERDO GRAU, “Software y algoritmos defectuosos: algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial”, *IDP. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 38, octubre 2023, p.10.

¹¹² C. KIEFER y L. HERLITZ, “Liability for software under the new European Product Liability Directive”, *International Bar Association*, 30 de abril de 2025, disponible en: <https://www.ibanet.org/European-Product-Liability-Directive-liability-for-software>.

¹¹³ Uno de los aportes más significativos defendidos por M. MUDRIĆ en su ponencia “*New Technologies in Transport and the Shifting Tides of Responsibility*”, presentada en el coloquio del CMI en Montreal (2023) reside en la figura del productor como operador *backend*. Esta categoría se refiere a aquellos agentes —habitualmente externos al ámbito marítimo tradicional— que, son proveedores continuos de servicios digitales sin los cuales el buque no puede funcionar y que, por tanto, desempeñan un papel estructural en el funcionamiento de los MASS. En efecto, el autor subraya que la operatividad de estos buques depende de forma esencial de una red continua de servicios: actualizaciones de software de navegación, procesamiento de datos satelitales (GPS), mapas digitales, algoritmos de detección de obstáculos, comunicaciones remotas, e incluso módulos de asistencia automatizada en la toma de decisiones. Este modelo de dependencia funcional plantea interrogantes jurídicos sustantivos en relación con el régimen de responsabilidad. Mudrić plantea, de forma explícita que, si un buque no puede cumplir sus funciones mínimas sin el aporte ininterrumpido de estos servicios digitales, entonces la interrupción, fallo o mal funcionamiento de dicho servicio podría equipararse a un defecto del propio producto. En tal caso, el buque, en tanto sistema integrado que combina hardware naval y software externo, perdería su capacidad de actuación autónoma, lo cual podría tener consecuencias tanto en el plano de la responsabilidad por daños como en la determinación de su condición de navegabilidad.

¹¹⁴ Si, por ejemplo, se añaden nuevas funciones, eligiendo entre diferentes modos o combinando el software original con productos desarrollados por otras empresas de software. Si se produce tal desagregación, dejará de tener sentido centrar la responsabilidad exclusivamente en el fabricante del producto original. G. WAGNER, “*Robot Liability*”, *op. cit.*, p. 40.

Una medida podría ser la creación de un sistema de software cerrado que impida que terceros, incluidos los usuarios, manipulen el algoritmo que opera el dispositivo. Así solo el fabricante está en condiciones de mejorar las características de seguridad del dispositivo; nadie más puede hacerlo. *Ibidem*, p.40. En términos económicos, se suele decir que el fabricante es claramente el “evitador de costes más barato” (*the manufacturer as best cost avoider*). G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, Yale University Press, New Haven, 1970, pp. 26-27, 68-94.

Las dificultades para determinar la relación de causalidad aumentan si las actualizaciones de software son proporcionadas por un sujeto distinto al programador original. EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁵ El control del fabricante desempeña un papel en la nueva lógica operativa y conceptual del régimen de responsabilidad por productos defectuosos. Según el artículo 4.5 de la nueva Directiva, el control del fabricante «significa que el fabricante de un producto autoriza (a) la integración, interconexión o suministro por un tercero de un componente, incluidas las actualizacio-

sable¹¹⁶ bajo la Directiva. Esto ocurre incluso si el software fue creado por una empresa externa, pero el astillero fue quien decidió incorporarlo en el producto final. Esto sin perjuicio de que el fabricante de ese componente también pudiera ser responsable solidariamente¹¹⁷ según el artículo 8.1(b)¹¹⁸

81. Y en caso de que el fabricante mantenga el control de un producto a través de actualizaciones¹¹⁹ de software o algoritmos de aprendizaje automático, podrá ser considerado responsable bajo la Directiva durante el tiempo posterior a la puesta en el mercado¹²⁰.

82. Si no se encuentra dentro del control del fabricante, la víctima del daño causado por el producto defectuoso podría dirigirse contra el productor del componente y no contra el productor del bien globalmente concebido (astillero) si el daño fuera imputable únicamente al software o al sistema de inteligencia artificial, por ejemplo¹²¹

83. Por otro lado, en los casos en que el software se instale en el buque con posterioridad a su entrega por parte del astillero, la empresa tecnológica que suministre dicho software será la responsable de cualquier defecto, liberando al astillero de obligaciones de responsabilidad por producto¹²².

84. No obstante, dado que se requiere un nivel avanzado de tecnología para fabricar un buque autónomo, es muy probable que varias partes (por ejemplo, astilleros, programadores y fabricantes de sensores) cooperen en el proceso de construcción¹²³ En estos casos, la Directiva plantea una responsabi-

nes o mejoras de software, o (b) la modificación del producto». Es el mecanismo que hace de bisagra entre la vieja lógica de la defensa contra defectos posteriores y la nueva lógica de los productos abiertos y en continuo aprendizaje. T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La revisión de la Directiva de responsabilidad por producto: una pieza clave en el puzle de la responsabilidad por daños causados por inteligencia artificial”, *La Ley Mercantil*, núm. 103, junio de 2023, p.14.

¹¹⁶ Si el defecto tiene su origen en la producción, la víctima tiene derecho a presentar una reclamación contra el fabricante conforme a la legislación nacional que implemente la Directiva de Responsabilidad por Productos. EUROPEAN COMMISSION “Liability for Emerging Digital Technologies”, Brussels, (2018) p. 14. Comisión Europea, *Liability for emerging digital technologies*, Staff Working Document SWD(2018) 137 final, Bruselas, 25 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52018SC0137>

¹¹⁷ El concepto de “fabricante” en el marco de la Directiva de la UE abarca una red de posibles responsables considerablemente más amplia de lo habitual. Se considera fabricante no solo a quien desarrolla, fabrica o produce un producto, sino también a quien encarga su diseño o fabricación, o se presenta como tal al colocar su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto. Asimismo, se incluye a quien fabrica para su propio uso. Esta cadena de responsabilidad se extiende además al representante autorizado, al importador, al proveedor de servicios de cumplimiento, al distribuidor, al operador económico e incluso a las plataformas en línea que participan en la comercialización o puesta en el mercado del producto. Así, un demandante potencial que afirme haber sufrido daños a causa de un producto, podría, en última instancia, intentar seguir esta vía de responsabilidad hasta el final. Esto incluye —en caso de que el fabricante real sea difícil de identificar (o se encuentre en una jurisdicción inaccesible)— a todos los demás sujetos mencionados anteriormente en la cadena internacional de suministro o de valor. A esto se le denomina “cascada de responsabilidad”. H. JESSEN, “*MASS and Liability for Damages*”, *op. cit.*, p.227.

¹¹⁸ La consideración de los “intangibles” y de los “servicios conexos” como componentes atraerá también la responsabilidad de sus fabricantes o proveedores. P. GONZÁLEZ BELUCHE, *op. cit.*, p.462.

¹¹⁹ Art.11.2. b) Directiva. De hecho, algunos consideran que no llevar a cabo las actualizaciones es condición de culpa. “En muchos casos puede determinarse la existencia de culpa con certeza (por ejemplo, en casos de falta de actualización del software o en aquellas situaciones en las que un incumplimiento del deber de diligencia permite la interferencia de terceros—como los hackers—en los sistemas)” M. MIRANDA BARBOSA, *op. cit.*, p.4.

¹²⁰ M. BUITEN, A. DE STREEL y M. PEITZ, “The law and economics of AI liability”, *Computer Law & Security Review*, vol. 49, 2023, artículo núm. 105794, p. 15.

¹²¹ G. IZQUIERDO GRAU, *op. cit.*, p.3.

¹²² Ver V. ULFBECK, *op. cit.*, p.146. Aunque en algunos sistemas legales, como el escandinavo, la responsabilidad por producto del armador podría mantenerse, como propietario del buque. Ver: T. FALKANGER, L. BRAUTASET y H. J. BULL, *Scandinavian Maritime Law: The Norwegian Perspective*, 4.ª ed., 2017.

¹²³ B. SOYER, “Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities”, *op. cit.*, p.112.

lidad objetiva compartida o solidaria¹²⁴ en su artículo 12¹²⁵, entre el astillero y la empresa programadora del software.

85. Si el astillero es responsable por la integración del software (el defecto del software se produce dentro de su control), y la empresa programadora es responsable por los fallos inherentes del software, la víctima podría reclamar a cualquiera de los dos, con independencia de que una legislación nacional les permita ejercer derechos de contribución o recurso¹²⁶, lo que implica que, aunque la responsabilidad ante el afectado sea solidaria, las partes involucradas pueden, posteriormente, buscar distribuir la carga del daño entre ellas según su grado de responsabilidad.

86. En el caso de una construcción nueva, el astillero adquiere el equipo relevante como parte del proceso de construcción, generalmente contratando subproveedores para entregarlo. Aunque es perfectamente posible que una naviera encargue la construcción física y el diseño de un nuevo MASS a un astillero competente, y el suministro de equipos tangibles e intangibles para operar dicho MASS a otros fabricantes (que no son astilleros)¹²⁶. Las navieras y los fabricantes serán socios contractuales directos con el fin de integrar y emplear los componentes de software imprescindibles para garantizar una operación segura y protegida de los MASS¹²⁷

87. En definitiva, ello supondrá que, si el defecto se encuentra en el contenido o servicio digital integrado en el producto final bajo el control del fabricante, tanto si éstos fueron proporcionados por un tercero como si le fueron entregados para su integración en el mismo, el perjudicado podrá demandar tanto al fabricante del producto final como al del intangible o servicio conexo dada su consideración como componente. Es decir, la Directiva proporciona una vía alternativa para que los demandantes puedan reclamar compensación en caso de defectos o fallos en los sistemas tecnológicos integrados en estos buques¹²⁸.

88. A su vez, la responsabilidad por productos defectuosos no solo es relevante en el caso del propio buque autónomo, sino también lo será en relación con las estaciones en tierra desde las que se

¹²⁴ También en el Considerando 53 se señala: “Pueden darse situaciones en las que dos o más partes sean responsables del mismo daño, en particular cuando un componente defectuoso esté integrado en un producto que cause daños. En tal caso, la persona perjudicada debe poder reclamar una indemnización tanto al fabricante que integró el componente defectuoso en su producto como al fabricante del propio componente defectuoso. Para garantizar la protección de las personas físicas, todas las partes deben ser consideradas responsables solidariamente en tales situaciones”.

En Reino Unido también se recoge la responsabilidad solidaria en la Sección 2, párrafos (2) a (5) de la Ley de Protección al Consumidor del Reino Unido de 1987, que afirma: “cuando dos o más personas sean responsables en virtud de esta Parte por el mismo daño, su responsabilidad será solidaria”. La legislación finlandesa, en su *Finnish Tort Liability Act's Chapter 6 Section 2*, también dispone que «cuando la lesión o el daño hayan sido causados por dos o más personas, o éstas sean responsables de los mismos daños, la responsabilidad será solidaria» y añade que «la persona que no haya sido considerada responsable de la totalidad de los daños sólo será responsable del importe de la indemnización» F. COLLIN, op. cit., p.37.

Ahora bien, el art.12.2 dispone que el fabricante que incorpore un componente de programa informático en un producto no tendrá derecho de repetición frente al fabricante de un componente de programa informático defectuoso que cause daños cuando: a) el fabricante del componente de programa informático defectuoso, en el momento de la introducción en el mercado de ese componente de programa informático, era una microempresa o una pequeña empresa, es decir, una empresa que, evaluada junto con todas sus empresas asociadas en el sentido del artículo 3, apartado 2, del anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (21), en su caso, sea una microempresa tal como se define en el artículo 3, apartado 3, de ese anexo si alguna de ellas es una microempresa, tal como se define en el artículo 2, apartado 3, del anexo, o una pequeña empresa, tal como se define en el artículo 2, apartado 2, del anexo, y b) el fabricante que incorporó el componente de programa informático defectuoso en el producto acordó contractualmente con el fabricante del componente de programa informático defectuoso renunciar a ese derecho.

¹²⁵ Art.12.1 PLD: “Sin perjuicio de las disposiciones nacionales en relación con los derechos de división de la responsabilidad o de repetición, los Estados miembros garantizarán que, cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños con arreglo a la presente Directiva, puedan ser considerados responsables solidariamente.”

¹²⁶ H. JESSEN, “*MASS and Liability for Damages*”, op. cit., p.225.

¹²⁷ *Ibidem*, p.227.

¹²⁸ Y. ISHII, “Environmental and Maritime Security, Civil Liability Regimes, and Maritime Autonomous Vehicles”, en N. KLEIN, D. GUILFOYLE, S. KARIM y R. MCLAUGHLIN (eds.), *Maritime Autonomous Vehicles and International Law: Maritime Security Perspectives*, Routledge, Abingdon, 2025, p. 278.

controlan. Estas instalaciones requieren el uso de equipos altamente especializados y complejos, como hardware informático, servidores, software y dispositivos diseñados para garantizar una comunicación fiable entre el barco y la costa¹²⁹

89. En este contexto, también podrían surgir casos de responsabilidad en relación con estos centros de control remoto (RCC). Si se demuestra que una colisión fue consecuencia de un fallo en alguno de estos equipos o sistemas y que dicho fallo se debió a negligencia en su mantenimiento, las personas o entidades encargadas de su supervisión podrían ser consideradas responsables de los daños ocasionados¹³⁰

90. En la actualidad, la aplicación de la responsabilidad objetiva en el derecho marítimo no es habitual¹³¹, como destacó la Asociación Argentina de Derecho Marítimo en su respuesta al cuestionario del Comité Marítimo Internacional (CMI) sobre buques no tripulados¹³²: „Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sido reacia a aceptar la responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho marítimo. Un ejemplo de ello se observa en el caso CSJN en *Sulfacid SACI c/ Capitán y otros, Buque Río Bravo, de fecha 16 de junio de 1988*.“¹³³

91. Si bien existen algunos precedentes, un ejemplo reciente de la aplicación de la ley de responsabilidad del producto en un contexto marítimo es el caso danés, *Højesteret (Supreme Court)* de 13 de septiembre de 2017¹³⁴. Las partes litigantes en este caso eran J Lauritzen A/S (Lauritzen) y MAN Diesel & Turbo German (MAN). Lauritzen es una empresa naviera danesa fundada en 1884. MAN es una empresa que fabrica motores diésel de gran tamaño y turbomaquinaria, principalmente para aplicaciones marítimas y estacionarias. MAN entregó, como fabricante, un número de motores a un astillero coreano, donde se construyeron siete barcos que contenían los motores fabricados por MAN. Posteriormente, el

¹²⁹ B. SOYER, A. TETTENBORN y G. LELOUDAS, *Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study*, Swansea University, 2021, p. 20, disponible en: <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf>.

¹³⁰ *Ibidem*, p.20.

¹³¹ En Europa la responsabilidad del producto dentro del área del derecho marítimo ha recibido poca atención y las reclamaciones se manejan principalmente a través de las normas del derecho marítimo. V. ULFBECK, “Maritime Product Liability”, *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook*, vol. 65, 2006, pp. 66-67.

En el derecho noruego, la responsabilidad objetiva del propietario del barco solo se ha impuesto en casos específicos en los que, debido a un defecto técnico, el barco ha colisionado con instalaciones fijas en tierra. Ejemplos de ello se encuentran en los casos *ND 1921.401 (NH) Neptun* y *ND 1953.320 (NH) Sokrates*. También se ha aplicado en un caso en el que un trabajador portuario falleció debido a una configuración incorrecta de las plumas de carga del barco, según *ND 1969.389 (NH) Ladogales.*, *Rederens erstatningsansvar for såkalte tekniske hjelpere. Med særlig henblikk på skipssammenstøt*, tesis de Máster, Universidad de Oslo, Facultad de Derecho, 2018. Disponible en: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/62682/5/MASTEROPPGAVE-Y.pdf>

Aunque la mayoría de las convenciones que regulan el transporte de materiales peligrosos imponen responsabilidad estricta por cualquier daño causado por las actividades específicas designadas bajo dichas convenciones. Y. ISHII, *op. cit.*, p.279.

La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez la responsabilidad por productos, incluyendo la responsabilidad objetiva, como parte del derecho marítimo general en el caso *East River Steamship S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 476 U.S. 858 (1986). J. R. COT., “Maritime Products Liability Law: Understanding the Fundamentals”, *McGlinchey Insights*, 7 de agosto de 2024, disponible en <https://www.mcglinchey.com/insights/maritime-products-liability-law-understanding-the-fundamentals/>. La Corte Suprema estableció, eso sí, que, en el ámbito del derecho marítimo, una reclamación basada en responsabilidad por productos defectuosos no es procedente si los únicos perjuicios alegados corresponden a daños sufridos por el propio producto y a pérdidas económicas derivadas. No obstante, cuando el defecto del producto causa daños personales o afecta a otros bienes materiales, la reclamación sí resulta admisible. Esta doctrina, conocida como la *economic loss rule*, busca limitar la extensión de la responsabilidad en casos donde no existan daños más allá del propio producto defectuoso. Puede verse la sentencia en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/858/>

¹³² Conocido como “CMI IWUS Questionnaire” en inglés. Este cuestionario abordó, entre otros temas, cuestiones relacionadas con la responsabilidad en los MASS.

¹³³ La respuesta puede verse en: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-ARGENTINA.pdf>

¹³⁴ S. BERGENSER y A. B. EHLERS, “Højesteret (Supreme Court) 13 September 2017, Ugeskrift for Retsvæsen (Weekly Law Report, UfR) U.2018.98 H: Liability in the Law of Sales v Product Liability”, en *European Tort Law Yearbook*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 134-140, disponible en: <https://doi.org/10.1515/tortlaw-2018-0006>.

astillero vendió los siete barcos a Lauritzen. Los motores incorporaban un sistema de lubricación especial llamado Alpha Lube. Después de utilizar los barcos, Lauritzen determinó que los motores estaban sometidos a un grado inusual y extraordinario de desgaste. Este desgaste implicaba que varios componentes tuvieran que ser reemplazados mucho antes de lo esperado. Se presumía que los daños relacionados con el desgaste fueron causados por el sistema Alpha Lube en los motores¹³⁵

92. El contrato entre el astillero y Lauritzen contenía limitaciones de responsabilidad, lo que llevó a Lauritzen a presentar sus reclamaciones directamente contra MAN (fabricante) en su lugar, a pesar de no existir una relación contractual entre MAN y Lauritzen¹³⁶

93. El comprador reclamó una indemnización directamente al fabricante del motor, alegando que este había incurrido en responsabilidad conforme a las normas de responsabilidad del producto que permiten presentar reclamaciones directas contra el fabricante. El caso fue inicialmente presentado ante el Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague, donde se analizó la naturaleza del sistema de lubricación en relación con el motor afectado. El tribunal determinó que dicho sistema había sido comercializado en otras ocasiones como un producto independiente, separado del motor, lo que llevó a considerarlo como un bien distinto dentro de la estructura del buque¹³⁷

94. Sobre esta base, el tribunal concluyó que el sistema de lubricación presentaba un defecto que había causado daños a otro producto, en este caso, los motores. En consecuencia, el fabricante del sistema fue considerado responsable bajo el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, al haberse establecido que el fallo en el componente generó un perjuicio material a un bien diferenciado. Esta decisión reforzó la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito marítimo, ampliando su alcance en casos de fallos en sistemas integrados dentro de una embarcación¹³⁸

95. También podemos destacar otros dos en el ámbito marítimo en los que el Tribunal Supremo de Noruega ha establecido responsabilidad objetiva: ND 1921 s.401 „Neptun“¹³⁹ (colisión con un puente) y ND 1952 s.320 „Sokrates“¹⁴⁰ (colisión con un muelle). En ambos casos, el daño se debió a un fallo técnico en el motor de reversa, y no pudo atribuirse a la culpa¹⁴¹ del propietario del barco ni de sus empleados (*servants*)¹⁴²

96. Pero a pesar de estos ejemplos, no cabe duda de que el régimen de responsabilidad por culpa sigue siendo el más extendido¹⁴³ y con mayor aplicación práctica en el ámbito de la navegación, lo

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*

¹³⁷ J. KURO, *Maritime Product Liability: The Case of Unmanned Vessels*, Master thesis, University of Oslo, 2018, p.16.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ Rt. 1921.519 Neptun.

¹⁴⁰ Rt. 1952.1170 Sokrates.

¹⁴¹ Sin embargo, también existen casos en los que la responsabilidad se establece sin necesidad de demostrar culpa. Un ejemplo de ello se encuentra en Inglaterra, donde la legislación impone una responsabilidad automática a los propietarios de un buque que colisione con instalaciones portuarias fijas en Inglaterra y Gales, basándose en un estatuto del siglo XIX, la *Harbours, Docks and Piers Clauses Act 1847*, cuya sección 74 establece que los propietarios del buque serán responsables de los daños ocasionados, incluso en ausencia de culpa. Es, junto con la responsabilidad por productos defectuosos, la otra excepción al principio de responsabilidad basada en la culpa. Si una colisión se debe al fallo de nuevo equipo instalado a bordo de un buque, como equipo de navegación o radar, o mecanismos de control del timón o del motor, el fabricante del equipo puede ser considerado responsable de manera estricta en virtud de la legislación sobre responsabilidad por productos, concretamente en la Parte I de la Ley de Protección del Consumidor de 1987, por cualquier fallecimiento o lesión personal resultante. B. SOYER, A. TETTENBORN y G. LELOUDAS., *op. cit.*, p.18. Para más detalle, ver: J. KIMBELL y A. TETTENBORN., *Marsden and Gault on Collisions at Sea*, 15.^a ed., *British Shipping Laws*, Sweet & Maxwell, 25 de mayo de 2021, Paras.8-24 – 8-33.

¹⁴² T. FALKANGER, H. J. BULL y L. BRAUTASET, *Scandinavian Maritime Law: The Norwegian Perspective*, 3.^a ed., 11 de mayo de 2021, p.227.

¹⁴³ Esto se desprende de las respuestas proporcionadas al CMI que reflejaron que, en la mayoría de las jurisdicciones, el régimen legal actual establece una responsabilidad basada en la culpa por los daños por colisión causados a un tercero debido al mal funcionamiento del sistema operativo de un buque completamente autónomo. J. NAWROT e I. VIO, “Autonomous Vessels

cual tiene una lógica sólida en el contexto de la navegación tradicional, dado que el factor humano es la principal causa de los accidentes.

97. Sin embargo, este enfoque, como se ha visto, pierde parte de su sentido en la era de los buques autónomos¹⁴⁴, donde la intervención humana se reduce drásticamente y los fallos tecnológicos o algorítmicos se convierten en los principales riesgos operativos. El criterio de imputación subjetivo basado en la diligencia tiene difícil adaptación y aplicación en los casos de daños causados por un sistema de inteligencia artificial.

98. La falta de intervención humana en la operación de sistemas autónomos ha sido vista, en consecuencia, como una razón para avanzar hacia un régimen de responsabilidad objetiva, en lugar de un régimen basado en la culpa¹⁴⁵

99. Así lo intuye la Asociación Finlandesa de Derecho Marítimo, en su respuesta al mismo cuestionario del CMI, respecto a la pregunta 6.1¹⁴⁶ sobre responsabilidad, señalando que, aunque „ *la responsabilidad objetiva legalmente estipulada está esencialmente limitada a la contaminación y otros daños ambientales en Finlandia. (...) el enfoque en las deficiencias humanas sigue siendo sólido en el derecho de responsabilidad civil finlandés y representa un desafío para las operaciones completamente autónomas. No es fácil predecir cómo decidirían los tribunales finlandeses en el escenario mencionado, pero es posible que, para evitar lagunas de responsabilidad derivadas de la nueva forma de operar los barcos, los tribunales estén más inclinados a aceptar la responsabilidad objetiva o, al menos, a trasladar la carga de la prueba hacia la parte del barco*»¹⁴⁷.

100. Así, mientras algunos consideran que esta falta de imputación de culpa representa un problema, otros sostienen que la responsabilidad objetiva es, en realidad, la solución y el enfoque más adecuado¹⁴⁸ para regular los buques autónomos, ya que se adapta mejor a los riesgos que estos implican, al tratarse de sistemas altamente complejos y altamente autónomos, siendo en la práctica muy difícil o incluso imposible rastrear el daño hasta su origen, el cual podría derivarse de un error humano en la programación de la IA implementada o un error en el procesamiento de información por parte de un sistema de autoaprendizaje (*self-learning system*)¹⁴⁹. O puede ocurrir que el sistema tenga un comportamiento o

Based on Artificial Intelligence: Selection of Regulatory Approach – Main Challenges”, en *Proceedings Book of the 3rd International Scientific Conference on Maritime Law – ISCML Split 2021*, Split, Croacia, 8-9 de abril de 2021, p. 145.

¹⁴⁴ T. SOLVANG, “Man, machine, and culpa: Or finding a path toward strict liability”, en H. RINGBOM, E. RØSÆG y T. SOLVANG (eds.), *Autonomous Ships and the Law*, Routledge, 2020, p. 99.

¹⁴⁵ Danish Maritime Authority, *Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships. Final Report*, Ramboll y CORE Advokatfirma, diciembre de 2017, p.32. Disponible en: <https://www.dma.dk/Media/637745499808186153/Analysis%20of%20Regulatory%20Barriers%20to%20the%20Use%20of%20Autonomous%20Ships.pdf>

También J. NAWROT e I. VIO, *op. cit.*, p.146.

¹⁴⁶ El enunciado de la pregunta 6.1 dice así: “Supongamos que un “barco” navegaba de forma autónoma, es decir, mediante un sistema completamente informatizado de navegación/evitación de colisiones, y el sistema presenta un mal funcionamiento, siendo este mal funcionamiento la única causa de los daños por colisión. En términos generales, ¿cómo podría repartirse la responsabilidad entre el propietario del barco y los fabricantes del sistema autónomo según la legislación nacional?”

¹⁴⁷ Comité Maritime International, *IWG Questionnaire on Unmanned Ships – Finland (CMI)*. Disponible en: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-FINLAND.pdf>

¹⁴⁸ B. SOYER, “*Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities: The Elephant in the Room*”, *op. cit.*, cap. 8.

La responsabilidad se diluye en los múltiples actores y elementos que participan en los buques autónomos (programador, fabricante, operador, comprador, propietario, usuario, etc) y las normas tradicionales no permiten determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado ante la imposibilidad de determinar la verdadera causa u origen del mismo. J. M. MUÑOZ VELA, *op. cit.*, p.205.

Desde la UE se ha expresado la necesidad de avanzar hacia el transporte autónomo, pero se alude a la idea del riesgo para implantar un sistema objetivo de responsabilidad, ante la enorme dificultad o imposibilidad para la víctima de probar la negligencia del verdadero causante del daño o incluso el solo defecto en el producto lesivo. M. C. NÚÑEZ ZORRILLA, *op. cit.*, p.694.

¹⁴⁹ B. SCHÜTTE, “Damage caused by autonomous ships: towards regulation for civil liability in EU waters?”, en E. J. EFTESTØL, A. BASK y M. HUEMER (eds.), *Towards a Zero-Emissions and Digitalized Transport Sector: Law, Regulation, and Logistics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2024, p. 230, disponible en <https://www.elgaronline.com/edcollbook/book/9781035321469/9781035321469.xml>

resultado no previsto¹⁵⁰. La navegación autónoma, junto con otras actividades de naturaleza similar, se consideran tan intrínsecamente peligrosas que la ley convierte a quienes las realizan, en aseguradores de los terceros que resulten perjudicados, sin necesidad de probar negligencia u otros tipos de culpa¹⁵¹

101. El criterio de imputación subjetivo basado en la diligencia tiene, de este modo, difícil adaptación y aplicación en los casos de daños causados por un sistema de inteligencia artificial¹⁵².

102. Por ello, los inconvenientes de un régimen de responsabilidad basado en la culpa para sistemas altamente automatizados pueden reforzar el argumento a favor de un régimen de responsabilidad objetiva para los barcos automatizados¹⁵³

103. Asimismo, conviene destacar que la innovación más significativa introducida por la Directiva de 2024, en contraste con la de 1985¹⁵⁴, radica en la imposibilidad de limitar la responsabilidad del fabricante o constructor del buque por los perjuicios ocasionados a una persona física como consecuencia de un defecto de este, toda vez que el artículo 15 de la nueva Directiva prohíbe expresamente dicha limitación al señalar:

“Los Estados miembros garantizarán que la responsabilidad de un operador económico con arreglo a la presente Directiva no esté limitada o excluida, en relación con la persona perjudicada, por una disposición contractual o por el Derecho nacional“

104. En consecuencia, la Directiva de 2024 suprime la facultad de los Estados miembros para establecer un límite máximo de responsabilidad, al no contemplar umbrales cuantitativos en materia de indemnización, optando por un modelo claramente orientado a garantizar una protección íntegra a la parte perjudicada. Esta previsión, sin embargo, no está exenta de polémica, ya que ciertos sectores sostienen que imponer una responsabilidad ilimitada a los desarrolladores podría encarecer sustancialmente las primas de seguro, comprometiendo la viabilidad económica de la tecnología¹⁵⁵

105. Es previsible que esta forma de responsabilidad actúe como incentivo para que los fabricantes corrijan deficiencias y refuercen la inversión en investigación y desarrollo, lo que contribuiría a mitigar el impacto económico derivado de los siniestros. No obstante, este esquema implica también que las empresas deban destinar mayores recursos al cumplimiento de exigentes estándares de seguridad, lo que llevará a los fabricantes a absorber estos costes y trasladarlos a los compradores, mediante un incremento en los precios. Este fenómeno se conoce como función de distribución del riesgo (*risk spreading function*)¹⁵⁶

¹⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: Dirección General de Justicia y Consumidores, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, Luxemburgo, 2019, pp.53-54, disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>. T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *op.cit.*, p 7.

¹⁵¹ C. E. A. KARNOW, “The Application of Traditional Tort Theory to Embodied Machine Intelligence”, en R. CALO, A. M. FROOMKIN e I. KERR (eds.), *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 63.

¹⁵² M. ALBA FERNÁNDEZ, “La responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, p.766.

¹⁵³ AAWA, *Remote and Autonomous Ships: The Next Steps*, Rolls-Royce, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁴ La Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos de 1985 permitía a los Estados miembros establecer un límite máximo a la indemnización. Un ejemplo de ello es la legislación alemana, que fijaba un tope de responsabilidad de 85 millones de euros. C. KIEFER y L. HERLITZ, *op.cit.*

¹⁵⁵ M. P. MWAKISOMA y M. MA, *op. cit.*

¹⁵⁶ K. S. ABRAHAM y R. L. RABIN., “Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era”, *Virginia Law Review*, vol. 105, 2019, p. 154 (sosteniendo que, dado que los fabricantes de vehículos autónomos asumirán e internalizarán los costes de los accidentes, el coste previsto de estos se verá reflejado en el precio de compra de estos). La distribución de los riesgos y de los costes derivados de los accidentes se aparta de la esfera puramente contractual para situarse bajo el ámbito de una regulación general e imperativa, que asigna buena parte de dicha carga a los productores. Estos, en principio, deben “socializar” dichos riesgos mediante la contratación de seguros, trasladando posteriormente el coste de las pólizas al precio final de los productos que los consumidores adquieren en su vida diaria. C. LARROUMET, “La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998”, *Recueil Dalloz, Chronique*, cahier 33, 199, pp. 3-7.

106. En consecuencia, aunque nada obsta a que el astillero y el armador estipulen contractualmente límites a la responsabilidad en sus acuerdos de construcción o prestación de servicios, dicha facultad se encuentra restringida en el marco de la nueva Directiva, en aquellos supuestos donde se cause perjuicios a terceros personas físicas.

107. En este escenario, la industria marítima deberá, de esta manera, prestar especial atención a la posible responsabilidad por productos que recaiga sobre los fabricantes a raíz de la aprobación de la nueva Directiva, especialmente en el contexto de cadenas de suministro complejas y crecientes niveles de digitalización¹⁵⁷

1. Posibilidad de extender la limitación de responsabilidad a astilleros y proveedores de software en buques autónomos:

108. La limitación de la responsabilidad por daños es una regla que puede incluirse entre los principios más arraigados y característicos del Derecho de la navegación marítima¹⁵⁸. El derecho de un armador a limitar su responsabilidad es „una norma de orden público que tiene su origen en la historia y su justificación en la conveniencia“¹⁵⁹

109. Las normas de limitación global de la responsabilidad se remontan al derecho marítimo medieval. La idea básica era que el propietario del barco no debía arriesgar pérdidas más allá de los valores que había invertido en el negocio, es decir, el barco y la carga, los llamados activos marítimos. Si el barco y la carga se perdían por completo, y como resultado se perdía también el derecho al flete, el propietario del barco quedaba libre de responsabilidad; si el barco sufría daños, el límite de la responsabilidad del propietario se reducía en consecuencia¹⁶⁰

110. El célebre caso *Adler v. Dickson y otro*¹⁶¹ de 1954, marcó un hito en la historia de la limitación de la responsabilidad en el ámbito marítimo, cuando la demandante, la Sra. Adler, pasajera del buque ‘Himalaya’ de la empresa naviera Peninsular and Oriental Steam Navigation Company –mejor conocida P&O-, interpuso una demanda de responsabilidad civil por daños, como consecuencia de las lesiones que sufrió tras caer de la escala del buque al muelle. Debido a que el porteador se encontraba exonerado de responsabilidad bajo los términos del contrato de pasaje, su abogado decidió demandar al capitán del buque¹⁶², el señor Dickson y a su contramaestre, y consiguió que la jurisdicción inglesa

¹⁵⁷ H. JESSEN, “*MASS and Liability for Damages*”, *op. cit.*, p. 225.

¹⁵⁸ M. ALBA FERNÁNDEZ, “Nuevo hito en el caso *Prestige*: nota sobre la sentencia de la High Court of Justice (Commercial Court) de 6 de octubre de 2023 en el litigio entre el *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited* y el Reino de España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, 2022, núm. 2, p.658.

¹⁵⁹ Observación de Lord Denning MR en *The Bramley Moore* [1964] P 200 at 220, 2 WLR 259 (CA)

¹⁶⁰ S. BRÆKHUS, “Shipowner’s Liability”, *Great Norwegian Encyclopedia*, última actualización 2024, disponible en: <https://snl.no/rederansvar> (consultado el 09 de febrero de 2025).

¹⁶¹ J. A. PEJOVÉS, “La Cláusula Himalaya en los Conocimientos de Embarque y en los Convenios Internacionales”, *MundoMarítimo*, 23 de abril de 2018, disponible en: <https://mundomaritimo.cl/noticias/la-clausula-himalaya-en-los-conocimientos-de-embarque-y-en-los-convenios-internacionales>. Puede verse la sentencia completa en: *Adler v. Dickson* (1955) 1 QB 158, Court of Appeal, disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87960d03e7f57ec1111>. Para más información sobre la Cláusula Himalaya consultar: W. TETLEY, “*Himalaya Clause - Heresy or Genius*”, 9 *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 9 (1977-1978), disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jmlc9&div=12&id=&page=>.

¹⁶² No es la primera vez en la historia que la parte actora dirige su demanda contra personas distintas del propietario del buque. Un ejemplo ilustrativo es el caso *Marc Rich & Co AG & ORS v. Bishop Rock Marine Co Ltd & ORS (The Nicholas H)* (1995) 2 Lloyd’s Rep. 299, en el que un buque completamente innavegable se hundió junto con toda su carga de plomo y zinc. Ver en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8db60d03e7f57ece89c>. Los cargadores no solo demandaron a los propietarios del buque por el monto limitado correspondiente, sino también a su sociedad de clasificación, la japonesa NKK, reclamando la totalidad de la pérdida. Alegaron que esta había actuado con negligencia al permitir que el buque zarpara en condiciones de innavegabilidad. Sin embargo, la Cámara de los Loes desestimó esta solicitud, argumentando que aceptarla habría permitido a los cargadores eludir el complejo esquema de responsabilidades, defensas y limitaciones establecido en las Reglas de La Haya-Visby. A. TETTENBORN, *op. cit.*, p.120.

-*Court of Appeal*- declarará la responsabilidad de los miembros de la tripulación, al señalar que el régimen de responsabilidad limitada no alcanzaba a estos sujetos”. Este caso fue el detonante de la creación de la Cláusula Himalaya¹⁶³.

111. Conscientes de los riesgos que conllevaba esta interpretación, la Convención de 1957 amplió el derecho a limitar la responsabilidad, extendiéndolo al „capitán, miembros de la tripulación y demás empleados del propietario, fletador¹⁶⁴, gerente u operador que actúen en el desempeño de sus funciones, de la misma forma en que se aplica al propio propietario“.

112. Posteriormente, la Convención LLMC 1976 también reconoció en su artículo 1 el derecho a limitar la responsabilidad para cuatro tipos de personas: en primer lugar, los propietarios de buques, que incluyen al propietario, al fletador, al gestor naval y al armador de un buque de navegación marítima; en segundo lugar, los salvadores, es decir, aquellas personas que presten servicios directamente relacionados con las operaciones de salvamento; en tercer lugar, cualquier persona cuya acción, negligencia o incumplimiento haga que el propietario del buque o el salvador sean responsables; y en cuarto lugar, el asegurador, en la misma medida que el asegurado.

113. Así, el art. 1(4) establece que: “si se promueven cualesquiera de las reclamaciones enunciadas en el Artículo 2 contra cualquier persona de cuyas acciones, omisiones o negligencia sean responsables el propietario o el salvador, esa persona podrá invocar el derecho de limitación de la responsabilidad estipulado en el presente Convenio”. Esta disposición fue incorporada con el propósito de impedir que los demandantes eludieran las disposiciones de la Convención al interponer reclamaciones contra los empleados del propietario, en lugar de dirigirlas contra el propietario del barco.

114. Por tanto, al no mencionar el Convenio LLMC expresamente a los astilleros ni a los proveedores de software¹⁶⁵, su situación depende de si pueden ser considerados como „cualquier persona cuya acción, negligencia o incumplimiento haga que el propietario del buque o el salvador sean responsables¹⁶⁶

¹⁶³ La cláusula “Himalaya” pretende esencialmente extender y hacer aplicables a auxiliares, agentes y dependientes del porteador que originalmente no son parte firmante del contrato de transporte las mismas defensas (incluido el derecho a limitar su responsabilidad) que éste puede oponer bajo el conocimiento de embarque. J. DEL CORTE LÓPEZ, *Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico*, Asociación Española de Derecho Marítimo, Dykinson, Madrid, 2018, p. 162.

¹⁶⁴ No obstante, existen excepciones a la limitación de responsabilidad de los fletadores en virtud del LLMC. En septiembre de 2023, el Tribunal de Apelación dictó sentencia en el caso *MSC FLAMINIA*, ratificando la interpretación establecida en el caso *CMA DJAKARTA* y los comentarios del Tribunal Supremo en el caso *OCEAN VICTORY*. En su decisión, el tribunal confirmó que los fletadores no pueden limitar su responsabilidad por daños al buque cuando estos formen parte del fondo de limitación. Así, si los propietarios presentan una reclamación por una pérdida sufrida directamente por ellos mismos, los fletadores no podrán acogerse a la limitación de responsabilidad. En cambio, si la reclamación proviene de un tercero, como una demanda por daños a la carga o por lesiones personales de la tripulación, los fletadores sí podrán beneficiarse de dicha limitación. O. GOOSSENS, “Limitation of Liability – Lessons from the MSC Flaminia”, *Gard Insights*, 4 de diciembre de 2023, disponible en: <https://gard.no/insights/limitation-of-liability-lessons-from-the-msc-flaminia/>, también en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA MARINA CIVIL, CLYDE & CO, “El *MSC Flaminia* explosión”, 25 de mayo de 2024, disponible en: <https://www.marinacivil.com/index.php/articulo/derecho-maritimo/17747-en-el-msc-flaminia-explosion>.

Ver el caso en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2023/1007.html>

¹⁶⁵ Algunos como A. TETTENBORN, consideran que, en ausencia de modificaciones en el LLMC 1976, las reclamaciones de responsabilidad por productos dirigidas contra estas personas no están amparadas por este régimen. A. TETTENBORN, op. cit., p. 120.

¹⁶⁶ En esta línea, M. ROUSSEL señaló en su ponencia presentada en el CMI Montreal de 2023: “Si consideramos que los proveedores de equipos y sistemas / programadores supervisan la navegación de los buques y asumen responsabilidades por dichas funciones, ¿deberían tener derecho a limitar su responsabilidad? Podría argumentarse que desempeñan una “función operativa” en nombre del armador y podrían ser considerados como sus “dependientes”, habida cuenta de que, en el derecho francés, desde la jurisprudencia *Costedoat* de 2000, los «dependientes» están protegidos frente a acciones directas de los demandantes. M. ROUSSEL, “French Regulations on MASS: Solved and Unsolved Issues”, ponencia presentada en *CMI Montreal*, 14 de junio de 2023. Disponible en: https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2023/07/VF_MASS_Paper.pdf.

115. Al utilizar la palabra „responsable“, la Convención LLMC parece haber extendido el derecho a limitar más allá de los empleados o agentes del propietario del barco, para incluir a contratistas independientes, siempre que el propietario del barco sea responsable de sus acciones¹⁶⁷. Sin embargo, esto no debe interpretarse de manera liberal y, para disfrutar del derecho a limitar, el contratista independiente debe demostrar que estaba cumpliendo con un „deber no delegable“¹⁶⁸ del propietario del barco o del salvador. Tal podría ser el caso de los estibadores¹⁶⁹ si se demuestra que el propietario del barco era legalmente responsable de sus actos¹⁷⁰, o el caso de los reparadores de barcos¹⁷¹ y los prácticos¹⁷².

116. Los deberes no delegables son obligaciones que, a diferencia de otros, no pueden ser delegadas a terceros, lo que significa que el responsable original o primario no puede desentenderse de su cumplimiento mediante la contratación de servicios externos o subcontratación con terceros¹⁷³.

117. En el caso *Tiong Aik*¹⁷⁴, se estableció que “un empresario no puede ser considerado responsable subsidiario de los actos de sus contratistas independientes. No obstante, en situaciones excepcionales, puede ser considerado personalmente responsable si el tribunal determina que existe una obligación indelegable”, es decir, un deber cuyo cumplimiento no puede trasladarse válidamente a terceros.

118. El efecto práctico de una obligación indelegable es que el empresario asume una responsabilidad objetiva por los daños causados por el contratista independiente, incluso si no ha incurrido en negligencia o culpa¹⁷⁵.

119. En principio, la construcción de un buque es una tarea que el armador puede delegar a un astillero, dado que dicha labor técnica suele estar fuera de las competencias y capacidades del armador, centradas principalmente en la explotación y gestión del buque una vez finalizada su construcción. En consecuencia, la responsabilidad derivada de esa tarea es, en términos generales, delegable, al recaer sobre el astillero la obligación contractual y técnica de entregar un buque conforme a los requisitos y estándares pactados.

120. Sin embargo, tratándose de buques autónomos, surge la cuestión de si la integración y el mantenimiento del software que permite la navegación autónoma son también deberes delegables.

¹⁶⁷ N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, op. cit., p.33.

¹⁶⁸ A. MANDARAKA-SHEPPARD, *Modern Maritime Law (Volume 2): Managing Risks and Liabilities*, 3.^a ed., Informa Law from Routledge, Londres, 2013, p. 872. Véase también: N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Limitation of Liability for Maritime Claims”, en D. J. ATTARD et al. (eds.), *The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume II: Shipping Law*, Oxford University Press, 2016, p. 33.

¹⁶⁹ A este respecto, cabe citar *The White Rose* [1969] 1 Lloyd’s Rep 52, 58 y 60, en el que el tribunal estableció que el propietario del buque no puede evitar su responsabilidad por los daños ocasionados durante las operaciones de carga y descarga mediante la contratación de un contratista independiente, lo que lo convierte en legalmente responsable de los actos de los estibadores.

¹⁷⁰ N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, op.cit, p.33.

¹⁷¹ Como en el caso *The Muncaster Castle* [1961] 1 Lloyd’s Rep 57, visto anteriormente, donde Lord Simonds indicó que “la obligación de diligencia debida de los armadores exige diligencia debida en el trabajo de reparación, sea quien sea quien lo lleve a cabo”.

¹⁷² N. A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, op. cit., p.33

¹⁷³ Por ejemplo, el Artículo III (2) de las Reglas de La Haya-Visby establece una obligación indelegable para el porteador de “cargar, manipular, estibar, transportar, cuidar y entregar adecuadamente las mercancías transportadas”. Sin embargo, algunas de estas tareas pueden ser asignadas contractualmente a otras partes, como fletadores, cargadores o receptores. S. BAUGHEN, op. cit., p. 220. Ver las Reglas de la Haya-Visby en: <http://www.dutchcivilaw.com/legislation/haguevisbyrules.htm>

¹⁷⁴ *Management Corporation Strata Title Plan No 3322 v Tiong Aik Construction Pte Ltd* (“Tiong Aik”), 7[2016] 4 SLR 521. Ver más información en: R. J. J. WONG, “MCST Plan No 3322 v. Tiong Aik Construction Pte Ltd – SGCA holds no non-delegable duties on construction professionals”, *Law. Faith. Justice. Community. Culture.*, 8 de julio de 2016, disponible en: <https://www.ronaldjwong.com/2016/07/08/771/>

¹⁷⁵ K. AMIRTHALINGAM, “The Non-Delegable Duty: Some Clarifications, Some Questions. Management Corporation Strata Title Plan No 3322 v Tiong Aik Construction Pte Ltd [2016] 4 SLR 521,” *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 29, 2017, p. 500 (published on e-First 17 August 2017).

Aunque el armador no tenga conocimientos específicos en materia informática, podría sostenerse que garantizar la idoneidad¹⁷⁶ y aptitud técnica del buque para operar con autonomía constituye un deber intrasferible, cuyo incumplimiento podría generar responsabilidad objetiva.

121. En el caso *Tiong Aik*, se determinó que un armador tiene la obligación de proporcionar un producto seguro, lo que puede considerarse un deber primario o una responsabilidad no delegable. Así como el Tribunal de Apelación en Singapur sugiere que ciertas relaciones de dependencia pueden crear un deber no delegable, podría argumentarse que, en el caso de productos complejos como buques autónomos, la seguridad del usuario final es tan crucial que la obligación de asegurarla no debería poder delegarse a subcontratista.

122. Un precedente ilustrativo lo ofrece el caso *Woodland v Swimming Teachers Association*¹⁷⁷ (“*Woodland*”), en el que una escuela había subcontratado las clases de natación a un contratista independiente cuyos empleados, por negligencia, causaron graves lesiones cerebrales a uno de los alumnos. En este caso, el Tribunal Supremo del Reino Unido declaró a la autoridad escolar responsable en virtud de una obligación indelegable¹⁷⁸, el deber de proporcionar seguridad a los alumnos.

123. Lord Sumption identificó dos amplias categorías de casos en los que se reconocen obligaciones indelegables. La primera se centra en la naturaleza de la actividad y abarca situaciones en las que el demandado ha contratado a un tercero para realizar una tarea que es „intrínsecamente peligrosa o que puede volverse peligrosa durante su ejecución“. La segunda categoría se fundamenta en una relación preexistente entre el demandado y el demandante, que justifica la existencia de un „deber positivo de proteger al demandante contra un tipo particular de riesgos“¹⁷⁹.

124. En el ámbito de los buques autónomos, podría sostenerse que, en virtud de la primera categoría, el armador tiene un deber indelegable en relación con el astillero y el proveedor de software en la medida en que la navegación sin tripulación representa una actividad que puede adquirir un carácter peligroso en su desarrollo, pues esta doctrina refuerza la idea de que el armador no puede desligarse de su responsabilidad principal recurriendo a la contratación externa de elementos esenciales del sistema operativo o de componentes críticos del buque.

125. Asimismo, como se advierte en el caso *Tiong Aik*, la existencia de cláusulas contractuales que establezca limitaciones de responsabilidad no debería eximir completamente al armador de su deber principal de garantizar la seguridad del producto.

126. Así, la Asociación Argentina de Derecho Marítimo en su respuesta al cuestionario del CMI sobre Buques no tripulados indicó a la pregunta 6.1 que, “en este caso, dado que los daños por colisión habrían sido causados únicamente por un mal funcionamiento del sistema informatizado de navegación/evitación de colisiones, los fabricantes del sistema o el proveedor del servicio del sistema autónomo deberían ser considerados responsables por las consecuencias de dicho mal funcionamiento. Sin embargo, frente a terceros, el deber de ejercer la debida diligencia para garantizar que el barco sea navegable esté adecuadamente tripulado, equipado y abastecido recae en el propietario del barco. Estas obligaciones son

¹⁷⁶ Como señaló la Corte Suprema de Nueva Zelanda en *Tasman Orient Line CV v New Zealand China Clays Ltd* (“*Tasman Pioneer*”) “la obligación de diligencia debida para asegurar la idoneidad del barco antes de su partida, en virtud del art. III 1 a) de las Reglas de la Haya-Visby es indelegable, en el sentido de que estos actos pueden delegarse (y a menudo se delegan) por ejemplo en el capitán y la tripulación, pero la obligación de diligencia debida en sí misma no es delegable. En otras palabras, se considera que estos actos de poner el buque en condiciones de navegar están bajo el «control directo» del armador”. T. SOLVANG, *The Relationship between Nautical Fault and Initial Unseaworthiness under the Hague-Visby Rules: With Critical Remarks on the Norwegian Supreme Court’s Methodology in Adjudication*, MarLus No. 551, SIMPLY 2020.

¹⁷⁷ *Woodland v Swimming Teachers Association* [2014] AC 537.

¹⁷⁸ Esta decisión ha servido como fundamento para otras resoluciones, como: *BNM v National University of Singapore* [2014] 2 SLR 258; *Hii Chi Kok v Ooi Peng Jin London Lucien* [2016] 2 SLR 544.

¹⁷⁹ K. AMIRTHALINGAM, op. cit., p.504.

indelegables y no se cumplen simplemente entregando el barco a constructores, reparadores o proveedores impecables. También debe señalarse que este mal funcionamiento no se consideraría „fuerza mayor“ para el propietario del barco, teniendo en cuenta que, para ser considerado como tal, el evento no solo debe ser extraordinario, inevitable e impredecible, sino también externo. Como el mal funcionamiento no es externo, el propietario del barco también sería considerado responsable por los daños por colisión, con una acción de recuperación contra los fabricantes del sistema autónomo o el proveedor del servicio¹⁸⁰.

127. En un caso en el que la colisión fue atribuida al fallo del sistema eléctrico del mecanismo de dirección de un remolcador, se demostró que el sistema no había sido sometido a las revisiones y pruebas durante un largo periodo y que había sido mal soldado. Por ello, no se calificó el hecho como fuerza mayor y se declaró la responsabilidad del propietario del buque por los daños derivados del siniestro (Agencia Marítima Petrozan S.R.L. c/ Trans-Ona s/ cobro de pesos, CNFed, Sala II, 12 de abril de 1991)¹⁸¹

128. En síntesis, mientras que la construcción física puede ser un deber delegable, la responsabilidad por la navegabilidad y la seguridad del software autónomo podría considerarse un deber no delegable del armador, especialmente en aquellas jurisdicciones donde se exige al armador garantizar que el buque esté en condiciones óptimas para cumplir su función..

129. Esto podría llevar a que un tribunal interprete que el astillero y el proveedor del software de un buque autónomo pueden acogerse a la limitación de responsabilidad del LLMC, si se estima que actuaban en cumplimiento de un deber no delegable que, en última instancia, correspondía al armador.

130. En caso de no considerarse dicha obligación como no delegable, dado el papel esencial que desempeñan los astilleros y desarrolladores de software en la seguridad operativa de los buques autónomos, una propuesta en el ámbito legislativo internacional podría ser extender el régimen de limitación de responsabilidad del LLMC¹⁸² a estos actores, del mismo modo que ya se reconoce para otros sujetos del entorno marítimo como ocurre con los salvadores (*salvage operators*), a quienes se les permite limitar su responsabilidad en atención a la naturaleza especializada y de alto riesgo de sus funciones al servicio del buque, o podría considerarse una interpretación extensiva del LLMC que permita incluir expresamente a estos nuevos operadores dentro de su ámbito de aplicación.

131. Esto permitiría cubrir el riesgo tecnológico¹⁸³ que introducen los buques autónomos, protegiendo así tanto a los armadores como a los desarrolladores de tecnología, sin imponerles cargas de responsabilidad ilimitadas, pues un cambio completo de responsabilidad hacia el fabricante podría desincentivar la inversión en nuevas tecnologías¹⁸⁴. Asimismo, el desplazamiento del sistema de responsa-

¹⁸⁰ – Asociación Argentina de Derecho Marítimo, *Respuesta al Cuestionario CMI sobre buques no tripulados – Argentina*, disponible en: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-ARGENTINA.pdf>

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Como ya procedió en su momento el propio Convenio LLMC al adaptar su contenido frente a las limitaciones del convenio precedente tras el caso *Himalaya*, puede señalarse un paralelismo con las enmiendas introducidas en 2016 a la Convención de Viena sobre Circulación Vial de 1968, mediante las cuales se incorporaron disposiciones específicas sobre vehículos autónomos. Véase al respecto: <https://unece.org/es/press/unece-asfalta-el-camino-la-conduccion-autonoma-actualizando-la-convencion-de-naciones-unidas>.

En efecto, junto al naviero pueden ser responsables el «operador remoto» o los «programadores», «suministradores» e «instaladores» del software/hardware (cuya responsabilidad sería tan elevada como la del naviero, lo que debería conferirles también el derecho a limitar, si bien ello altera los cimientos tradicionales de este último). J. M. GONZÁLEZ PELLICER y O. DELAGRANGE, “Rumbo al Derecho de la navegación marítima automatizada”, *Diario LA LEY*, núm. 9232, 5 de julio de 2018, p.11.

Editorial Wolters Kluwer, disponible en: https://as-s01-uks-cm-04.azurewebsites.net/media/ozldnhv5/heading-for-automated-maritime-navigation-law_spanish.pdf

¹⁸³ En caso contrario, las aseguradoras de responsabilidad civil podrían encontrar difícil asegurar los riesgos tecnológicos. M. VILJANEN, “Robotteja vakuuttamassa — autonomiset alukset esimerkinä”, *Lakimies*, 2018, 7-8, pp. 962-973.

¹⁸⁴ R. LEENES y F. LUCIVERO, “Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design”, *Law, Innovation, and Technology*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 207. También en M. F. LOHMANN, “Liability Issues Concern-

bilidad hacia un régimen predominantemente objetivo en el caso de los buques autónomos introduciría una diferenciación injustificada entre barcos tripulados y no tripulados¹⁸⁵

132. No obstante, tampoco sería adecuado eximir por completo de responsabilidad a los fabricantes por los daños causados por sus productos.

133. Por todo lo expuesto, los astilleros y los desarrolladores de software o diseñadores de sistemas, podrían verse sujetos a una responsabilidad ilimitada en base a la Directiva. Si no se amplía el derecho a la limitación de responsabilidad a estos actores, los constructores de buques autónomos y los fabricantes de los sistemas utilizados para su control podrían asumir una carga de responsabilidad mayor que la que asumiría el propietario del buque frente a terceros¹⁸⁶. Esta situación podría generar importantes consecuencias en la estructura aseguradora del sector, incrementando significativamente los costes del seguro de responsabilidad civil que los fabricantes tendrían que contratar.

2. Riesgos de desarrollo y arbitraje como mecanismos para sortear la aplicación de la nueva directiva.

134. Existen causas de exoneración¹⁸⁷ de estos operadores económicos¹⁸⁸ recogidas en la Directiva, tal y como se recogían en la Directiva de 1985, con algunas precisiones o excepciones. De entre todas ellas, probablemente, la más controvertida en el ámbito de la responsabilidad objetiva¹⁸⁹ es la defensa conocida como „riesgos de desarrollo“¹⁹⁰.

135. La expresión „riesgos de desarrollo“ fue acuñada por la doctrina¹⁹¹ para referirse a la figura jurídica recogida en el artículo 7 letra e) de la Directiva 85/374/CEE.

136. En los sistemas tradicionales basados en la culpa, este problema no se planteaba, ya que la evaluación de la conducta del fabricante era un requisito fundamental para determinar la responsabilidad. La complejidad surge cuando se establece un régimen de responsabilidad objetiva, en el que el análisis del comportamiento del fabricante pierde peso y deja de ser un factor determinante¹⁹²

ing Self-Driving Vehicles”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 7, 2016, p. 338, disponible en: <https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/b7b11877-114e-48e2-98f2-93253c135ab3/content>

¹⁸⁵ *Advanced Autonomous Waterborne Applications Initiative (AAWA)*, Universidad de Turku, disponible en <https://www.utu.fi/en/units/law/research/researchprojects/Pages/aawa.aspx>, consultado el 24 de septiembre de 2023.

¹⁸⁶ B. SOYER, “Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities”, *op. cit.*, p.114.

¹⁸⁷ Recogidas en el art.11 de la Directiva 2024/2853. Aunque los Principios UNIDROIT y algunos autores consideran que la culpa grave excluye la validez o aplicación de cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad.

¹⁸⁸ Los recogidos en el art.8 de la Directiva.

¹⁸⁹ D. FAIRGRIEVE y R. GOLDBERG, *op.cit.*, p.193.

¹⁹⁰ Conocida en inglés como “*the development risk defence*”, o “*risks of development*”, o como «estado de la ciencia y de la técnica» (*state of the art*). En derecho europeo es más frecuente la utilización de «riesgos de desarrollo» y en derecho norteamericano la de *state of the art*. Aunque existen peculiaridades entre ambos conceptos, lo cierto es que la doctrina española los utiliza de forma indistinta. J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 478 y ss. Hay autores que proponen utilizar la expresión *developments risks* para referirse a los riesgos que no se pueden descubrir en el momento de la creación del producto, y el *state of the art*, en cambio, para hacer alusión al saber tecnológico más avanzado y sólo podría aplicarse a una industria en particular. P. SALVADOR CODERCH y S. RAMOS GONZÁLEZ, Principios generales de la responsabilidad civil..., *op. cit.*, p.248. Para más información ver también: P. MACHNIKOWSKI, “Product Liability Directive”, en P. MACHNIKOWSKI (ed.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 77-79. En el ámbito del Derecho norteamericano véase: J. A. HENDERSON y A. D. TWERSKI, *Products Liability. Problems and Process*, 5.ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2004; y D. OWEN, *Products Liability Law*, Thomson-West, St. Paul, MN, 2005.

¹⁹¹ G. VINEY, “L’introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative au fait des produits défectueux”, *Recueil Dalloz Chronique*, cahier 31, 1998, p. 295.

¹⁹² G. VADILLO ROBREDO, “Notas a los ‘riesgos del desarrollo’ o el ‘estado de la ciencia’ en la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *Estudios de Deusto*, vol. 46, núm. 1, 2015, p.230.

137. Con la expresión “riesgos de desarrollo” se conoce en el ámbito de la responsabilidad de daños por productos la situación que se produce cuando el desarrollo científico y tecnológico posterior a la puesta en circulación en el mercado de su producto permite descubrir que era defectuoso y que su uso ha venido causando daños entre los consumidores¹⁹³

138. En el célebre fallo *Hühnerpest* de la jurisprudencia alemana –Bundesgerichtshof, 26 de noviembre de 1968, anteriormente mencionado, a pesar de que, la Corte en este caso condenó al productor, precisó que los productores no debían responder por los daños causados por los defectos de los productos cuando, en el momento de su puesta en circulación, aquéllos resultaban imprevisibles, de acuerdo con el estado de la técnica y la ciencia¹⁹⁴

139. Son riesgos de desarrollo los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate¹⁹⁵.

140. En este sentido, al fabricante de un buque autónomo no se le puede exigir que el sistema sea más fiable de lo que permite el grado de desarrollo tecnológico existente en la fecha de su puesta en el mercado. Es decir, su deber se limita a garantizar un nivel de seguridad que sea razonablemente exigible¹⁹⁶, según los estándares contemporáneos. La cuestión clave a examinar no será, por tanto, si el producto presenta un defecto, sino si los avances científicos o tecnológicos posteriores permiten eximir al fabricante de la obligación de resarcir los daños ocasionados por dicho defecto¹⁹⁷

141. La finalidad de esta causa de exoneración es evidente: los fabricantes no deberían verse disuadidos de invertir en nuevos productos e innovación tecnológica¹⁹⁸, aunque tampoco parece conveniente que los fabricantes puedan alcanzar una exoneración absoluta¹⁹⁹

142. En su formulación actual, la Directiva 2024/2853, al igual que su predecesora, permite a los Estados miembros adoptar esta medida, que podría aplicarse en relación con los fabricantes de vehículos autónomos²⁰⁰ o buques autónomos. Tanto el considerando 59 como el artículo 11 de la Directiva 2024/2853 establecen la posibilidad de que los operadores económicos se eximan de responsabilidad si, en el momento de la introducción del producto en el mercado, los conocimientos científicos y técnicos no permitían detectar su defecto. Sin embargo, también permite que los Estados miembros limiten esta exoneración en casos específicos, siempre que se justifique por objetivos de interés público.

143. La doctrina sostiene que para que se puedan apreciar este tipo de riesgos, deben cumplirse tres requisitos: a) El defecto debe existir en el momento en el que el producto fue puesto en circula-

¹⁹³ M. Á. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, 1990, p. 396.

¹⁹⁴ J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, LGDJ, París, 2004, pp.132-133.

¹⁹⁵ P. SALVADOR, y J. SOLÉ, *Los riesgos de desarrollo en el art. 6 de la Ley 22/1994*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2001, Indret, p.6.

¹⁹⁶ R. VEAL, M. TSIMPLIS, A. SERDY, A. NTOVAS y S. QUINN, *Liability for Operations in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, University of Southampton, proyecto 14.CAT.OP.065, informe final, 15 de enero de 2016, p.147.

¹⁹⁷ G. VADILLO ROBREDO, *op. cit.*, p.231.

¹⁹⁸ F. P. PATTI, *op. cit.*, p.141.

¹⁹⁹ Respecto a los vehículos autónomos, “los fabricantes de AV no deberían quedar exentos de responsabilidad si el estado del conocimiento científico y técnico en el momento en que el AV fue puesto en circulación aún no era lo suficientemente avanzado como para permitir la delegación del comportamiento en cuestión a decisiones algorítmicas. Cada decisión tomada por el software que constituya un defecto que no implique el nivel de seguridad al que una persona tiene derecho a esperar, debería activar la responsabilidad objetiva”. F. P. PATTI, *op. cit.*, p.142.

²⁰⁰ A. LIONEL, *Des voitures autonomes, une offre de loi*, Dalloz, colección Essai, París, 2018, pp.108-109.

ción²⁰¹, b) Que el defecto no fuera conocido ni susceptible de ser conocido por el productor²⁰². c) Posteriormente a la puesta en circulación del producto tiene lugar el descubrimiento científico que lo revela como causa del daño²⁰³

144. En consecuencia, si un país mantiene la exoneración por riesgos de desarrollo, esos nuevos operadores económicos no serán considerados responsables en caso de que el defecto no pudiera preverse científicamente en el momento de la comercialización. Por el contrario, si dicha exoneración se elimina, los operadores podrían ser responsabilizados, incluso cuando el defecto fuera desconocido en ese momento.

145. Esta decisión normativa podría reforzar la protección del consumidor en productos de alto riesgo²⁰⁴, no obstante, también podría dar lugar a una fragmentación del mercado único, al permitir que cada Estado miembro imponga regulaciones divergentes, efectos adversos sobre la innovación y un consecuente aumento de los costes para las empresas debido a requisitos de responsabilidad más estrictos en ciertos países.

146. Aunque la jurisprudencia sobre esta exoneración es escasa²⁰⁵, y su alcance legal aún difuso, es previsible que su relevancia aumente significativamente con los avances tecnológicos²⁰⁶. En este contexto, el eje del análisis girará en torno a si el diseño del buque autónomo pudo haberse concebido de una forma alternativa más segura²⁰⁷

147. Por otro lado, es altamente probable que se consolide el recurso al arbitraje en jurisdicciones extracomunitarias como medio para eludir el marco europeo de responsabilidad.

148. Es habitual que tanto los contratos de construcción naval como los suscritos entre armadores y aseguradoras contengan cláusulas de sumisión al derecho inglés y a la jurisdicción de Londres²⁰⁸. Esta ciudad concentra una parte sustancial del arbitraje marítimo internacional²⁰⁹ y, tras el Brexit, se configura como un foro extracomunitario que permite a las partes esquivar la aplicación directa de la Directiva (UE) 2024/2853.

149. Sedes arbitrales no comunitarias, como Londres, que privilegian la vía arbitral, podrían servir de herramienta para eludir la aplicación de la Directiva europea, en particular si se opta por un

²⁰¹ Momento de la puesta en circulación es aquél en el que el fabricante abandona el poder de hecho sobre el producto y pierde el control que venía ejerciendo sobre él. P. SALVADOR CODERCH, J. SOLÉ FELIU, J. C. SEUBA TORREBLANCA, J. A. RUIZ GARCÍA, J. CARRASCO MARTÍN y Á. LUNA YERGA, “Los riesgos de desarrollo”, *Indret*, núm. 1, 2001, p.12, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/047_es.pdf.

²⁰² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró expresamente que la norma se refiere al “estado objetivo del conocimiento científico y técnico, incluido el nivel más avanzado de dicho conocimiento, sin ninguna restricción en cuanto al sector industrial en cuestión”. TJUE, Caso C-300/95, *Commission v. United Kingdom*, 1997, E.C.R. I-2649, paras. 26-29. Para un análisis más profundo de la sentencia, véase: S. WHITTAKER, *Liability for Products. English Law, French Law, and European Harmonisation*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 495-502.

²⁰³ P. SALVADOR CODERCH y J. SOLÉ FELIÚ, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto”, en *Brujos y aprendices*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, pp. 29-80.

²⁰⁴ Consejo de la Unión Europea, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/artificial-intelligence/>

²⁰⁵ M. MILDRED, “The Development Risks Defence”, en D. FAIRGRIEVE (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 170-172.

²⁰⁶ F. P. PATTI, *op. cit.*, p.142.

²⁰⁷ Tal como precisan respecto de los vehículos G. E. MARCHANT y R. A. LINDOR, “The Coming Collision Between Autonomous Vehicles and the Liability System”, *Santa Clara Law Review*, vol. 52, 2012, núm. 4, p. 1333.

²⁰⁸ A. MANDARAKA-SHEPPARD, “Shipbuilding Contracts”, *op. cit.*, p.41.

²⁰⁹ Ya sea en orden jurisdiccional como a través del arbitraje. En 2024 se prevé la publicación de una reforma a la Ley de Arbitraje de 1996, cuyo objetivo es fortalecer aún más esta institución dentro del sistema jurídico británico tras el Brexit. Para más información ver: C. FELICE, *Limitaciones a la revisión jurisdiccional: Estrategia 2024 de Londres para afianzarse como sede líder en arbitraje marítimo*, *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - MLAW International Law and Business Review*, Vol. 4, n° 1, Janeiro a Junho 2024, pp. 102-120, DOI 10.56258/issn.2763-8197.v4n1.p102-120.

arbitraje de equidad. De este modo, determinadas controversias —como las relativas a daños personales ocasionados por buques autónomos— podrían ser canalizadas hacia jurisdicciones arbitrales ajenas al entorno normativo de la Unión Europea, con la finalidad de evitar la aplicación de estándares más rigurosos, como los establecidos por la Directiva (UE) 2024/2853.

150. A ello se añade el hecho de que, en el sistema británico, es frecuente que los tribunales confirmen mediante sentencia los laudos arbitrales, lo que refuerza su eficacia ejecutiva. Dado que el arbitraje suele resolverse con mayor rapidez que los procedimientos judiciales ordinarios, si tanto el laudo como y su sentencia confirmatoria se emiten antes de una eventual sentencia en el Estado miembro donde se haya producido el daño, podrían beneficiarse de la regla de prioridad temporal o incluso de la prioridad del foro en sede de ejecución, si esta se solicita en el Reino Unido, donde se encuentran domiciliadas bastantes aseguradoras del sector marítimo. A su vez, el laudo puede circular internacionalmente con mayor eficacia que una sentencia nacional, al amparo del Convenio de Nueva York de 1958.

151. Como ha puesto de manifiesto el caso *Prestige*, las cláusulas contractuales —especialmente las de arbitraje— pueden utilizarse estratégicamente para redirigir disputas hacia foros más favorables, como Londres, incluso en perjuicio de resoluciones dictadas por tribunales de la Unión Europea. Este tipo de prácticas representa un serio obstáculo para la eficacia del Derecho europeo y acentúa los riesgos de fragmentación en la resolución de controversias marítimas internacionales.

152. En un escenario como este, será preciso analizar la función que puede asumir el arbitraje frente al endurecimiento del marco normativo europeo en materia de inteligencia artificial y responsabilidad por productos defectuosos.

V. Conclusiones

153. La introducción de los buques autónomos plantea una transformación estructural en el régimen de responsabilidad del Derecho marítimo. La progresiva sustitución de la intervención humana por sistemas automatizados no solo altera la lógica tradicional del riesgo, sino que obliga a reconsiderar las bases jurídicas de la imputación de responsabilidad. En este nuevo escenario, el foco se desplaza desde el armador —tradicionalmente responsable por la conducta del buque y su tripulación— hacia nuevos operadores económicos, como los fabricantes de software, los astilleros y los importadores.

154. En este contexto, la Directiva (UE) 2024/2853 representa un punto de inflexión, al introducir un régimen de responsabilidad objetiva e ilimitada por productos defectuosos aplicable expresamente al software.

155. La escasez de jurisprudencia sobre la aplicación de las normas de responsabilidad por productos defectuosos en el ámbito de los accidentes marítimos probablemente se deba a las dificultades que encontraba la parte perjudicada para establecer la relación causal entre el daño sufrido y el defecto del producto. A diferencia de la normativa anterior, esta nueva Directiva contempla medidas que facilitan la prueba del defecto, como el acceso a la información en poder del productor.

156. Por consiguiente, aunque se emplea con relativa poca frecuencia en el sector marítimo, es previsible que, en el futuro, adquiera una mayor relevancia debido al advenimiento de los buques autónomos. Estos buques, equipados con softwares de navegación altamente complejos, estarán inevitablemente sujetos a sufrir fallos, dado que ningún sistema informático está exento de errores.

157. Una responsabilidad ilimitada, como la contemplada por la Directiva, aplicada al sector marítimo, podría provocar una disminución del interés en la adopción e implementación de tecnologías innovadoras en el transporte marítimo europeo. La posibilidad de afrontar indemnizaciones millonarias

en caso de accidentes, sin un marco de limitación de la responsabilidad, podría generar un entorno de desincentivación en el que los riesgos percibidos contrarresten los beneficios potenciales de la modernización y de la mejora de la eficiencia operativa.

158. Considerando la alta probabilidad de que estos actores no cuenten con la capacidad financiera para afrontar indemnizaciones millonarias y que las aseguradoras puedan mostrarse reticentes a ofrecer cobertura, dadas las implicaciones de una responsabilidad ilimitada, resulta imperativo explorar soluciones que permitan aplicar el derecho de limitación de responsabilidad a estos nuevos sujetos. Mientras que el LLMC permite a los armadores limitar su responsabilidad, la Directiva prohíbe expresamente cualquier forma de limitación, contractual o legal, lo que puede producir una desigualdad en materia de responsabilidad entre buques tradicionales y buques automatizados.

159. Estos actores, por consiguiente, buscarán la forma de evitar la aplicación de esta Directiva. En el plano procesal, la práctica extendida de incorporar cláusulas arbitrales, particularmente con sede en Londres, podría comprometer la efectividad de la Directiva 2024/2853. El caso *Prestige* ilustra cómo los operadores pueden anticipar conflictos jurisdiccionales y utilizar el arbitraje como estrategia para evitar la aplicación de normas protectoras de la UE. Esta dinámica, acentuada tras el Brexit y la desvinculación del Reino Unido del Reglamento Bruselas I bis, plantea serias dudas en términos de acceso efectivo a la justicia y tutela judicial de los perjudicados.

160. La doctrina de los “riesgos de desarrollo” recogida por la propia Directiva, al igual que su predecesora, podría ofrecer una solución contra la desincentivación en el ámbito marítimo de las nuevas tecnologías. Este enfoque permitiría una exención de responsabilidad parcial, siempre que los fabricantes cumplan con requisitos rigurosos de diseño, control y auditoría, asegurando una protección adecuada al consumidor y promoviendo una convivencia responsable con los riesgos inherentes a la tecnología. Tal modelo podría alinearse con los objetivos de la Directiva de 2024, y posicionaría a Europa en la vanguardia de un enfoque regulatorio sofisticado, acorde con las complejidades inherentes a la inteligencia artificial y a la autonomía en el ámbito marítimo.

161. Sin embargo, su implementación en el contexto de la navegación autónoma parece compleja, dado que la Comisión Europea ha solicitado a los Estados miembros que no la acepten en sus legislaciones nacionales

162. A pesar de que la OMI aún no ha priorizado la reforma de los regímenes de responsabilidad en relación con la navegación autónoma, la consolidación del MASS Code y los instrumentos de *soft law* no serán suficientes frente a incidentes de gravedad. La ausencia de un marco internacional vinculante y armonizado podría generar inseguridad jurídica y una fragmentación regulatoria perjudicial para todos los operadores del sector.

163. En definitiva, la introducción de buques autónomos impone una revisión en profundidad del actual régimen de responsabilidad en el Derecho marítimo. La Directiva 2024/2853 constituye un instrumento relevante en este proceso, si bien su aplicación al ámbito marítimo plantea desafíos importantes que deberán abordarse con una perspectiva de integración normativa. A largo plazo, la elaboración de un régimen internacional específico que contemple las particularidades técnicas, económicas y jurídicas de la navegación autónoma se presenta como una necesidad urgente para garantizar la seguridad jurídica, la protección efectiva de las víctimas y el desarrollo sostenible del transporte marítimo en el entorno digital.

Ocho magníficas lecciones del Tribunal Supremo
sobre Derecho internacional privado:
Análisis de la sentencia de 30 octubre 2024

Eight brilliant lessons from the Spanish Supreme Court
on Private International Law:
An analysis of the judgment of 30 October 2024

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 13.06.2025/Aceptado: 25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9873

Resumen: Este trabajo analiza la STS 30 octubre 2024 y las soluciones que el Tribunal Supremo ofrece sobre distintos puntos clave del Derecho internacional privado europeo y español. Se estudia, así, la eficacia de la sumisión tácita a los tribunales españoles en los litigios internacionales, la imposibilidad de aplicar las normas españolas a los contratos de *time-sharing* regidos por un Derecho extranjero y el correcto método para acreditar un Derecho extranjero aplicable a los contratos de *time-sharing*.

Palabras clave: Tribunal Supremo, sumisión tácita, *time-sharing*, prueba del Derecho extranjero.

Abstract: This paper deals with the Spanish Supreme Court judgment STS of 30 October 2024 and the solutions that the Court offers on different key points of European and Spanish private international law. It thus analyzes the effectiveness of tacit submission to Spanish courts in international litigation, the impossibility of applying Spanish substantive rules to time-sharing contracts governed by foreign law and the correct method to prove a foreign law applicable to those contracts.

Key words: Supreme Court, tacit submission, time-sharing, proof of foreign law.

Sumario: I. Introducción. El caso objeto del litigio en la STS 30 octubre 2024. II. El Derecho internacional privado en ocho lecciones impartidas por el Tribunal Supremo. 1. Lección primera. La identificación del demandado. A) Entramados societarios y contratos internacionales de *time-sharing*. B) El art. 63 RB I-bis (foro de la sucursal) y los contratos internacionales de *time-sharing*. 2. Lección

segunda. La sumisión tácita a los tribunales españoles y el art. 26 RB I-bis. A) La declinatoria internacional. B) Aplicación del Derecho procesal español al trámite de la declinatoria. C) La sumisión a tribunales extranjeros no se controla de oficio. D) Sumisión, competencias exclusivas y contratos de *time-sharing* sobre inmuebles. 3. Lección tercera. Aplicación del Reglamento Roma I para fijar la Ley reguladora de estos contratos. 4. Lección cuarta. La calificación de estos contratos como “contratos de consumidores” y el art. 6 RR-I. 5. Lección quinta. La elección de la ley aplicable no es una cláusula abusiva. 6. Lección sexta. Las normas de la Ley española 42/1998 no son normas de policía. A) El art. 9 RR-I no puede aplicarse en relación con los contratos de consumo. B) La presunta aplicación preferente, sobre el Reglamento Roma I, de la Directiva 2008/122/CE de 14 enero 2009 [aprovechamientos por turno] basada en el art. 23 RR-I. 7. Lección séptima. El valor jurídico de los Dictámenes en Derecho en los litigios ante tribunales españoles. A) Los dictámenes sobre Derecho internacional privado europeo y español. B) Los dictámenes sobre Derecho extranjero. 8. Lección octava. La prueba del Derecho extranjero (Derecho inglés) aplicable al contrato. A) Imposibilidad de aplicar el Derecho español al fondo del asunto. B) Imposibilidad de aplicar el Derecho inglés al no haber sido probado. a) Regla general: el Derecho extranjero debe ser siempre probado. b) Acreditación del Derecho extranjero. c) Prueba del Derecho extranjero designado por normas de Derecho europeo o por convenios internacionales vigentes para España. C) Imposibilidad de probar el Derecho inglés por el juez español. D) Determinación de la parte que debe probar el Derecho inglés. E) Desestimación de la demanda basada en un Derecho extranjero no probado. III. Reflexiones finales.

Este trabajo está dedicado a Patricia Criado Navas

I. Introducción. El caso objeto del litigio en la STS 30 octubre 2024.

1. La STS 30 octubre 2024 [contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles] constituye un ejemplo inmarcesible del mejor arte jurídico¹. En sus páginas, el lector interesado y ávido por aprender encontrará auténticas vetas de madera noble de Derecho internacional privado. Desarrollos brillantes sobre distintas cuestiones jurídicas procesales y sustantivas que le dejarán con la sensación, -muy agradable-, que supone degustar una lectura moderna y sugestiva del Derecho internacional privado europeo y español².

2. El caso objeto de la citada sentencia fue el siguiente: dos personas de nacionalidad británica y con residencia habitual y domicilio en el Reino Unido interpusieron una demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Fuengirola frente a una empresa británica, *Diamond Resorts Europe Limited*, sucursal en España, radicada en Mijas-Costa (Málaga). Por tanto, el demandado, -se dice-, es la sucursal española de una sociedad de capital inglesa y los demandantes, -esto resulta indiscutido-, son dos personas físicas, consumidores, de nacionalidad británica y domicilio y residencia habitual en el Reino Unido.

¹ STS, Sala primera, 30 octubre 2024 [ECLI:ES:TS:2024:5263] [CENDOJ: 28079119912024100017], número de recurso: 5161/2022, número de resolución: 1427/2024. Se trata de una sentencia dictada como consecuencia de un recurso de casación. Ponente de esta sentencia ha sido la magistrada Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como por el Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, por el Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), por APEDIP (asociación de profesores y expertos de Derecho internacional privado) (www.apedip.org), el Grupo Accursio de investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: Javier Carrascosa, y por el Grupo de investigación y reflexión cultural “*Lex Artis*” (coordinador: Javier Carrascosa).

² Esta sentencia ha sido objeto de un sugestivo comentario debido a A. YBARRA BORES, “Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero y la carga de su prueba. La preocupante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 20, 2025 y también de un exhaustivo y brillante análisis, -concentrado en la prueba del Derecho extranjero ante tribunales españoles-, obra de R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXIV, 2024, pp. 335–351.

En la demanda, los adquirentes actores solicitaron la nulidad de tres contratos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles con la consiguiente restitución de las cantidades abonadas a la empresa.

Los actores fundamentaban su pretensión, fundamentalmente, en su condición de consumidores y en lo establecido en la Ley española 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turnos sobre bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias³.

Los demandantes basan la nulidad de los contratos, en síntesis, en que los mismos resultan abusivos, en la indeterminación del objeto de los mismos, en que se ha producido la transmisión del turno sobre los inmuebles antes de su válida constitución registral y, en suma, en la infracción del régimen temporal obligatorio fijado por la Ley española 4/2012.

Los tres contratos en cuestión habían sido suscritos por las partes en Santa Cruz de Tenerife en los años 2013 y 2014. Los contratos contenían una cláusula de sumisión expresa, pero no exclusiva, a la jurisdicción de los tribunales ingleses en el supuesto de que surgieran de controversias entre las partes derivadas de dichos contratos. Éstos también contenían otra cláusula en cuya virtud se establecía que los contratos se debían regir por la ley inglesa.

Presentada la demanda ante tribunales españoles, reacciona la empresa demandada con la clásica, potente e impetuosa declinatoria. En la misma, sostiene la demandada que ambos litigantes son ingleses y que tienen su residencia habitual y domicilio en Inglaterra. Por tanto, el caso presenta escasos y tenues puntos de contacto con España, mientras que sí está estrechamente vinculado con el Reino Unido. En consecuencia, el demandado argumenta en su declinatoria que se debe litigar ante tribunales ingleses, que disponen de foros de competencia internacional al efecto y no ante los tribunales españoles, que carecen de foro de competencia en relación con el litigio.

Frente a la declinatoria presentada, el actor responde y la impugna. Afirma que la empresa demandada tiene su domicilio en España, lo que supone que concurre un foro de competencia internacional de la jurisdicción española (art. 4 RB I-bis: *actor sequitur forum rei*)⁴. Si el demandado está domiciliado en España, el precepto citado indica que los tribunales españoles son internacionalmente competentes para conocer del litigio en cuestión. La materia objeto del litigio está claramente cubierta por el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis (art. 1.1 RB I-bis)⁵.

II. El Derecho internacional privado en ocho lecciones impartidas por el Tribunal Supremo

3. Las dos grandes cuestiones clave que suscita este caso son, en primer lugar, la competencia de los tribunales españoles para conocer del caso y, en segundo término, la precisión de la Ley aplicable a estos contratos. En particular, y ya dentro del ámbito de la Ley reguladora de estos contratos, reviste especial significación la acertada, cabal y sobresaliente lectura que realiza el Tribunal Supremo, con pluma muy bien cortada, en torno al régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero (inglés) que rige los contratos litigiosos. En esta perspectiva, el Tribunal Supremo escancia, con clase y estilo, diversas tesis

³ Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE núm. 162 de 7 julio 2012). Esta Ley desarrolla, en el ordenamiento español, la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 enero 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE L 33 de 3 febrero 2009).

⁴ Vid. Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis. El texto del art. 4 RB I-bis indica: “*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”.

⁵ Art. 1.1 RB I-bis: “*El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii)*”.

y doctrinas, todas ellas plenamente acertadas, en perfecta sintonía con los principios inspiradores del sistema europeo y español de Derecho internacional privado. Se exponen seguidamente, en forma resumida, ponderada y breve, estas sugestivas lecciones sobre cuestiones de Derecho internacional privado impartidas por el Tribunal Supremo y que se encuentran en esta más que brillante STS 30 octubre 2024.

1. Lección primera. La identificación del demandado

A) Entramados societarios y contratos internacionales de *time-sharing*

4. Son habituales las demandas de nulidad de estos contratos de multipropiedad o aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles interpuestas por los consumidores. Con frecuencia, éstos, sin duda, se precipitan al contratar cuotas de *time-sharing* y después comprenden que son contratos caros, que nunca terminan de pagar cupos, contribuciones, plazos y recargos y que los beneficios reales de tales contratos son escasos o de difícil disfrute. Por ello, las demandas contra las empresas que comercializan estos productos turísticos vacacionales son numerosas y reiteradas, sobre todo en España, país en el que radican muchos de estos inmuebles objeto de los referidos contratos.

5. Una primera cuestión, -clave, fundamental y de relevancia práctica indudable-, consiste en determinar a quién deben demandar los consumidores insatisfechos. Es un asunto de máxima importancia porque, en este sector de negocios, las empresas que venden cuotas o participaciones en clubs de multipropiedad de inmuebles que se encuentran repartidos por todo el mundo operan mediante sucursales, filiales y también, con extrema frecuencia, a través de empresas comercializadoras totalmente distintas a la empresa titular de las cuotas, empresas que se encargan de publicitar los productos y de proporcionar los instrumentales jurídicos de estas operaciones, como la documentación necesaria para la conclusión del contrato y lo relativo a las firmas del mismo. Conviene distinguir, pues.

En un grupo de casos, la empresa que firma el contrato de *time-sharing* es la misma que presta los servicios de *time-sharing*. En tales casos, no hay duda sobre quién es la empresa a la que debe demandarse: la misma que firma el contrato y se obliga a cumplirlo.

En un segundo conjunto de supuestos, sucede que el empresario que firmó el contrato ha sido absorbido por otro empresario. En estos casos, es este segundo empresario el que debe considerarse como “demandado”. Si dicho nuevo empresario, ahora demandado, dispone de una sucursal en España, podrá ser demandado en España por el consumidor de sus productos y servicios (art. 17.2 RB I-bis). Un ejemplo de la operatividad de este supuesto puede observarse en el AAP Santa Cruz de Tenerife 14 enero 2021 [*time sharing* y demandada con domicilio en España] y en la SAP Santa Cruz de Tenerife 22 enero 2021 [*time sharing*])⁶.

En tercer lugar, otras veces, cuando el consumidor demanda a la empresa que firmó el contrato de *time-sharing* porque cree que tiene su domicilio en un concreto Estado miembro, resulta que dicha empresa afirma que tiene su domicilio en otro país. Pues bien, el art. 63 RB I-bis permite demandar en España a empresas firmantes del contrato que son realmente dirigidas desde España, aunque dicha empresa tenga su sede social formal (*registered office*) en otro país. La empresa debe considerarse domiciliada en el Estado donde tiene su sede en los términos del art. 63 RB I-bis. La empresa que ha firmado el contrato, la que se ha obligado a prestar los servicios, puede ser demandada en España si en España tiene su sede de dirección, su lugar de explotación principal o su sede social⁷.

En cuarto lugar, en otras ocasiones, sucede que la empresa demandada tiene su sede social en otro país, pero opera en el mercado español mediante una sucursal que tiene en España. La sucursal es la que comercializa y vende el producto, la que negocia con el consumidor y la que firma el contrato y

⁶ AAP Santa Cruz de Tenerife 14 enero 2021 [ECLI:ES:APTF:2021:3A]; SAP Santa Cruz de Tenerife 22 enero 2021 [ECLI:ES:APTF:2021:65].

⁷ Art. 63 RB I-bis: “1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal”.

se obliga a realizar las prestaciones que derivan del mismo. Pues bien, ello permite demandar en España a la empresa de la que depende la sucursal en cuestión. Dicha empresa, con sede en otro país, puede, efectivamente, ser demandada en España a través del famoso “foro de la sucursal” (art. 7.5 RB I-bis), como corrobora abundante jurisprudencia (ATS 13 septiembre 2023 [aprovechamiento por turnos: domicilio de la demandada en España]; SAP Málaga 13 septiembre 2023 [multipropiedad]; SAP Málaga 22 marzo 2021 [club de *time-sharing*]; SAP Málaga 5 julio 2022 [multipropiedad]; SAP Málaga 12 mayo 2023 [multipropiedad]; SAP Málaga 12 mayo 2023 [multipropiedad]; SAP Málaga 19 mayo 2023 [multipropiedad]; SAP Málaga 30 mayo 2023 [multipropiedad]; SAP Santa Cruz de Tenerife 7 mayo 2024 [competencia internacional y legislación aplicable])⁸.

En quinto término, existen supuestos en los que interviene una empresa gestora de estos productos vacacionales y que se encuentra situada en España. Dicha empresa facilita la prestación de los servicios contratados, si bien, en realidad, no es la empresa que se obliga a entregar el producto o prestar los servicios. Ello no cambia las soluciones anteriores, pues dicha empresa gestora no es, en realidad, “parte del contrato”. Por todo ello, no es aplicable el art. 7.5 RB I-bis y no puede activarse el foro de la sucursal para hacer competentes a los tribunales españoles sólo por el hecho de que tales empresas gestoras, comercializadoras o administradoras, pertenecientes al mismo grupo social que la empresa vendedora extranjera, estén radicadas en España (SAP Santa Cruz de Tenerife 7 mayo 2024 [competencia internacional y legislación aplicable])⁹.

B) El art. 63 RB I-bis (foro de la sucursal) y los contratos internacionales de *time-sharing*.

6. En el caso objeto de la STS 30 octubre 2024, existe una dificultad procesal intensa y previa: la identificación del demandado. Es cierto que, en estos casos, como se ha indicado antes, existe una enrevesada y tupida red de empresas que participan en la operación de venta de los turnos de disfrute de los inmuebles que dificulta la visión procesal del litigio y resulta complicado concretar a qué empresa se debe demandar.

En este supuesto, en realidad, el demandado es una empresa británica, con sede en el Reino Unido y regida por la Ley de dicho Estado. El hecho de que tal sociedad opere en España mediante una sucursal radicada en España no cambia este planteamiento. La persona que se obliga a cumplir ciertas obligaciones en el contrato de aprovechamiento por turno de los inmuebles es el demandado y éste es la empresa británica con sede en el Reino Unido. La sucursal española de dicha empresa no tiene personalidad jurídica. La sucursal no se obliga. La sucursal es el “brazo de la empresa” que se extiende y llega hasta territorio español. Por eso, precisamente, existe, en el Reglamento Bruselas I-bis y también en el sistema española de competencia internacional, el llamado “foro de la sucursal”, para poder demandar en España, -país donde radica dicha sucursal-, a una empresa con domicilio en otro país (art. 22 LOPJ y art. 7.5 RB I-bis)¹⁰. En consecuencia, la empresa demandada tiene su domicilio en el Reino Unido y una sucursal en España. Eso significa que: (i) si los consumidores demandan a la empresa, la precisión de los tribunales competentes debe realizarse con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis (art. 5.1 RB I-bis)¹¹; (ii) En sintonía con lo anterior, la empresa puede ser demandada en España a través del foro de

⁸ SAP Málaga 13 septiembre 2023 [ECLI:ES:APMA:2023:2923]; SAP Málaga 30 mayo 2023 [ECLI:ES:APMA:2023:916]; ATS 13 septiembre 2023 [ECLI:ES:TS:2023:11293A]; SAP Málaga 5 julio 2022 [ECLI:ES:APMA:2022:2185]; SAP Málaga 22 marzo 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:46A]; SAP Málaga 12 mayo 2023 [ECLI:ES:APMA:2023:911]; SAP Málaga 19 mayo 2023 [ECLI:ES:APMA:2023:885]; SAP Santa Cruz de Tenerife 7 mayo 2024 [ECLI:ES:APTF:2024:742].

⁹ SAP Santa Cruz de Tenerife 7 mayo 2024 [ECLI:ES:APTF:2024:742].

¹⁰ Art. 7.5 RB I-bis: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: ... 5) si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios”. Art. 22 quinquies LOPJ: “Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: ... c) En las acciones relativas a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español”.

¹¹ Art. 5.1 RB I-bis: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo”.

la sucursal (art. 7.5 RB I-bis), ya que esa sucursal situada en España ha intervenido en la operación de la contratación del producto; (iv) Del mismo modo, y aunque exista una sumisión expresa en favor de los tribunales ingleses para resolver las controversias que pudieran derivarse de estos contratos, también los tribunales españoles disponen de competencia internacional para conocer del litigio si las partes se someten tácticamente a los mismos en los términos del art. 26 RB I-bis¹².

2. Lección segunda. La sumisión tácita a los tribunales españoles y el art. 26 RB I-bis.

A) La declinatoria internacional

7. Pues bien, la cuestión ahora estriba en analizar por qué los tribunales españoles se declararon competentes para resolver el presente caso. De modo directo y sin dar rodeos, el Tribunal Supremo afirma, de modo categórico, que los tribunales españoles disponen de competencia internacional porque se ha verificado una sumisión tácita a su favor en los términos del art. 26 RB I-bis.

8. La empresa inglesa demandada planteó declinatoria por falta de jurisdicción de los tribunales españoles. A tal efecto alegó que ambos litigantes eran nacionales y residentes en Reino Unido y que, aunque la demandada tiene sucursal domiciliada en España, representa realmente a una empresa inglesa denominada *Diamond Resorts (Europe) Ltd.*, con domicilio en Citrus House, Caton Road, Lancaster (UK). Por si fuera poco, añadió que los contratos suscritos contenían una cláusula de sumisión en favor de ellos tribunales ingleses que se expresaba en estos términos: “*este acuerdo se regirá por la ley inglesa y usted y nosotros acordamos hallarnos sujetos a la no exclusiva jurisdicción de los tribunales ingleses*”. También indicó que “*todas y cada una de las obligaciones dimanantes del contrato se han cumplido siempre en Inglaterra desde el año 2013*” y que “*el pago del precio del contrato se realiza en libras a la empresa FNTC (Diamond Resorts), domiciliada en Lancaster, abonando el VAT inglés (el impuesto sobre el valor añadido en inglés: Value Added Tax)*”.

9. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó la declinatoria. Indicó, en esencia, que: (i) la sumisión a los tribunales ingleses no era una sumisión exclusiva, -totalmente cierto, lo dice el contrato-, que (ii) la acción ejercitada no era una acción real relativa a inmuebles sitos en España, -cierto también-, por lo que el art. 24 RB I-bis no es aplicable y que (iii) la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses era abusiva al haberse introducido en el contrato de adhesión por la empresa inglesa sin posibilidad de negociación por otra parte. Este último argumento es erróneo, pues como se verá seguidamente y como demuestra también el Tribunal Supremo, dicha cláusula no es abusiva.

10. Desestimada la declinatoria y ya personada y comparecida la empresa demandada ante los tribunales españoles, ésta no recurrió dicha desestimación de la declinatoria, habiendo podido hacerlo. En efecto, “[la] parte demandada no interpuso contra este auto el pertinente recurso de reposición previsto en el art. 66.2 LEC, a pesar de que el propio auto le indicaba tal posibilidad”. Y aquí llega, ahora, la cuestión clave y es que “*al no ser recurrido, el auto dictado por el juzgado (...) por el que se desestimó la declinatoria, quedó firme, y por tanto, cerrada la posibilidad de la demandada de volver a impugnar una competencia judicial*”. De aquí se extrae una doble enseñanza.

¹² Art. 26 RB I-bis: “1. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24. 2. En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no”.

B) Aplicación del Derecho procesal español al trámite de la declinatoria

11. La primera enseñanza radica en asumir que si el demandado, ya personado y comparecido en el proceso que se lleva a cabo en España, no recurre el auto de desestimación de la declinatoria que dicho demandado interpuso, se entiende que acepta la competencia internacional de la jurisdicción española. Es decir: que se somete voluntariamente a los tribunales españoles en relación con el pleito en cuestión. Esto es así porque, como inmejorablemente destaca el TS, es claro que “[p]uesto que el Reglamento Bruselas I bis no regula el procedimiento para apreciar la falta de jurisdicción internacional, es preciso estar al régimen que establece la Ley de enjuiciamiento civil”. Es decir, que la tramitación de la excepción declinatoria, sus efectos, modos de impugnación, efectos de la misma y de la falta de impugnación de la declinatoria, los fija el Derecho procesal español. Y éste indica que, si el auto por el que se desestima la declinatoria no se recurre, habiendo podido ser recurrido, entonces ello significa que el demandado no recurre porque acepta la competencia internacional de los tribunales españoles. Hay sumisión por parte del demandado. Subraya al respecto el TS: “Al no ser recurrido, el auto dictado por el juzgado el ... por el que se desestimó la declinatoria, quedó firme, y por tanto, cerrada la posibilidad de la demandada de volver a impugnar una competencia judicial que, según el Reglamento Bruselas I bis aplicable, no exige un mecanismo de control de oficio por los tribunales nacionales”. Son los “peligros de no recurrir la desestimación de la declinatoria”, bien ilustrados por A. STAUDINGER¹³. Los mecanismos procesales para llevar a cabo dicha impugnación, como la “declinatoria internacional” que recoge la LEC española, no se regulan en el Reglamento Bruselas I-bis. En consecuencia, el Derecho nacional de cada Estado miembro regula el procedimiento para impugnar la competencia a instancia de parte. En España es aplicable el art. 39 LEC, relativo a la “declinatoria de competencia internacional”¹⁴.

C) La sumisión a tribunales extranjeros no se controla de oficio

12. La segunda enseñanza consiste en aceptar que la existencia y los efectos de una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de otros países es una cuestión que se controla a instancia de parte y no de oficio por el tribunal. Si las partes se han sometido a los tribunales del Reino Unido, la existencia y efectos de dicha sumisión es algo que debe alegar la parte interesada en que dicho pacto produzca sus efectos jurídicos ante tribunales españoles. El tribunal español sólo sabe que existe una sumisión tácita a favor de la jurisdicción española y que ello constituye un foro de competencia internacional a favor de la misma con arreglo al art. 26 RB I-bis.

13. En efecto, en el marco del Reglamento Bruselas I-bis, los únicos supuestos en los que el tribunal debe declararse de oficio incompetente son, exclusivamente, los que siguen¹⁵.

En primer lugar, los litigios que son competencia exclusiva de tribunales de otro Estado miembro (art. 27 RB I-bis). El tribunal de un Estado miembro que conoce a título principal de un litigio del que son exclusivamente competentes los tribunales de otro Estado miembro en virtud del art. 24 RB I-bis, se declarará incompetente de oficio. De tal modo, se protegen los “intereses estatales” presentes en estas materias. El tribunal que conoce del caso se declara incompetente de oficio para salvaguardar los intereses estatales que justifican la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales de otro Estado. Es irrelevante que el demandado comparezca o no. Es irrelevante el país donde tengan su domicilio los litigantes. En definitiva, en el caso objeto de análisis, el litigio no recae sobre una materia que sea competencia exclusiva de otro Estado miembro, por lo que el tribunal español no debe declararse de oficio incompetente.

¹³ A. STAUDINGER, „Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011-VI, pp. 548-553.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. V, *Derecho de los negocios internacionales I*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 23-43.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. V, *Derecho de los negocios internacionales I*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 207-209.

En segundo lugar, los litigios respecto de los cuales el tribunal que conoce del caso carece de foro de competencia a tenor del Reglamento Bruselas I-bis y el demandado está domiciliado en un Estado miembro (art. 28.1 RB I-bis). Si una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciera, dicho tribunal se declarará de oficio incompetente si su competencia no estuviera fundamentada en las disposiciones del Reglamento Bruselas I-bis. Ello significa que, si el demandado domiciliado en el territorio de un Estado miembro no comparece ante un tribunal de otro Estado miembro, y dicho tribunal no es competente en virtud de ninguno de los foros recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis, -domicilio del demandado, foros especiales por razón de la materia, sumisión expresa alegada por el demandante-, el tribunal estará obligado a declararse incompetente de oficio, como ha enfatizado, muy correctamente, el AAP Cádiz 16 diciembre 2002¹⁶. La incomparecencia del demandado ante un tribunal de un Estado miembro no significa, en absoluto, sumisión por su parte a dicho tribunal y no puede, en consecuencia, suplir la falta de otros foros de competencia en favor de dicho tribunal, como precisa el Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II¹⁷. Ahora bien, si el demandado se persona y comparece y no impugna la competencia internacional de los tribunales españoles cuando debía haberlo hecho, está aceptando tácitamente la competencia internacional de tales tribunales y por tanto, existe sumisión tácita en favor de los mismos. En tal supuesto, el tribunal español dispone de un foro de competencia a su favor, -la sumisión tácita recogida en el art. 26 RB I-bis-, de modo que el art. 28.1 RB I-bis no es aplicable y, por tanto, dicho tribunal no debe ni puede declararse de oficio incompetente: debe conocer del litigio.

Con otras palabras, puede afirmarse que si existe un acuerdo expreso de sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro (art. 25 RB I-bis), el tribunal que estuviere conociendo sólo se declarará incompetente si la parte interesada, -que es normalmente, la parte demandada-, impugna la competencia del tribunal en base al acuerdo de sumisión, esto es, mediante la oportuna excepción declinatoria de competencia judicial internacional. Si dicha parte no impugna la competencia, el tribunal puede declararse competente siempre que concurra cualquier otro foro a su favor, esto es: sumisión tácita (art. 26 RB I-bis), domicilio del demandado en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (art. 4 RB I-bis), o alguno de los foros especiales por razón de la materia (arts. 7-23 RB I-bis). Por tanto, no cabe controlar de oficio la competencia judicial internacional en casos de sumisión expresa en favor de tribunales de otros Estados miembros, de terceros Estados o de arbitraje. Los arts. 28 y 29 RB I-bis no lo permiten, como ha señalado expresamente el TJUE (STJCE 7 marzo 1985, 48/84, *Spitzley*, FD 23-27) y también la jurisprudencia española de otros Estados miembros (SAP Alicante 15 mayo 2013 [contrato de agencia, sumisión expresa y tácita] y sentencia Corte di Cassazione, Italia, 24 mayo 2007)¹⁸.

¹⁶ AAP Cádiz 16 diciembre 2002 [CENDOJ 11012370072002200028].

¹⁷ Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 114 (DOUE 13 diciembre 2009).

¹⁸ *Id.*, muy en especial, la importantísima y nunca suficientemente bien ponderada STJCE 7 marzo 1985, 48/84, *Spitzley vs. Sommer*, *Recueil*, 1985, pp. 787-800. [ECLI:EU:C:1985:105], FD 23: “*El órgano jurisdiccional nacional se pregunta, en segundo lugar, sobre la posibilidad de aplicar el artículo 18 cuando la incompetencia del Juez ante el que se planteó el asunto deriva del hecho de que, en relación con el objeto de la petición de compensación, exista una cláusula atributiva de competencia a favor de los Jueces de un Estado contratante distinto a aquel del Juez que conoce del asunto*”; FD 24: “*A este respecto, procede recordar que, a tenor de la segunda frase del artículo 18, esta regla no es aplicable si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 16 del Convenio. El supuesto contemplado en el artículo 17 no figura, por tanto, entre las excepciones que el artículo 18 admite frente a la regla que establece*”. FD 25: “*Como el Tribunal ya ha señalado en su sentencia de 24 de junio de 1981, antes citada, no existen razones basadas en el sistema general ni en los objetivos del Convenio que permitan considerar que a las partes en una cláusula atributiva de competencia, en el sentido del artículo 17, se les impide someter voluntariamente su litigio a un órgano jurisdiccional distinto al previsto en dicha cláusula*”. FD 26: “*Por consiguiente, el hecho de que exista un Juez designado como competente en virtud de una cláusula atributiva de competencia conforme a los términos del artículo 17 no excluye, que si se presenta la demanda ante otro Juez, sea aplicable el artículo 18, llegado el caso*”. FD 27: “*Por todo ello, debe responderse al Oberlandesgericht Koblenz en el sentido de que, en virtud del artículo 18 del Convenio, es competente el Juez de un Estado contratante, ante el cual el demandante ha aceptado debatir, sin proponer la excepción de incompetencia, acerca de una petición de compensación fundada en un contrato o una situación de hecho distinta del o de la que sirve de base a las pretensiones de la demanda principal, y para la que se hubiere pactado, válidamente, conforme al artículo 17 de dicho Convenio, una cláusula de atribución de competencia a favor de los Tribunales de otro Estado contratante*”. También SAP Alicante 15 mayo 2013 [CENDOJ 03014370062013100197]; Sentencia Corte di Cassazione, Italia, 24 mayo 2007 [<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3486.php>].

D) Sumisión, competencias exclusivas y contratos de *time-sharing* sobre inmuebles

14. Existe la duda, persistente, perturbadora y no sencilla de resolver, sobre una posible aplicación del art. 24 RB I-bis y del foro de competencia exclusiva en relación con los contratos de *time-sharing*¹⁹. Una duda que ha atormendado a doctrina y jurisprudencia desde que esta figura contractual hizo su aparición en Europa.

El precepto mencionado indica que son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, “*en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito (...)*”.

En cuanto a la calificación de la “multipropiedad inmobiliaria” (*timesharing*) como “derecho real” a los efectos del art. 24.1 RB I-bis se han defendido tesis diversas²⁰. En primer término, ciertos autores señalan que la “sustancia” de los contratos de multipropiedad es similar a la “sustancia” de los arrendamientos: el derecho a utilizar un bien inmueble durante un período determinado de tiempo. El resultado es que el art. 24.1 RB I-bis sería aplicable. En segundo lugar, por el contrario, otros autores, con D.P. FERNÁNDEZ ARROYO a la cabeza, indican que la configuración jurídica de la multipropiedad inmobiliaria es totalmente distinta a la de los contratos de arrendamientos de inmuebles, por ejemplo, el modo de pago es completamente diferente²¹.

15. Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, en sintonía con la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil p. 0001 - 0017 y con especial atención al carácter restrictivo del art. 24.1 RB I-bis, es preciso indicar lo que sigue sobre la horma marcada por C. THOLE²².

En primer lugar, si el *timesharing* reviste la forma de venta de cuota espacio temporal sobre un inmueble en particular perfectamente determinado, se debe tratar como una venta de inmueble pues se transfiere un *right in rem*, un derecho real sobre un bien inmueble determinado en el espacio.

¹⁹ Al respecto, *vid.* P. SCHLOSSER, “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (90/C 189/10) (firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978), DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 184-256. Bien planteado, con múltiples sugerencias y alternativas, P. LAGARDE, “Le for de nécessité dans les règlements européens”, en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 255-267; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdictions in European Private International Law: Will they Ever Survive?”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 169-186; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2006, vol. 323, pp. 9-260.

²⁰ En relación con esta cuestión, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas jurídicos de la multipropiedad en Derecho internacional privado”, *AC*, 1992, pp. 757-779; N. DOWNES, “Derecho internacional privado, Reunión de trabajo de las partes interesadas y representantes de los Estado miembros convocada por la Comisión Europea para la revisión de la Directiva 94/47/CE sobre la utilización de inmuebles a tiempo compartido”, *REDI*, 2006, pp. 1121-1122; M. BOHMER, *Das deutsche internationale Privatrecht des timesharing*, 1993, *passim*; U. KELP, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2005. La jurisprudencia europea aparece ponderadamente analizada en el excepcional estudio de H. GAUDEMET-TALLON / M.E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe: matières civile et commerciale: règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 7ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., Paris, 2024, pp. 162-169 y 497-499.

²¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdictions in European Private International Law: Will they Ever Survive?”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 169-186; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2006, vol. 323, pp. 9-260.

²² *Vid.* Diario Oficial n. C 376 E de 28 diciembre 1999 (documento COM 19999 348 final: “Se propone igualmente, gracias a una modificación del punto 3 del párrafo primero del artículo 15, extender este derecho a todos los restantes contratos de consumo, siempre que se reúnan determinadas condiciones. La generalidad de los términos empleados demuestra que todos los contratos mencionados en los puntos 1, 2 y 3, ya se refieran a bienes o a servicios, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 15, siempre que se trate de contratos celebrados con consumidores. De este modo, los contratos de utilización de inmuebles en tiempo compartido (“time-share”) se rigen por el artículo 15 y no por la letra a) del apartado 1 del artículo 22, al contrario de lo que ocurre con los contratos de venta de inmuebles”. También C. THOLE, “Die Reichweite des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bei Rechtsstreitigkeiten über Organbeschlüsse”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011-VI, pp. 541-547.

En segundo lugar, si el *timesharing* se presenta como consecuencia de la pertenencia a un *club*, sociedad, grupo o asociación, los derechos del particular sobre los bienes inmuebles son derechos derivados de su condición como “socio del *club*” y derivan de su condición de tal. En este caso, la multipropiedad no es un derecho real, en el sentido europeo de “derecho que otorga un poder directo de disposición sobre la cosa y *erga omnes*”. Es, en realidad, un derecho personal que deriva de un contrato y que recae sobre uno o varios inmuebles. Para el Derecho europeo, se trata, más bien, por tanto, de contratos concluidos por consumidores (arts. 17- 19 RB I-bis.). Por tanto, el art. 24.1 RB I-bis resulta inaplicable a estos contratos, como ha explicado con toda solvencia F. SALERNO²³. Así, en los contratos de adhesión a clubs de multipropiedad, se paga una cantidad global y sólo una parte de tal cantidad corresponde al uso del inmueble que suele quedar, además, “indeterminado”. Por ello, el “contrato de adhesión al club” no está cubierto por el art. 24.1 RB I-bis, ya que no es un “arrendamiento de inmueble”. La sentencia que se sitúa en el mascarón de proa de esta tesis es la STJCE 13 octubre 2005, C-73/04, *Brigitte*²⁴. Esta doctrina ha sido remarcada por numerosísima jurisprudencia española²⁵. En suma, en los contratos de adhesión a estos clubs de multipropiedad es válida, en su caso, la sumisión a tribunales de un país concreto en los términos de los arts. 17-19 RB I-bis, pues, como se ha indicado, son contratos de consumo y no contratos sobre derechos reales inmobiliarios sujetos al art. 24 RB I-bis, indica G. LARDEUX²⁶.

²³ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012. Evoluzione e continuità del “sistema Bruxelles-I” nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, 4ª ed., 2015, pp. 99-101.

²⁴ STJCE 13 octubre 2005, C-73/04, *Brigitte y Marcus Klein vs. Rhodos Management Ltd.*, *Recopilación*, 2005, p. I-8681. [ECLI:EU:C:2005:607]: FD 17: “Sin embargo, el asunto principal no se refiere a este objetivo, puesto que la acción judicial interpuesta por el matrimonio Klein, que tiene por objeto la devolución del total de las cantidades abonadas por ellos, sólo puede basarse en un motivo de invalidez del contrato celebrado con Rhodos”. FD 18: “Este contrato ha sido calificado por las partes como contrato de adhesión a un club. Como ha declarado probado el órgano jurisdiccional nacional, en el precio total de 13.300 DEM, la parte fundamental corresponde a la «cuota de socio» por importe de 10.153 DEM”. FD 19: “La adhesión a ese club permitió al matrimonio Klein adquirir, por una cantidad que, según la información proporcionada por la resolución de remisión, puede estimarse en alrededor de 2.000 DEM, el derecho a usar, durante una semana al año durante casi cuarenta años, un apartamento designado por su tipo y situación”. FD 20: “Por tanto, tal como está configurado el contrato controvertido, el valor del derecho de uso del bien inmueble sólo reviste una importancia económica secundaria en relación con la cuota de adhesión”. FD 21: “Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que un contrato que no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, sino que se refiere igualmente a la prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización de un inmueble no constituye un contrato de arrendamiento de un bien inmueble en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31; EE 15/06, p. 131) (sentencia de 22 de abril de 1999, *Travel Vac*, C423/97, Rec. p. I2195, apartado 25)”. FD 25: “Este elemento queda reforzado por el hecho de que, como ha indicado el matrimonio Klein, el propio contrato establece la afiliación de sus miembros a un organismo que les permite, previo pago de una cotización anual pagadera la primera vez para un periodo de tres años, intercambiar sus apartamentos de vacaciones”; FD 26: “Habida cuenta de todas estas circunstancias, resulta que la relación entre el contrato de adhesión al club de que se trata en el procedimiento principal, por una parte, y el bien inmueble que puede ser utilizado efectivamente por el asociado, por otra parte, no permite calificar al primero de contrato de arrendamiento a efectos del artículo 16, número 1, letra a), del Convenio de Bruselas, que, como se ha recordado en el apartado 15 de esta sentencia, debe ser objeto de interpretación estricta”. FD 27: “Esta conclusión queda corroborada por el hecho de que dicho contrato de adhesión a un club establece la prestación de determinados servicios, de los que pueden disfrutar los asociados en las mismas condiciones que los clientes del complejo hotelero. Como ha alegado la Comisión, estas prestaciones suplementarias van más allá de la cesión del derecho de uso que constituye el objeto de un contrato de arrendamiento. Aunque la resolución de remisión no precisa el contenido y la naturaleza de las prestaciones de que se trata, debe recordarse, al menos, que un contrato complejo, relativo a un conjunto de prestaciones facilitadas por un precio global pagado por el cliente, queda fuera del ámbito en el que resulta lógico el principio de la competencia exclusiva previsto en el artículo 16, número 1, del Convenio de Bruselas y no puede ser un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles propiamente dicho a efectos de este artículo (sentencia de 26 de febrero de 1992, *Hacker*, C280/90, Rec. p. I1111, apartado 15)”. FD 28: “En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión que el artículo 16, número 1, letra a), del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y prevé la afiliación de sus socios a una organización en la que pueden intercambiar sus derechos de utilización”.

²⁵ Ejemplos pueden verse, entre otros muchos, en las SAP Málaga 8 julio 2022 [multipropiedad] [ECLI:ES:APMA:2022:2198]; SAP Santa Cruz de Tenerife 8 julio 2022 [ECLI:ES:APTF:2022:1714]; SAP Santa Cruz de Tenerife 30 septiembre 2022 [multipropiedad y contratos de consumo] [ECLI:ES:APTF:2022:1549].

²⁶ G. LARDEUX, “De certaines hypothèses délicates du droit international privé des immeubles”, *Journal de droit international Clunet*, 2021-IV, pp. 1259-1277.

16. Acierta, así, la STS 30 octubre 2024 cuando afirma que el objeto del litigio en el que se solicita la devolución de cantidades entregadas cuando se trata de un club de *time-sharing*, no está cubierto por el art. 24 RB I-bis²⁷. En consecuencia, al no tratarse de un supuesto de competencia exclusiva del art. 24 RB I-bis, indica el TS que “*personada la parte demandada, a ella le incumbía, de acuerdo con el art. 28 del Reglamento Bruselas I bis, la carga de impugnar expresamente la competencia judicial.....*”.

3. Lección tercera. Aplicación del Reglamento Roma I para fijar la Ley reguladora de estos contratos.

17. En el ámbito de la Ley aplicable a estos contratos, la primera cuestión que deja clara esta STS 30 octubre 2024 es que las normas de conflicto que precisan cuál es la Ley reguladora de estos contratos son las contenidas en el Reglamento Roma I: “[s]obre este particular, debe tenerse presente además que el Reglamento Roma I es un reglamento de carácter universal, ya que, conforme a su art. 2, la ley designada por el reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (con independencia de que, además, en el momento de la firma de los contratos litigiosos el Reino Unido era un Estado miembro). Las anteriores consideraciones son pertinentes en nuestro caso a efectos de concluir que la determinación de la ley aplicable se rige por el Reglamento Roma I”.

18. En la actualidad, el art. 10.5 CC está totalmente desplazado por el Reglamento Roma I. Por otro lado, el ámbito de material de aplicación de dicho Reglamento cubre, sin duda alguna, los contratos internacionales de *time-sharing*, explican A.-L. CALVO CARAVACA y Z. CRESPI REGHIZZI²⁸.

4. Lección cuarta. La calificación de estos contratos como “contratos de consumidores” y el art. 6 RR-I.

19. La siguiente cuestión radica en calificar correctamente, desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo, estos contratos litigiosos. Surge la duda de saber si se trata de contratos entre iguales o de “contratos con consumidores”. Es claro que se trata de contratos de consumo: una empresa vende, a particulares, y mediante contratos de adhesión, cuotas de espacio-tiempo a disfrutar en inmuebles situados por todo el mundo. Los particulares operan en un contexto ajeno a su actividad

²⁷ STS 30 octubre 2024: “... en el caso que da lugar a este recurso no nos encontramos ante una competencia exclusiva del art. 24 del Reglamento Bruselas I bis, que excluiría la competencia de cualquier otro tribunal. En particular, la acción ejercitada no versa sobre derechos reales inmobiliarios (art. 24.1). La parte demandante recurrida argumenta que los contratos cuya nulidad solicita tienen una naturaleza mixta en la que predomina el aspecto real. Sin embargo, ante la ausencia de indicación sobre los derechos de uso que confieren los contratos de aprovechamiento por turno en las Directivas 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, y 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, debemos estar a la jurisprudencia del TJUE, que ha reiterado el carácter excepcional de los foros exclusivos y la necesidad de interpretarlos en el sentido requerido por su finalidad (sentencia de 16 de noviembre de 2023, *Roompot Service*, C-497/22, ECLI: EU:C:2023:873, con cita de la sentencia 25 de marzo de 2021, *Obala i lucice*, C-307/19, EU:C:2021:236, apartado 76 y jurisprudencia citada). El foro exclusivo del art. 24.1 se proyecta sobre aquellas acciones cuyo objeto y fundamento es un derecho real con el fin de determinar la extensión, consistencia, la propiedad o la posesión de un inmueble o la existencia de otros derechos reales, y a garantizar la protección vinculada a los títulos de esos derechos (STJCE de 10 de enero de 1990, asunto C-115/88, *Mario P. A. Reichert y otros contra Dresdner Bank*), pero no cuando, como es el caso, la acción se dirige, con invocación de las normas reguladoras de los contratos, a que se declare la nulidad del contrato y la condena al reembolso de las cantidades abonadas. Por otra parte, el hecho de que los contratos celebrados respondan a un modelo de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota permita a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido de un bien inmueble designado, en el que las prestaciones adicionales son superiores al uso, tampoco permitiría considerar que se trata del foro exclusivo previsto en el mismo art. 24.1 para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, de acuerdo con la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-73/04, EU:C:2005:607, apartado 27”.

²⁸ En este sentido, vid. A.-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009-II, pp. 52-133; Z. CRESPI REGHIZZI, “«Contratto» e «illegittimo»: la qualificazione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato dell’Unione europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 317-340.

profesional. Además, resulta también evidente que se trata de contratos de consumo cubiertos por el art. 6.1 RR-I: la empresa inglesa dirige sus actividades comerciales al país de la residencia habitual del consumidor, que también es el Reino Unido: “*la empresa dirige sus actividades al Estado de su residencia habitual, así como a otros Estados, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE contenida en las sentencias de 14 de septiembre de 2023 (asuntos C-632/21 y C-821/21)*”. En consecuencia, el art. 6 RR-I es aplicable. Dicho precepto determinará cuál es la Ley aplicable al contrato de consumo.

20. En este punto, es preciso recordar que el art. 6 RR-I recoge una norma de conflicto con dos puntos de conexión.

En primer lugar, los “contratos de consumo” o contratos celebrados por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirán, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes en las condiciones fijadas por el art. 3.1 RR-I, aunque con un límite operativo: dicha elección de Ley no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual.

En segundo lugar, a falta de la anterior elección o cuando la misma sea nula o inválida, estos contratos de consumo quedan sujetos a la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.

Para que los dos anteriores puntos de conexión puedan aplicarse es preciso que el contrato de consumo presente una vinculación con el Estado donde el consumidor tiene su residencia habitual. En concreto, es preciso que el profesional (a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o bien que (b) por cualquier medio, dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

21. Pues bien, no cabe duda de que estos contratos deben ser calificados como “contratos de consumo” cubiertos por el art. 6 RR-I. La empresa comercializa sus productos desde, en, y hacia el Reino Unido, país donde el particular tiene su residencia habitual. Visto que los contratos disponen de una cláusula de elección de ley, ésta determinará cuál es la Ley aplicable al contrato. En dicho contrato, efectivamente, se disponía que el mismo quedaba sujeto a la ley inglesa. Por tanto, en principio, los contratos de aprovechamiento de inmuebles por turno se rigen por la Ley inglesa, que es la Ley elegida por las partes. Por otro lado, la elección de ley cumple con el requisito fijado por el art. 6 RR-I. Así, es, pues los consumidores tienen su residencia habitual en Inglaterra, de modo que la ley elegida, -la ley inglesa-, es la misma que la ley del país de la residencia habitual de los consumidores -la ley inglesa-. La Ley elegida, por definición, no les comporta ninguna pérdida de la protección que le proporcionen al consumidor aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual. Con otras palabras: los contratantes eligen como ley aplicable la Ley del país de la residencia habitual del consumidor. El círculo se cierra de modo perfecto: la ley que rige el contrato es la Ley inglesa, que es la ley elegida por las partes y dicha elección de ley es válida con arreglo al art. 6 RR-I. Como indica la STS 30 octubre 2024, “[d]e acuerdo con la jurisprudencia del TJUE que resulta de las sentencias de 14 de septiembre de 2023 (asuntos C-632/21 y C-821/21), aunque fuera una condición general no negociada, la cláusula de sumisión al Derecho inglés es válida, puesto que dada la coincidencia de la ley elegida con la de la residencia habitual de los consumidores, su aplicación no les priva de la protección que les ofrecen las normas imperativas del Estado de su residencia habitual [... porque...] en este caso (...) los consumidores tienen su residencia habitual en el Reino Unido”.

5. Lección quinta. La elección de la ley aplicable no es una cláusula abusiva

22. Los consumidores demandantes sostienen que la cláusula de sumisión en favor del Derecho inglés es nula por ser abusiva, pues, según tales sujetos, así lo indica la legislación española. Los pre-

ceptos legales españoles en cuestión son los arts. 67.1 y 2 y 2 y también el art. 90.3 TRLGDCU, normas que requieren un análisis detenido²⁹.

23 El art. 67.1 citado es una norma meramente recordatoria de función pedagógica y orientativa para el juzgador, las partes y sus asesores legales. La misión de esta norma radica en indicar a los operadores jurídicos que la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores se determina, básicamente, con arreglo en el Reglamento Roma I y demás normas del Derecho internacional privado europeo. Por tanto, este precepto nada añade a la precisión del Derecho aplicable a estos contratos, que se fija a través del art. 6.1 RR-I. Como se ha visto, a tenor de esta última disposición legal, la ley elegida en el contrato es la Ley inglesa, que es, también, la Ley del país de la residencia habitual de los consumidores demandantes. En consecuencia, la sumisión en favor del Derecho inglés es válida: *“aunque fuera una condición general no negociada, la cláusula de sumisión al Derecho inglés es válida, puesto que dada la coincidencia de la ley elegida con la de la residencia habitual de los consumidores, su aplicación no les priva de la protección que les ofrecen las normas imperativas del Estado de su residencia habitual”*, escribe el TS.

24. El art. 67.2 también citado es un precepto legal que extiende la aplicación de las normas españolas *“de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 TRLGDCU, ambos inclusive”* ... a *“los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo”*. Por tanto, en teoría, un contrato regido por la Ley de un Estado miembro, -como lo era el Reino Unido al tiempo de firmarse los contratos-, puede verse afectado por estas normas españolas. En efecto: el contrato está conectado con el EEE, es indudable, y se rige por la ley inglesa, que es una ley elegida por las partes y que no es la española. Podría, pues, pensarse, que los arts. 82 a 91 TRLGDCU pueden aplicarse al contrato objeto del litigio analizado en la STS 30 octubre 2024, pues en principio, así es. En suma, este art. 67.2 TRLGDCU es una norma de extensión que proyecta ciertos preceptos legales españoles a contratos regidos por una Ley extranjera.

25. El art. 90.3 citado, al que remite el art. 67.2 TRLGDCU, precisa que, en los contratos celebrados por consumidores, es *“abusiva”* la cláusula de sumisión del contrato a un Derecho extranjero *“con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario*

²⁹ *Vid.* Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287 de 30 noviembre 2007). Artículo 67. *Normas de derecho internacional privado.* “1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española. 2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro. 3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea”. Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. “Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. 3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”.

desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza". Es decir, en este caso, en el que ambos contratantes son ingleses, residen en Inglaterra y allí se desarrollan las actividades del empresario, la sumisión al Derecho inglés no puede ser nunca una cláusula abusiva a tenor del art. 90.3 TRLGDCU. Sería una cláusula abusiva si las partes se hubieran sometido al Derecho turco o español, como ha explicado la doctrina³⁰. La función de este art. 90.3 radica en aplicar el Derecho español a contratos que las partes han sujetado al Derecho de un país muy alejado de las circunstancias del contrato, un país que no es aquél desde donde los contratantes han aceptado el contrato, ni el país donde el empresario desarrolla su actividad económica. Es una cláusula que combate la deslocalización legal del contrato.

26. En consecuencia, la Ley española sobre consumidores y usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias no puede aplicarse a estos contratos, que se rigen, exclusivamente, por la Ley inglesa.

6. Lección sexta. Las normas de la Ley española 42/1998 no son normas de policía.

27. Podría argumentarse, por otro lado, que las normas españolas que protegen a la adquirente de cuotas espacio temporales en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles son "leyes de policía" o "normas internacionalmente imperativas". Como tales, dichas normas deben aplicarse al contrato con preferencia a la Ley estatal que lo rige a tenor del art. 6 RR-I. La aplicación preferente de estas normas puede basarse en dos disposiciones legales distintas.

La primera es el art. 9 RR-I, pues podría pensarse que las normas españolas que protegen a los consumidores son leyes de policía que se aplican al contrato con preferencia a la ley que rige dicho contrato en general, y ello en los términos del citado art. 9 RR-I.

La segunda es el art. 23 RR-I. Este precepto señala que el Reglamento Roma I "se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales". La versión en idioma inglés de este precepto brinda una mejor idea del mismo y de su objetivo: "*this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations*". En definitiva, el art. 23 RR-I indica que prevalecen sobre las normas de conflicto recogidas en el Reglamento Roma I aquellas disposiciones del Derecho de la Unión que regulen contratos específicos, como son los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

A) El art. 9 RR-I no puede aplicarse en relación con los contratos de consumo.

28. Es ahora el momento de explorar la posible aplicación de la Ley española a estos contratos a través del art. 9 RR-I. La posibilidad de aplicar, a los contratos de consumidores, las normas inter-

³⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Aspectos de Derecho internacional privado", *REDI*, 2013, pp. 281-284; B. AÑOVEROS TERRADAS, "Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española: Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023 en los asuntos C-821/21, Club La Costa y C-632/21, Diamond Resorts", *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024; F. BILTGEN, "Contrato celebrado con un consumidor relativo a derechos de aprovechamiento por turno de viviendas turísticas mediante un sistema de puntos: TJ, Sala Séptima, 14 Sep. 2023. Asunto C-821/21: Club La Costa y otros", *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024; Z. CHEN, "The Tango between the Brussels Ia Regulation and Rome I Regulation under the beat of directive 2008/122/EC on timeshare contracts towards consumer protection", *Journal of Private International Law*, volume 18, 2022, 3, pp. 493-521; L. PUENTE DE PINEDO, "Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ante la propuesta de Directiva europea de 7 junio 2007", *La Ley*, núm. 6832, 30 noviembre 2007 versión *on line*; M. SABIDO RODRÍGUEZ, "Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española", *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 471-488; M.D. SERRANO CASTRO, "Comentarios al Anteproyecto de Ley sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles", *Diario La Ley*, nº 7719, 20 octubre 2011.

nacionalmente imperativas o “*leyes de policía*” a las que se refiere el art. 9 RR-I fue una cuestión muy controvertida en el marco del Convenio de Roma de 19 junio 1980. Así se puede apreciar en la célebre sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 23 mayo 2006³¹. La cuestión, sin embargo, parece ahora clara, transparente y bien definida en el contexto del Reglamento Roma I. De todos modos, el debate está abierto. Dos son las posiciones principales al respecto.

29. Algunos autores, en ciertos casos y en relación con ciertos Estados, defienden que la tutela del contratante débil puede también constituir un objetivo de “interés general”, tal y como expresa G. PIZZOLANTE³². La jurisprudencia española siente una especial querencia por esta tesis, de claro cuño legeforista. Se señala, sin rubor, que la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios española es una ley de policía del foro en el sentido del art. 9 RR-I y que se aplica al caso concreto porque el art. 67.2 TRLGDCU “*establece que las normas de protección frente a las cláusulas abusivas son de aplicación a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo*” y que dicha vinculación “*se produce cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades*”, como se puede leer en la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Palma de Mallorca 10 septiembre 2021 [elección de la Ley irlandesa y transporte aéreo]³³.

30. Frente a la tesis anterior, hoy día predomina la tesis según la cual el art. 9 RR-I sólo permite aplicar al contrato internacional las llamadas “normas institucionales” o “normas internacionalmente imperativas de dirección”, que son normas que protegen intereses generales y públicos. Como muestra F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, dicho precepto no autoriza al juez a aplicar a un contrato internacional las normas de un Derecho distinto a aquél que rige el contrato y que protegen a sujetos situados en posiciones contractuales débiles: agentes comerciales, consumidores, trabajadores, etc³⁴. La protección de los consumidores en los contratos internacionales se lleva a cabo, exclusivamente, a través de los mecanismos recogidos en el art. 6 RR-I.

Esta posición ha sido expresamente confirmada por el TJUE en su STJUE 14 septiembre 2023, C-821/21, *Club La Costa*, FD 78³⁵. Afirmar el TJUE que sostener que las disposiciones de protección del adquirente recogidas en la Ley española son “leyes de policía” (art. 9 RR-I) no es correcto. En efecto, el art. 6 RR-I “*tiene un carácter no solo específico, sino también exhaustivo, de modo que las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en el Reglamento Roma I, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas*” (STJUE 14 septiembre 2023, C-821/21, *Club La Costa*, FD 76). En suma: las normas jurídicas que, en el Derecho nacional de los Estados miembros regulan los contratos de consumo no pueden calificarse como “leyes de policía” en el sentido del art. 9 RR-I³⁶. El contrato de consumo se rige, exclusivamente, por la Ley designada a través del art. 6 RR-I sin que el art. 9 RR-I pueda interferir en ello.

³¹ Sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 mayo 2006, *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 537-543.

³² G. PIZZOLANTE, «I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I», Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 50-61.

³³ Sentencia del juzgado CA Palma de Mallorca 10 septiembre 2021, *Aranzadi JUR*, n. 296497.

³⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

³⁵ STJUE 14 septiembre 2023, C-821/21, *NM vs. Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L.*, [ECLI:EU:C:2023:672] [contrato entre consumidor británico residente en el Reino Unido y empresa de dicho país relativo a derechos de aprovechamiento por turno de viviendas turísticas].

³⁶ STS 30 octubre 2024: “*Tampoco puede sostenerse que todas las normas contenidas en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, deban calificarse de normas internacionalmente imperativas, «leyes de policía» en los términos del art. 9 del Reglamento Roma I, con la consecuencia de*

B) La presunta aplicación preferente, sobre el Reglamento Roma I, de la Directiva 2008/122/ CE de 14 enero 2009 [aprovechamientos por turno] basada en el art. 23 RR-I.

31. El art. 23 RR-I Indica que el Reglamento Roma I “*se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*”. Esto es: prevalecen sobre las normas recogidas en el Reglamento Roma I aquellas disposiciones del Derecho de la Unión que regulen contratos específicos, como son los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

Es por ello necesario analizar las normas de la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los aprovechamientos por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio y tratar de averiguar si tales normas prevalecen sobre el Reglamento Roma I³⁷.

Puede afirmarse, sin riesgo a equivocarse, que esta Directiva dispone de “aplicación preferente” sobre el Reglamento Roma I (art. 23 RR-I). La Directiva contiene su propio criterio delimitador de su aplicación en el espacio. Se trata, en este momento, de concretar si esta Directiva permite aplicar las normas que, en el Derecho español, protegen a los consumidores en los contratos de aprovechamientos por turno de bienes inmuebles regidos por la Ley de otro Estado, en este caso, por el Derecho inglés.

32. La Directiva citada persigue “*reforzar la seguridad jurídica y poner plenamente a disposición de los consumidores y las empresas las ventajas que ofrece el mercado interior; es necesario aproximar más las legislaciones pertinentes de los Estados miembros*”. La Directiva armoniza totalmente, para los Estados miembros, determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos.

33. En los casos de multipropiedad internacional, indican Z. CHEN y S. FRIESEN, se corre el riesgo de que la empresa vendedora incluya en el contrato una cláusula en cuya virtud se haga aplicable al contrato un Derecho estatal que favorezca a la empresa y perjudique al consumidor adquirente³⁸. Por eso la Directiva 2008/122/CE de 14 enero 2008 señala que sus normas son imperativas. Una simple elección del Derecho de un Estado tercero no puede “desactivar” la aplicación de las normas de dicha Directiva. Sería demasiado fácil para el profesional, pues estos contratos suelen ser contratos de adhesión y contratos tipo en los que el adherente no puede negociar el contenido del contrato. Es un “*take it or leave it*”. O el consumidor firma todo el contrato, -cuyas cláusulas han sido previamente ya redactadas por la empresa-, o se queda sin contratar.

34. La Ley aplicable al contrato de *time-sharing* se determina con arreglo a dos conjuntos normativos.

En primer lugar, es aplicable el art. 6.4.c) RR-I, precepto que deja muy claro que estos contratos están ahora perfectamente cubiertos por el art. 6 RR-I y el consumidor se halla protegido por dicha norma de conflicto. Debe recordarse que estos contratos de *time-sharing* estaban excluidos de la protección del consumidor que ofrecía el Convenio de Roma de 1980. Ello provocaba ciertas incoherencias de protección del consumidor.

que deban ser aplicadas necesariamente por los tribunales españoles cualquiera que fuese la ley aplicable conforme el propio Reglamento por constituir disposiciones imperativas cuya observancia se considera en nuestro país esencial para la salvaguardia de nuestros intereses públicos, tales como nuestra organización política, social o económica”.

³⁷ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 enero 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE L 33 de 3 febrero 2009).

³⁸ Z. CHEN, “The Tango between the Brussels Ia Regulation and Rome I Regulation under the beat of directive 2008/122/EC on timeshare contracts towards consumer protection”, *Journal of Private International Law*, volume 18, 2022, 3, pp. 493-521; S. FRIESEN, *Auswirkungen der Richtlinie 2008/122/EG auf das internationale Timesharingrecht in der EU*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 33-34.

En segundo término, es también aplicable la Directiva 2008/122/CE citada, desarrollada en España por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias³⁹.

35. Pues bien, si la ley aplicable a este contrato es, con arreglo al Reglamento Roma I, la Ley de un Estado no miembro delEEE, entonces el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la Ley 4/2012 de 6 julio 2012 [contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico] en cualquiera de los siguientes casos: (1) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión está situado en territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo; (2) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro. Gracias a estos dos puntos de contacto del contrato con la UE, se asegura la aplicación del Derecho de la UE de protección del adquirente de *time-sharing* a los casos “vinculados con la UE”, como señala SAP Santa Cruz de Tenerife 27 mayo 2020 [consumidores ingleses y demandado con domicilio en España]⁴⁰.

36. En este contexto normativo, si el contrato se rige por un Derecho extranjero surge la duda de saber si, pese a ello, puede, pueden resultar aplicables al contrato las normas del Derecho español que protegen al adquirente. Pues bien, el consumidor puede reclamar los derechos que le concede el Derecho español cuando (i) el Derecho regulador del contrato según el Reglamento Roma I sea el Derecho de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo y (ii) además, cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en España o cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en España o que tengan proyección en España (art. 17 Ley 4/2012 y art. 67.2 TRLGDCU 2007). En tal caso, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la Ley española, como puede verse en el caso fallado SAP Santa Cruz de Tenerife 23 mayo 2022⁴¹.

37. Pues bien, en el supuesto de que el contrato se rija por la Ley de un Estado miembro, -en el caso analizado, la Ley del Reino Unido, que, al tiempo de los hechos, era un Estado miembro de la UE-, ésa es la Ley del contrato y no es posible aplicar al contrato la Ley española. El art. 17 Ley 4/2012 no se pueden aplicar a este caso, puesto que el contrato se rige por la Ley de un Estado miembro de la UE y no por la Ley de un Estado tercero. Esta solución es lógica: el legislador de la UE considera, con razón, que el consumidor de estos productos está perfectamente protegido cuando el contrato se rige por la Ley de un Estado miembro, ley que, necesariamente, recoge los niveles de protección establecidos en el Derecho europeo. Así lo corrobora el TS en su STS 30 octubre 2024⁴².

7. Lección séptima. El valor jurídico de los dictámenes en Derecho en los litigios ante tribunales españoles

A) Los dictámenes sobre Derecho internacional privado europeo y español.

38. En el caso objeto de la STS 30 octubre 2024, una de las partes presentó un dictamen en Derecho relativo a la competencia internacional y a la ley aplicable a estos contratos de multipropiedad, con

³⁹ Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE núm. 162 de 7 julio 2012). Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife 19 febrero 2021 [*time sharing* y ciudadanos galeses] [ECLI:ES:APTF:2021:106].

⁴⁰ SAP Santa Cruz de Tenerife 27 mayo 2020 [ECLI:ES:APTF:2020:974].

⁴¹ SAP Santa Cruz de Tenerife 23 mayo 2022 [ECLI:ES:APTF:2022:582].

⁴² STS 30 octubre 2024: “Sin embargo, en el caso litigioso esta previsión carece de interés porque, dada la fecha de celebración de los contratos, la ley aplicable, la inglesa, seguiría siendo la ley de un Estado miembro y, por tanto, aplicable la protección que deriva de la Directiva, quedando garantizado el nivel de protección exigido por el legislador europeo por la aplicación del derecho inglés que transpuso la Directiva”.

especial énfasis en la jurisprudencia del TJUE sobre ambas cuestiones. El TS, con inmejorable criterio, indica que “[e]n el caso que juzgamos el dictamen presentado no se dirige a probar el derecho inglés, sino a expresar una opinión sobre el derecho español y europeo que debe aplicar el tribunal tanto en materia de competencia judicial como de determinación de la ley aplicable, de acuerdo con la doctrina del TJUE. La sala rechaza que un dictamen sobre la interpretación del derecho español o de la Unión Europea que debe aplicar el tribunal pueda ser tomado como prueba pericial ni como ninguna otra clase de prueba, so pena de conculcar el principio *iura novit curia*. Con independencia de la competencia profesional de su autor, un informe de tal clase no deja de recoger una opinión emitida por encargo de una de las partes que bien puede, si quiere, hacerla suya como propia argumentación jurídica en su escrito de alegaciones, pero que es inadmisibile como prueba, al referirse al Derecho español o de la Unión Europea, que no pueden ser objeto de pericia. Por estas razones declaramos inadmisibile y ordenamos devolver a la parte recurrida el dictamen jurídico aportado ...” Esto significa que, en realidad, los dictámenes sobre Derecho español o Derecho europeo son irrelevantes para el juzgador español⁴³. Éste, se supone, conoce de oficio el Derecho español (*jura novit curia*) y, según observa K. OELLERS-FRAHM, no necesita ser ilustrado al respecto⁴⁴.

B) Los dictámenes sobre Derecho extranjero

39. Los únicos dictámenes que deben ser necesariamente considerados por el tribunal son los informes o dictámenes periciales elaborados por expertos cualificados que acreditan el contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero. Éste es el único caso en el que en Derecho español se admite una pericia sobre Derecho (STS 27 octubre 2017 [concurso internacional])⁴⁵. Tales informes no deben sujetarse a las reglas tradicionales de los informes periciales. En efecto, la pericia sobre Derecho extranjero es muy particular, como destaca la mejor jurisprudencia (SAP Barcelona 19 diciembre 2017 [sumisión al Derecho belga]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [régimen económico y cónyuges holandeses]; SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso])⁴⁶.

40. No es necesario que los expertos que dictaminan sobre un Derecho extranjero sean nacionales del país cuyo Derecho se trata de probar. Es preciso, eso sí, que demuestren tener un conocimiento profesional de tal Derecho extranjero por razón de su actividad, profesión o cualidad personal. Cabe, igualmente, que las partes recurran a un “testigo-perito” o *Expert Witness* (art. 370.4 LEC).

41. Para que surtan efectos legales como prueba del Derecho extranjero, estos informes redactados por expertos deben cumplir con varias exigencias.

En primer lugar, no deben constituir un “informe de parte”, esto es, un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto “toma partido” en favor de las pretensiones concretas de la parte (Auto JMerc Madrid núm. 8, de 5 febrero 2013 [derecho real de prenda en Derecho luxemburgués])⁴⁷. No obstante, las partes son libres de solicitar un Dictamen en Derecho extranjero a los expertos que tengan por conveniente y no por eso el Dictamen constituye un “Dictamen parcial” que deba ser rechazado, como se puede apreciar en la SAP Madrid 20 abril 2021 [convenio regulador de deuda suscrito en Rusia]⁴⁸.

En segundo término, resulta muy conveniente que el informe resuelva los siguientes extremos, muy bien concretados por el Auto JMerc Madrid núm. 8, de 5 febrero 2013 [derecho real de prenda en

⁴³ R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXIV, 2024, pp. 335-351, esp. p. 338.

⁴⁴ K. OELLERS-FRAHM, “Lawmaking through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1033-1056.

⁴⁵ STS 27 octubre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3796].

⁴⁶ SAP Barcelona 19 diciembre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:12794]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [Aranzadi JUR, n. 260610]; SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627].

⁴⁷ Auto del Juzgado de los mercantil de Madrid n. 8, de 5 febrero 2013, *Aranzadi JUR*, n. 41855.

⁴⁸ SAP Madrid 20 abril 2021 [ECLI:ES:APM:2021:5466].

Derecho luxemburgués]⁴⁹: (i) Fijación exacta y concisa del problema al que va a responder; (ii) Transcripción de las normas aplicables, con indicación de su respectivo rango y manifestación de su vigencia, y debe tratarse de una transcripción completa de cada norma y además se deben adjuntar otras normas que fueran precisas para contextualizar el mandato de aquellas; (iii) Resoluciones de los organismos públicos aplicadores de las normas, con indicación de su valor sistemático y jerarquía en el sistema de origen, o manifestación de que no existen dichas resoluciones; (iv) Si existen criterios dispares en esas resoluciones, a qué argumentos responde; (v) Cita de autores doctrinales que en caso de conflicto entre dichas resoluciones aporten fundamentos de interpretación, indicando cuál es la competencia doctrinal de esos autores y reseña de sus publicaciones nacionales e internacionales, y los años de los que datan sus trabajos sobre la soluciones aportadas.

42. El tribunal competente debe valorar libremente el peso del informe o dictamen y lo hará con arreglo a las reglas de la sana crítica, tal y como se puede comprobar en la SAP Barcelona 19 diciembre 2017 [sumisión al Derecho belga] y en la STS 27 julio 2021 [sumisión expresa a los tribunales de Barcelona y elección de la Ley de Hong-Kong]⁵⁰. En esta línea, el art. 33.4 LCJIMC precisa que “[n]ingún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”. Las partes pueden debatir, como es natural, sobre el contenido de estos dictámenes para poder, así, alcanzar la necesaria certeza sobre el material jurídico extranjero que debe aplicar el juez español.

43. No son idóneos para probar un Derecho extranjero los “informes elaborados por abogados, y copias de normas sin garantía alguna de autenticidad” (STSJ Madrid Social 7 diciembre 2021 [trabajo prestado en Bolivia])⁵¹. Por otro lado, el hecho de que el perito experto en Derecho extranjero pertenezca al mismo despacho profesional en el que está integrado la abogada defensora no constituye causa que prive de validez al informe redactado sobre el Derecho extranjero (SAP Baleares 22 diciembre 2023 [divorcio y Derecho alemán])⁵².

44. El art. 33 LCJIMC no entra en la cuestión de saber si un tribunal español puede tomar en consideración un dictamen jurídico sobre Derecho extranjero que ya ha sido tenido en cuenta por otro tribunal español en un caso anterior. En realidad, como ha sugerido D. WIEDEMANN, nada en el precepto citado se opone a ello⁵³.

8. Lección octava. La prueba del Derecho extranjero (Derecho inglés) aplicable al contrato.

45. La doctrina legal escanciada por el Tribunal Supremo en esta STS 30 octubre 2024 y relativa a la prueba del Derecho extranjero merece, cuanto menos, una reflexión intensa, profunda y acabada. En efecto, la cuestión más relevante a destacar en esta sentencia es, sin duda, la relativa a la prueba del Derecho inglés que rige estos contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. La cuestión, como han expuesto ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, se plantea en los siguientes términos⁵⁴.

⁴⁹ Auto del Juzgado de los mercantil de Madrid n. 8, de 5 febrero 2013, *Aranzadi JUR*, n. 41855.

⁵⁰ SAP Barcelona 19 diciembre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:12794]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [Aranzadi JUR, n. 260610]; STS 27 julio 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3188].

⁵¹ STSJ Madrid Social 7 diciembre 2021 [ECLI:ES:TSJM:2021:14543].

⁵² SAP Baleares 22 diciembre 2023 [ECLI:ES:APIB:2023:3359].

⁵³ D. WIEDEMANN, “Haben Gerichtsentcheidungen und Gutachten zum ausländischen Recht eine Präzedenzwirkung?”, en RALF MICHAELS, JAN PETER SCHMIDT, EDS., *Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Marzo 2025, pp. 187-205.

⁵⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del Derecho extranjero”, *Actualidad Civil*, nº 4, abril de 2025, Editorial La Ley, pp. 1-9.

Primero. Los consumidores demandantes solicitan al juez español que declare la nulidad de estos contratos y basan sus posiciones jurídicas en la ley sustantiva española.

Segundo. La empresa demandada niega la nulidad de estos contratos porque afirma que el Derecho inglés es el aplicable a los mismos y que según tal ordenamiento jurídico, los contratos son válidos, pero no prueba ni acredita el contenido del Derecho inglés.

Tercero. En primera instancia y en apelación, los tribunales españoles dan la razón a los consumidores demandantes, aplican la Ley sustantiva española a los contratos, los declaran nulos y ordenan la devolución de las cantidades versadas por los adquirentes.

Cuarto. La empresa condenada recurre en casación y el TS le da la razón. Estima el Alto Tribunal que los contratos no se rigen por el Derecho español, sino por el Derecho inglés. En consecuencia, rechaza la petición de los consumidores de declarar nulos los contratos en cuestión sin que sea preciso probar el contenido del Derecho inglés. Es decir, ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el Tribunal supremo procede del siguiente modo: (i) no aplica el Derecho español, (ii) no exige al demandado que pruebe el Derecho inglés y (iii) desestima la pretensión del actor, de modo que el resultado final de la controversia es que los contratos impugnados se consideran válidos, eficaces, efectivos y obligan a las partes.

46. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo son imbatibles, a la par que elegantes y miríficos. Un examen ponderado de los mismos pone de relieve que el lector está ante una de las más brillantes sentencias de Derecho internacional privado escanciadas por la Sala de lo Civil del Alto Tribunal.

A) Imposibilidad de aplicar el Derecho español al fondo del asunto.

47. En primer lugar, indica el TS que no puede aplicarse al fondo del asunto el Derecho español. En efecto, los contratos, como se ha visto, están sujetos, exclusivamente, al Derecho inglés. Éste y no otro es el Derecho aplicable a los mismos. No existe posibilidad alguna de aplicar el Derecho español incluso si el Derecho inglés no ha sido probado ante los tribunales españoles por ninguna de las partes. La aplicación del Derecho español es imposible por varios motivos.

Primero. Las normas de conflicto vigentes en España, -tanto las europeas, contenidas, como sucede en este caso, en Reglamentos como las españolas-, son imperativas, pues así lo establece el art. 12.6 CC y también el art. 288.II TFUE⁵⁵. En consecuencia, los contratos se rigen por el Derecho inglés y no por el Derecho español. Si se aplicase a los mismos el Derecho español, se vulneraría el art. 12.6 CC, esto es, el carácter imperativo de las normas de conflicto vigentes en España⁵⁶.

Segundo. El Derecho extranjero, que es el aplicable al fondo del asunto, debe ser probado en los términos del art. 281.2 LEC. Si no se prueba no se puede aplicar al fondo del asunto. Como indica el TS, “[e]l Derecho extranjero debe probarse porque el juez español no está obligado a conocerlo, y la mera alegación del derecho extranjero no equivale a su prueba. El tribunal puede apoyar la prueba del derecho extranjero, pero no puede sustituir a las partes”. Es decir, sin prueba del Derecho extranjero, éste no puede aplicarse por los tribunales españoles. Si el actor, que debió basar su demanda en el Derecho inglés, no prueba el contenido de tal ordenamiento, el tribunal no puede probar tal Derecho, pues son las partes las que deben probar el Derecho extranjero aplicable en España. No el juzgador.

Tercero. El art. 33.3 LCJIMC no autoriza, en este caso, a aplicar el Derecho español al fondo del asunto. Dicho precepto sólo permite aplicar el Derecho sustantivo español cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Es decir, tal y como explica con

⁵⁵ R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXIV, 2024, pp. 335-351, esp. p. 341.

⁵⁶ Indica la STS 30 octubre 2024: “El art. 12.6 CC proclama la imperatividad de las normas de conflicto del Derecho español (de origen interno, convencional internacional, o procedentes de la Unión Europea), que deben aplicarse de oficio, lo que comporta que el juez deba resolver el litigio de acuerdo con la norma designada por las normas de conflicto aplicables. Desde el punto de vista procesal, el derecho extranjero, aun siendo derecho, es objeto de prueba”.

su habitual acierto A.-L. CALVO CARAVACA, cuando resulta imposible, *de facto*, para las partes, acceder al contenido del Derecho extranjero por causas plenamente justificadas: guerra o conflicto bélico en el país del que se trata, epidemias, pandemias y demás catástrofes naturales que hacen a las partes imposible adquirir el material jurídico extranjero pese a haber intentado, de buena fe, hacerse con el mismo⁵⁷. En realidad, tal y como apunta certeramente R. ARENAS GARCÍA, la imposibilidad de probar el Derecho extranjero es un suceso que se presentará en escasas ocasiones⁵⁸. Como es obvio, evidente y palmario, el Derecho inglés puede ser perfectamente acreditado por la parte que tiene el deber jurídico de hacerlo. Si no lo hace, no puede pretender que lo haga el juzgador español, sobre el que no recae ninguna obligación de asumir la acreditación del Derecho extranjero, ya que el principio *jura novit curia* sólo cubre las normas del Derecho español. El art. 33.3 LCJIMC es un precepto previsto para un caso excepcional. Sólo se activa, en consecuencia, en casos extraordinarios⁵⁹. Sólo en tales supuestos, excepcionales, esto cuando resulta fácticamente imposible, para las partes, probar el Derecho español, es cuando resulta preciso aplicar el Derecho sustantivo español para poder ofrecer una solución al fondo del asunto y no incurrir en denegación de justicia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, -no siempre bien glosada, entendida y comprendida por la doctrina-, apunta en esa dirección. Basta dar lectura a las palabras de la STS 30 octubre 2024: “[p]ara estos casos, la previsión legal de la excepcionalidad de la aplicación del Derecho español enlaza con la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, desde el punto de vista constitucional la aplicación del Derecho español se contempla como una posibilidad dirigida a evitar una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda. Por eso, las decisiones del Tribunal Constitucional en los casos en los que el Derecho extranjero no ha sido probado no han sido idénticas”. En suma, cuando un caso se rige por el Derecho extranjero y éste no puede ser probado, se aplicará el Derecho sustantivo español sobre la base del art. 33.3 LCJIMC. Por otro lado, cuando el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto puede ser probado pero la parte no lo ha hecho, entonces no cabe aplicar el Derecho sustantivo español. En tal supuesto, la solución correcta es la desestimación de la pretensión⁶⁰. Dice el TS, con expresa cita del ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004: “[c]uando ha sido la parte demandante quien ha invocado el derecho extranjero como fundamento de su pretensión, pero sin acreditar su vigencia y contenido, y pretende que se estime su pretensión conforme al derecho español, el Tribunal Constitucional ha considerado que no procedía estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que rechaza aplicar el derecho español”. El citado ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004 subraya que: “...el rechazo de las resoluciones judiciales discutidas a aplicar la legislación española ante la falta de prueba por el demandante del Derecho extranjero, no constituye una denegación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva, sino una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso (...) la simple disconformidad del recurrente con el razonamiento judicial, con su corrección o acierto, o el hecho de que la decisión a la que el mismo conduzca sea contraria a las pretensiones del recurrente, no implica lesión alguna del de-

⁵⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133-156.

⁵⁸ R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXIV, 2024, pp. 335-351, esp. p. 349.

⁵⁹ Indica el TS: “De esta forma, a la vista del tenor del art. 33.3 y de lo manifestado en el preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la aplicación subsidiaria del derecho español procede, de manera excepcional, cuando no pueda probarse el derecho extranjero aplicable, sin olvidar, se dice, la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. El art. 33 de la Ley 29/2015 solo establece una solución expresa para los casos de falta de prueba del derecho extranjero en los casos en «que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero»”.

⁶⁰ Así lo indica

R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXIV, 2024, pp. 335-351, esp. p. 343: la desestimación de la demanda “... es la solución que mejor responde, a la vez, a lo previsto en el art. 12.6º Cc (y, en general, al carácter imperativo de las normas de conflicto) y a las reglas sobre prueba tanto de la LEC (arts. 281 y 282) como de la LCJIMC (art. 33)”.

*recho fundamental que protege el art. 24.1 CE...*⁶¹. El perfecto y armonioso maridaje entre la doctrina legal del ATC 422/2004 y la que incorpora la STS 30 octubre 2024, resulta ser un cálido homenaje a la eficiencia del Derecho internacional privado y a la economía procesal. Ello trae claridad en la alegación y prueba del Derecho extranjero, celeridad en la solución de las controversias judiciales con elementos extranjeros y luz para los litigantes futuros.

48. En suma, la cuestión de la nulidad de estos contratos no puede decidirse con arreglo al Derecho español “*porque no es éste el Derecho aplicable de acuerdo con la norma de conflicto y porque la aplicación del Derecho español tampoco puede basarse en este caso en el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015, de 30 de julio*”. En efecto, el citado art. 33.3 LCJIMC sólo permite aplicar el Derecho español en el caso de que resulte imposible, para las partes, probar el Derecho extranjero, el Derecho inglés, lo que aquí no sucede, pues el Derecho inglés se puede probar. Aplicar el Derecho sustantivo español a un caso regido por un Derecho extranjero es una solución excepcional ante casos extraordinarios, lo que aquí no sucede. Esta solución excepcional, como justamente observa E. CASTELLANOS RUIZ, es la misma que acoge el art. 67.1 TRLGDCU, norma que establece que “[*c*]uando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española”⁶².

49. La única posibilidad de que el juzgador español aplique el Derecho sustantivo español al fondo de un asunto regido por un Derecho extranjero es la contemplada en el art. 33.3 LCJIMC, como se ha avanzado, precepto que incorpora la doctrina que, en ese sentido, había dejado bien sentada la famosa (STC 10/2000 de 17 enero 2000, *caso de los armenios*)⁶³. Es decir: sólo podrá aplicarse el Derecho sustantivo español cuando resulte imposible, a las partes, probar el Derecho extranjero (SAP Girona 7 junio 2004)⁶⁴.

B) Imposibilidad de aplicar el Derecho inglés al no haber sido probado

a) Regla general: el Derecho extranjero debe ser siempre probado

50. En segundo lugar, a pesar de que es cierto que el caso se rige por el Derecho inglés, el tribunal español que conoce del asunto no puede aplicar tal Derecho porque éste no ha sido probado. Indica la STS 30 octubre 2024 que “*corresponde a las partes la prueba del derecho extranjero (art. 281.2 LEC y art. 33.1 LCJIMC)*” y ninguna de las partes ha probado el Derecho inglés.

No se puede aplicar en España un Derecho extranjero cuyo contenido se ignora, lo que lleva a afirmar que es imposible decidir, en este caso, si los contratos impugnados son nulos o son válidos, que es lo que pretende que se declare la parte actora. El Derecho inglés rige dicha cuestión y como no se ha probado en el proceso seguido en España, no puede aplicarse.

51. En relación con esta cuestión, la regla general consiste en que cada vez que debe aplicarse un Derecho extranjero, éste debe probarse en el concreto proceso de que se trate. La regla arranca de una

⁶¹ ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004, *Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 422 AUTO.

⁶² En tal sentido, precisa el TS: “*Es decir, que al igual que el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, el art. 67.1 TRLGDCU subordina la aplicación subsidiaria de la ley española a que «no se haya podido probar» la ley extranjera, solución que no es de aplicación cuando, como sucede en el caso, la pretensión de la parte demandante debería fundarse, conforme a lo previsto en los contratos que suscribió, en el Derecho inglés y, sin embargo, ni ha alegado ni probado que conforme a ese derecho los contratos sean nulos, ni ha hecho mención a la imposibilidad de prueba de tal derecho*”. Vid. las clarividentes explicaciones sobre la ratio de esta norma que proporciona E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: Competencia judicial internacional y ley aplicable*, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 33-37 y E. CASTELLANOS RUIZ, “Comentario al art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 590-615.

⁶³ STC 10/2000 de 17 enero 2000, *Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 10, BOE núm. 42 de 18 febrero 2000.

⁶⁴ SAP Girona 7 junio 2004 [CENDOJ 17079370022004100216].

sencilla premisa: se puede presumir que el tribunal español no conoce el Derecho extranjero que debe aplicar al caso. Por eso hay que probarlo. Será, sin duda, el supuesto caso más normal y más frecuente, como demuestra la jurisprudencia española (STSJ Madrid Social 31 enero 2017 [despido laboral en Qatar], STSJ Madrid Social 22 julio 2016 [trabajo en colegio italiano en Madrid], STSJ Galicia CA 22 mayo 2013 [Derecho laboral francés])⁶⁵.

La doctrina de Derecho internacional privado que se muestra más perspicaz, sutil y lúcida apunta a la posible existencia de dos excepciones a esta regla general, excepciones que cuentan, también con cierto apoyo jurisprudencial. En primer lugar, si el tribunal español, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento del Derecho extranjero, éste debe quedar acreditado en autos, pero no será preciso exigir a las partes la prueba del mismo. No es preciso probar lo que ya ha quedado probado. Muy bien lo expresa R. MICHAELS, cuando afirma que el Derecho extranjero que el juez conoce deja de ser un material jurídico extraño a él y por lo tanto, ya no requiere prueba⁶⁶.

En segundo término, cuando una parte invoca el Derecho extranjero no como *ratio decidendi* para que sea “aplicado” por el tribunal español al fondo del asunto, sino como mero apoyo *ad adiuvandum* de sus pretensiones o como “ejemplo jurídico” que se proporciona al tribunal, o como dato para que quede acreditado que una concreta legislación está vigente en un determinado territorio, entonces no es necesario probar el Derecho extranjero (SAP Madrid 20 febrero 2014 [reclamación de honorarios profesionales y Derecho de Hong-Kong]; STS 10 mayo 2007)⁶⁷.

b) Acreditación del Derecho extranjero

52. El art. 281.2 LEC se refiere a la “prueba” del Derecho extranjero. Sin embargo, el Derecho extranjero, más que “probarlo”, hay que “acreditarlo”, en celeberrima y famosísima frase de la excelente STS 3 marzo 1997⁶⁸. La prueba es una actividad diseñada para los “hechos procesales”. El Derecho extranjero no es un mero “hecho procesal”: el “ser” del Derecho extranjero lo define su “función”, como expone ZACHARY D. CLOPTON. El Derecho extranjero es Derecho porque opera, actúa y se aplica como Derecho, esto es, porque funciona como Derecho, porque es un sistema jurídico que asigna facultades, derechos y obligaciones y que resuelve controversias, disputas y conflictos entre particulares⁶⁹. Por ello, la “acreditación” del Derecho extranjero no sigue estrictamente las reglas sobre la prueba rigurosa de los hechos procesales. Los medios de acreditación del Derecho extranjero siguen un “régimen jurídico par-

⁶⁵ STSJ Madrid, Social, 31 enero 2017 [Aranzadi JUR, n. 89432]; STSJ Madrid Social 22 julio 2016 [ECLI:ES:TSJM:2016:9305]; STSJ Galicia CA 22 mayo 2013 [CENDOJ 15030330012013100450].

⁶⁶ R. MICHAELS, “Was ist fremdes Recht? – Rechtstheoretische Grundlagen des § 293 ZPO. en R. MICHAELS, & J. P. SCHMIDT (EDS.), *Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2025, pp. 33-59: “*Ausländisches Recht, das dem Richter vertraut ist oder das er sich zumutbar aneignen kann, ist nicht fremd und bedarf also nicht des Beweises*”.

⁶⁷ STS 10 mayo 2007 [ECLI:ES:TS:2007:2694]; SAP Madrid 20 febrero 2014 [CENDOJ 28079370212014100097].

⁶⁸ STS 3 marzo 1997 [ECLI:ES:TS:1997:1494], cuyas inmarcesibles palabras vale la pena recordar en esta sede y momento: “*Se ha hecho notar, en este sentido, que el “iura novit curiae”, aún atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción dada al Título preliminar del Código civil por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita” b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable. En consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba, como así resulta, también, del dictamen pericial atípico que regula el Convenio Europeo acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 de junio de 1968, al que adhirió España en 19 de noviembre de 1973”.*

⁶⁹ ZACHARY D. CLOPTON, “Foreign Law on the Ground”, *The Yale Journal of International Law*, 2025, pp. 50-91.

“particular” caracterizado por su flexibilidad, libertad de medios probatorios o “prueba libre” (SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]; SAP Huesca 14 diciembre 2005)⁷⁰.

c) Prueba del Derecho extranjero designado por normas de Derecho europeo o por convenios internacionales vigentes para España

53. La necesidad de probar el Derecho extranjero cubre todo caso de aplicación del mismo en los procesos que se siguen en España. Las reglas sobre imputación del deber jurídico de acreditar el Derecho extranjero son las reglas propias del Derecho procesal español. Ello, por tanto, se proyecta en relación con las normas de conflicto españolas, tanto de origen interno como internacional y también en relación con las normas de conflicto contenidas en instrumentos legales de la Unión Europea, como el Reglamento Roma I. La STS 30 octubre 2024 confirma esta doctrina. En efecto, el hecho de que el Derecho extranjero sea aplicable en virtud de una norma de conflicto contenida en un reglamento europeo o en un convenio internacional no incide en la prueba del Derecho extranjero. Éste debe practicarse con arreglo a lo que establece el Derecho español, esto es, a instancia de parte, como bien ha dejado claro la jurisprudencia (AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [accidente de circulación en España]; SAP Asturias 10 febrero 2012 [accidente de circulación ocurrido en Marruecos]; SAP Las Palmas 30 junio 2008 [accidente de circulación en Portugal y Derecho portugués no probado]; STS 27 diciembre 2006 [Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales]; SAP Alicante 18 noviembre 2003)⁷¹.

54. Las cuestiones de “prueba del Derecho extranjero” suelen quedar al margen de tales convenios y reglamentos, que no regulan ni interfieren en esta cuestión, como bien demuestra el cuidadoso estudio de T.C. HARTLEY⁷². Es preciso también, apunta también H.J. SONNENBERGER, recordar que la no aplicación de un Derecho extranjero designado por una norma de conflicto contenida en un instrumento legal internacional, debida a la falta de prueba de tal Derecho extranjero, no supone un incumplimiento, por parte de España, del instrumento internacional en cuestión⁷³.

C) Prohibición de probar el Derecho inglés por el juez español.

55. La LEC establece que, como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte. En otras palabras: son las partes las que deben probar el Derecho extranjero. La parte que, por indicación de la norma de conflicto europea o española, deba fundamentar su pretensión en un Derecho extranjero, deberá también probar tal Derecho extranjero. La carga de la prueba del Derecho extranjero recae, pues, sobre las partes. Para ser más preciso desde un punto de vista dogmático, debe decirse que, más que la “carga procesal”, las partes tienen el “deber jurídico” de probar diligentemente el Derecho extranjero. Así lo confirma el Preámbulo de la LCJIMC 2015: “[n]uestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios”⁷⁴.

56. La regla general según la cual el Derecho extranjero debe ser probado, exclusivamente, por las partes, y no por el tribunal, se extrae de dos preceptos legales.

⁷⁰ SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627]; SAP Huesca 14 diciembre 2005, *Aranzadi AC*, n. 2377.

⁷¹ AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1277A]; SAP Asturias 10 febrero 2012 [ECLI:ES:APO:2012:283]; SAP Las Palmas 30 junio 2008 [ECLI:ES:APGC:2008:2082]; STS 27 diciembre 2006 [ECLI:ES:TS:2006:8582]; SAP Alicante 18 noviembre 2003, *Aranzadi JUR*, n. 43061.

⁷² T.C. HARTLEY, “The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2006, vol. 319, pp. 9-324.

⁷³ H.J. SONNENBERGER, “Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011-IV, pp. 529-534. En el mismo sentido *vid.* J. BASEDOW, “Uniform Interpretation of Uniform Private Law Conventions: On Treaty Law, Global Jurisprudence and Procedural Safeguards”, *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 56, No. 1, 2023, pp. 1-28, 2023, (Max Planck Private Law Research Paper No. 24/8).

⁷⁴ *Vid.* Dicho texto en Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015).

En primer lugar, es preciso acudir, una vez más, al art. 281.1 LEC. El precepto establece una muy clara distinción entre (i) la “*prueba del Derecho extranjero*” por un lado, y (ii) la “*aplicación*” del mismo, por otro lado. Esta distinción está perfectamente asumida por jurisprudencia consolidada y clara: SAP Murcia 14 noviembre 2008 [prueba del Derecho alemán]; SAP Asturias 10 febrero 2012 [accidente de circulación ocurrido en Marruecos]; SAP La Rioja de 22 junio 2009, SAN CA 18 noviembre 2010 [sociedad con domicilio en Malvinas]; SAP Madrid 18 enero 2013 [contrato de agencia y Ley mejicana]; SAP Madrid 4 diciembre 2020 [matrimonio islámico celebrado en Madrid]⁷⁵. La “*prueba del contenido y vigencia*” del Derecho extranjero corresponde a las partes y no a los tribunales. Por el contrario, la “*aplicación*” del Derecho extranjero corresponde al tribunal, pero ello sólo ocurre una vez que la acreditación del Derecho extranjero ya se ha realizado por las partes.

En segundo lugar, debe considerarse el art. 282 LEC. Dicho precepto que regula la “*iniciativa de la actividad probatoria*” y alude a la prueba en general, sin ceñirse exclusivamente a la prueba de los “*hechos*”. El art. 282 LEC cubre, por tanto, la prueba de “*todo aquello que se debe probar*”, como, por ejemplo, el Derecho extranjero o la costumbre como fuente del Derecho.

En sintonía con la regla descrita, aplicable a todos los procesos regidos por el principio dispositivo, el tribunal no puede “*suplir*” la prueba del Derecho extranjero. Dicha prueba compete a las partes, no al tribunal. El juez no puede practicar de oficio la prueba del Derecho extranjero (*ne procedat iudex ex officio*), precisamente, porque ello compete a las partes. Así lo subraya, de modo abrumador, la jurisprudencia española⁷⁶.

57. La imputación de la carga de la prueba del Derecho extranjero a las partes y no al tribunal que debe juzgar el caso es una regla que se justifica por dos razones de clara naturaleza económica.

Primera razón. Visto que la aplicación del Derecho extranjero afecta a un “*interés particular*” y no a “*intereses de la comunidad social*”, es justo que sean las partes las que asuman los costes de la prueba del Derecho extranjero y no los órganos judiciales ni el erario público. Se trata de una explicación

⁷⁵ SAP Murcia 14 noviembre 2008 [Aranzadi JUR, 104636]; SAP Madrid 4 diciembre 2020 [ECLI:ES:APM:2020:15171]; SAP Asturias 10 febrero 2012 [ECLI:ES:APO:2012:283]; SAP Madrid 18 enero 2013 [CENDOJ 28079370252013100009]; SAP La Rioja de 22 junio 2009, Aranzadi JUR, n. 309298; SAN CA 18 noviembre 2010 [ECLI:ES:AN:2010:5030]. Es conveniente recordar los párrafos más significativos de la citada SP Murcia 14 noviembre 2008: “*máxime cuando -se reitera- ninguna actividad probatoria había sido propuesta con anterioridad por la parte hoy apelante, tendente a acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, pese a que sobre ella recaía la carga de la prueba de ese contenido y vigencia, en atención a lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el órgano judicial estuviese obligado a impulsar actividad probatoria alguna, en tal sentido, tratándose de una mera facultad de dicho órgano la previsión contenida en el último inciso del apartado 2. del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es más, esa facultada sólo debe ser ejercitada para complementar, en su caso, la actividad probatoria que las partes ya hubiesen desplegado en acreditación del derecho extranjero y sólo con la finalidad de proceder a la correcta aplicación de dicho derecho al supuesto objeto de enjuiciamiento, pues nótese que el artículo 281.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre la prueba del “contenido y vigencia” del derecho extranjero, cuya iniciativa ha de entenderse atribuida exclusivamente a las partes, en atención a lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la “aplicación” del derecho extranjero previamente acreditado por las partes, de tal manera que sólo respecto de su “aplicación” se conceden facultades al órgano judicial para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios. Es por ello que cuando el Juzgado, una vez concluida por completo la tramitación de las diligencias finales previamente acordadas y una vez que habían sido dejados los autos para Sentencia, dicta la providencia de 24 de mayo de 2.006 acordando que se dé traslado a las partes para que procedan a la prueba del contenido, vigencia y aplicabilidad del derecho extranjero, no sólo actúa de forma completamente extemporánea, sino que procede a impulsar una actividad probatoria referente a la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero que sólo a las partes correspondía impulsar y probar, por lo que no puede considerarse ajustado a derecho ese requerimiento a las partes realizado por el órgano judicial. Si a ello se une que la parte ahora apelante ni siquiera cumplió correctamente la obligación de realizar el depósito de la provisión de fondos que le fue requerida, en el plazo que le fue indicado y que, por tanto, dicha prueba, improcedente y extemporáneamente -se reitera-, acordada de oficio por el órgano judicial de primer grado, no pudo ser practicada por causa exclusivamente imputable a la parte ahora apelante, es claro que la conclusión no puede ser otra que el pleno rechazo de la petición de nulidad de actuaciones que se esgrime en esta alzada”.*

⁷⁶ Entre otros numerosísimos pronunciamientos, vid. SAP Murcia Penal 31 marzo 2017 [Derecho marroquí], Aranzadi JUR, n. 124112; SAP Barcelona 15 enero 2014 [informes contradictorios sobre el Derecho irlandés] [CENDOJ 08019370192014100003]; SAP Asturias 10 febrero 2012 [accidente de circulación ocurrido en Marruecos] [ECLI:ES:APO:2012:283]; SAP Castellón 29 abril 2010 [divorcio entre cónyuges rumanos], Aranzadi JUR, n. 253294; SAP Barcelona 28 julio 2009 [divorcio contencioso entre cónyuges marroquíes] [CENDOJ 08019370122009100525].

que se encuentra en la base de la SAP Barcelona 25 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos] y también de la STSJ Andalucía Social 1 junio 2004⁷⁷.

Segunda razón. El legislador español entiende que las partes están “mejor situadas” que el juez para poder probar el Derecho extranjero. Esto es, las partes pueden probar un Derecho extranjero a un coste más reducido que el que le comportaría al juez, como destaca de modo particularmente lúcido la STS 17 abril 2015 [cesión de créditos y Derecho holandés]⁷⁸. Así, dos personas que habitan en China, país donde han contraído matrimonio, están en una posición más favorable para probar el Derecho chino relativo al régimen económico matrimonial. Lo pueden probar a menor coste que el coste que tendría que arrostrar el tribunal español (ATSJ Cataluña 16 junio 2016 [Derecho chino y régimen económico matrimonial])⁷⁹. En consecuencia, la imputación a las partes de la prueba del Derecho extranjero es una regla eficiente, una solución económicamente justificada, una expresión de la economía jurídica del Derecho internacional privado y del Derecho procesal civil internacional, como ha sido señalado por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁰. Así lo demuestra, también, con gran solvencia dogmática, el documentado, -y crítico al mismo tiempo-, estudio de J. VERHELLEN. Este autor se refiere, sin embargo, a la prueba del Derecho extranjero como “el talón de Aquiles del Derecho internacional privado”. Este experto pone de manifiesto que los instrumentos técnicos a disposición de los jueces son en la actualidad, escasos y poco efectivos y resultan obsoletos en la era de las autopistas de la información⁸¹. Los jueces, pues, se encuentra condicionados en sentido negativo y, debido a su falta de medios, con frecuencia sólo pueden probar el Derecho extranjero a un coste muy elevado, como señalan, con un cierto sesgo de reprobación, E.A. POSNER / J.C. YOO⁸².

En realidad, como se ha indicado antes, más que una “carga procesal” de probar el Derecho foráneo, existe un “deber jurídico” de probar el Derecho extranjero. Las partes en el proceso, y no el juez, son las que tienen el deber jurídico de probar el Derecho extranjero que rige el fondo del asunto por mandato de la norma de conflicto. Las partes tienen el “deber jurídico” de probar diligentemente el Derecho extranjero, como muy bien puntualizan M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁸³.

58. Existen ciertas excepciones que permiten al tribunal intervenir en la “aplicación” del Derecho extranjero, si bien ninguna concurre en el supuesto objeto de la STS 30 octubre 2024.

⁷⁷ SAP Barcelona 25 marzo 2009, *Aranzadi JUR*, n. 156579]; STSJ Andalucía Social 1 junio 2004 [CENDOJ 410913 40012004100154].

⁷⁸ STS 17 abril 2015 [CENDOJ 28079110012015100235] [ECLI:ES:TS:2015:1868]: “*Y en cuanto a la falta de práctica de diligencias finales para probar el Derecho holandés, además de que constituye otra simple hipótesis que el Juez hubiera procedido a la práctica de diligencias finales para probar el Derecho holandés, ha de concluirse que si los recurrentes no fueron diligentes en practicar prueba sobre el mismo (tanto el Sr. Jon Pelayo como la Sra. Julia Guillerma son de nacionalidad holandesa y tenían facilidad probatoria para hacerlo), no pueden alegar que se les produjo indefensión. Como se expondrá más adelante, no existe obligación del órgano judicial de investigar el Derecho extranjero*”.

⁷⁹ ATSJ Cataluña 16 junio 2016, *Aranzadi JUR*, n. 2016\174094 [ECLI:ES:TSJCAT:2016:246A].

⁸⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España. Una aproximación económica”, en H. SOLETO MUÑOZ/R. LÓPEZ JIMÉNEZ/A. ARNÁIZ SERRANO/S. OUBIÑA (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 1709-1734.

⁸¹ J. VERHELLEN, “Access to foreign law in practice: easier said than done”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 281-300.

⁸² E.A. POSNER / J.C. YOO, “A Theory of International Adjudication”, John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 206 / Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 146, 2018, available in: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> / <http://ssrn.com/abstract=507003>.

⁸³ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 525-527: “*hablar aquí de carga de la prueba en sentido técnico-jurídico no es correcto: no se entiende que se exija prueba a las partes para aplicar el Derecho extranjero y al mismo tiempo se le permita al juez ‘comprobar’ ex officio si las partes lo han probado.... esto explica que, en lugar de hablar de ‘carga de la prueba’, el art. 281.2 LEC utiliza la expresión ‘deber’ (...) la auténtica obligación de la parte que invoca el Derecho extranjero no es probar su contenido, sino el deber de utilizar los medios de prueba razonablemente disponibles. Más que una carga de la prueba objetiva, estamos ante un deber de diligencia probatoria o una carga de la prueba subjetiva (así parece entenderlo el propio TC en la STD 10/2000) (...) lo que significa ese ‘deber de probar’ para quien invoca el Derecho extranjero es el deber de agotar los medios de prueba razonablemente disponibles y necesarios...».*

En primer lugar, el tribunal puede intervenir a este respecto sólo cuando las partes hayan probado el Derecho extranjero con más o menos éxito, a fin de completar dicha prueba. Se trata de una intervención del tribunal que es, siempre, “complementaria” a la actividad de prueba de tal Derecho desplegada previamente por las partes y que es, siempre, también, “facultativa”. Así lo establece el art. 281.2 LEC precisa que el tribunal “*puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”. Además, el art. 282.II LEC admite que, en ciertos casos, el tribunal “*podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*”. Debe subrayarse que si el Derecho extranjero. Un ejemplo puede verse en la SAP Huesca 27 noviembre 2007 [conflicto internacional transitorio: nueva Moudawwana marroquí de 2004]⁸⁴.

En segundo lugar, cierta doctrina ha defendido que, en ciertos casos, el legislador ordena aplicar un Derecho extranjero sin necesidad de que sean las partes las que prueben su contenido, con el fin de salvaguardar un “interés público” o “general”. Ese “interés público” debe prevalecer. Por ello, cierta doctrina afirma que si las partes no prueban el Derecho extranjero, el tribunal o el Ministerio Fiscal deberán probar, de oficio, el Derecho extranjero. El coste de probar el Derecho extranjero lo asume el tribunal y el Estado porque se halla implicado un interés sensible y general o público que afecta a la comunidad social. Es el caso de las normas internacionalmente imperativas del Derecho extranjero (*Eingriffsnormen*) y de ciertos procesos especiales como los de divorcio que afectan a menores, adopción, alimentos a los hijos, custodia de menores, etc., en los que el Ministerio Fiscal debe defender “intereses sensibles” y si para defender tales intereses debe aplicarse el Derecho extranjero, el Ministerio Fiscal deberá probarlo. Así, en el caso de la adopción internacional, si las partes no invocan y/o no prueban el Derecho extranjero, existe una autorización implícita a los tribunales españoles para probar y aplicar el Derecho extranjero aplicable al caso en defensa de la legalidad, de los intereses generales y, en especial, del interés del menor. En la SAP Murcia 7 marzo 2023 [adopción en España de menor marroquí], las partes no probaron el Derecho marroquí, -que, como es sabido y en aplicación de la famosa regla coránica, prohíbe la adopción-, para intentar adoptar, así, a un menor marroquí ante autoridades españolas⁸⁵. El tribunal, con buen criterio, probó de oficio el Derecho marroquí y demostró que el Derecho marroquí prohíbe taxativamente la adopción, de modo que se rechazó la constitución de dicha adopción en España.

59. Tampoco están autorizados los tribunales españoles a desempolvar la teoría, -muy querida por algunos juzgadores patrios-, de la “equivalencia entre la ley sustantiva extranjera y la ley sustantiva española”. Cuando la norma de conflicto designa una concreta Ley estatal aplicable, ésta rige el supuesto. No es correcto afirmar, como ha hecho algunos autores y cierta jurisprudencia, que si la Ley extranjera designada por la norma de conflicto presenta el mismo contenido que la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex materialis fori*) o produce las mismas consecuencias jurídicas, entonces se puede aplicar la *lex fori* y asunto resuelto. Es decir: en los casos de “falsos conflictos de Leyes”, -según esta equivocada tesis-, se puede aplicar la *lex fori* / Ley material española, y no la Ley extranjera. Sin embargo, la tesis de la equivalencia no es aceptable. En estos supuestos, debe aplicarse, en todo caso, la Ley extranjera a la que conduce la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta tesis, edificada sobre la “economía conflictual” y la “economía procedimental” (= “*economie procédurale*”), subraya que la “*similitude de résultats*” justifica la no aplicación de las normas de Derecho internacional privado y la no aplicación del Derecho extranjero eventualmente reclamado por tales normas, explica PH. MALAURIE⁸⁶. En favor de esta tesis se pronuncia numerosa jurisprudencia extranjera (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 13 abril 1999) y española, si bien con tantos matices como colores existen en el arco iris⁸⁷. Ejemplos recientes se encuentran, entre otras muchas, en la SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]; SAP Barcelona 13

⁸⁴ SAP Huesca 27 noviembre 2007, *Aranzadi AC*, n. 304.

⁸⁵ SAP Murcia 7 marzo 2023 [ECLI:ES:APMU:2023:650].

⁸⁶ PH. MALAURIE, «Loi uniforme et conflits de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1967, vols. 25-27, pp. 83-109. *Vid.* también, la sentencia Cour de Cassation, Francia, 21 abril 1959, *Dufresnes* [*Dalloz*, 1959, p. 521, note PH. MALAURIE].

⁸⁷ Sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 13 abril 1999 [*Bulletin* 1999 I, n. 133 p. 86].

julio 2018 [accidente en Francia], con matices; SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [sustracción de menor de la República Checa a España])⁸⁸.

60. Cierta doctrina y numerosos tribunales ingleses sienten una querencia muy intensa por esta tesis, pues la misma incrementa su amado legefórmismo y el carácter facultativo de las normas de conflicto británicas, como ha mostrado recientemente el brillante trabajo de M. TEO⁸⁹. A la jurisprudencia española le atrae esta tesis como los dulces atraen a los niños, por dos razones. En primer lugar, a un elevado número de tribunales españoles les resulta extremadamente más cómodo y rápido aplicar la *lex materialis fori* (Ley sustantiva española) que la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, todo ello aunque se trate de una tesis que resulta claramente *contra legem*. Por ello, por pura comodidad judicial, suelen emplear esta tesis. En segundo término, en ocasiones, el tribunal español determina la Ley aplicable y ésta resulta ser una Ley extranjera, pero en el fondo, no está muy seguro de ello y piensa que, quizás, el caso debía regirse por la Ley española. Por tanto, el tribunal realiza la siguiente finta argumentativa: sea cual fuere la Ley aplicable, la Ley extranjera o la Ley española, el resultado no cambia, de modo que puede aplicarse la Ley española (SAP Girona 6 junio 2012 [contrato de préstamo regido por el Derecho holandés]: “[e]n consecuencia tanto si aplicamos el derecho holandés como el español, la cesión es válida y obliga a los demandados frente al nuevo deudor...”)⁹⁰. En otros casos, la Ley aplicable es una Ley extranjera pero ante su falta de prueba fiable, el tribunal aplica la Ley española y afirma, para evitar recursos y otras complicaciones, que el contenido del Derecho extranjero no probado de manera correcta es, de todos modos, igual o equivalente al contenido del Derecho material español (SAP Madrid 17 enero 2019 [accidente en Portugal])⁹¹.

61. La tesis de la equivalencia entre ley extranjera y *lex materialis fori* no cuenta con ningún soporte legal. Ninguna norma jurídica autoriza a “no aplicar” el Derecho extranjero por su presunta igualdad o similitud con el Derecho sustantivo español. Todo lo contrario. En efecto, cuando una norma de conflicto española conduce a la aplicación de un Derecho extranjero, el carácter imperativo de tal norma de conflicto (art. 12.6 CC) obliga a los tribunales españoles a aplicar tal Derecho extranjero y prohíbe, contrario sensu, la aplicación del Derecho material español a la situación privada internacional de la que se trate. Por otra parte, la afirmación de que dos Derechos estatales son “idénticos” o “sustancialmente similares” o “equivalentes”, raramente se verifica en la práctica. Ciertas diferencias siempre existen y pueden resultar relevantes para la resolución del fondo del asunto. Así, dos Derechos estatales pueden ser iguales, pero la interpretación que se hace de cada Derecho estatal es diferente en cada país. Así en el célebre caso de la sentencia Cour de Cassation, comm., Francia, de 4 marzo 1963, *Hocke*, los tribunales alemanes y franceses aplicaban la misma norma, el Convenio de Ginebra de 7 junio 1930 sobre letra de cambio y pagaré⁹². Dicho texto indicaba que el aval se presumía otorgado para el librador. Sin embargo, los tribunales alemanes entendían que se trataba de una presunción simple o *juris tantum* que admitía prueba en contrario, mientras que los tribunales franceses opinaban que se trataba de una presunción legal *juris et de jure* sin posible prueba en contrario.

62. En realidad, incluso ante casos de “falsos conflictos de leyes” resulta necesario determinar, siempre, el concreto Derecho estatal que rige el supuesto y es forzoso aplicar, en su caso, la Ley extranjera a la que remite la norma de conflicto española o europea. Esta segunda tesis es correcta y ello por varios motivos.

En primer lugar, conocer el Derecho aplicado al fondo del asunto es un derecho subjetivo de las partes, que sólo de este modo pueden, en su caso, interponer un recurso jurídicamente bien construido

⁸⁸ SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [ECLI:ES:APB:2018:6940]; SAP Pontevedra 6 octubre 2016 [CENDOJ 36038370012016100461].

⁸⁹ M. TEO, “The inference of similarity”, *The Cambridge Law Journal*, First View, online, mayo 2025.

⁹⁰ SAP Girona 6 junio 2012 [CENDOJ 17079370012012100233].

⁹¹ SAP Madrid 17 enero 2019 [ECLI:ES:APM:2019:773].

⁹² Sentencia de la Cour de Cassation, comm., (Francia), de 4 marzo 1963, *Hocke*, *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 235 y la espléndida “nota”, ya clásica, debida a P. LAGARDE.

ante una instancia judicial superior. En efecto, en el recurso contra una decisión judicial deben ser citados los concretos preceptos legales presuntamente infringidos y en caso contrario, el recurso se desestimará.

En segundo término, determinar qué concreto Derecho estatal rige un supuesto internacional es necesario para solventar problemas de formación de la jurisprudencia. En efecto, si el tribunal aplica Derecho español, puede generar “jurisprudencia” (art. 1.6 CC), pero si aplica Derecho extranjero, lo que el tribunal indique sobre tal Derecho extranjero no constituye “jurisprudencia”.

En tercer lugar, precisar el concreto Derecho estatal aplicable es necesario, también, porque sólo el Derecho extranjero debe ser probado. Por tanto, si se aplica Derecho español, las partes no deben probarlo, pero si se aplica Derecho extranjero, la parte que invoca la aplicación del mismo debe acreditar su contenido y vigencia (art. 281.2 y 282 LEC).

D) Determinación de la parte que debe probar el Derecho inglés

63. Es este punto, la STS 30 octubre 2024 se muestra especialmente lúcida y clarividente. Para precisar cuál es la parte, -demandante o demandado-, que debe acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, -Derecho inglés en este caso-, es necesario arrancar del famoso principio de “adquisición procesal”, por todos conocido. Se trata de una columna vertebral del entero art. 281 LEC. El principio citado significa que, una vez que un hecho ha sido probado en el proceso, tal hecho queda incorporado al proceso y produce los efectos determinados en la Ley, de modo que resulta indiferente cuál haya sido la concreta parte que haya aportado el hecho probado.

Este principio presenta un doble alcance en los litigios regidos por el Derecho extranjero. Así lo ha indicado una aquilatada y robusta línea jurisprudencial particularmente meticulosa (SAP Madrid 14 enero 2022 [conocimiento de embarque]; STS 17 abril 2015 [cesión de créditos y Derecho holandés]; SAP Lleida 15 enero 2016 [matrimonio entre cónyuges búlgaros])⁹³.

64. En primer término, cualquiera de las partes puede probar el Derecho extranjero y aportarlo al proceso que se sigue en España. Lo más habitual es que el Derecho extranjero sea probado por la parte a la que interesa la aplicación de ese Derecho extranjero, esto es, por la parte que “invoca el Derecho extranjero” a su favor, la parte que lo alega, la parte que basa su argumentación jurídica en el Derecho extranjero. Es ésa la parte que desea incorporar el contenido normativo del Derecho extranjero al proceso que se desarrolla en España o la que desea invocar el resultado de aplicar un Derecho extranjero a una concreta cuestión. Así lo corrobora abundantísima jurisprudencia, de la que dan testimonio numerosos pronunciamientos judiciales, entre los que destacan las recientes (SAP Madrid 30 mayo 2024 [transporte]; SAP Madrid 11 marzo 2024 [fotografías en Italia]; SAP Tarragona 15 febrero 2024 [Derecho francés no probado]; SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]; STSJ Madrid, Social, 26 octubre 2020 [Derecho laboral italiano no probado]; STSJ Aragón, Social, 9 diciembre 2020 [prueba fallida del Derecho búlgaro]; SAP Ourense 30 junio 2020; SAP Madrid 4 diciembre 2019 [Derecho marroquí]; SAP Baleares 28 octubre 2019 [matrimonio entre alemanes])⁹⁴.

Esta regla es sólida, constante y clara en la práctica de los tribunales españoles: son las partes las que deben probar el Derecho extranjero y, en concreto, la parte procesal que debe probar el Derecho extranjero es la que apoya sus pretensiones en tal Derecho extranjero, la que invoca el Derecho extranjero como fundamento de sus pretensiones, ya sea el demandante o ya sea el demandado, pero sólo si es que éste reconviene, naturalmente. En este sentido, entre otros muchos pronunciamientos, se ha incluido jurisprudencia significativa, entre la que puede destacarse la SAP Toledo 20 mayo 2021 [sucesión de

⁹³ SAP Madrid 14 enero 2022 [ECLI:ES:APM:2022:1229]; STS 17 abril 2015 [CENDOJ 28079110012015100235] [ECLI:ES:TS:2015:1868]; SAP Lleida 15 enero 2016 [CENDOJ 25120370022016100008].

⁹⁴ SAP Madrid 30 mayo 2024 [ECLI:ES:APM:2024:8861]; SAP Tarragona 15 febrero 2024 [ECLI:ES:APT:2024:204]; SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627]; STSJ Madrid, Social, 26 octubre 2020 [ECLI:ES:TSJM:2020:11893]; SAP Ourense 30 junio 2020 [ECLI:ES:APOU:2020:372]; SAP Madrid 4 diciembre 2019 [ECLI:ES:APM:2019:16397]; SAP Baleares 28 octubre 2019 [ECLI:ES:APIB:2019:2338].

causante suiza], la SAP Palencia 12 julio 2019 [filiación y Derecho inglés], la SAP Baleares 23 febrero 2017 [régimen económico matrimonial y Ley belga], el AAP La Rioja 9 marzo 2017 [Derecho cubano], y la SAP Islas Baleares 29 diciembre 2016 [matrimonio celebrado en Inglaterra]⁹⁵.

65. En segundo lugar, una vez que las pruebas sobre el Derecho extranjero han sido, en su caso, debidamente aportadas al proceso por las partes, el tribunal las valora de modo global e independiente. Ello significa que el tribunal valora la prueba del Derecho extranjero ya favorezca ello, o no, a la parte que ha aportado los elementos probatorios del Derecho extranjero.

66. Tal y como se ha indicado, el art. 281 LEC, con una indubitada fidelidad al principio de adquisición procesal que lo inspira, no indica qué parte en concreto debe probar el Derecho extranjero. Por tanto, la parte que puede probar el Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado, eso es irrelevante.

Por ello, y con arreglo al art. 217.2 y 3 LEC, el demandante debe alegar y probar el Derecho extranjero si fundamenta en él su demanda, y el demandado debe alegar y probar el Derecho extranjero si basa en él su reconvención.

Si el demandante litiga con arreglo al Derecho español y el demandado reconviene con fundamentos de Derecho extraídos del Derecho extranjero que considera aplicable, entonces debe el demandando probar el Derecho extranjero.

Si el demandante, -como sucede en el caso objeto de la STS 30 octubre 2024-, no prueba el Derecho extranjero, deberá entonces soportar las consecuencias negativas de su falta de prueba. Indica la STC 33/2002 de 11 febrero 2002 que corresponde probar el Derecho extranjero a la parte que lo alega, y que, por tanto, no se puede reprochar a la otra parte que, en tal caso, no lo haya probado⁹⁶.

67. Una sencilla exploración de los términos del debate jurídico que subyace al litigio fallado por la STS 30 octubre 2024 pone de relieve que el actor basó su posición en el Derecho sustantivo español. En dicho punto, y desde el punto de vista de la estrategia procesal, la parte actora cometió un error, pues el Derecho aplicable al fondo era el Derecho inglés, no el español. No ponderó bien la norma de conflicto, puesto que pensó que el Derecho aplicable era el Derecho español y no el inglés o bien pensó que si ninguna de las partes probaba el Derecho inglés, entonces el tribunal aplicaría el Derecho sustantivo español. No fue así. Frente a ello, el demandado sostuvo que (i) el demandante, que basó su demanda en el Derecho español, no llevaba razón, ya que el fondo del asunto se rige por el Derecho inglés y que (ii) visto que el actor no ha cumplido con su deber jurídico de acreditar el contenido y vigencia del Derecho inglés, debía desestimarse la pretensión del actor consistente en declarar la nulidad de los contratos de aprovechamiento de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Como es fácil observar, el demandado no tiene que acreditar el contenido y vigencia del Derecho inglés, porque, en realidad, corresponde al actor la carga de la prueba del Derecho extranjero, que es el único que hacer valer sus pretensiones cuando acude a los tribunales y presenta su demanda. En el proceso civil regido por el principio dispositivo, como es sabido, el único que ejercita una “pretensión” es el demandante. Si el demandado no reconviene, el demandado se limita a negar las pretensiones del actor pero no ejercita ni sostiene ninguna pretensión. Tiene, pues, toda la razón el TS al pronunciarse en ese sentido, esto es, a favor del demandado, en su STS 30 octubre 2024. Otra cosa hubiera sido si el demandado hubiera

⁹⁵ SAP Toledo 20 mayo 2021 [ECLI:ES:APTO:2021:1001]; SAP Palencia 12 julio 2019 [ECLI:ES:APP:2019:334]; SAP Baleares 23 febrero 2017, *Aranzadi JUR*, n. 108463]; AAP La Rioja 9 marzo 2017, *Aranzadi JUR*, n. 140787]; SAP Islas Baleares 29 diciembre 2016, *Aranzadi JUR*, n. 23069.

⁹⁶ STC 33/2002 de 11 febrero 2002, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3107: “Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión...”.

reconvenido sobre la base de normas del Derecho inglés: en tal supuesto sí debería haber fundado su posición jurídica en tal ordenamiento jurídico, pero no fue eso lo que hizo.

En suma, el TS indica en la STS 30 octubre 2024 que no resulta razonable “*imponer a la parte demandada que niega correctamente la aplicación del Derecho español la prueba de que los contratos son válidos conforme al Derecho inglés*”. El demandado no funda su afirmación en el Derecho inglés. El demandado responde al actor y afirma, simplemente, que el caso se rige por el Derecho inglés y no por el Derecho español y que el demandante no ha acreditado el contenido del Derecho inglés, que era el aplicable al fondo del asunto, tal y como indica el art. 281.2 LEC. El demandado sabe, y lo sabe muy bien, que es preciso distinguir entre las normas jurídicas que regulan el fondo de un litigio, -que pueden ser preceptos de un Derecho extranjero-, y las normas que rigen el proceso, esto es, la ordenación procesal del litigio, que son siempre las normas jurídicas del foro, las reglas procesales del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, como establece el art. 3 LEC⁹⁷. Pues bien, el demandado no utiliza las primeras (*lex causae*) sino las segundas (*lex processualis fori*). En efecto, las normas que regulan cómo probar el Derecho extranjero y quién debe probarlo son “normas de ordenación del proceso” y, por tanto, son normas del Derecho español, lo que no impide que el fondo del asunto quede sujeto al Derecho inglés, como sucede en el caso objeto de la STS 30 octubre 2024⁹⁸. El demandado fundamenta su defensa en el Derecho procesal español y también en el Derecho sustantivo inglés. Ahora bien, el demandado no tiene por qué probar el Derecho inglés, ya que no ejerce ninguna pretensión ante el tribunal. Y por eso gana el pleito el demandado, porque con arreglo al art. 281.2 LEC, el actor debió probar el Derecho inglés y no lo hizo.

E) Desestimación de la demanda basada en un Derecho extranjero no probado

68. En el caso de la STS 30 octubre 2024, el debate jurídico queda enmarcado en el Derecho inglés. Los contratos litigiosos cuestión se rigen por la Ley inglesa. Por tanto, debe desestimarse la demanda de nulidad de los contratos litigiosos, visto que “*la pretensión ejercida por la parte actora funda la nulidad de los contratos en fundamentos jurídicos de un Derecho que no es de aplicación (el Derecho español), sin que el tribunal pueda resolver aplicando un derecho extranjero en el que la parte actora debió fundamentar su pretensión pero que no ha invocado ni probado*”.

69. La más que centenaria jurisprudencia de la Sala Primera del TS indica que un litigio regido por el Derecho extranjero debe regirse por tal Derecho extranjero pero que si no se prueba éste, se aplicará el Derecho material español. Según el TS, en caso de falta de prueba del Derecho extranjero por las partes, desestimar la pretensión vulneraría la tutela judicial efectiva. Esta tesis tradicional del TS no sólo es injusta, -pues obliga al demandando a soportar la inactividad probatoria del demandante-, sino que es contraria la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC) y al principio de congruencia (art. 218 LEC). Un ejemplo de esta jurisprudencia puede verse en la STS 17 abril 2015 [cesión de créditos y Derecho holandés]⁹⁹.

⁹⁷ La distinción, clásica en Derecho internacional privado, proviene de JACOBO BALDUINO, nacido en Bologna (Italia). Fue un estudioso estatutario y profesor de la Universidad de Orleans, discípulo de AZZO y maestro de ODOFREDO, de HENRICUS DE SEGUSIO y de JACQUES DE REVIGNY. Enseñó también en la Universidad de Bologna y fue elegido *podestà* de la ciudad de Génova. Falleció en 1225 y escribió diversas obras sobre el proceso. JACOBUS BALDUINUS distingue, por una parte, entre normas que rigen los aspectos procedimentales del litigio (normas *ad ordinandam litem*), que son siempre las del país al que pertenece el juez que conoce del asunto y, otra parte, las normas que debe aplicar dicho juez para resolver el fondo del asunto (normas *ad decidendam litem*), que pueden ser normas extranjeras. Esta distinción, con ciertas inflexiones, se mantiene hoy día (SAP Baleares 13 diciembre 2018 [daño a cable submarino] [ECLI:ES:APIB:2018:2410]; STS 23 octubre 1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 8280; STSJ CA País Vasco 10 abril 2006, *Aranzadi JUR*, n. 196064; AAP Madrid 12 enero 2007 [cónyuges marroquíes], *Aranzadi AC*, n. 1056. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado, vol. II, Derecho Procesal Civil Internacional*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 403-410.

⁹⁸ *Vid.* P. MANKOWSKI, “Über den Standort des internationalen Zivilprozessrechts: zwischen internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht”, *RabelsZ*, 82, 3, 2018, pp. 576-617.

⁹⁹ STS 17 abril 2015 [CENDOJ 28079110012015100235] [ECLI:ES:TS:2015:1868].

70. Frente a esa postura, la STS 30 octubre 2024 opta por la tesis opuesta: **la desestimación de la demanda.** Esta tesis sostiene que, si una parte argumenta sus posiciones procesales, exclusivamente, sobre el Derecho español y no invoca ni prueba el Derecho extranjero, siendo tal Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria de su pretensión. Desde un punto de vista dogmático, esta tesis, -que es la que sigue la STS 30 octubre 2024-, es la más correcta y ello por varios motivos.

Primero. El tribunal español no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero, ya que el Derecho extranjero está sujeto a una prueba necesaria y “lo no probado” es inexistente a efectos procesales (*non esse et non probari paria sunt*). El tribunal, por otro lado, tampoco puede aplicar el Derecho material español, porque ello vulneraría el carácter imperativo de la norma de conflicto (art. 12.6 CC) (SAP Las Palmas 13 junio 2008 [divorcio entre contrayentes ecuatorianos]; SAP Gipuzkoa 29 junio 2009 [divorcio entre ucranianos])¹⁰⁰.

Segundo. El art. 218.1.II LEC, uno de los más importantes preceptos de la LEC 1/2000, indica que el tribunal no puede resolver el caso acudiendo a “*fundamentos de Derecho distintos a los que las partes han querido hacer valer*”. Si la parte actora argumenta sobre el Derecho español y el Derecho aplicable es el Derecho inglés, el tribunal no debe hacer el trabajo que corresponde a los abogados. Si la pretensión está mal fundamentada, debe desestimarse (AAP Madrid 12 enero 2007 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁰¹.

Tercero. Esta tesis evita la maniobra antijurídica de permitir que las partes hagan aplicable el Derecho español “a voluntad” cuando el caso *debe* regirse por un Derecho extranjero. Se impide, también, que se altere el régimen jurídico correcto de las situaciones privadas internacionales (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos]; SAP Barcelona 22 marzo 2010 [disolución de régimen económico matrimonial de cónyuges polacos]; STSJ Canarias 19 septiembre 2003; STSJ Madrid Social 31 mayo 2004)¹⁰². El fundamento jurídico de toda pretensión es objetivo: las partes no lo pueden alterar ni se lo pueden inventar. Además, esta tesis encaja perfectamente con la imperatividad de las normas de conflicto. Éstas no pueden ser “puenteadas” por las partes mediante la simple y burda estratagema de no probar, por mera desidia, el Derecho extranjero reclamado por tal norma de conflicto (SAP Castellón 15 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁰³.

Cuarto. Esta tesis refuerza la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y potencia el sentido global del Derecho internacional privado en su combate contra el etnocentrismo jurídico, como sagazmente escribe J. SCHACHERREITER¹⁰⁴. El Derecho aplicable nunca será un Derecho distinto al Derecho designado por la norma de conflicto, lo que es positivo para las partes y también para terceros y evita el *forum shopping* (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos])¹⁰⁵.

Quinto. Esta tesis no supone ninguna “denegación de Justicia”. En efecto: la desestimación de la demanda (*dismissal of the case*) es una “respuesta motivada” a la pretensión de las partes. Únicamente significa que la demanda no ha sido correctamente planteada desde un punto de vista jurídico: el actor debía haber fundamentado sus posiciones sobre el Derecho extranjero y no sobre el Derecho español. Por tanto, la desestimación de la demanda es una respuesta plenamente fundada y motivada, pues toda demanda cuyo fundamento jurídico sea irreal, inexistente o incorrecto, *debe* ser desestimada (ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004 y Voto Particular STS, Social, 4 noviembre 2004; SAP Castellón 15 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁰⁶.

¹⁰⁰ SAP Las Palmas 13 junio 2008 [CENDOJ 35016370032008100403]; SAP Gipuzkoa 29 junio 2009 [CENDOJ 20069370022009100234].

¹⁰¹ AAP Madrid 12 enero 2007, *Aranzadi AC*, n. 1056.

¹⁰² SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947]; SAP Barcelona 22 marzo 2010 [CENDOJ 08019370162010100124]; STSJ Canarias 19 septiembre 2003, *Aranzadi AS*, n. 4159; STSJ Madrid Social 31 mayo 2004, *Aranzadi AS*, n. 2347.

¹⁰³ SAP Castellón 15 julio 2009 [CENDOJ 12040370012009100141].

¹⁰⁴ J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

¹⁰⁵ SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947].

¹⁰⁶ ATC 422/2004 de 4 noviembre 2004, *Repertorio del Tribunal Constitucional*, n. 422 AUTO; STS, Social, 4 noviembre 2004 [CENDOJ 28079140012004101202]; SAP Castellón 15 julio 2009 [CENDOJ 12040370012009100141].

Sexto. El art. 33.3 LCJIMC indica que la solución consistente en aplicar el Derecho material español sólo procede en el caso excepcional de que a las partes les resulte imposible probar el Derecho extranjero. El precepto asume que el caso normal es que resulte posible probar el Derecho extranjero por las partes y que el caso excepcional es que el Derecho extranjero pueda probarse debido a circunstancias extraordinarias. Por tanto, frente a una situación excepcional, -la prueba imposible del Derecho extranjero-, la solución debe ser también excepcional, y dicha solución es la posibilidad de aplicar el Derecho material español. En consecuencia, el precepto asume que cuando la prueba del Derecho extranjero sea posible, las partes deben probarlo y si no lo hacen, no cabe aplicar el Derecho español. Tal solución de emergencia queda circunscrita, exclusivamente, al caso de imposibilidad fáctica de prueba del Derecho extranjero.

71. Las consecuencias de esta tesis son extraordinariamente relevantes y constituyen, al mismo tiempo, objeto de un vivaz y encendido debate en doctrina y jurisprudencia.

Un sector de expertos considera que, una vez desestimada la demanda por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, las partes no pueden volver a instar su pretensión, acompañada, ahora, de la correcta alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. En efecto, ello resulta imposible porque lo impide el art. 400 LEC, precepto que prohíbe el llamado “goteo de procesos” sobre el mismo objeto. No se debe litigar constantemente sobre las mismas cuestiones cuando en el primer proceso el Derecho extranjero podía haber sido probado sin problemas.

Otros autores y ciertos tribunales señalan que la especialidad de los procesos regidos por un Derecho extranjero aconseja ofrecer una “segunda oportunidad” a las partes (SAP Barcelona 6 febrero 2013 [divorcio entre cónyuges armenios]; SAP Castellón 7 abril 2005; SAP Barcelona 15 septiembre 1998)¹⁰⁷. Debería, por tanto, poderse abrir un nuevo proceso si la parte, esta vez, prueba el Derecho extranjero aplicable. Sin embargo, esta postura resulta contraria a la economía del litigio y fomenta el fraude de ley procesal: los procesos se eternizan y no es eso lo que desea el legislador que redactó el art. 218 LEC.

72. Es digno de encomio que la STS 30 octubre 2024 haya tomado partido por la tesis de la desestimación de la demanda. En su momento fue una tesis defendida por la Sala de lo Social del TS entre 2001 y 2004 (STS, Social, 22 mayo 2001; STS, Social, 25 mayo 2001) y todavía en tiempos recientes, en alguna resolución del TS, la tesis ha sido aplicada (ATS Social 23 marzo 2022 [servicios prestados en Nador]: “*si la recurrente insiste en la aplicación de la norma marroquí, debió probar su contenido y vigencia, lo que no hizo sin que tal omisión de la carga probatoria implique la aplicación del Derecho español*”¹⁰⁸). También es una tesis que ha recibido apoyos por parte de un sector, -hasta ahora minoritario-, de la doctrina española de Derecho internacional privado, como puede comprobarse en los escritos de A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, P. ABARCA JUNCO / M. GÓMEZ JENE y L. F. CARRILLO POZO¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SAP Barcelona 6 febrero 2013 [Aranzadi JUR, n. 169679]; SAP Castellón 7 abril 2005 [Aranzadi JUR, n. 132544].

¹⁰⁸ STS, Social, 22 mayo 2001 [ECLI:ES:TS:2001:4220]; STS, Social, 25 mayo 2001 [ECLI:ES:TS:2001:4361]; ATS Social 23 marzo 2022 [ECLI:ES:TS:2022:5086A].

¹⁰⁹ P. ABARCA JUNCO / M. GÓMEZ JENE, “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, sept.-oct. 2003 núm.119, pp. 713-737; ID., “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Social) de 4 noviembre 2004”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, abril-junio 2005, n.126, pp. 119-130; L.F. CARRILLO POZO, “Medios y objeto de la prueba del Derecho extranjero. Principios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 687-712; L.F. CARRILLO POZO, “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva”, *Rev. Esp. Dcho Trabajo*, núm.111, mayo-junio 2002, pp. 451-473; ID., “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera”, *Aranzadi Social*, 2003, núms.7-8, pp. 53-84; L.F. CARRILLO POZO, “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, núm. 62, 2006, pp. 13-58; L.F. CARRILLO POZO, “Nota a la SA Barcelona de 17 abril 2007 (alegación y prueba del Derecho extranjero)”, *REDI*, 2007, pp. 769-774; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC”, *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, n.11, pp. 1155-1170; ID., “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC”, *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 215-237; ID., “El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contraataca”, *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; ID., “La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *La Ley*, 2005, núm.6178 de 28 enero 2005, pp. 1-7; ID., “The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000”, *IPRax*, 2005-2, pp. 170-174;

73. La STS 30 octubre 2024, aquí glosada, penetra en una línea de razonamiento jurídico ya iniciada por la importante STS 3 abril 2028 [boleto de lotería y Derecho colombiano]¹¹⁰. En este sentido, y con toda la prudencia jurídica necesaria en este tipo cambio de sentido en la jurisprudencia española, es posible afirmar que, hoy día se observa ya una jurisprudencia reiterada y autorizada del Tribunal Supremo sobre la cuestión¹¹¹.

III. Reflexiones finales

74. Una lectura pausada y ponderada de esta STS 30 octubre permite al lector obtener una perspectiva holística y ponderada del Derecho internacional privado europeo y español en esta tercera década del siglo XXI. En el marco de esa visión tan sugestiva, es posible realizar ciertas reflexiones conclusivas.

Primera. En los contratos internacionales de *time-sharing* es preciso identificar correctamente al demandado. El art. 63 RBI I-bis amplía las posibilidades de demandar al contratante que realmente se obliga a cumplir con las obligaciones que asumió en el contrato. Las sucursales y las empresas meramente comercializadoras de estos productos vacacionales no disponen de legitimación pasiva de demandados, si bien el foro de la sucursal (art. 7.5 RB I-bis) permite demandar a la empresa en el Estado miembro donde opera dicha sucursal.

Segunda. La sumisión tácita a los tribunales de un Estado miembro y en particular a los tribunales españoles es un foro extraordinariamente poderoso. Para España, el art. 26 RB I-bis, precepto que recoge este foro, se completa con la regulación de la LEC. Ello se traduce en que es preciso recurrir la desestimación de la excepción declinatoria de competencia internacional porque, de no hacerse así, el tribunal estimará que el demandado manifiesta su voluntad de litigar en España, esto es, existía sumisión tácita y el tribunal español conocerá del fondo del asunto. El Derecho internacional privado europeo se completa con el Derecho procesal nacional. Por otro lado, la existencia de una cláusula de sumisión en favor de tribunales extranjeros no se aprecia de oficio por el tribunal ante el que se está litigando, La parte interesada en que el proceso no se desarrolle en España sino en el país cuyos tribunales han sido expresamente elegidos debe invocar, probar la cláusula de sumisión en su favor. Si guarda silencio y no recurre la desestimación de la declinatoria, la sumisión tácita hará competentes a los tribunales españoles y de la sumisión expresa anterior no quedará más que un vago, triste e inefectivo recuerdo.

Tercera. Los contratos de *time-sharing* sobre inmuebles que se instrumentan a través de clubs o asociaciones en los que el consumidor es socio o participe no están cubiertos por el art. 24.1 RB I-bis, que debe siempre interpretarse y aplicarse de modo restrictivo.

Id., “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 noviembre de 2004)”, *La Ley*, núm. 6238 de 25 abril 2005, pp. 1-11; Id., “La prueba del derecho extranjero ante los Tribunales españoles (1ª Parte)”, *Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr/Revista jurídica hispano-alemana*, 22. Jahrgang, Juli 2006, pp. 75-83 y “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles (2ª Parte)”, *Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr/Revista jurídica hispano-alemana*, 22. Jahrgang, December 2006; A.-L. CALVO CARAVACA, “Alegación del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 663-686; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Carga de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 713-743; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. I, *Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 495-498. También, recientemente, con distinción de hipótesis, -intereses públicos vs. intereses privados-, *vid.* B. BUCHHALTER MONTERO, “El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, 2024, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1677-1713.

¹¹⁰ STS 3 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1228] [boleto de lotería y Derecho colombiano] [ECLI:ES:TS:2018:1228] [CENDOJ: 28079110012018100181]. Ponente de esta sentencia ha sido también la magistrada Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN.

¹¹¹ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1 CC”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 73-90, esp. pp. 93-94.

Cuarta. Estos contratos de *time-sharing* inmobiliario se rigen por la Ley designada a través del art. 6 RR-I. Son “contratos de consumidores”.

Quinta. Las cláusulas de elección de ley aplicable los contratos de *time-sharing* inmobiliario son, en principio válidas, siempre que no perjudiquen los derechos de los consumidores que les atribuye la Ley del país de la residencia habitual de los mismos. Como es obvio, natural y evidente, si la Ley elegida es la Ley de este país, dicha Ley rige el contrato y la cláusula de elección de ley no es abusiva.

Sexta. Las normas de la Directiva 2008/122/ CE de 14 enero 2009 [aprovechamientos por turno] y que protegen a los consumidores se aplican a estos contratos sólo cuando la Ley elegida por las partes es la Ley de un Estado no miembro. De modo paralelo, el art. 9 RR-I no permite aplicar las normas nacionales que protegen a estos consumidores, pues tales normas no deben ser calificadas como “leyes de policía”.

Séptima. Los dictámenes jurídicos relativos al Derecho internacional privado europeo y español no vinculan ni tiene por qué ser tenidos en cuenta por los tribunales españoles. Por el contrario, los dictámenes sobre Derecho extranjero sí que deben ser considerados por los tribunales extranjeros cuando cumplen los requisitos esenciales para poder acreditar el contenido, vigencia e interpretación de ordenamientos jurídicos no españoles.

Octava. La acreditación del Derecho extranjero aplicable a estos contratos de *time-sharing* debe realizarse con arreglo a lo dispuesto por el art. 281.2 LEC y con absoluto y total respeto a los arts. 12.6 CC y 33 LCJICM. Ello significa que cuando un litigio se rige por un Derecho extranjero, el tribunal español no puede probar tal Derecho. Significa, también, que no cabe aplicar el Derecho español al fondo del asunto salvo que resulte, *de facto*, imposible para las partes probar tal ordenamiento extranjero. Por otro lado, un Derecho extranjero sólo puede ser aplicado por un tribunal español en el caso de que haya sido diligente y adecuadamente probado por la parte que lo invoca, por la parte que basa sus posiciones jurídicas en tal Derecho. Si la parte demandada, -que no invoca el Derecho extranjero-, basa su posición jurídica en el Derecho procesal español e indica que el actor no ha alegado ni probado el Derecho extranjero que rige el fondo del asunto, el tribunal desestimará las pretensiones del actor y dará la razón a la parte demandada. La desestimación de la pretensión del actor no constituye ninguna aporía. Es una respuesta perfectamente motivada y fundamentada y no comporta ninguna denegación de Justicia. Es el resultado de una demanda torticera, erróneamente planteada y pobre en sus argumentos. Si el actor no acredita el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto y basa sus pretensiones en el Derecho español no puede esperar que se le dé la razón. Sólo puede esperar, en realidad, que se le rechacen sus peticiones jurídicas. Este resultado refuerza la seguridad jurídica, evita el *forum shopping*, potencia la función reguladora del Derecho internacional privado y de la norma de conflicto y, en definitiva, clarifica y simplifica la solución justa de las controversias internacionales entre los particulares.

75. La STS 30 octubre 2024 es un ejemplo del mejor Derecho internacional privado. En sus páginas es posible navegar con la certeza de arribar a puerto seguro y con el convencimiento de que el viaje enriquecerá al navegante con la experiencia de un razonamiento conflictual equilibrado. Sin una aplicación correcta del Derecho extranjero, las normas de conflicto son como buques fantasmas, sin un origen conocido y sin un destino concreto. El Tribunal Supremo enseña cómo debe distribuirse, de modo correcto, el deber jurídico de acreditar el Derecho extranjero. De ese modo, la llamada “prueba del Derecho extranjero” se lleva a cabo al menor coste posible. Finalmente, el Tribunal Supremo subraya, remarca y enfatiza que las demandas que deben fundamentarse en un Derecho extranjero no pueden basarse en el Derecho sustantivo español y que el actor debe probar ese ordenamiento extranjero en el que se funda. Esta doctrina constituye una poderosa y luminosa llamada de atención contra las demandas frívolas y mal planteadas, un aviso a navegantes que hace del Derecho internacional privado del siglo XXI un instrumento intenso, dinámico y certero que permite resolver de modo eficiente las controversias internacionales en un mundo completamente globalizado.

La prueba de la infracción en el Derecho europeo de la competencia*

Proof of Infringement in European Competition Law

FERNANDO DE LA VEGA GARCÍA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0003-1321-9055

Recibido:26.05.2025 / Aceptado:30.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9874

Resumen: El artículo analiza las principales cuestiones jurídicas relacionadas con la prueba de los hechos que constituyen una infracción *antitrust*, considerando las normas de competencia y, especialmente, la jurisprudencia desarrollada en el ámbito de la Unión Europea. Se abordan las dificultades probatorias propias de los ilícitos en materia de competencia y la importancia de salvaguardar los derechos de las empresas implicadas. En este contexto, se examinan criterios clave para el análisis probatorio, incluyendo el objeto de la prueba, la distribución de la carga probatoria, los medios y métodos probatorios, así como su valoración conforme a los criterios establecidos por el Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Competencia, prueba, presunciones.

Abstract: The article analyzes the main legal issues related to the evidence of facts constituting an antitrust violation, considering competition rules and, especially, the jurisprudence developed within the European Union. It addresses the evidentiary challenges inherent in competition law infringements and the importance of safeguarding the rights of companies involved. In this context, the article examines key criteria for evidentiary analysis, including the subject matter of the evidence, the allocation of the burden of proof, the means and methods of evidence, as well as their assessment according to the standards established under European Union law.

Keywords: Competition, evidence, presumptions, antitrust.

Sumario: I. Introducción. II. Objeto de la prueba. III. Carga de la prueba. IV. Medios de prueba.

1. Pruebas documentales. 2. Pruebas testimoniales. 3. Pruebas periciales. V. Validez de la prueba. VI. Las presunciones como método de prueba. VII. Valoración de la prueba. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La infracción de las normas de competencia (principalmente de los artículos 101-102 TFUE y/o 1-2 LDC)¹ implica graves consecuencias para sus responsables, ya que, junto a las habituales sanciones

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID2022-136567NB-I0, financiado por MCIN /AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE.

¹ Estos artículos prohíben comportamientos dañinos para la competencia, como son las conductas colusorias o los abusos de posición dominante, que incluso podrían confluir en una misma conducta. Así, la jurisprudencia de la Unión Europea ha señalado expresamente que una misma práctica puede dar lugar a una infracción tanto del artículo 101 TFUE como del artículo 102 TFUE, aunque estas dos disposiciones persigan objetivos distintos (SSTJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche*/ Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 116, y de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports* y otros/Co-

administrativas, puede tener un impacto decisivo en la aplicación privada del Derecho de la Competencia, tanto en el ámbito de acciones de responsabilidad civil² como de nulidad contractual³. Además, las infracciones más graves (cárteles) activan una presunción *iuris tantum* de producción de daños individuales (cfr. arts. 17.2 de la «Directiva de Daños»⁴ y 76.3 LDC)⁵, como tarea simplificadora para, posteriormente, proceder a su cuantificación⁶.

2. Esta trascendencia de las infracciones *antitrust* más allá del correspondiente procedimiento administrativo evidencia la importancia de que el Derecho presente un alto grado de seguridad jurídica en relación con los criterios aplicables a la prueba de los hechos constitutivos de la infracción, es decir, a la actividad imprescindible para que la autoridad de competencia o el órgano jurisdiccional adquiera convencimiento de las afirmaciones fácticas realizadas, y como labor previa e imprescindible para la calificación jurídica o subsunción de los hechos en la correspondiente norma jurídica.

3. Como sucede en gran parte del ámbito sancionador, la acreditación de los hechos es una tarea particularmente compleja en el ámbito de las infracciones de las normas de competencia, pues los autores

misión, C-395/96 P y C-396/96 P, EU:C:2000:132, apartado 33). En este sentido, «una estrategia contractual de un fabricante de medicamentos de referencia que ostenta una posición dominante en un mercado puede ser sancionada no solo con arreglo al artículo 101 TFUE, como consecuencia de cada acuerdo considerado individualmente, sino también con arreglo al artículo 102 TFUE, por el posible menoscabo adicional que esta estrategia implica para la estructura de la competencia de un mercado en el que, debido a la posición dominante que este fabricante de medicamentos de referencia ocupa en el mismo, el grado de competencia está ya debilitado» (STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 147).

² Recuérdese que la realización de alguna de las conductas prohibidas por las normas de competencia implica consecuencias jurídicas de diversa naturaleza. Sin entrar en el ámbito penal, en el que la pena deriva más del delito concurrencial que del ilícito *antitrust*, se distingue entre consecuencias jurídicas en el ámbito administrativo (sanciones) y civil (nulidad y resarcimiento de daños y perjuicios). Las primeras constituyen la consecuencia jurídica típica del Derecho de Defensa de la Competencia, estableciéndose clases de sanciones esencialmente idénticas a las propias del ámbito de la Unión Europea (para ilícitos que restrinjan la competencia en todo el mercado interior), variando, en el caso de multas, su cuantía. El plazo de prescripción de las prohibiciones a los efectos de la imposición de este tipo de sanciones oscila entre 1 y 4 años dependiendo de su gravedad (art. 68 LDC) y de 3 o 5 años en el ámbito europeo (art. 25 del Reglamento 1/2003). Además de las sanciones jurídico-administrativas, de la realización de conductas anticompetitivas (como son las colusorias) pueden derivarse consecuencias propias del Derecho Privado, tales como la nulidad y el resarcimiento de los daños causados, que tiene un régimen jurídico especial en la LDC (artículos 71-81) y en la LEC (artículos 283 *bis a-bis k*).

³ Al respecto, resulta relevante la STJUE de 20 de abril de 2023, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos* (C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298), que en sede de nulidad ha tenido incidencia en la jurisprudencia española (STS 1469/2024, de 6 de noviembre), y que señala que «la infracción del Derecho de la competencia constatada en una resolución de una autoridad nacional de la competencia que se ha impugnado ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, pero que ha adquirido firmeza tras haber sido confirmada por estos órganos jurisdiccionales, ha de reputarse acreditada —en el marco tanto de una acción de nulidad al amparo del artículo 101 TFUE, apartado 2, como de una acción por daños por infracción del artículo 101 TFUE— por la parte demandante salvo prueba en contrario». Sobre la nulidad, entre otros, J. MARTÍ MIRAVALLS, *Nulidad y derecho de la competencia*, Aranzadi, 2021.

⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOCE de 5 diciembre 2014, L 349/1).

⁵ Como pone de manifiesto la doctrina, la presunción admite prueba en contrario, «que necesariamente habrá de estar referida al caso enjuiciado, y no al mercado relevante en su conjunto, que habrá de ser congruentemente valorada por el Juez, al que no cabe aplicar la presunción sin ponderar los informes periciales de parte y otras pruebas que pongan de manifiesto la inexistencia de daños» (J. MASSAGUER FUENTES, «Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de defensa de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 322, 2021, apartado VI.2.2.); También, P. VIDAL MARTÍNEZ, A. CAPILLA CASCO, C. GUAL GRAU, «El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol.2017, Madrid, Dykinson, 2017, p. 52.

⁶ La propia «Directiva de Daños» aclara que la presunción «no debe abarcar el importe preciso del daño». En realidad, el artículo 76.3 de la LDC está facilitando la prueba de una (solo una) de las características del «daño cuantificable» (su «ilicitud»), y poniendo las bases de la prueba de su «individualidad» y «patrimonialidad» para la «cuantificación del daño». A nuestro juicio, la presunción no es relativa a un daño concreto (cuantificado ya), sino a la ilicitud y su existencia. Se afirma que la presunción del daño en la LDC no desvirtúa, en lo que al reconocimiento pleno del elemento daño se refiere en una acción de responsabilidad civil, lo que el Derecho español venía estableciendo: «la ausencia de una regla presuntiva del daño concreto (sobrecoste) que pretendía haber sufrido el actor en un proceso judicial de reclamación de daños derivados de un cártel» (A. CARRASCO PERERA, «El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 25, julio-diciembre 2019, apartado III.1 *in fine*).

de las infracciones procuran realizar sus prácticas de forma clandestina o secreta, enmascarando de diversas formas verdaderas conductas que tienen como objeto o efecto la eliminación o restricción injustificada de la competencia en un determinado mercado⁷. Esto implica que las empresas que realizan las conductas colusorias tiendan a llevarlas a cabo discretamente, intentando no dejar pruebas de su acuerdo o realizando conductas que objetivamente no restringen la competencia pero que despliegan efectos indeseables para la misma. Ante este escenario las autoridades de competencia han ido analizando casos y aportando criterios que van proporcionando determinadas pautas relacionadas con la acreditación de la infracción.

4. A pesar de su importancia, la prueba de la infracción no está apenas regulada en el Derecho europeo de la Competencia. Únicamente el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, establece algún criterio específico (como sucede con la *carga de la prueba*), al considerarlo esencial para garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia y el respeto de los derechos fundamentales de la defensa. A pesar de esta escasez normativa, son abundantes las sentencias del TJUE que se refieren a cuestiones probatorias, tal y como se observa en los siguientes apartados.

5. Esta ausencia de una regulación completa de los aspectos probatorios también se observa en el Derecho español, que se remite a las normas generales de los procedimientos administrativos (art. 45 LDC). Ante esta situación, los criterios normativos y jurisprudenciales de la Unión Europea sobre la prueba constituyen un resorte importante en el ámbito de los procedimientos incoados ante las autoridades nacionales⁸, y ello sin perjuicio de la aplicación general de las especialidades procesales internas, de acuerdo con el principio de autonomía procesal⁹, siempre que resulte compatible con los principios generales del Derecho de la Unión Europea¹⁰. Al respecto, el TJUE ha señalado que la autonomía procesal de los Estados no debe ser menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), o hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)¹¹.

6. Aunque el presente trabajo presupone que la actividad probatoria de la infracción *antitrust* se produce en el correspondiente procedimiento administrativo (ante la Comisión Europea o la CNMC), podría ser necesaria también en un proceso civil, al ser admisibles en la actualidad las acciones independientes o *stand alone*¹², en las que será el juez el que deberá interpretar y valorar la prueba existente para

⁷ Esta circunstancia es destacada por la doctrina; entre otros, F. GONZÁLEZ CASTILLA, «Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia», en AA.VV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE* (Dir. J.I. RUIZ PERIS), Aranzadi, 2016, p. 247; P. PÉREZ FERNÁNDEZ, «La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*», *InDret*, 1/2013, p. 5.

⁸ Tal y como han sugerido A. LAMADRID DE PABLO y A. BALCELLS CARTAGENA, «La prueba de los cárteles en derecho español», en AA.VV., *La lucha contra los cárteles en España* (Dir. J.M. BENEYTO PÉREZ / J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, 2015, p. 425.

⁹ Este principio permite a los Estados miembros aplicar el Derecho de la Competencia de forma respetuosa con las particularidades de sus sistemas judiciales, de forma que se parte del principio de que la Unión Europea no impone aspectos procesales en la aplicación del Derecho de la Competencia. La STJUE de 17 de julio de 1997 (*GT-Link*, C-242/95, ECLI:EU:C:1997) indicó la conexión de la prueba con el principio de autonomía procesal, reiterando lo ya establecido en su sentencia de 10 de noviembre de 1993 (*Otto*, C-60/92, Rec. p. I-5683, apartado 14). Sin perjuicio de este principio, debe apuntarse que en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia numerosos aspectos procesales se hallan armonizados por incidencia de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹⁰ Considerando 5 Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia.

¹¹ STJUE de 7 de julio de 2022 (*Hoffmann-La Roche Ltd y otros*, C-261-21, ECLI:EU:C:2022:534, apartado 44). En este mismo sentido, entre otras, SSTJUE de 21 de enero de 2016 (*Eturas y otros*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 32), 15 de octubre de 2015 (*Nike European Operations Netherlands*, C310/14, EU:C:2015:690, apartado 28 y jurisprudencia citada), y 7 de diciembre de 2010 (*VEBIC*, C439/08, EU:C:2010:739, apartado 63).

¹² Al respecto, E. OLMEDO PERALTA, «La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un

declarar, en su caso, la existencia de una infracción con carácter previo al reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios.

II. Objeto de la prueba

7. Con carácter general, el objeto de la prueba es la afirmación de hechos que puedan ser constitutivos de una infracción *antitrust* en cada caso. Sin perjuicio de la posible aportación de pruebas con anterioridad¹³, el «*pliego de cargos*» —conocido en España como «pliego de concreción de hechos» (PCH)— concreta tales afirmaciones fácticas (arts. 50 LDC y 33 RDC) y delimita el objeto de la prueba en el procedimiento sancionador. Dicho documento, que puede ser completado con un segundo o ulterior pliego, debe contener una exposición de los motivos en términos suficientemente claros, aunque sean concisos, para permitir a los interesados conocer efectivamente qué conductas se les reprocha¹⁴.

8. La delimitación formal del objeto de la prueba en un pliego de cargo constituye una garantía para la empresa expedientada, al informarle de la base sobre la que se construye la acusación, posibilitándole hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarla¹⁵. En consecuencia, constituye un elemento esencial que delimita el marco sobre el que debe centrarse toda la actividad probatoria posterior, debiendo la autoridad de competencia ajustarse al mismo y fundamentar sus decisiones *únicamente* en los cargos respecto a los que las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones¹⁶, exponiéndose, en caso contrario, a una declaración de, al menos, anulabilidad¹⁷.

9. La notificación del pliego de cargos tiene unas consecuencias relevantes, tanto respecto a la prescripción de las posibles sanciones¹⁸, como para las pruebas por parte de las empresas implicadas, que

cartel (*private enforcement*): *follow-on damages vs. stand alone actions*», en AA.VV., *La protección de los consumidores en tiempos de cambio* (Dir. L. MIRANDA), Madrid, 2015, págs. 171-187. Asimismo, A. CASADO NAVARRO, «Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la competencia», *La Ley mercantil*, nº 70 (junio), 2020.

¹³ En este sentido, J.M. BAÑO LEÓN / A. PASCUAL MORCILLO, «Artículo 50», en AA.VV., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Dir. J. MASSAGUER / A. GUTIÉRREZ), Civitas, 2024, p. 1388. El autor justifica esta posibilidad en el artículo 53.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Recuérdese que el artículo 33.2 RDC dispone que «los interesados podrán, en cualquier momento de la instrucción del procedimiento sancionador aducir las alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses».

¹⁴ STPI de 30 de enero de 2007, *France Télécom*, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, apartado 1.

¹⁵ Como expone la STS 1356/2018, de 24 de julio (ECLI: ES:TS:2018:3007), según la jurisprudencia europea, el pliego de cargos debe contener una exposición de éstos redactada en términos suficientemente claros, aunque sean resumidos, como para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. En efecto, sólo si cumple este requisito puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse oportunamente, antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a II 989 SENTENCIA DE 26.4.2007 - ASUNTOS ACUMULADOS T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 Y T-136/02 C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 42, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Mo och Domsjö/Comisión*, T-352/94, Rec. p. II-1989, apartado 63). Existe también jurisprudencia europea más reciente, como es el caso de la STJUE de 5 de marzo de 2015, *Comisión y otros/Versalis y otros*, C93/13 P y C123/13 P, EU:C:2015:150, apartados 94-95.

¹⁶ *Cfr.* Art. 27.1 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia.

¹⁷ En Derecho interno tal declaración debería fundamentarse en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta fue la decisión de la SAN 1359/2018, de 24 de julio (ECLI: ES:TS:2018:3007), que prefirió la anulabilidad a la nulidad, entendiendo que «las dudas que pudieran suscitarse en este caso sobre el alcance de la infracción deberían resolverse a favor de la anulación del acto que se impugna, y no a favor de su nulidad de pleno derecho, que ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva como exige la jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2012 donde se declara que “... ha de reconocerse que las causas de nulidad radical o de pleno derecho deben ser objeto de interpretación restrictiva. Los fines que persigue la Administración, de carácter general y público, junto con la presunción de validez de que gozan los actos administrativos, hace que el principio general que rige en el derecho privado de nulidad de pleno derecho expresado fundamentalmente en el artículo 6 del Código Civil, se sustituya por la regla general de anulabilidad o nulidad relativa”».

¹⁸ Recuérdese que el artículo 25.1d del Reglamento UE 1/2003 incluye como acto que interrumpe la prescripción en materia

disponen de quince días para realizar su proposición¹⁹. Asimismo, se prevé en Derecho interno que el Consejo de la CNMC podrá rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido alegadas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido²⁰.

10. Sobre la base de lo incluido en el pliego de cargos las empresas acusadas deberán proponer pruebas de descargo, concretadas principalmente a los hechos referidos en dicho documento. Sin embargo, adquiere relevancia la clase de restricción de competencia imputada, pues la amplitud probatoria depende de si la misma es considerada una infracción por el objeto o por los efectos. Recuérdese que, por un lado, los comportamientos ilícitos por el objeto se caracterizan por su gravedad sobre la competencia, entendiéndose que los mismos tienen por finalidad impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado nacional o interior europeo. En estos casos los comportamientos estarían prohibidos por su elevado grado de perjuicio para la competencia, no siendo necesario probar sus efectos para determinar su licitud/ilicitud²¹. En cambio, la infracciones por los efectos implican una labor probatoria más compleja, ya que debe aclarar si las conductas, aparentemente no dañinas objetivamente para la competencia, generan o tienen por efecto la eliminación, restricción o falseamiento de la competencia en todo o parte del mercado nacional o de la Unión Europea. Como ha manifestado el TJUE, «en el supuesto de que dicho acuerdo no pudiera calificarse de restricción por el objeto, el órgano jurisdiccional remitente tendría que examinar sus efectos y, para poder calificarlo de restricción de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debería declarar que concurren factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido, o bien falseado de manera sensible»²². De acuerdo con reiterada jurisprudencia, los efectos restrictivos de la competencia pueden ser tanto reales como potenciales²³, bastando con que se demuestre «la existencia de efectos restrictivos potenciales sobre la competencia, siempre que sean suficientemente acusados»²⁴.

11. Quedan fuera del objeto de la prueba la de aquellos hechos que no son necesarios²⁵, bien porque son irrelevantes²⁶, bien porque han quedado ya suficientemente probados, como es el caso de la confesión de la infracción, por ejemplo, a través de una solicitud de clemencia (hechos no controvertidos). Recuérdese que este tipo de hechos quedan fuera del principio de necesidad probatoria, junto otros hechos, como los notorios o los acreditados mediante presunciones *iuris et de iure*.

12. En el ámbito de la aplicación privada la prueba de la infracción *antitrust* deberá realizarse en los casos en que la acción sea independiente o *stand alone*, quedando excluida en los casos de acciones

de imposición de sanciones a la notificación del pliego de cargos elaborado por la Comisión o por una autoridad de competencia de un Estado miembro.

¹⁹ Artículo 33.1 RDC.

²⁰ Artículo 36.1. RDC.

²¹ Por ejemplo, serían ilícitas aquellas prácticas concertadas concretadas en intercambios de información que eliminasen «la incertidumbre entre los participantes en cuanto al calendario, el alcance y los detalles de las modificaciones que deban adoptar las empresas afectadas en su comportamiento en el mercado» [apartado 413 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), que fundamenta su afirmación en las siguientes sentencias del TJUE: 19 marzo 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión* (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartado 122; 4 junio 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 41; 12 enero 2023, *HSBC Holdings* y otros/Comisión (C-883/19, EU:C:2023:11), apartados 115-116; 8 julio 2020, *Infineon Technologies/Comisión* (T-758/14 RENV, EU:T:2020:307), apartado 100].

²² STJUE de 2 abril 2020, *Budapest Bank* y otros, C228/18, EU:C:2020:265, apartado 38 y jurisprudencia citada.

²³ STJUE de 30 enero 2020, *Generics (UK)* y otros, C307/18, EU:C:2020:52, apartado 117 y jurisprudencia citada.

²⁴ STJUE de 5 de diciembre de 2024, *Tallinna Kaubamaja*, C-606/23, ECLI:EU:C:2024:1004, apartado 38.

²⁵ En este sentido, «es jurisprudencia reiterada que corresponde al juez de la Unión decidir sobre la necesidad de que se presente un documento, en función de las circunstancias del litigio, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Procedimiento acerca de las diligencias de prueba» (STJUE de 26 de enero de 2017, *Comisión/Keramag Keramische Werke y otros et Sanitec Europe*, C-613/13 P, ECLI:EU:C:2017:49, apartado 81).

²⁶ En este sentido, se ha señalado que la Comisión puede excluir del procedimiento administrativo los elementos que no tienen ninguna relación con las alegaciones de hecho y de Derecho que figuran en el pliego de cargos y que no tienen ninguna relevancia para la instrucción, no pudiéndose invocar eficazmente como motivo de anulación la falta de comunicación de pruebas irrelevantes (STJUE de 7 de enero de 2004, *Cementir - Cementeerie del Tirreno/Comisión*, C-219/00 P, ECLI:EU:C:2002:337, apartado 126).

consecutivas o *follow-on* cuando la infracción haya sido ya constatada en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva de Daños y el artículo 75.1 LDC. En consecuencia, por virtud de tal constatación la infracción se considera «hecho probado» en acciones civiles posteriores por daños. Sin embargo, la infracción se presumirá solo *iuris tantum* en casos en que la infracción sobre la que se ejercita la acción ante los tribunales españoles haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro (art. 75.2 LDC). Sin embargo, en caso de que la infracción haya sido detectada por la Comisión Europea no es necesaria la firmeza de su Decisión (STJUE de 18 de abril de 2024, Heureka, C-605/21, EU:C:2024:324).

III. Carga de la prueba

13. El artículo 2 del Reglamento 1/2003 del Consejo dispone que la carga de la prueba de una infracción (conducta colusoria o abuso de posición de dominio), en todos los procedimientos nacionales y europeos de aplicación de las normas de competencia, recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue, confirmando el principio de que incumbe la prueba al que afirma, no al que niega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*²⁷). Asimismo, la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las autorizaciones singulares o individuales deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 101.3 TFUE. Estos criterios son reiterados en el Derecho español de la Competencia²⁸ y constituyen una cuestión jurídica controlable en casación²⁹.

14. Este criterio sobre la carga probatoria se observa desde el momento de la iniciación del procedimiento, que requiere, al menos, la acreditación de indicios de una infracción por parte del denunciante o de la autoridad de competencia. En esta primera etapa la debilidad de la prueba aportada no es en sí un impedimento de la incoación, sino, a lo sumo, un motivo para postergar el asunto, ya que, como dispone el artículo 49.4.a LDC, «se podrán considerar que no son prioritarias, entre otras, aquellas denuncias que aportan escasos elementos de prueba o indicios débiles, siendo reducida la probabilidad de que la Dirección de Competencia, dedicando recursos a ello, pueda probar la conducta ilícita».

15. Tras esta etapa inicial, la carga de la prueba determina la parte que debe llevar la iniciativa para la acreditación de los hechos de la infracción y la que debe procurar su negación. Supone, por tanto, una distribución de la actividad probatoria de las partes, que es importante inicialmente para el que acusa, pero que resulta también esencial para la empresa denunciada, pues la aportación de indicios de infracción y su correcta notificación activa su carga de la prueba como medio para ejercer su derecho de defensa. Desde esta perspectiva la distribución de la actividad probatoria oscila durante el procedimiento, ya que los elementos de hecho que invoca una parte pueden obligar a la otra a dar una explicación o una justificación adecuada o suficiente³⁰. Exponentes de esta oscilación son tanto la activación de alguna presunción (estu-

²⁷ Paulo: *Digesto* 22, 3, 2.

²⁸ El artículo 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, requiere, entre la información mínima requerida para la iniciación del procedimiento, que se aporten las pruebas de los hechos de los que se deriva la existencia de una infracción. Asimismo, el artículo 50.2 LDC dispone que «la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el artículo 1.3 deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

²⁹ SSTJUE de 12 de enero de 2017 (*Timab Industries y CFPR/Comisión*, C-411/15 P, ECLI:EU:C:2017:11, apartados 58-59), de 10 de julio de 2008 (*Bertelsmann y Sony Corporación of America/Impala*, C413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 44) y de 8 de julio de 1999 (*Hüls/Comisión*, C199/92 P, EU:C:199:358, apartado 65).

³⁰ SSTJUE de 26 de enero de 2017 (*Duravit y otros/Comisión*, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, apartado 57), de 17 de junio de 2010 (*Lafarge/Comisión*, C413/08 P, EU:C:2010:346, apartado 30), de 1 de julio de 2010 (*Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389, apartado 80), de 6 de octubre de 2009 (*GlaxoSmithKline Services/Comisión*, C-501/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 83), y de 7 de enero de 2004 (*Cementir - Cementerie del Tirreno/Comisión*, C-219/00 P, ECLI:EU:C:2002:337, apartado 79).

diadas *infra*) como la especial posición de mercado de la empresa acusada, que puede justificar la inversión de la carga de la prueba en un procedimiento de infracción³¹.

16. La prueba de la infracción *antitrust* en un proceso judicial civil produce habitualmente una inversión de la carga de la prueba. Sucede en España cuando existe una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro (art. 75.2 LDC), pero también cuando se ejercita una acción de nulidad en relación con un contrato que guarda relación estrecha con una infracción *antitrust* constatada en una resolución firme, siempre que la naturaleza de la presunta infracción objeto de la acción de nulidad y su alcance material, personal, temporal y territorial coincidan con los de la infracción constatada en dicha resolución. Esta inversión de la carga de la prueba es confirmada por el TJUE en su sentencia de 20 de abril de 2023³², que ha derivado en una modificación de los criterios hasta entonces aplicables por el Tribunal Supremo español. Así, aunque con anterioridad se mantuvo una posición muy estricta en relación con la prueba de la infracción³³, la STS 1469/2024, de 6 de noviembre³⁴, confirma un cambio jurisprudencial y señala que si la naturaleza y el alcance material, personal, temporal y territorial de las presuntas infracciones que fundamentan una acción de nulidad y de la acción por daños se corresponden con la naturaleza y con el alcance de las infracciones constatadas en resoluciones de la autoridad nacional de la competencia, se reconoce una inversión de la carga de la prueba, de manera que debe ser la empresa demandada quien pruebe que no hubo tal infracción *antitrust*³⁵.

IV. Medios de prueba

17. Los medios de prueba admisibles para acreditar la infracción de las normas de competencia son los generalmente admitidos en Derecho, estableciéndose así un principio de libre aportación de prueba³⁶. En Derecho español lo confirma el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁷, al disponer que «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho»³⁸.

³¹ Recuérdese que sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior. Al respecto, SSTJUE de 12 de enero de 2023 (*Lietuvos geležinkeliai/Comisión*, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12, apartado 76), 25 de marzo de 2021 (*Slovak Telekom*, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, apartado 40 y *Deutsche Telekom*, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, apartado 40), 30 de enero de 2020 (*Generics (UK)* y otros, C307/18, EU:C:2020:52, apartado 153), 6 de septiembre de 2017 (*Intel/Comisión*, C413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135), de 27 de marzo de 2012 (*Post Danmark*, C209/10, EU:C:2012:172, apartado 23) y 9 de noviembre de 1983 (*Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 57).

³² STJUE de 20 de abril de 2023, *Repsol*, C25/21, ECLI:EU:C:2023:298.

³³ Así, las SSTS 713/2014, de 17 de diciembre, y 764/2014, de 13 de enero de 2015, se remitieron expresamente a la sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, conforme a la cual «si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto», como ya se dijo en las SSTS 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; y 236/2012, de 10 de abril. Y la doctrina contenida en las mismas volvió a reiterarse en las sentencias 699/2015, de 17 de diciembre, y 54/2019, de 24 de enero.

³⁴ ECLI:ES:TS:2024:5266.

³⁵ En el caso concreto la empresa demandada no pudo probar la inexistencia de la infracción. Como puso de manifiesto el TS, «aunque Repsol sigue insistiendo en que no hubo fijación de precios, sino alineamiento, no fue eso lo que determinó la CNC y vincula prejudicialmente al juez civil, salvo prueba en contrario. Por lo que ante falta de dicha prueba en contrario y en recta aplicación del art. 217 LEC, el entendimiento de la Audiencia Provincial de que hubo coincidencia personal, material, temporal y geográfica o territorial es correcto. Y si bien es cierto que supone un apartamiento de la que hasta ahora era jurisprudencia de la sala, está justificado por la recta aplicación de la jurisprudencia del TJUE a que obliga el art. 267 TFUE y el art. 4 bis LOPJ».

³⁶ STJUE de 25 de enero de 2007, *Dalmine/Comisión*, C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, apartado 63.

³⁷ Recuérdese el carácter supletorio de esta ley respecto a las normas de defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 LDC.

³⁸ Conviene apuntar la aplicación en este punto del artículo 299 LEC, que reconoce los siguientes medios de prueba: a) Interrogatorio de las partes; b) Documentos públicos; c) Documentos privados; d) Dictamen de peritos; e) Reconocimiento judicial; f) Interrogatorio de testigos; y g) Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables

Se establece, por tanto, un criterio amplio, garantizando de esta forma el derecho fundamental de toda persona a utilizar los medios de prueba que considere pertinentes para su defensa (art. 24 de la Constitución española y TJUE³⁹). Sin embargo, la admisibilidad de los medios de prueba depende de su relación con el objeto del procedimiento sancionador (prácticas restrictivas alegadas) y de que se consideren lícitas⁴⁰, propuestas a tiempo y pertinentes⁴¹. Seguidamente se exponen los medios de prueba más utilizados en los procedimientos sancionadores en materia de competencia.

1. Pruebas documentales

18. Las pruebas documentales son habituales en los procedimientos de competencia, concretándose en contratos, facturas, correos electrónicos, informes internos, documentos comerciales, circulares, publicidad, actas de negociaciones o asambleas, o cualquier soporte del que pueda deducirse la infracción. Además, las normas de procedimiento incluyen la posibilidad de adjuntar en una denuncia documentación más indirecta, como es el caso de las estadísticas u otros datos que se refieran a los hechos denunciados (relativas, por ejemplo, a la evolución y formación de los precios, a las condiciones de oferta o de venta, a las condiciones usuales de las transacciones, o a la existencia de boicoteo o discriminación), o características técnicas de la producción, ventas, necesidad de licencias, existencia de otras barreras de entrada en el mercado, y aportándose, o en su caso citándose, las referencias útiles de estudios sectoriales o de mercado y de aplicación de las normas de competencia, incluso de Derecho comparado, en casos similares o cercanos⁴².

19. Junto a las anteriores, constituyen también prueba documental las actas de inspección, que tienen naturaleza de documentos públicos y prueban los hechos que motiven su formalización (arts. 39bis LDC y 27.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), salvo que se acredite lo contrario (art. 77.5 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y siempre que se hayan respetado los derechos de las empresas inspeccionadas (básicamente, y entre otros, su ajuste a la orden de investigación, su motivación, y el tratamiento especial establecido respecto a la información confidencial)⁴³. La fuerza

o de otra clase. Además, también es admisible cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores cuando pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes. Como se observa, desde un punto objetivo se establece una lista muy abierta y generosa de posibilidades probatorias.

³⁹ El TJUE ha recordado que «el respeto del derecho de defensa exige que, durante el procedimiento administrativo, la empresa afectada haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción» (SSTJUE de 25 de enero de 2007, *Dalmine/Comisión*, C407/04 P, EU:C:2007:53, apartado 44; y de 27 de abril de 2017 (*FSL* y otros/Comisión, C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308, apartado 40).

⁴⁰ Por ejemplo, serían ilícitas aquellas pruebas obtenidas en los locales de la empresa sin que conste su consentimiento o una autorización judicial (art. 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

⁴¹ Es doctrina constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva «no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes» (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).

⁴² Estas posibilidades están incluidas en el anexo del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, al describir el contenido de la denuncia.

⁴³ Sobre los derechos de los inspeccionados, J. GUILLÉN CARAMÉS, «Artículo 40», en AA.VV., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., especialmente pp. 1256-1289. En relación con la confidencialidad destaca la jurisprudencia relativa a la protección del secreto profesional. Al respecto, el TJUE ha señalado que «el derecho a la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre el abogado y su cliente forma parte del derecho de defensa que debe respetarse desde la fase de investigación previa (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe/Comisión*, 155/79, EU:C:1982:157, apartados 18 a 23; de 21 de septiembre de 1989, *Hoehchst/Comisión*, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartado 16, y de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión* y otros, C550/07 P, EU:C:2010:512, apartados 40 y 41). Por consiguiente, la Comisión y sus inspectores están, en principio, obligados a respetar este derecho, con independencia del alcance del mandato conferido a estos por la decisión de inspección» (STJUE de 17 de octubre de 2019,

probatoria de las actas de inspección, en las que debe adjuntarse la relación de los documentos de los que se haya obtenido copia, no queda afectada en los casos en que la persona ante la cual se haya realizado la inspección se niegue a firmarla, adquiriendo valor probatorio una vez quede firmada por dos funcionarios autorizados (artículo 13.4 Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia).

20. También es admisible la utilización de documentos obtenidos por otras autoridades y que afecten directamente al correspondiente asunto, dada la validez del intercambio de información, condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia. Así, se faculta, tanto a la Comisión Europea como a las autoridades de competencia de los Estados miembros, a procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba a efectos de aplicación de las normas de competencia todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente⁴⁴. Esto último no significa que se prohíba, por ejemplo, que la Comisión pueda utilizar información comunicada por autoridades nacionales distintas de las autoridades de competencia de los Estados miembros por el mero motivo de que esta información fue obtenida para otra finalidad, sino que lo fundamental es no lesionar el derecho de defensa y de garantizar el principio de la libre práctica de la prueba, siendo el único criterio relevante para valorar las pruebas aportadas su credibilidad⁴⁵, estableciéndose la cautela citada para preservar el secreto profesional y el derecho de defensa de las partes⁴⁶.

21. Las pruebas documentales directas de la infracción constituyen un hecho decisivo para imponer la correspondiente sanción, habiendo establecido el TJUE que en tales casos no resulta aplicable su jurisprudencia según la cual basta con que se prueben circunstancias que arrojen una luz diferente sobre los hechos probados por la Comisión y permitan, de este modo, sustituir la adoptada por la Comisión por otra «explicación verosímil» de los hechos⁴⁷. La prueba documental directa constituye, por tanto, un medio reforzado frente a otros.

2. Pruebas testimoniales

22. Entendida en sentido amplio, como prueba que engloba las declaraciones de las empresas afectadas y de terceros, la testimonial es un medio bastante utilizado en procedimientos sancionadores de competencia, pudiendo concretarse en varias modalidades y siendo en ocasiones especialmente relevante. Así, las declaraciones pueden realizarse por los autores de las conductas presuntamente anticompetitivas o por otras personas, pudiendo producirse antes del procedimiento sancionador o durante el mismo.

23. Las declaraciones realizadas por las empresas implicadas pueden realizarse a iniciativa propia o por decisión de la autoridad correspondiente. En el primer caso suelen producirse con el objeto de lograr clemencia en casos de cártel, produciéndose antes de la iniciación del procedimiento, con el objeto de lograr una exención de la multa, o durante el mismo, cuando se trata de solicitudes de reducción de la

Alcogroup, C-403/18 P, ECLI:EU:C:2019:870, apartado 50). En el ámbito interno español puede consultarse la *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007*, de 4 de junio de 2020.

⁴⁴ En el Derecho interno español el artículo 18.a LDC posibilita a la CNMC, con el objeto de aplicar los artículos 101 y 102 TFUE y en el ejercicio de su facultad de colaboración con otras autoridades, a intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa europea.

⁴⁵ SSTJUE de 27 de abril de 2017 (*FSL* y otros/Comisión, C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308, apartados 34-38), y de 25 de enero de 2007, *Dalmine*/Comisión (C407/04 P, EU:C:2007:53, apartado 63).

⁴⁶ STJUE de 17 de octubre de 1989 (*Dow Benelux*, 85/87, ECLI:EU:C:1989:379, apartado 18).

⁴⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1984 (*Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink*/Comisión, 29/83 y 30/83, ECLI:EU:T:2012:494, apartado 16) y sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 (*Guardian Industries Corp.*, T82/08, ECLI:EU:T:2012:494, apartado 33 y jurisprudencia ahí citada).

sanción⁴⁸. En este contexto adviértase que a la confesión (inherente en muchas ocasiones a la clemencia) se le añaden más pruebas, al exigirse a los solicitantes de clemencia la aportación de evidencias adicionales a su propia solicitud para conseguir la exención o reducción de la multa⁴⁹.

24. Al margen de la clemencia, las empresas implicadas en un procedimiento sancionador pueden ser requeridas por la correspondiente autoridad para «facilitar toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión»⁵⁰, lo que se halla en la línea con el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE)⁵¹. Sin embargo, «para apreciar la vulneración del derecho a no contribuir a la propia incriminación, es necesario que la empresa de que se trate haya sido efectivamente sometida a coerción para proporcionar información o datos que puedan probar la infracción»⁵².

25. Por otro lado, los testimonios de terceras personas pueden tener eficacia probatoria (como prueba o, al menos, indicio), antes del procedimiento o durante el mismo, habitualmente a través de un requerimiento de información⁵³. Aunque el TJUE ha reconocido que «en asuntos del Derecho comunitario de la competencia la prueba testifical sólo desempeña un papel secundario, mientras que los documentos escritos ocupan un lugar central»⁵⁴, deberá ser la correspondiente autoridad la que aprecie su relevancia en el caso concreto y decida en consecuencia sobre su admisión. Así, aunque el artículo 6.3.d del Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece que todo acusado tiene derecho a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra, el TJUE, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵, ha confirmado en asuntos de competencia la potestad de la autoridad correspondiente para apreciar

⁴⁸ Aunque el Derecho interno español permite realizar la solicitud de reducción incluso con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos (art. 50.5 RDC), en el *ámbito del Derecho de la UE* el punto 29 de la Comunicación de 2006 establece que «la Comisión podrá desestimar toda solicitud de reducción de multas por haberse presentado después de la expedición del pliego de cargos». Como se observa, el Derecho de la UE es más parco que el interno español, aunque, de igual modo, abre la posibilidad a la presentación de una solicitud de reducción con posterioridad al cierre del período de presentación de una solicitud de exención o dispensa. Se entiende también en este ámbito que el hecho decisivo sería la posibilidad de aportar elementos de *valor añadido significativo* con respecto a los ya existentes.

⁴⁹ Así, el artículo 46.3.b RDC requiere obligatoriamente que en la solicitud de clemencia se aporten aquellas «pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante o de las que éste pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, en particular, pruebas contemporáneas del mismo, que permitan verificar su existencia». Entre las pruebas, se destacaron por la Comunicación del Programa de Clemencia (19 de junio de 2013) las siguientes pruebas: a) Declaraciones, actas, resúmenes, anotaciones, correos electrónicos, faxes, grabaciones, etc., que contengan información relativa a fechas, lugares e identificación de las personas o empresas participantes en reuniones del cártel u otros contactos entre los participantes en el cártel, así como el contenido de dichas reuniones o contactos y pruebas que acrediten éstos. b) Información de las acciones realizadas por los participantes en el cártel, con el soporte material que acredite dichas acciones (declaraciones, actas, correos informáticos, faxes, etc.). c) Declaraciones, acuerdos, documentos de viajes, documentos comerciales, circulares, correos electrónicos, cartas, actas, faxes, grabaciones, etc., referentes a la existencia, objetivos, funcionamiento y alcance del cártel, así como los participantes en el mismo. d) Estadísticas u otros datos que se refieren a los hechos expuestos y que sean demostrativos de la existencia y de los participantes en el cártel (evolución y formación de los precios, condiciones de oferta o de venta, condiciones usuales de las transacciones, orden de licitaciones, etc.).

⁵⁰ STJUE de 14 de julio de 2005, *ThyssenKrupp/Comisión*, C65/02 P y C73/02 P, EU:C:2005:454, apartado 49 y jurisprudencia citada.

⁵¹ Sobre esta cuestión y la relación entre el derecho a no declarar contra sí mismo y el deber de colaboración con las autoridades de competencia, J. GUILLÉN CARAMÉS, «Artículo 40», cit., pp. 1269-1275.

⁵² SSTJUE de 12 de enero de 2017 (*Timab Industries y CFPR/Comisión*, C-411/15 P, ECLI:EU:C:2017:11, apartado 86) y de 15 de octubre de 2002 (*Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C238/99 P, C244/99 P, C245/99 P, C247/99 P, C250/99 P a C252/99 P y C254/99 P, EU:C:2002:582, apartado 275).

⁵³ Al efecto, el artículo 19.1 del Reglamento 1/2003 dispone que «para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento, la Comisión podrá oír a toda persona física o jurídica que acepte ser entrevistada a efectos de la recopilación de información en relación con el objeto de una investigación». Este precepto pretende completar los poderes de investigación de la Comisión permitiéndole, en particular, que interroge a toda persona que pueda disponer de información útil y que guarde constancia de sus declaraciones (en este sentido, STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión*, C413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 85).

⁵⁴ STJUE de 25 de enero de 2007 (*Salzgitter/Comisión*, C-411/04 P, ECLI:EU:C:2007:54, apartado 42).

⁵⁵ Según la cual el artículo 6 del CEDH no reconoce al acusado un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de testigos ante el tribunal y que la decisión sobre la necesidad o la conveniencia de citar a un testigo incumbe en principio al juez nacio-

la pertinencia de las declaraciones de testigos en función del objeto del asunto⁵⁶, ya que en algunos casos puede tener incidencia relevante como medio probatorio⁵⁷.

3. Pruebas periciales

26. Sin perjuicio de la facultad de las autoridades de competencia para llevar a cabo los análisis económicos complejos que sean necesarios para la resolución de un asunto, la prueba pericial constituye un elemento de gran relevancia en los procedimientos relativos a infracciones de las normas de competencia, requiriéndose en ocasiones la presencia de la opinión de expertos externos en materia económica que aporten experiencia en el mercado afectado, proponiendo, por ejemplo, modelos econométricos para determinar si determinadas conductas han tenido efectos negativos para la competencia.

27. Son numerosos los asuntos en los que la decisión final se ha basado en el dictamen de peritos, como es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993 (*Ahlström*, C-89/85, ECLI:EU:C:1993:120), en la que se solicitó a los peritos que indicaran si, en su opinión, el funcionamiento natural del mercado debía conducir a una estructura de precios diferenciados o a una estructura de precios uniformes. En este caso el dictamen pericial, junto con los debates orales subsiguientes, pusieron de manifiesto que, para los peritos, la explicación de la uniformidad de los precios por el funcionamiento normal del mercado era más plausible que la de la concertación⁵⁸, lo que llevó al tribunal a confirmar que en dicho caso la explicación del paralelismo de comportamiento por la existencia de una concertación no era la única plausible⁵⁹, considerando finalmente que no existía un conjunto de indicios serios, precisos y concordantes, y concluyendo que la Comisión no había demostrado la existencia de la concertación relativa a los precios anunciados.

28. En el ámbito español, donde también se ha puesto de manifiesto la importancia de la prueba pericial en asuntos de competencia⁶⁰, la CNMC publicó en 2018 una guía para la presentación de informes económicos en su Dirección de competencia, destacando su importancia para estudiar la forma en la que funciona cada mercado y cómo tienen lugar las interacciones competitivas. En concreto, se señalaron pautas generales (cuatro requisitos mínimos⁶¹ y tres recomendaciones⁶²) y consideraciones más concretas en

nal (sentencias TEDH *Pisano c. Italia* de 27 de julio de 2000, no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, § 21; S.N. c. Suecia, de 2 de julio de 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002V, § 43, y *Destrehem c. Francia* de 18 de mayo de 2004, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, § 39).

⁵⁶ SSTJUE de 26 de enero de 2017 (*Comisión/Keramag Keramische Werke y otros et Sanitec Europe*, C-613/13 P, ECLI:EU:C:2017:49, apartados 109-110) y de 28 de junio de 2005 (*Dansk Rørindustri/Comisión*, C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, apartados 66-75).

⁵⁷ Así, en algunos asuntos los testimonios de los afectados han tenido incidencia relevante como elemento probatorio de la infracción, como es el caso del asunto *Amazon/Apple* en España (Resolución de la CNMC de 12 de julio de 2023, S/0013/21).

⁵⁸ Las líneas directrices de su análisis pueden ser consultadas en los apartados 102-125 de la citada resolución.

⁵⁹ Razonó tal afirmación en varios argumentos derivados de la intervención de peritos. En primer lugar, que el sistema de anuncios de precios aportaba una respuesta racional al hecho de que el mercado de la pasta era un mercado a largo plazo y a la necesidad que experimentaban, tanto los compradores como los vendedores, de reducir los riesgos comerciales. Por otro lado, la analogía de las fechas de los anuncios de precios podía ser considerada como una consecuencia directa de la gran transparencia del mercado, que no debe ser calificada de artificial. Por último, el paralelismo de los precios y su evolución encontraban una explicación satisfactoria en las tendencias oligopolistas del mercado, así como en las circunstancias particulares de determinados períodos.

⁶⁰ Por ejemplo, el asunto *Infraestructuras Ferroviarias* (Resolución CNMC de 30 de junio de 2016, expediente S/0519/14), donde la SAN de 28 de enero de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:399), donde los informes periciales fueron esenciales para determinar cuestiones clave, como la de la indispensabilidad de la constitución de una UTE en tal asunto.

⁶¹ Son los siguientes: a) Relevancia: debe estar claro cuál es la cuestión relevante y cómo se ajustan a ella los métodos utilizados y las conclusiones alcanzadas; b) Información completa: los informes deben contener todo lo necesario para evaluarlos y reproducirlos; c) Transparencia: el análisis económico se basa en supuestos que simplifican la realidad. Estos supuestos deben estar explicados y justificados para cada caso analizado. Además, la sensibilidad de los resultados a un cambio en los supuestos debe estar reflejada explícitamente; y d) Consistencia: los supuestos y los resultados de todos los análisis contenidos en el informe no deberían ser contradictorios, y en el caso de que lo fueran debería explicarse cuál es preponderante.

⁶² Así, consideraba recomendable que el informe contuviera siempre los siguientes apartados: a) Resumen ejecutivo, que puede tener carácter técnico o no, y que recoja, al menos, la cuestión relevante y los resultados obtenidos; b) Versión no con-

relación con las dos clases principales de informes económicos, los análisis conceptuales/teóricos (que pueden ayudar a explicar el comportamiento del mercado y el de sus participantes)⁶³ y los análisis empíricos (cuyo objetivo puede ser identificar una situación particular o demostrar que un modelo teórico refleja la situación real del mercado afectado)⁶⁴. Junto a esta guía específica para la prueba pericial en procedimientos sobre infracción de las normas de competencia, y aunque el objetivo es distinto (está enfocada a la acreditación del daño y no de la infracción), también puede consultarse la guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia, aplicable principalmente en el ámbito de la acción de daños.

V. Validez de la prueba

29. Las pruebas valorables en los procedimientos de infracción del Derecho de la competencia deben presentar determinadas condiciones de validez, concretadas principalmente en el respeto a que se hayan obtenido de modo legal, no surtiendo efecto «las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»⁶⁵. En consecuencia, la obtención de pruebas en supuestos de extralimitación de las decisiones (ámbito europeo) u órdenes (ámbito interno español) de inspección es motivo de anulación, pudiendo ser considerada como un hecho productor de «indefensión o perjuicio

fidencial, que debe contener toda la información necesaria para evaluar tanto el método como los resultados del informe; c) Referencias utilizadas, ya que es deseable que el análisis se realice teniendo en cuenta la literatura relevante en cada caso, tanto para informes teóricos como empíricos. Aquella información que se da por hecho en el análisis y no puede asumirse como generalmente conocida debe tener una fuente de referencia. Finalmente, deben ser remitidas a la CNMC las referencias bibliográficas o fuentes utilizadas que no están disponibles para el público.

⁶³ Se establecen las siguientes consideraciones: 1. En cuanto al modelo, es recomendable hacer un repaso de la literatura relevante para el caso en cuanto a modelos económicos, de manera que se conozca el contexto del modelo y si aporta novedades con respecto a otros existentes. Aquellas teorías que no han sido publicadas ni evaluadas deben estar justificadas y explicadas en profundidad. Los modelos teóricos explican los hechos simplificando la realidad, por lo que es importante destacar que su objetivo no es representarla con todo detalle. Para simplificar se utilizan diferentes supuestos que permitan centrarse en los detalles relevantes para el caso analizado. Estos supuestos, aunque necesarios, deben ser siempre especificados y explicados (especialmente aquellos que parezcan menos realistas), de manera que la CNMC pueda determinar si son razonables. El desarrollo de modelos con bases teóricas consistentes permite que puedan aplicarse sus conclusiones a situaciones más complejas. A pesar de ello, no se trata de una condición suficiente, ya que las implicaciones de un modelo económico solo pueden influir en la valoración de una cuestión de competencia si el modelo es relevante para ello. Por ello, la elección del modelo, así como su composición y desarrollo, debe ser siempre explicada y justificada con detalle, relacionándolo con la cuestión relevante y las hipótesis explicadas anteriormente. Los modelos económicos pueden ser presentados de tres formas complementarias: verbal, gráfica o matemática. Sin embargo, en el caso de las dos últimas una interpretación verbal de estas debe ser incluida. Si el desarrollo del modelo es especialmente largo o detallado pueden incluirse los pasos principales en el cuerpo del informe y los detalles en un Anexo. 2. En cuanto a los resultados y robustez del análisis teórico Los resultados de modelos económicos difieren en su robustez. Mientras algunos modelos son muy sensibles a pequeños cambios en los supuestos, otros pueden ser modificados sustancialmente sin afectar a los resultados. Por esta razón un análisis teórico debería incluir siempre una explicación de cada supuesto utilizado, explicando si –y hasta qué punto– el modelo y sus resultados son sensibles a cambios en los supuestos. Además, es posible que la solidez general de cada modelo sea contrastada, por ejemplo, refiriéndose a los resultados de test empíricos del modelo o resultados de experimentos de laboratorio, que pueden ser llevados a cabo en el mismo informe (ver apartado 4). Los resultados más robustos tendrán más peso a la hora de valorar los casos. 3. Finalmente, los resultados obtenidos deberían ser relacionados con la cuestión relevante y las hipótesis planteadas, así como comparados con las conclusiones alcanzadas por otros estudios ya existentes.

⁶⁴ Además de las consideraciones sobre metodología y datos, destacan las referencias sobre resultados y robustez, en el siguiente sentido: «deben quedar explicados todos los pasos dados para llegar a los resultados finales. Es recomendable que los resultados se presenten completos en forma de tablas (en caso de estimaciones econométricas, según la forma común de los artículos académicos), o al menos, un resumen de estos que sea completado después en un Anexo técnico. En los casos que incluyan análisis econométricos, aquellos resultados que sean estadísticamente significativos a un nivel del 1% o del 5% deben ser resaltados en mayor medida que los que lo sean al 10%, aunque estos últimos también se tendrán en cuenta, especialmente para muestras pequeñas. La magnitud de los coeficientes también deberá ser discutida. La exposición de los resultados debe ser clara y comprensible, enlazar con las hipótesis planteadas y finalizar con una interpretación del resultado obtenido que lo relacione con la teoría económica vigente y otros estudios empíricos. También es conveniente exponer su relevancia en el caso estudiado, así como los resultados posibles a los que se llega con otras metodologías. Debe incluir test de diagnóstico habituales (t, R2) o, si el caso lo requiere, test más complejos, que siempre deben ser interpretados, así como la robustez de los resultados para poder analizar su posible generalización o la sensibilidad a cambios en los datos, supuestos, método de estimación... Los resultados que debido a diferencias en datos, metodologías o supuestos sean ambiguos deben estar debidamente justificados».

⁶⁵ Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

irreparable a derechos o intereses legítimos» (*cf.*: artículo 47.1 LDC), algunos de ellos de carácter fundamental⁶⁶. Entre las condiciones de validez del procedimiento de obtención de pruebas en esta fase inicial destacan las siguientes:

30. Cuando las pruebas se hayan obtenido en una inspección se requiere que se haya informado a la empresa afectada de la información esencial de la misma, como es su objeto y finalidad⁶⁷, así como los datos, documentos u otras pruebas esperables⁶⁸. Este deber de motivación constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas⁶⁹. Además, determinadas actuaciones relevantes a efectos de prueba (como el precinto de locales, libros o documentación, sistemas informáticos o dispositivos electrónicos) requieren el previo consentimiento expreso de las entidades o sujetos inspeccionados⁷⁰ o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial⁷¹.

31. Para la inclusión de las pruebas en un expediente sancionador se requiere que sean pertinentes en función del objeto de la inspección. Esto no excluye la posibilidad de que se copie documentación sin análisis previo, habiendo señalado la jurisprudencia europea que el derecho de la Comisión a realizar tales copias no afecta ni a las garantías procedimentales establecidas en el Reglamento nº 1/2003 ni a los demás derechos de la empresa inspeccionada, siempre que la Comisión, tras haber concluido su examen, solo incorpore al expediente documentación pertinente habida cuenta del objeto de la inspección, respetando estrictamente el derecho de defensa de la empresa afectada y borrando los datos que, en su caso, no se consideren pertinentes⁷². Esta actuación permite proseguir el examen de las pruebas (por ejemplo, discos duros) en las oficinas de la Comisión o correspondiente autoridad de competencia⁷³.

⁶⁶ Recuérdese que el artículo 18.2 de la Constitución española dispone que «el domicilio es inviolable» y que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito», resultando pacífico en la jurisprudencia española y europea que este nivel de protección comprende también al domicilio de las personas jurídicas.

⁶⁷ *Cf.*: artículo 20.4 del Reglamento 1/2003. La descripción de su «objeto y finalidad» tiene el propósito de que queden delimitados suficientemente los contornos de la actividad inspectora y, por ende, el ámbito investigación probatoria. Aunque la expresión utilizada en dicha norma genera dudas interpretativas sobre la intensidad de la motivación, las autoridades judiciales europeas han resuelto que es exigible que las órdenes de inspección contengan los elementos esenciales de delimitación del objeto inspeccionado, como exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado del requerimiento de información, sino también para que las empresas interesadas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa. El asunto más relevante a nivel europeo sobre la extralimitación de las órdenes de inspección es el relativo a *Nexans France*, donde el TJUE confirmó la STJUE que desestimaba parcialmente un recurso de anulación de la Decisión C (2009) 92/1 de la Comisión, de 9 de enero de 2009 (STJUE de 25 de junio de 2014, *Nexans France/Comisión*, C37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030). Según los hechos, se inspeccionaron locales de *Nexans* por tener indicios relacionados con su participación en acuerdos o prácticas concertadas en el mercado del suministro de cables eléctricos y materiales asociados, incluidos, entre otros, cables submarinos de alta tensión y, en algunos casos, cables eléctricos subterráneos de alta tensión, que comprenderían la licitación concertada en concursos públicos, la asignación de clientes y el intercambio ilícito de información comercialmente sensible sobre el suministro de dichos productos. La inspección excedió de la búsqueda de información sobre cables eléctricos (especialmente los submarinos, sobre los que se fundamentaron los indicios), realizando los inspectores copias de numeroso material adicional.

⁶⁸ *Cf.*: artículo 13.3 RDC.

⁶⁹ En este sentido se ha pronunciado el TJUE, señalando que «de ello se sigue que el alcance de la obligación de motivar las decisiones de verificación no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. En este aspecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de verificación todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, debe, en cambio, indicar con claridad los indicios que pretende comprobar» (STJUE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337, apartado 41).

⁷⁰ En estos casos deberán ser «informados sobre el objeto de la inspección recogido en la orden de inspección, las facultades de inspección previstas en la presente ley, el derecho a oponerse a la práctica de la inspección y las consecuencias de dicha oposición» (art. 13.3 RDC).

⁷¹ En este caso deberá solicitarse con carácter previo a la práctica de la inspección, debiendo el órgano judicial competente resolver en el plazo máximo de 48 horas (art. 13.2 LDC).

⁷² SSTJUE de 24 de septiembre de 2020 (*Prysmian*, C-601/18 P, ECLI:EU:C:2020:751, apartados 58-59) y de 16 de julio de 2020 (*Nexans*, C-606/18 P, ECLI:EU:C:2020:571, apartados 64-65).

⁷³ Como puso de manifiesto el TJUE, determinadas razones legítimas pueden llevar a la Comisión, también en interés de las empresas afectadas, a decidir proseguir, en sus oficinas de Bruselas, la inspección de los datos que ha recopilado en la empresa

32. En caso de que existan pruebas testimoniales en forma de entrevista⁷⁴ se requiere que sean registradas o grabadas, y ello independientemente de que se haya abierto formalmente la investigación; en este *último* sentido, el TJUE ha confirmado que el hecho de que el artículo 2, apartado 3, del Reglamento núm. 773/2004, con arreglo al cual «la Comisión podrá ejercer sus poderes de investigación en virtud del capítulo V del Reglamento [núm. 1/2003] antes de incoar el procedimiento», respalda la interpretación según la cual las disposiciones relativas a los poderes de investigación de la Comisión enumerados en el citado capítulo -incluido el artículo 19- pueden resultar aplicables antes de que se abra formalmente una investigación⁷⁵.

V. Las presunciones como método de prueba

33. El TJUE ha señalado que «el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda aportarse no sólo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y concordantes»⁷⁶, que, «considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia»⁷⁷. Esta admisibilidad de la prueba indirecta pone de manifiesto la dificultad inherente a la acreditación de la infracción *antitrust* y activa la utilización de las presunciones como método de prueba en un procedimiento sancionador por infracción de normas de competencia⁷⁸, realidad evidenciada tanto por el TJUE⁷⁹ como por el TS⁸⁰.

afectada. A este respecto, obligar a la Comisión a tratar tales datos exclusivamente en los locales de la empresa inspeccionada cuando se trate de datos particularmente voluminosos podría prolongar considerablemente la duración de la presencia de los inspectores en los locales de esa empresa, lo que podría mermar la eficacia de la inspección y aumentar inútilmente la injerencia en el funcionamiento de dicha empresa en razón de la inspección (sentencia de 16 de julio de 2020, *Nexans Francia y Nexans/Comisión*, C606/18 P, UE:C:2020:571, apartado 81).

⁷⁴ Al efecto, el artículo 3 del Reglamento 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos sobre competencia, dispone los detalles sobre las entrevistas.

⁷⁵ STJUE de 9 de marzo de 2023, *Intermarché Casino Achats/Comisión*, C-693/20 P, ECLI:EU:C:2023:172, apartado 115. Además, esta misma resolución señala (apartado 119) que «al hacerse cada vez más difícil la detección de las infracciones de las normas de competencia, el artículo 19, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 pretende completar los poderes de investigación de la Comisión permitiéndole, en particular, que interroge a toda persona que pueda disponer de información útil y que guarde constancia de sus declaraciones (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión*, C413/14 P, EU:C:2017:632), apartado 85. Pues bien, la expresión «detección de las infracciones», que figura en el citado considerando, avala la interpretación que sostiene que el artículo 19, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 también resulta aplicable a las entrevistas realizadas por la Comisión, en una fase preliminar, con el fin de recopilar indicios en relación con el objeto de una investigación».

⁷⁶ STJUE de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 37.

⁷⁷ SSTJUE de 7 de enero de 2004 (*Aalborg Portland y otros/Comisión*, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 57), de 21 de septiembre de 2006 (*Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, C-105/04 P, ECLI:EU:C:2006:592, apartado 135), y de 6 de diciembre de 2012 (*Comisión/Verhuizingen Coppens*, C441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 70). En este sentido, el TJUE ha señalado que «la existencia de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de otros elementos fácticos que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de junio de 2023, *Super Bock Bebidas*, C211/22, EU:C:2023:529, apartado 56 y jurisprudencia citada)» (SSTJUE de 8 de mayo de 2025, *Beevers Kaas BV y otros*, C-581/23, ECLI:EU:C:2025:323, apartado 45).

⁷⁸ Recuérdese que la presunción funciona como método probatorio, concretado en un «proceso de razonamiento lógico, que, por vía inductiva, arranca de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para alcanzar otro desconocido, como realidad concurrente y dotado de eficacia bastante para la más adecuada resolución de la controversia procesal planteada» (STS de 17 de marzo de 1994, ECLI:ES:TS:1994:1826).

⁷⁹ Así, la STJUE de 7 de enero de 2004 (*Aalborg Portland y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, apartados 55-57) señaló lo siguiente: «al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia».

⁸⁰ Es el caso, por ejemplo, de su sentencia de 6 de marzo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1774), en la que declaraba que la

En el ámbito de la aplicación privada la presunción de daño en casos de cártel ya es un criterio legal⁸¹.

34. La primera presunción, antes del conocimiento de prueba o indicio alguno, es la presunción de inocencia, reconocida constitucionalmente (art. 24.2 CE) y aludida con frecuencia por autoridades de competencia y órganos jurisdiccionales. En este sentido, la legislación administrativa reconoce que en los procedimientos de naturaleza sancionadora los presuntos responsables tendrán el «derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario»⁸². El TJUE ha recordado que la presunción de inocencia constituye un principio general del Derecho de la Unión, establecido en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de competencia de la Unión⁸³. Así, por ejemplo, en el ámbito de la resolución de asuntos sobre infracción de las normas de competencia se ha considerado que «la presunción de inocencia se opone a que el órgano jurisdiccional remitente considere que el mero envío de un mensaje pueda constituir una prueba suficiente para acreditar que sus destinatarios debían necesariamente tener conocimiento de su contenido»⁸⁴.

35. La neutralización de la presunción de inocencia se realiza habitualmente a través de pruebas, presentadas por un tercero, por el propio infractor (clemencia) e, incluso, por la propia autoridad de competencia (recuérdese la condición de agente de la autoridad que tiene el personal funcionario de carrera de la CNMC, que implica que las actas que realicen de las inspecciones «tendrán naturaleza de documentos públicos y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización») ⁸⁵.

36. Asimismo, la presunción de inocencia puede ser cuestionada y neutralizada por otras presunciones, siempre que se acrediten hechos indicios de los que puedan deducirse una infracción *antitrust*, gracias a la existencia de un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que sólo se entenderán contrarias al mismo de ser ilógicas, arbitrarias, absurdas o contrarias a alguna norma, tal y como ha recordado por el Tribunal Supremo⁸⁶ y se ha seguido a nivel de la Unión Europea⁸⁷. Según la doctrina

prueba de presunciones «tiene una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda».

⁸¹ Esta presunción tiene carácter *iuris tantum*. Así, ha puesto de manifiesto la doctrina que la presunción admite prueba en contrario, «que necesariamente habrá de estar referida al caso enjuiciado, y no al mercado relevante en su conjunto, que habrá de ser congruentemente valorada por el Juez, al que no cabe aplicar la presunción sin ponderar los informes periciales de parte y otras pruebas que pongan de manifiesto la inexistencia de daños» (J. MASSAGUER, «Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de defensa de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 322, 2021, apartado VI.2.2.)

⁸² Artículo 53.2.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

⁸³ SSTJUE de 12 de enero de 2023 (*HSBC Holdings y otros/Comisión*, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, apartado 79), de 21 de enero de 2016 (*Eturas y otros*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 38), de 8 de julio de 1999 (*Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362, apartados 175 y 176), y de 8 de julio de 1999 (*Hüls/Comisión*, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, apartados 149-150).

⁸⁴ STJUE de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 51. Asimismo, se considera que «corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar, sobre la base de las normas nacionales que regulen la valoración de las pruebas y el nivel de prueba requerido, si, a la luz de todas las circunstancias sometidas a su conocimiento, el envío de un mensaje, como el mensaje de que se trata en el litigio principal, puede constituir una prueba suficiente para acreditar que sus destinatarios tenían conocimiento de su contenido».

⁸⁵ Artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En este mismo sentido el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala que «los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario».

⁸⁶ STS de 13 de noviembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:8035).

⁸⁷ Así, en el caso *Eturas* el TJUE señaló que «la presunción de inocencia no se opone a que el órgano jurisdiccional remitente considere que el envío del mensaje de que se trata en el litigio principal pueda, a la luz de otros indicios objetivos y

del Tribunal Constitucional⁸⁸, para desvirtuar dicha presunción deben satisfacerse las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados (no puede tratarse, por tanto, de meras sospechas), debiéndose explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la sub-sunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. El TJUE ha declarado que la validez de estas presunciones de infracción es compatible con los principios a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia, cuando sea proporcionada al fin legítimo que persigue y, en consecuencia, continúe estando dentro de unos límites aceptables, ya que tiene como principal finalidad establecer un equilibrio entre, por una parte, la importancia del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión (presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas)⁸⁹.

37. La aplicación del método de presunciones es frecuente en los procedimientos sancionadores en materia de competencia, destacando su utilización en casos de ausencia de pruebas directas sobre la existencia de un acuerdo o contrato, como sucede cuando se sospecha la existencia de prácticas concertadas o conscientemente paralelas⁹⁰. Aunque puedan surgir dudas, debido al principio de la autonomía empresarial y al derecho a la adaptación al mercado⁹¹, la acreditación de contactos directos o indirectos entre las empresas implicadas puede activar una presunción de que existe concertación y no adaptación al mercado⁹². Así, ante la ausencia de pruebas directas de la concertación⁹³, el tribunal podría plantearse la utilización

concordantes, fundamentar la presunción de que las agencias de viajes afectadas en el litigio principal tenían conocimiento de su contenido a partir de la fecha del envío de dicho mensaje, siempre que esas agencias tengan la posibilidad de destruirla» (STJUE de 21 de enero de 2016, *Eturas* y otros, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 40).

⁸⁸ Sentencias 174/1985, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TC:1985:174), 175/1985 (ECLI:ES:TC:1985:175), de 17 de diciembre o 229/1988, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TC:1988:229).

⁸⁹ STJUE de 10 de abril de 2014 (*Areva/Comisión*, C-247/11 P, ECLI:EU:C:2014:257, apartado 93) y de 18 de julio de 2013 (*Schindler Holding* y otros/Comisión, C501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522 apartados 107 y 108).

⁹⁰ La expresión de «prácticas conscientemente paralelas» es propia de la legislación española, lo que no estuvo exento de críticas entre la doctrina (J. GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de estudios y publicaciones, Madrid, 1964, pp. 45-46), habiéndose planteado el interrogante de si ambas figuras (las prácticas concertadas y las conductas conscientemente paralelas) constituían dos ilícitos *antitrust* o si, por el contrario, se trataba de supuestos de hecho idénticos. Aunque en un inicio la autoridad española de competencia (resolución de 6 de marzo de 1992 el Tribunal de Defensa de la Competencia, ahora CNMC) y algún sector doctrinal (A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», *Revista General del Derecho*, 1993, pp. 10057-10131) se inclinaban hacia la primera opción, posteriormente (J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis*, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, p. 56) y en la actualidad se entienden como expresiones equivalentes, incluyéndose en las normas españolas de competencia probablemente por razones históricas (A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, «Artículo 1», en J. MASSAGUER / A. GUTIÉRREZ (directores): *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, 2024, p. 186).

⁹¹ Al respecto, entre otras, sentencias 26 enero 2017, *Comisión/Keramag Keramische Werke y otros et Sanitec Europe* (C-613/13 P, ECLI:EU:C:2017:49), 22 octubre 2015, *ACTreuhand/Comisión* (C194/14 P, EU:C:2015:717) y 23 noviembre 2006, *Asnef-Equifax*, (C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734).

⁹² A este elemento clave hizo referencia el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 8 julio 1999 (*Comisión/Anic Partecipazioni*, C49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 117) y 26 de enero de 2017 (*Comisión/Keramag Keramische Werke y otros et Sanitec Europe*, C-613/13 P, ECLI:EU:C:2017:49, apartado 68), al señalar los siguiente: «si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que cabe esperar de sus competidores, se opone estrictamente, sin embargo, a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que pueda bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, bien en desvelar a dicho competidor el comportamiento que el operador haya decidido o pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se correspondan con las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o de los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado».

⁹³ Pruebas directas acreditativas de la concertación previa serían, por ejemplo, la de la celebración de reuniones entre empresas económicamente independientes o intercambios de información realizados de otra forma, como, por ejemplo, a través del envío de correos electrónicos. En estos casos puede entenderse acreditada la concertación previa, tal y como ha confirmado el TJUE en sus sentencias (por ejemplo, sentencia 31 marzo 1993, *Ahlström*, C-89/85, ECLI:EU:C:1993:120), teniendo en

del método de presunciones. A esta posibilidad hizo referencia el Tribunal de Justicia por primera vez en 1972⁹⁴, en un asunto donde se presumió concertación previa a determinados comportamientos paralelos⁹⁵, indicando que «si bien un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada, puede ser sin embargo un indicio serio de ésta, cuando aboca a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, en atención al tipo de productos, a la importancia y al número de empresas y al volumen de dicho mercado». Ante esta situación, la empresa implicada «debe destruir mediante la prueba de un distanciamiento público, que debe percibirse como tal por los demás participantes en el cártel»⁹⁶. En el ámbito del Derecho interno español, tanto las autoridades de competencia como judiciales han acudido también a las presunciones en asuntos relacionados con prácticas concertadas, siguiendo los criterios establecidos para su aceptación en derecho punitivo o sancionador por el Tribunal Constitucional⁹⁷.

38. En el mismo sentido, se ha considerado incluido en el ámbito de las normas de competencia como conductas no protegidas por el principio de autonomía empresarial determinados intercambios de información, al debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado⁹⁸, entendiéndose manipulado el mismo a los efectos de una adaptación del comportamiento. Esto ha sucedido sobre todo en mercados oligopolistas o fuertemente concentrados⁹⁹, donde el intercambio de información puede permitir a las empresas conocer la posición en el mercado y las estrategias comerciales de sus competidores y, de este modo, alterar sensiblemente la competencia subsistente entre los operadores económicos¹⁰⁰. Más dudas pueden surgir respecto a casos producidos en mercados más amplios, donde la oferta se halle atomizada. Al respecto, el TJUE consideró en el asunto *Ahlström Osakeyhtiö* que las comunicaciones consistentes en anuncios de precios que se hicieron a los usuarios no constituían, de por sí, una actuación en el mercado que pudiera reducir la incertidumbre de cada empresa sobre la actitud que adoptarán sus competidores, al considerar que en el momento en que cada empresa efectuaba tales comunicaciones, no tenía ninguna seguridad acerca del comportamiento que adoptarían las demás¹⁰¹.

39. Otro de los supuestos en que se ha aplicado el método de las presunciones en el ámbito de la aplicación de las normas de competencia es para determinar el ejercicio efectivo de influencia determinante de la matriz sobre la filial derivada de la posesión de la totalidad o casi la totalidad del capital de ésta. Sin embargo, y a pesar de su dificultad¹⁰², el TJUE ha reconocido la posibilidad de prueba en contra-

cuenta la importancia que para ello tiene gran relevancia la intensidad y duración de los contactos. En este sentido, sentencia 8 julio 1999, *Hüls/Comisión* (C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358), apartado 162, que pone de destaca que en dicho asunto cuando la concertación se produjo regularmente a lo largo de un período dilatado.

⁹⁴ Sentencia 14 julio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.* (C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70), seguida por sentencia 13 julio 1989, *Lucazeau* (C-110/88, ECLI:EU:C:1989:326), apartado 18.

⁹⁵ En concreto, quedaron acreditados los siguientes comportamientos: que entre el 7 y el 20 de enero de 1964, se produjo un aumento uniforme del 15% en los precios de la mayoría de los colorantes a base de anilina, con exclusión de determinadas categorías, en Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, así como en algunos países terceros; que el 1 de enero de 1965 se produjo un aumento idéntico en Alemania; que, el mismo día, la casi totalidad de los productores aplicaron en todos los países del mercado común, a excepción de Francia, un aumento uniforme del 10% en el precio de los colorantes y de los pigmentos excluidos del aumento de 1964; que como la sociedad ACNA no aplicó el aumento de 1965 en el mercado italiano, las demás empresas renunciaron a mantener el aumento anunciado de sus precios en el citado mercado; que, salvo en Italia, a mediados del mes octubre de 1967, casi todos los productores aplicaron un aumento del 8 % a todos los colorantes en Alemania, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo y del 12 % en Francia.

⁹⁶ SSTJUE de 20 de enero de 2016 (*Toshiba Corporation/Comisión*, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, apartado 71), de 17 de septiembre de 2015 (*Total Marketing Services/Comisión*, C634/13 P, ECLI:EU:C:2015:614, apartado 21), y de 7 de febrero de 2013 (*Slovenská sporiteľňa*, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71, apartado 27).

⁹⁷ Para una visión de las resoluciones más relevantes *vid.* F. DIEZ ESTELLA, *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia*, *Atelier*, 2024, pp. 66-71.

⁹⁸ Sentencia 4 junio 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros (C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343), apartado 35.

⁹⁹ A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Artículo 1”, *cit.*, p. 187, nota 95.

¹⁰⁰ Sentencia 28 mayo 1998, *Deere/Comisión* (C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256), apartado 88.

¹⁰¹ Sentencia 31 marzo 1993, *Ahlström Osakeyhtiö/Comisión* (C-89/85 P, ECLI:EU:C:1993:120), apartado 64.

¹⁰² El TJUE ha precisado que «el hecho de que sea difícil aportar la prueba en contrario necesaria para destruir una presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante no implica, en sí mismo, que ésta sea irrefutable, sobre todo

rio, que pasaría, por ejemplo, por someter a la apreciación del juez todo elemento relativo a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos existentes entre la matriz y su filial que puedan demostrar que no constituyen una única entidad económica¹⁰³. En consecuencia, la neutralización de esta presunción debe estar debidamente motivada, no siendo suficiente, por sí mismo, que la filial no siga una instrucción dada por su sociedad matriz, ya que el TJUE ha precisado que ello no es necesario cuando el incumplimiento de esas instrucciones no fuese la regla general¹⁰⁴.

40. Asimismo, es destacable la presunción de la infracción *antitrust* en los procesos civiles en los que se ejercitan acciones consecutivas o *follow-on*, y tal como se ha advertido *supra*, ya que la incorporación del artículo 9 de la citada como Directiva de Daños implicó que el artículo 75 LDC estableciera dos clases de presunciones, una *iuris et de iure* (cuando la infracción conste en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español) y otra *iuris tantum* (cuando la infracción conste en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro).

VII. Valoración de la prueba

41. Una vez interpretada cada prueba¹⁰⁵, debe realizarse su valoración, que implica una decisión sobre si la actividad probatoria convence de la verdad de las afirmaciones fácticas realizadas, decidiendo así si la prueba practicada tiene la suficiente credibilidad para generar certeza sobre el objeto probatorio, como actividad previa a la calificación jurídica de los hechos o subsunción en la norma jurídica.

42. La valoración de la prueba debe ser realizada por la autoridad de competencia o, en su caso, por los órganos que resuelvan recursos sobre sus decisiones, salvo en los casos en que se trate de recursos de casación. En este sentido, es doctrina jurisprudencial del TJUE que la determinación de los hechos y la apreciación de las pruebas no constituyen, excepto en el caso de incumplimiento de las normas en materia de carga y aportación de la prueba, de desnaturalización o de infracción de principios generales (*v.gr.* presunción de inocencia), una cuestión de Derecho sujeta al control del Tribunal de Justicia¹⁰⁶, correspondiendo a la Comisión Europea y, en su caso al TGUE comprobar y apreciar los hechos pertinentes,

cuando son las entidades contra las que opera la presunción quienes están en mejores condiciones para buscar dicha prueba en su propia esfera de actividades» (STJUE de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/*Versalis* y otros, C93/13 P y C123/13 P, ECLI:EU:C:2015:150, apartado 46 y jurisprudencia citada).

¹⁰³ SSTJUE de 16 de junio de 2016 (*Evonik Degussa y AlzChem/Comisión*, C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446, apartado 32) y de 20 de enero de 2011 (*General Química y otros/Comisión*, C90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, apartado 51 y jurisprudencia citada). En estos casos el juez deberá tomar en consideración todos los elementos pertinentes, los cuales pueden variar según el caso y no pueden ser por tanto objeto de una enumeración exhaustiva (sentencia de 26 de septiembre de 2013, *The Dow Chemical Company/Comisión*, C179/12 P, no publicada, EU:C:2013:605, apartado 54).

¹⁰⁴ STJUE de 24 de junio de 2015, *Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce*, C293/13 P y C294/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, apartados 96 y 97

¹⁰⁵ Recuérdese que la labor de interpretación, en la que se determina el contenido y significado de cada medio de prueba, es previa a su valoración por la autoridad de competencia u órgano jurisdiccional. Así lo recuerdan numerosas sentencias, al señalar que «la valoración de las pruebas constituye un complejo proceso lógico o intelectual en el que acostumbran a diferenciarse conceptualmente, simplificando en extremo, principalmente dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación; y una segunda, de valoración en sentido estricto» (entre las más recientes, SAP Barcelona 125/2023, de 23 de febrero, ECLI:ES:APB:2023:1782). Como pusieron de manifiesto A. DE LA OLIVA y M.A. FERNÁNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1993, p. 300), «Calamandrei, a quien han seguido ya, aquí, autores como Gómez Orbaneja y Jiménez Conde, propone la distinción entre *interpretación* de la prueba y su *apreciación*. La *interpretación* sería algo previo a la apreciación o valoración. Mediante la *interpretación* se fijaría lo que podría llamarse el *contenido objetivo* de ciertos medios de prueba, que es asunto anterior a su fuerza de convencimiento. Interpretar un documento o una declaración testifical sería establecer lo que dicen, antes de determinar si es cierto, dudoso o falso, parcial o totalmente».

¹⁰⁶ Entre otras, SSTJUE de 12 de enero de 2023 (*Jouvin/Comisión*, C-719/21 P, ECLI:EU:C:2023:15, apartado 27), 26 de enero de 2017 (*Comisión/Keramag Keramische Werke y otros et Sanitec Europe*, C-613/13 P, ECLI:EU:C:2017:49, apartado 27), 12 de enero de 2017 (*Timab Industries y CFPR/Comisión*, C-411/15 P, ECLI:EU:C:2017:11, apartado 59).

así como valorar las pruebas¹⁰⁷. Igualmente, el TS ha señalado que la naturaleza de la casación tiene como finalidad corregir los errores en que haya podido incurrir el Tribunal *a quo* en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, encontrando como uno de sus límites la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia¹⁰⁸, salvo que el error sea de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁹. En consecuencia, la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano jurisdiccional que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por este el tribunal que resuelva la casación¹¹⁰. Cuestión distinta es la de los demás órganos jurisdiccionales que resuelven recursos ordinarios, que pueden revisar la valoración de la prueba realizada por las autoridades de competencia¹¹¹.

43. Existen pruebas cuya valoración es tasada o legal, limitándose la autonomía de la correspondiente autoridad administrativa o jurisdiccional. Aunque son escasas, en el ámbito de los procedimientos sancionadores en materia de competencia pueden ser relevantes. Se trata, en primer lugar, de los documentos públicos, como son las actas de inspección, que «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella»¹¹². En segundo lugar, y aunque no resulta razonable imponer legalmente a la confesión, en todo caso, un valor probatorio pleno¹¹³, es indudable que tiene especial eficacia probatoria¹¹⁴, y que es habitual en los procedimientos de infracción de las normas de competencia debido al programa de clemencia. Sobre esta cuestión, el TGUE realizó interesantes consideraciones en su sentencia de 20 de noviembre de 2011¹¹⁵, y, aunque admite cierta desconfianza en relación con la confesión

¹⁰⁷ Entre otras, SSTJUE de 14 de noviembre de 2017 (*British Airways/Comisión*, C-122/16 P, ECLI:EU:C:2017:861, apartado 104), 26 de enero de 2017 (*Masco y otros/Comisión*, C-614/13 P, ECLI:EU:C:2017:63, apartado 35), y 16 de junio de 2016 (*SKW Stahl-Metallurgie y SKW Stahl-Metallurgie Holding/Comisión*, C-154/14 P, ECLI:EU:C:2016:445, apartado 33).

¹⁰⁸ STS (Sala 3ª) de 28 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5780).

¹⁰⁹ Como recuerda la STS 948/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2493), «en las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; y 391/2022, de 10 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, debe recordarse que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales».

¹¹⁰ STS (Sala 3ª) de 20 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7848).

¹¹¹ En este sentido son conocidas las sentencias de la Audiencia Nacional relativas al expediente de la CNMC número S/DC/0525/14 CEMENTOS. Así, por ejemplo, la SAN de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:4286) examina la prueba practicada, llegando a la conclusión de que la CNMC efectuó «una construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme un plan preconcebido común que, en esencia, consistía en el intercambio de información sensible para conseguir el reparto del mercado del hormigón sin apoyo en pruebas sólidas y debidamente argumentadas que lo corroboren», estimando el recurso y, por ello, anulando la resolución recurrida.

¹¹² Artículos 319.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y 77.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹¹³ Así lo indica la exposición de motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹¹⁴ En este sentido, la autoridad española de competencia, en su resolución de 25 de marzo de 2013 (Expte. S/0316/10, *Sobres de Papel*) valoró muy positivamente como prueba para la aplicación del programa de clemencia la confesión del personal de alta dirección de las empresas solicitantes. De hecho, la autoridad española señala que «las declaraciones efectuadas por directivos de las empresas del cártel con una participación directa en éste gozan de una especial eficacia probatoria, en cuanto que han sido realizadas, precisamente, por directivos que han tenido un conocimiento directo del contenido de las reuniones del cártel y de los acuerdos alcanzados por las empresas participantes», lo que va en consonancia con el «valor probatorio particularmente alto» reconocido a dichas declaraciones en el ámbito judicial de la UE (Sentencia TPI de 18 de junio de 2008, asunto T-410/03, *Hoechst* vs. Comisión Europea; Sentencia TJCE de 25 de enero de 2007, asuntos acumulados C-403/04 P y C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd, a.o.* vs. Comisión Europea) y español (Resolución CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*; Resolución CNC de 22 de mayo de 2009, Expte. R/0020/09 *Vinos de Jerez*; Resolución CNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, *Navieras Baleares*; Resolución CNC de 28 de febrero de 2013, Expte. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*; y Resolución CNC de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*).

¹¹⁵ ECLI:EU:T:2011:701, asunto T208/06.

de los terceros¹¹⁶, otorga valor probatorio a las declaraciones de clemencia también frente a los autores de la infracción distintos a la empresa inculpada¹¹⁷, calificando a las declaraciones como «pruebas fiables», salvo que no hubiera más evidencias y su exactitud sea cuestionada por varias empresas inculpadas. En el ámbito interno el TS ha seguido esta línea, considerando que «las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales»¹¹⁸.

44. Salvo en los casos de pruebas legales o tasadas, rige el principio de libre valoración de la prueba, que debe hacerse de modo conjunto, sobre todas las existentes. Así, y a pesar de que las normas de la Unión Europea no hacen expresa mención a esta cuestión¹¹⁹, el TJUE ha señalado que «el principio que prevalece en el Derecho de la Unión es el de la libre práctica de la prueba y que el único criterio relevante para valorar las pruebas aportadas es su credibilidad»¹²⁰. En esta labor deberá valorarse también la fortaleza de cada prueba, no siendo equiparables a las pruebas los indicios, que no pueden ser suficientes para acreditar una infracción, salvo en casos determinados. En este sentido, el TJUE ha puesto de manifiesto la calificación como indicio o como prueba no está en función de una fase específica del procedimiento, sino del valor probatorio de la información de que se trate, puesto que unos indicios suficientemente serios y convergentes, reunidos en un «conjunto», pueden demostrar por sí mismos una infracción¹²¹.

45. Ante esta ausencia de normas europeas sobre la valoración de la prueba, cada Estado establece sus criterios, en virtud del principio de autonomía de procedimiento, y a condición de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)¹²². En Derecho español el artículo 218 LEC relaciona la valoración de los hechos con el deber de motivación y las reglas de la lógica y de la razón. En esta línea, el TS ha confirmado la regla de la sana crítica como adecuada para la valoración de la prueba, teniendo entre sus bases a la lógica jurídica, a la ciencia y a la experiencia¹²³ e incluyéndose

¹¹⁶ En su apartado 53 el TGUE reconoce «una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, T120/04, Rec. p. II4441, apartado 70, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 58)».

¹¹⁷ Según el apartado 52 de la sentencia citada, «ninguna disposición ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij* y otros/Comisión, citada en el apartado 41 *supra*, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 57 y 58)».

¹¹⁸ SSTS (Sala Tercera) de 26 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2488) y de 1 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2560).

¹¹⁹ Como recordó el TJUE, «aunque el artículo 2 del Reglamento n° 1/2003 regula expresamente la atribución de la carga de la prueba, dicho Reglamento no contiene disposiciones sobre aspectos procesales más específicos. Así, el citado Reglamento no incluye, en particular, una disposición relativa a los principios que regulan la valoración de las pruebas y el nivel de prueba requerido en el marco de un procedimiento nacional de aplicación del artículo 101 TFUE» (STJUE de 21 de enero de 2016, *Eturas* y otros, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 30).

¹²⁰ SSTJUE de 27 de abril de 2017 (*FSL* y otros/Comisión, C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308, apartado 38) y de 25 de enero de 2007 (*Dalmine/Comisión*, C 407/04 P, ECLI: EU:C:2007:53, apartado 63).

¹²¹ SSTJUE de 9 de marzo de 2023 (*Intermarché Casino Achats/Comisión*, C-693/20 P, ECLI:EU:C:2023:172, apartados 109-110) y de 1 de julio de 2010 (*Knauf Gips/Comisión*, C407/08 P, EU:C:2010:389, apartado 47).

¹²² SSTJUE de 8 de mayo de 2025 (*Beevers Kaas BV* y otros, C-581/23, ECLI:EU:C:2025:323, apartado 44) y de 21 de enero de 2016 (*Eturas* y otros, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, apartado 32).

¹²³ La STS 141/2021, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:807), resuelve que «las reglas de la sana crítica no son normas que se encuentren codificadas, sino que están conformadas por las más elementales directrices de la lógica humana. Compre-

en el ámbito constitucional¹²⁴. La jurisprudencia aplicada en casos de competencia ha referenciado algunos elementos de juicio especialmente ponderables en la valoración de algunas pruebas, como es el caso de las periciales, señalando como relevantes el análisis de los razonamientos que contengan los dictámenes, las conclusiones conformes y mayoritarias, el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten los informes, la competencia profesional de los peritos, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad¹²⁵.

46. La apreciación manifiestamente errónea de las pruebas implica lo que se conoce como desnaturalización, que invalidaría la valoración realizada, y que puede ser controlada incluso en el ámbito del recurso de casación. Así, es doctrina consolidada del TJUE que «una desnaturalización de este tipo existe cuando, sin necesidad de practicar nuevas pruebas, resulta manifiesto que fue errónea la apreciación de los elementos de prueba que constan en autos. Sin embargo, es preciso que la desnaturalización pueda deducirse manifiestamente de los documentos que obran en autos, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas. Por otra parte, cuando un recurrente alega la desnaturalización de los elementos de prueba por parte del Tribunal General, está obligado a indicar de manera precisa los elementos que en su opinión han sido desnaturalizados por éste y a demostrar los errores de análisis que, en su apreciación, han llevado al Tribunal General a dicha desnaturalización»¹²⁶. Debe evitarse, por tanto, utilizar el recurso de la desnaturalización de las pruebas para pretender que el TJUE valore nuevamente la prueba¹²⁷.

47. Como caso especial, se ha planteado en la jurisprudencia de la Unión Europea la valoración de la prueba en casos de infracciones continuadas, entendidas como aquellas en las que no solo existe un acto aislado, sino que se detectan una serie de actos o, incluso, un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie o comportamiento puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Se trata de infracciones que cabe incluir en un plan conjunto, debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia¹²⁸. En estos casos, ante la posible falta de prueba de la infracción durante algunos períodos determinados o, al menos, de su ejecución por una empresa durante un período concreto, el TJUE ha señalado que no representa un impedimento para considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes, y siempre que las diferentes accio-

den las máximas o principios derivados de la experiencia, obtenidos de las circunstancias y situaciones vividas a través de la observación de hechos, conductas y acontecimientos. Implican un sistema de valoración racional y razonable de la actividad probatoria desplegada en el proceso, que permite efectuar un juicio prudente, objetivo y motivado, de corroboración de las afirmaciones fácticas efectuadas por las partes mediante el examen de las pruebas propuestas y practicadas, todo ello con la finalidad de huir de los riesgos derivados del acogimiento de meras hipótesis intuitivas o conclusiones valorativas absurdas, y prevenir, de esta forma, decisiones arbitrarias. (...) La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón».

¹²⁴ Así, la STC 111/1999, de 14 de junio (ECLI:ES:TC:1999:111), resolvió que «el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio -que es la única que interesa en el presente caso- impone exigencias tanto respecto a quién debe aportar las pruebas, en qué momento y lugar deben practicarse los medios de prueba, qué debe entenderse por prueba legal y constitucionalmente válida, como respecto a la necesidad de que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia (SSTC 94/1990, 115/1998)».

¹²⁵ STS 948/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2493) y jurisprudencia ahí citada.

¹²⁶ SSTJUE de 26 de enero de 2017 (*Masco y otros/Comisión*, C-614/13 P, ECLI:EU:C:2017:63, apartado 36), 7 de septiembre de 2016 (*Pilkington Group y otros/Comisión*, C-101/15 P, ECLI:EU:C:2016:631, apartado 62), 3 de diciembre de 2015 (*Italia/Comisión*, C 280/14 P, EU:C:2015:792, apartado 52 y jurisprudencia citada), 4 de julio de 2013 (*Comisión/Aalberts Industries y otros*, C-287/11 P, ECLI:EU:C:2013:445, apartados 50-52), y 17 de junio de 2010 (*Lafarge/Comisión*, C 413/08 P, EU:C:2010:346, apartado 17).

¹²⁷ SSTJUE de 12 de enero de 2017 (*Timab Industries y CFPR/Comisión*, C-411/15 P, ECLI:EU:C:2017:11, apartados 89-90), 10 de febrero de 2011 (*Activision Blizzard Germany/Comisión*, C-260/09 P, ECLI:EU:C:2011:62, apartados 50-58), y 17 de junio de 2010 (*Lafarge/Comisión*, C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, apartados 15-23).

¹²⁸ STJUE de 26 de enero de 2017, *Masco y otros/Comisión*, C-614/13 P, ECLI:EU:C:2017:63, apartado 22.

nes que constituyen la infracción persigan un único fin y se encuadren en el marco de una infracción de carácter único y continuado¹²⁹.

VIII. Conclusiones

48. La prueba de los hechos en el ámbito de una infracción *antitrust* reviste una importancia especial, ya que incide tanto en los procedimientos sancionadores como en la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Esta relevancia, unida a la dificultad de detectar las infracciones, demanda la atención del jurista, con el objeto de garantizar un nivel suficiente de seguridad jurídica, tanto en la actividad probatoria como en su valoración judicial. Sin embargo, son escasas las normas del Derecho de la Unión Europea o del Derecho español que regulan cuestiones relativas a la prueba de los hechos constitutivos de infracciones de las normas de competencia, lo que genera incertidumbre y la necesidad de fijación normativa de criterios.

49. A pesar de esta escasez normativa, se observa una abundante jurisprudencia en el ámbito de la Unión Europea sobre determinadas cuestiones relacionadas con la prueba de la infracción. Aunque las especialidades procesales de cada Estado deben ser respetadas por virtud del principio de autonomía procesal, siempre que no lesionen los principios de efectividad y equivalencia, aquella jurisprudencia se convierte en referente esencial para orientar la actuación de las autoridades en la instrucción y resolución de los procedimientos en materia de competencia.

50. El objeto de la prueba presenta características muy diferenciables según los casos. Si bien el pliego de cargos, o de concreción de hechos, delimita su ámbito y garantiza el derecho de defensa de la empresa afectada, las conductas imputadas tienen una especial relevancia en el objeto probatorio de los hechos controvertidos, siendo relevante distinguir entre las infracciones por el objeto y por los efectos. Asimismo, la prueba de la infracción en la aplicación privada queda facilitada cuando se trate de acciones consecutivas, reduciéndose así el objeto de la prueba de la infracción.

51. Uno de los aspectos regulados en el Derecho de la Unión Europea es el de la carga de la prueba, que, aunque confirma la máxima *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, en su aplicación deben tenerse en cuenta posibles presunciones específicas de las normas de competencia o, incluso, la propia posición en el mercado de la empresa denunciada. Asimismo, la prueba de la infracción en procesos de aplicación privada presenta especialidades importantes relativas a la carga de la prueba.

52. El principio de libre aportación de prueba no debe considerarse de forma absoluta, pues son relevantes sus límites, concretados en aspectos como su adecuación a los hechos controvertidos, su licitud, su pertinencia y el cumplimiento de los aspectos formales. Entre los medios más utilizados se encuentran las pruebas documentales (destacando las actas de inspección), las testimoniales (tanto de los afectados como de terceros), y las periciales (esenciales para analizar cuestiones especialmente complejas).

53. Las garantías procesales son indispensables para la validez de las pruebas. Así, la validez de las pruebas depende de que hayan sido obtenidas sin vulnerar derechos básicos o fundamentales, como ocurre cuando una orden de inspección no está debidamente motivada (informando de su objeto y finalidad), o cuando los testimonios que se pretenden aportar como prueba no han sido correctamente registrados o documentados.

¹²⁹ SSTJUE de 18 de marzo de 2021 (*Pometon*, C-440/19 P, ECLI:EU:C:2021:214, apartados 112 y 114) y 6 de diciembre de 2012 (Comisión/*Verhuizingen Coppens*, C-441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 72). Así, estas resoluciones señalan que «de esta jurisprudencia resulta que la Comisión puede considerar que la infracción, o la participación de una empresa en la infracción, no se ha interrumpido, aunque no tenga pruebas de la infracción para algunos períodos determinados, cuando las distintas acciones que forman parte de dicha infracción persigan un único fin y puedan incluirse en una infracción de carácter único y continuado y cuando la empresa afectada no haya alegado indicios o pruebas que demuestren que, por el contrario, la infracción o su participación en ella no continuó durante esos períodos».

54. La presunción cumple un papel relevante como método para la prueba de las infracciones *antitrust*, tanto para la empresa acusada (presunción de inocencia) como para la acreditación de la infracción. La ausencia de pruebas directas justifica este método probatorio, como ha sucedido respecto a la acreditación de concertación (aunque en estos casos la presunción debe ser aplicada con la precaución de no lesionar principios como la autonomía empresarial o el derecho a la adaptación al mercado) o de ejercicio efectivo de influencia determinante de la matriz sobre la filial derivada de la posesión de la totalidad o casi la totalidad del capital de ésta.

55. La valoración de la prueba es una de las actividades decisivas de la correspondiente autoridad de competencia o, en su caso, jurisdiccional. Aunque el principio seguido es el de la libre apreciación probatoria, deberá tenerse en cuenta la naturaleza de las pruebas, ya que existen algunas cuya valoración es tasada (como las actas de inspección) o, al menos, presenta una fuerza especial (como es el caso de la confesión). A pesar del componente esencialmente subjetivo de la valoración de la prueba, es importante prestar atención al control de aspectos objetivos. Así, entre los límites más relevantes de la valoración, controlable en casación, se encuentra la conocida como desnaturalización, que se produce cuando resulta manifiesto que fue errónea la apreciación de los elementos de prueba que constan en autos sin necesidad de practicar nuevas pruebas. Sin embargo, y a pesar de su frecuente alegación por los recurrentes en casación, sigue siendo considerada excepcional por el TJUE.

56. La escasa regulación específica sobre la prueba en materia de competencia demanda una armonización y claridad normativa, siendo deseable que el legislador, inspirándose en la jurisprudencia consolidada del TJUE, desarrollara directrices claras sobre la carga de la prueba, la admisibilidad de los medios probatorios y el uso de presunciones, con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica y la igualdad de armas entre las partes en los procedimientos *antitrust*. Asimismo, la creciente complejidad de los mercados y de las prácticas anticompetitivas exige una modernización de los mecanismos probatorios, incorporando herramientas tecnológicas y analíticas avanzadas, así como una formación especializada de jueces y autoridades competentes en materia económica. Esto permitiría una mejor valoración de la prueba y una respuesta más eficaz frente a las infracciones de competencia.

Algunas consideraciones sobre el contrato de manipulación portuaria

Some considerations regarding the port handling contract

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA

Profesora Titular de Derecho mercantil de la UDC.

Departamento de Ciencias de la Navegación e Ingeniería Marina

ORCID ID: 0000-0002-5438-3954

Recibido:19.07.2025/Aceptado:10.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9875

Resumen: La actividad de manipulación portuaria comprende un conjunto de operaciones de naturaleza fundamentalmente técnica y material, realizadas antes y después del traslado de mercancías, que se desarrolla en el ámbito portuario. Estas operaciones resultan imprescindibles para la efectiva ejecución del transporte de carga. Si bien existe una continuidad operativa entre las actividades propias del transporte y las relativas a la manipulación de mercancías, desde una perspectiva jurídica, dichas operaciones pueden desarrollarse en régimen de autoprestación, o en el marco del propio contrato de transporte, o a través de un contrato autónomo de manipulación de mercancías.

La LNM contempla un régimen de responsabilidad propio para el manipulador portuario, lo que no impide que -llegado el caso- se pueda beneficiar de otros regímenes previstos por el mismo cuerpo legal.

Palabras clave: Contrato de manipulación portuaria de mercancías. Contrato de transporte marítimo de mercancías. Autoprestación. Carga y descarga. Responsabilidad. Limitación de responsabilidad

Abstract: Port handling activities involve a set of operations that are primarily technical and material in nature, carried out before and after the transfer of goods, and conducted within the port area. These operations are essential for the effective performance of cargo transportation. Although there is an operational continuity between the activities inherent to carriage and those related to the handling of goods, from a legal standpoint, such operations may be performed either under a self-provision regime, or within the framework of the carriage of goods contract itself, or -finally- through an independent contract for the handling of goods.

The LNM -Marine Navigation Act- establishes a specific liability regime for port handlers, which does not preclude them —when applicable— from benefiting from other liability regimes provided by the same legal framework.

Keywords: Port cargo handling contract. Maritime cargo transport contract. Self-provision. Loading and unloading. Liability. Limitation of liability.

Sumario: I. Introducción. II. La autoprestación de las operaciones manipulación portuaria. III. Las operaciones de manipulación portuaria en régimen jurídico segregado del contrato de transporte. IV. El contrato de manipulación portuaria. 1. Concepto y características del contrato de manipulación portuaria. 2. Naturaleza jurídica del contrato de manipulación portuaria. 3. Elementos personales. 4. Elementos formales. 5. Contenido obligacional del contrato de manipulación portuaria. V. Responsabilidad del operador de manipulación portuaria. 1. Limitación de responsabilidad del operador de manipulación portuaria. 2. Regímenes de limitación de los que se puede beneficiar el manipulador. 3. Comparación de los sistemas de limitación de responsabilidad del portador y del operador de manipulación portuaria. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Originariamente las tareas de manipulación portuaria eran desarrolladas por los propios navieros o propietarios de los buques. En estos sujetos concurrían muchas de las funciones que después dejaron paso a diversos profesionales del ámbito marítimo (gestor naval, el consignatario, etc). Como consecuencia de lo que el Profesor García-Pita denominó Big Bang de los sujetos de la navegación¹, y que no es más que la expresión metafórica de paulatino proceso de división y especialización del trabajo -que lógicamente también se produjo en el ámbito marítimo- fueron apareciendo unos sujetos que de forma profesional vinieron a desempeñar las funciones propias de lo que hoy denominamos manipulación portuaria (también denominadas, tareas de estiba, operaciones de carga y descarga o de movimiento portuario de mercancías).

2. El hecho de que estas operaciones se desarrollen en el ámbito espacial portuario -espacios físicos de dominio público-, unido a la naturaleza de la actividad, hace que estén revestidas de una serie de especificidades que han de ser tenidas en cuenta. Como ya señaló nuestra doctrina tradicional, la intervención administrativa en el sector de la carga y descarga podía ser directa e indirecta². La intervención indirecta se dirige fundamentalmente a la regulación del dominio público portuario, mientras que la intervención directa busca el interés general del normal funcionamiento del tráfico marítimo en las operaciones de manipulación portuaria³, pudiendo operar con distintos grados de intensidad, ya sea mediante la ordenación o el control de las actividades⁴, o bien, mediante la prestación directa de estos servicios por ella misma o en concurrencia con los particulares⁵. Así las cosas, la manipulación portuaria discurrió desde una consideración inicial de servicio público, mediante su proclamación jurídica como tal -*publicatio*- a través del RDL 2/ 1986 de 23 de mayo sobre servicio público de estiba y desestiba de buques -*derogado por la Ley 48/2003*- donde se establecía expresamente que la actividad de estiba y desestiba tenía la consideración de servicio público esencial de titularidad estatal⁶; pasando por la posterior LPEMM del 92⁷ que vino a establecer un escenario más flexible donde se permitió la actuación de empresas marítimas tanto públicas como privadas⁸; hasta llegar finalmente a la Ley 48/2003 de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general⁹, donde se proclama la “*depublicatio*” de los servicios de manipulación portuaria: dichas actividades dejan de tener la consideración de servicio público y pasan a ser actividades comerciales de interés general desarrolladas por particulares, a los que se les imponen obligaciones de servicio público¹⁰. Por tanto, le corres-

¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “El naviero, su régimen y su responsabilidad”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / E. BELTRÁN SÁNCHEZ (Dir.) *La Reforma de la Legislación Marítima*, Edit. Aranzadi, Elcano-Navarra, 1999, pp. 27 y ss.

² J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*. Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 25 y ss.

³ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*. ..., op. cit., p. 26.

⁴ Estas actividades privadas de interés público sometida a la ordenación y control de la Administración Pública se condicionan al cumplimiento de una serie de actos administrativos previos y se somete a una reglamentación administrativa (fijación de tarifas...), GONDRA ROMERO, J.M., *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op.cit., p. 30.

⁵ Incluso, llegó a asumir monopolio de dichos servicios. La Administración Pública también podría prestar directamente servicios complementarios y auxiliares, como ya señaló GONDRA ROMERO, J.M., *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op.cit, pp. 30. En nuestro ordenamiento sólo excepcionalmente ha asumido la Administración en monopolio los servicios de carga y descarga a través de los organismos de gestión del puerto en el puerto de Pasajes, en la ría de Pasajes, J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*... op.cit., pp. 33. F.C., LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” en A. EMPARANZA SOBEJANO / J.M MARTÍN OSANTE, *Estudio sistemático de la Propuesta de Ley General de Navegación Marítima*, Edit. Servicio central de publicaciones del Gobierno vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 466.

⁶ La Ley de Puertos, de 7 de mayo de 1880, conceptuó, por primera vez, la “carga y descarga” como un servicio público de titularidad estatal.

⁷ Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

⁸ La regulación de la Marina Mercante anterior a la constitución del 78 se hallaba básicamente en la Ley de Ordenación y Renovación de la Flota Mercante de 1956.

⁹ I. ARROYO MARTÍNEZ, “El régimen jurídico de los servicios portuarios”, en *ADM*, Vol. XXI, 2004, pp. 32 y ss, donde señala que esta ley daba entrada a la Directiva europea de libre acceso de los servicios portuarios.

¹⁰ A. DÍAZ DE LA ROSA, “Configuración actual del servicio portuario de manipulación de mercancías”, *Homenaje a Gabal-*

ponde a la iniciativa privada liderar esta prestación de servicios portuarios, mientras que los organismos gestores adoptan un papel subsidiario. Sólo actúa en ausencia o ineficiencia de la iniciativa privada¹¹.

3. Para desarrollar esta actividad de manipulación portuaria se requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria, si bien dicho título habilitante no confiere ningún derecho de exclusiva a prestar el servicio mencionado¹².

4. La actividad de manipulación portuaria está secuencialmente unida al transporte marítimo de mercancías; son operaciones previas y posteriores al traslado de mercancías, que resultan imprescindibles para la realización de este tipo de transporte¹³. Ahora bien, aun cuando exista una continuidad operativa entre las actividades propias del transporte y las de la manipulación de mercancías, desde una perspectiva jurídica resulta indispensable diferenciar los siguientes supuestos¹⁴:

- 1º Cuando la actividad de manipulación portuaria de mercancías se configura como una auto-prestación; esto es: cuando quien realiza la prestación es el propio sujeto titular del interés en la realización de dicha prestación.
- 2º Cuando la actividad de manipulación portuaria de mercancías constituye una prestación por cuenta ajena, en interés ajeno; en este caso nos situamos ante una relación contractual, en virtud de la cual una de las partes se compromete, a cambio de un precio, a realizar las operaciones de manipulación en interés de la otra parte. Estamos ante lo que se denomina: “contrato de manipulación portuaria”.

II. La autoprestación de las operaciones manipulación portuaria

5. Las partes del contrato de transporte marítimo de mercancías, haciendo uso de la autonomía negocial privada, pueden pactar mediante la cláusula FIO -u otro pacto similar- que el porteador asuma exclusivamente la obligación de transporte de las mercancías o a que asuma una parte de ejecución de las operaciones de carga y descarga -a través de la cláusula *alongside* o pacto similar- o acordar que asume la totalidad de éstas¹⁵. En aquellos casos en los que el porteador se haya comprometido a realizar todas o algunas de las operaciones de carga y descarga, como señalamos anteriormente, éstas pueden efectuarse materialmente por el propio porteador mediante el empleo de sus propios medios -auto prestación- o bien puede concertar contractualmente con un tercero para que realice efectivamente estas operaciones. Incluso puede ser el cargador o destinatario¹⁶ de las mercancías el que realice estas operaciones

dón García, Edit. Dykinson, Madrid, 2025, pp. 159 y ss. La imposición de obligaciones de servicio público responde a la voluntad administrativa de preservar los intereses públicos de los sectores liberalizados, cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y que no se puede abandonar al juego del mercado, pero eludiendo la necesidad -propia de la “*publicatio*”- de organizar las estructuras económicas y técnicas productivas, que acompañan a la prestación de un verdadero servicio público, bajo gestión administrativa, más o menos directa.

¹¹ R. EGUINO DE SAN ROMÁN, *Derecho comunitario y puertos de interés general. Un análisis del modelo portuario estatal a la luz del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*. Edit. Atelier, Barcelona, 2017, p. 145.

¹² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “El contrato de manipulación portuaria y la responsabilidad de los estibadores y de los operadores portuarios o empresarios de terminales de transporte (ETTs.)”, en J. DA COSTA GOMES, *O porto, IV Jornadas de Lisboa de Direito marítimo*, Edit. Almedina, Lisboa 2018, pp. 297 y ss.

¹³ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ...op.cit., p. 459. GARCÍA ÁLVAREZ, B., *La carga y descarga en el transporte de mercancías*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 32

¹⁴ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., en *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 510.

¹⁵ F.C., LÓPEZ RUEDA, *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías*, Edit. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 146. GONDRA ROMERO, J.M., *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo...*, op. cit., p. 63.

¹⁶ F.C. LÓPEZ RUEDA *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías*, ...op.cit., p. 81.

con sus propios medios, lo que nos llevaría nuevamente a hablar de autoprestación. La *Ley 48/2003 de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general*¹⁷, introdujo la posibilidad de autoprestación o autoasistencia, que consiste en la realización de las labores de estiba y desestiba por el personal propio embarcado en el buque, sin necesidad de la intervención de los estibadores profesionales del puerto¹⁸. Ahora bien; la Ley 48/2003 sólo hace referencia a la autoprestación del porteador porque es el único que puede tener su propio personal embarcado.

Ahora bien; ¿qué es lo que verdaderamente define el concepto de “autoprestación”? ¿Acaso el uso de medios materiales o personales propios? ¿O acaso hay un factor distinto y más importante? La respuesta a estos interrogantes se fundamenta sobre el concepto del interés (contractual o crediticio). Para que haya autoprestación de operaciones de manipulación portuaria, lo que importa es que el sujeto que despliega la actividad sea el mismo sujeto titular del interés en la realización de tales operaciones. Por el contrario, si el sujeto-agente que despliega la actividad es un sujeto distinto del que es titular del interés en la realización de tales operaciones, no habrá autoprestación sino heteroprestación o prestación de servicios -de manipulación de mercancías- en sentido jurídico estricto. Poco -por no decir nada- importa el factor de la titularidad de los medios técnicos con que se realizan las operaciones; de hecho, hasta podría resultar irrelevante la titularidad de las mercancías; lo que importa -insisto- es la coincidencia o diversidad entre el sujeto-agente de las operaciones y el sujeto titular del interés en que se lleven a cabo. Por consiguiente; siguiendo con este razonamiento, el ejemplo por antonomasia de autoprestación sería aquel en el que el sujeto-agente que despliega la actividad sea el propio cargador o el destinatario, ya que son ellos mismos los sujetos titulares del interés en la realización de tales operaciones.

III. Las operaciones de manipulación portuaria en régimen jurídico segregado del contrato de transporte

6. La doctrina se planteó si las operaciones de manipulación que preparan y ponen fin a la ejecución del transporte realizadas por el porteador deberían ser objeto de un contrato distinto al contrato de transporte o bien formar parte del mismo, teniendo la consideración de prestaciones accesorias -o, mejor, instrumentales- a la prestación principal de traslación de mercancías¹⁹, diferenciando, de este modo, entre una fase marítima y una fase terrestre en el transporte. La cuestión a debate se centra en determinar si estamos ante un único contrato de transporte -donde caben múltiples prestaciones que integran su contenido- o estas operaciones de carga y descarga tienen suficiente autonomía causal para ser objeto de otro contrato diverso. En relación con esta cuestión, el Profesor Gondra señalaba que “*Las prestaciones que el porteador marítimo cumple en la fase terrestre iniciales y finales del transporte marítimo son operaciones accesorias que vienen ordenadas a la ejecución del transporte marítimo y por lo tanto no pueden conectarse a una causa diversa de la que informa el contrato de transporte marítimo. El régimen jurídico de responsabilidad del porteador marítimo deberá extenderse como en consecuencia, a las fases terrestres que preceden y siguen a la conducción marítima*”²⁰; es decir: la causa que vertebra todas las prestaciones a las que se compromete el porteador, incluidas las operaciones de carga y descarga, es unitaria; todas las prestaciones que asume el porteador desde la recepción a la entrega de las mercancías se ordenan entorno a la ejecución del contrato de transporte, y, por tanto, nos hallaríamos ante un único contrato, el contrato de transporte marítimo de mercancías. Ahora bien, no es menos cierto que la causa del contrato de manipulación portuaria individualmente considerado es diversa de la del contrato de transporte, ya que en el primer caso el manipulador no asume la obligación de conducción marítima de

¹⁷ I. ARROYO MARTÍNEZ, “El régimen jurídico de los servicios portuarios”..., op.cit., p. 32 y ss, donde señala que esta ley daba entrada a la Directiva europea de libre acceso de los servicios portuarios.

¹⁸ F.C. LÓPEZ RUEDA, *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías*..., op.cit., p. 146

¹⁹ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op.cit., pp. 37 y ss. Unida a la prestación de traslación de mercancías se anuda la accesoria de custodiar las mercancías que han sido entregadas al porteador -convirtiéndolo en poseedor inmediato- sin que afecte al carácter consensual del contrato, ya que entrega no incide en la fase de perfección del contrato, sino en la ejecución de este.

²⁰ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op.cit., p. 70.

las mercancías; lo que no impide que, dentro del contrato de transporte, junto con la obligación principal -y más relevante- de traslado de las mercancías, se asuman otras accesorias de manipulación portuaria.

7. Sin embargo, un sector doctrinal²¹ vino a defender que las operaciones de manipulación debían constituir el objeto de un acuerdo distinto de aquel otro que recoge las obligaciones de traslación marítima de mercancías. Esta postura pareció encontrar un apoyo argumental en el Convenio de Bruselas de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (en adelante, CB de 1924), al interpretar que, cuando el art. I. e) del CB de 1924 define el “transporte marítimo” como aquel que comprende “*el tiempo transcurrido entre la carga de las mercancías a bordo del buque y su descarga del buque*”, venía en realidad a señalar el segmento temporal que delimitaba del ámbito de aplicación del CB de 1924 y, por tanto, al excluir de su ámbito de aplicación las operaciones de manipulación portuaria, suponía un respaldo a la teoría del aparente seccionamiento del contrato de transporte marítimo²², debiendo ser las operaciones de manipulación portuaria objeto de convención separada.

8. Partiendo de aquella supuesta exclusión se llegó a afirmar que el CB de 1924 había venido a reforzar aquella idea de que los servicios de manipulación portuaria no podrían ser calificados como prestaciones accesorias dentro del contrato de transporte, decayendo -por tanto- el sometimiento automático al mismo régimen de responsabilidad que se aplica, por razón de mera accesoriedad, a la fase marítima, llevando a algunos autores a afirmar que aquellas materias deberían ser reconducidas a otro régimen de responsabilidad más acorde con su naturaleza terrestre²³.

9. Sin embargo, aun cuando la interpretación del CB de 1924 llevase a la conclusión de que la fase terrestre quedara fuera de su ámbito de aplicación, ello no implica que, necesariamente, se produjese un seccionamiento del contrato; que hubiesen de ser objeto de una convención autónoma: lo que podría suceder es que las fases terrestre y marítima se hallasen sometidas a un régimen de responsabilidad con coercitividad distinta: con carácter dispositivo para la fase terrestre e imperativo -el del CB de 1924- para la fase marítima²⁴; no se rompería indefectiblemente la unidad de contrato, pero supondría la aplicación de un régimen de responsabilidad con distintos grados de obligatoriedad a un mismo contrato.

10. Pues bien; la primera cuestión que habría que plantearse es si, cuando el Convenio establece que “*comprende el tiempo transcurrido entre la carga de las mercancías a bordo del buque y su descarga del buque*” ese “entre” la carga y la descarga efectivamente deja fuera las estrictas operaciones conducentes a la introducción de la carga dentro del buque y a la extracción de la carga fuera de él, refiriéndose exclusivamente a la fase marítima del contrato de transporte; o bien si deberían considerarse incluidas dentro de este segmento temporal que delimita el art. I.e) las operaciones de manipulación que consisten estrictamente en la carga y descarga de las mercancías .

11. Es necesario tener en cuenta que estamos ante una sucesión de operaciones técnicas enormemente compleja, con una serie de fases; de hitos, cuya enorme variedad refleja el art. 130. a) y b) TRLPEMM, cuando dispone que:

“a) Las actividades de carga y estiba comprenden: 1.º La recogida de la mercancía en la zona de almacenamiento o depósito del puerto y el transporte horizontal de la misma hasta el costado del buque en operaciones relacionadas con la carga del mismo. 2.º La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía directamente desde un medio de transporte terrestre, o desde el muelle, o pantalán, al costado del buque. 3.º El izado o transferencia de la

²¹ Especialmente en la doctrina y jurisprudencia francesa, vid. J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo...*, op.cit., p. 64.

²² J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo...*, op.cit., p. 67.

²³ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo...*, op.cit., pp. 68.

²⁴ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo...*, op.cit., pp. 64.

mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque. 4.º La estiba de la mercancía en bodega o a bordo del buque, de acuerdo con los planes de estiba e indicaciones del capitán del buque o de los oficiales en quienes delegue esta responsabilidad. 5.º El embarque de la mercancía por medios rodantes en el buque. 6.º El trincaje o sujeción de la carga a bordo del buque para evitar su desplazamiento durante la navegación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque.

b) Las actividades de desestiba y descarga comprenden: 1.º El destrincaje o suelta de las sujeciones de la carga a bordo para permitir su manipulación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque. 2.º La desestiba de mercancías en la bodega o a bordo del buque, comprendiendo todas las operaciones precisas para su colocación al alcance de los medios de izada o transferencia. 3.º La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía. 4.º El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en un medio de transporte o en el muelle o pantalán al costado del buque. 5.º La descarga de la mercancía, bien sobre vehículos de transporte terrestre, bien sobre muelle o pantalán para su posterior recogida por vehículos o medios de transporte horizontal, y, en su caso, su traslado a la zona de almacenamiento o depósito dentro del puerto, y el depósito y apilado de la mercancía en dicha zona. 6.º El desembarque de la mercancía del buque por medios rodantes”

12. Y es que las operaciones de manipulación portuaria que se mencionan en el art. 130 TRLPEMM incluyen “... las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte” (como establece el art. 130 del TRLPEMM, añadiendo -a modo de aclaración- que, “para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado²⁵”). Ahora bien, no podemos perder de vista que, a pesar de lo aclaratorio que puede resultar el art. 130 del TRLPEMM a la hora de entender en qué consisten esas operaciones de carga y descarga, lo cierto es que es una norma de Derecho administrativo, que regula relaciones con la Administración y no las relaciones entre particulares que surgen a propósito del contrato de transporte marítimo de mercancías.

13. Dicho lo anterior, lo cierto es que cuando el art. I.e) de las RHV – en este punto, el CB de 1924 no sufrió modificación por el protocolo del 68 ni por el del 79- establece que “el transporte de mercancías” comprende el tiempo transcurrido entre la carga de las mercancías a bordo del buque y su descarga del buque”, lo hace para aclarar los términos que se emplean en el propio convenio, no para establecer su ámbito de aplicación, pero, además, no confunde el “transporte marítimo de mercancías”, con el “contrato de transporte marítimo de mercancías”; efectivamente, el “transporte de mercancías” hace referencia, como no podía ser de otro modo, al proceso consistente en la estricta traslación por mar de las mismas; al hecho económico o sociológico de transferir las mercancías de un lugar a otro por vía marítima, pero no lo confunde con el “contrato de transporte de mercancías” en virtud del cual el porteador se compromete a transportar por mar las mercancías de un lugar a otro, haciéndose responsable de las mismas desde el momento en que se hace cargo de ellas (*receptum*). Esta interpretación resulta coherente con lo estipulado en el art. II de las RHV cuando manifiesta que “...el porteador de todos los contratos de transporte de mercancías por mar estará sometido, en cuanto a la carga, conservación, estiba, transporte, vigilancia, cuidado y descarga de dichas mercancías a las responsabilidades y obligaciones y gozará de los derechos y exoneraciones que a continuación se mencionan”. Así, pues, las operaciones de carga y la descarga forman parte de las obligaciones y responsabilidades -así como derechos y exoneraciones- que se incluyen en el contrato de transporte marítimo de mercancías sometido al ámbito de aplicación de las RHV.

14. A mayor abundamiento, el art. VII de las RHV proclaman que “Ninguna disposición del presente Convenio prohíbe al porteador o al cargador insertar en el contrato estipulaciones, condiciones o reservas o exenciones, relativas a las responsabilidades del porteador o del buque por la pérdida o

²⁵ Que se explicita en el mismo art. 130. a) y b) TRLPEMM.

daños que sobrevengan a las mercancías o concernientes a su custodia, cuidado y conservación antes de la carga y después de la descarga del buque en el que las mercancías se transportan por mar.” Pues bien; ¿qué necesidad habría de establecer esta previsión normativa, si -realmente- la carga y la descarga no estuviesen sometidas al régimen recogido por las RHV? Muy por el contrario: si el art. VII dice lo que dice es -precisamente- porque la carga y la descarga están sometidas al régimen recogido por las RHV²⁶. Y, a su vez, están sometidas al régimen recogido por las RHV porque entran dentro del ámbito de lo que es el transporte o, al menos, entran dentro del ámbito de las obligaciones del porteador marítimo.

14. El resto de operaciones de manipulación de mercancías que preceden a la estricta actuación de carga o que siguen la estricta actuación descarga pueden someterse al régimen de las RHV cuando así los dispongan las partes del contrato, precisamente porque ello no entra dentro del concepto de transporte... y posiblemente, ni siquiera entren dentro del ámbito del contrato de transporte.

15. Lo expuesto anteriormente, no impide que las operaciones de manipulación portuaria sean realizadas por un sujeto distinto del porteador; pueden realizarse por el porteador en régimen de autoprestación o se puede hacer participar en el cumplimiento de estas obligaciones a una empresa de manipulación portuaria. En el seno del contrato de transporte las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad negocial, podrán pactar quien asume las operaciones de manipulación de mercancías, o incluso, se puede acordar quien asume los costes de dichas operaciones sin llegar a asumir el riesgo de estas.

16. Las partes del contrato de transporte pueden pactar libremente quien asume las operaciones de manipulación de mercancías; pueden acordar que quien asume la obligación de realizarlas sea el destinatario, el cargador o la persona que se haya comprometido -en el contrato de transporte- a verificarlas, pero las operaciones de estricta carga y descarga, con independencia de quien haya asumido su realización material, quedan sometidas al régimen de responsabilidad consagrado en las RHV, como se deduce de lo establecido en el art. II y VII de las RHV²⁷.

IV. El contrato de manipulación portuaria

17. Como señalamos anteriormente, las operaciones de manipulación portuaria no sólo son objeto de autoprestación, ni tampoco se limitan a ser parte del contenido de un contrato de transporte, sino que pueden ser objeto -asimismo- de un propio y autónomo contrato de manipulación portuaria, en el que interviene, por un lado, un empresario especializado: el empresario de manipulación portuaria y, por otro, la parte que contrata tales operaciones, ya sean directamente los cargadores o destinatarios de las mercancías o “*quienes hayan asumido ante aquellos la obligación de verificarlas*” (art. 331 LNM). A pesar de la conexión y accesoriadad funcional de las operaciones de manipulación respecto del contrato de transporte, lo cierto es que pueden ser objeto de contratos independientes. El contrato de manipulación portuaria es autónomo respecto del transporte²⁸, cada uno tiene una finalidad jurídico-económica diversa²⁹.

18. Las operaciones de carga y descarga pueden realizarse por una empresa de manipulación portuaria independiente a requerimiento -directo o indirecto- de los distintos sujetos que reciben la prestación del operador de manipulación (esto es, básicamente, del cargador o del destinatario de las mercancías o personas encargadas de verificarlo). Normalmente requerirá la intervención de la empresa de la manipulación aquella parte que haya asumido en el propio contrato de transporte la obligación de realizar

²⁶ B. GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías...*, op.cit., p. 32.

²⁷ B. GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías...*, op.cit., pp. 54 y ss., quien entiende que las RHV pueden interpretarse en el sentido de que, salvo pacto en contrario, las operaciones de carga y descarga corresponden al porteador y solo responde por las mismas cuando haya asumido en el contrato de transporte la obligación de realizarlas.

²⁸ F.C. LÓPEZ RUEDA, *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías...*, op.cit., 2005, p. 81.

²⁹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 460.

tales operaciones, aunque también se dan supuestos en los que la designación no la efectúa la persona que asumió el compromiso de realizar tales operaciones, sino que se encomiende, precisamente, a la otra parte del contrato de transporte³⁰, *a.e.*, en el caso de varios fletadores parciales con probable existencia de varios cargadores o destinatarios, estos -por tanto- tendrían que llegar a un acuerdo de designación; pues bien, dicho acuerdo podría ser el de encomendar al porteador la designación del operador portuario.

19. También puede corresponder al cargador o el destinatario la facultad de designar la empresa con quien se ha de celebrar el contrato de manipulación portuaria; empresa que materialmente realizará las operaciones de carga y descarga y, por tanto, que actúa por cuenta y riesgo de aquéllos.

20. Otra posibilidad es que la designación de la empresa de manipulación sea llevada a cabo por el porteador, pasando aquella a realizar la ejecución material de las operaciones de manipulación que el porteador había asumido en el contrato de transporte. En virtud de la cláusula “descarga de oficio”, cabe la posibilidad de que el operador, aun siendo elegido por el porteador, actúe por cuenta y riesgo del cargador o receptor.

21. Y, por último, el art. 279 de la LNM prevé que leyes o reglamentos portuarios puedan imponer forzosamente la intervención de una empresa u organismo en las operaciones de entrega de las mercancías al porteador para su transporte, o de este último al destinatario. En este supuesto, el porteador no responderá del período en que las mercancías estén bajo la custodia de tales empresas u organismos, liberando al porteador de la responsabilidad *ex recepto*.

1. Concepto y características del contrato de manipulación portuaria

22. El contrato de manipulación portuaria aparece definido en el art. 329 de la LNM en los siguientes términos: “*Por el contrato de manipulación portuaria un operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o alguna de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto previstas en esta ley u otras de similar naturaleza*”.

23. Por su parte, LÓPEZ RUEDA lo define genéricamente como “*aquel contrato mercantil, no formal, de carácter consensual, bilateral y sinalagmático en virtud del cual una de las partes se obliga a prestar, a cambio de un precio, las operaciones tendentes a situar las mercancías a bordo del vehículo de transporte que las va a desplazar o bien su descarga del mismo*”³¹

24. El concepto legal del art. 329 de la LNM precisa de matización posterior para establecer cuáles pueden ser algunas de esas “operaciones de manipulación de las mercancías” que constituyen el objeto de este contrato. En este sentido, el art. 330 señala que “*El contrato de manipulación portuaria de mercancías puede incluir las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario. Igualmente, podrá incluir las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores. Todas ellas se ejecutarán de conformidad con la normativa vigente que les sea de aplicación*”. Estas actividades se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1.- Las que se llevan a cabo a bordo del buque (*operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques*), 2.- Las que se realizan en puerto (*recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario*).

25. Como acabamos de señalar, el contrato puede incluir las operaciones *de carga, descarga, estiba y desestiba, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o*

³⁰ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*. ..., op.cit., pp. 82.

³¹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ..., op.cit., p. 459.

almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario, o alguna de ellas; el contenido es flexible³². Pero, ¿tendrían que realizarse necesariamente alguna o algunas de ellas de manera indispensables que lo podamos calificar de contrato de manipulación y no se reconduzca a otro tipo contractual como el de almacenamiento, depósito, transporte...? Como se puede ver, sistemáticamente aparecen en primer término las operaciones de *carga, descarga, estiba y desestiba*, por lo que parece que para que podamos hablar de contrato de manipulación, cuando menos habrá de realizarse alguna de ellas, las demás pueden llegar a tener un carácter meramente accidental³³. Curiosamente, aquellas actividades que se han de desarrollar necesariamente para que podamos apreciar que estamos ante un contrato de manipulación de mercancías son aquellas *-carga, descarga, estiba y desestiba-* que se producen total o parcialmente a bordo del buque, aunque en puerto; es decir: no en el curso de desplazamiento por el mar.

26. Sin perjuicio de la correlación existente entre las operaciones de carga y descarga y los respectivos actos jurídicos de entrega y recepción³⁴, las operaciones de manipulación portuaria pueden comprender no solo actividades materiales, sino que también pueden incluir actuaciones jurídicas como la protesta. Mas la lectura de los arts. 329 y 330 de la LNM sugiere claramente que nos encontramos en presencia de un tipo de contrato en el que predominan las prestaciones de índole material o técnica.

27. Pero, además, como se puede observar, las operaciones no se limitan exclusivamente a las descritas en el Ley, sino que pueden también comprender -como dice el art.330 de la LNM- aquellas “*similares o conexas*” a las allí descritas, lo que complica la cosa, sobre todo si lo ponemos en relación con el TRLPEMM. El art. 130 contiene la enumeración de las actividades que constituyen los denominados servicios portuarios, así establece que: “1. *Se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado.* Obsérvese que este artículo exige que se trate de operaciones descritas en el mismo o que guarden “*conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado.*” Esta redacción no es coincidente con la del art. 330 en el que se establece que, dentro de las operaciones de manipulación portuaria, “*Igualmente, podrá incluir las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores*”. Esta última es una expresión más amplia, no se circunscribe a las operaciones de manipulación relacionadas con un buque determinado, ni se conecta directa e inmediatamente con una concreta operación de carga y descarga³⁵.

28. Podría suceder que la mayor amplitud terminológica de este art. 330 de la LNM se deba a que en su seno no solo recoja las operaciones propias de los servicios portuarios, sino que también se incluyan los denominados servicios comerciales a los que se refiere el artículo 141 del TRLPEMM cuando señala que “*Las operaciones de entrega y recepción de la mercancía, depósito, remoción y traslado de cualquier tipo, así como cualesquiera otras que no estén incluidas en el servicio de manipulación de mercancías, tal como se define en el artículo 130.1, tendrán la consideración de servicios comerciales, y para su ejercicio será preciso contar con la oportuna autorización de la Autoridad Portuaria*”.

³² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “El contrato de manipulación portuaria y la responsabilidad de los estibadores y de los operadores portuarios o empresarios de terminales de transporte (ETTs)”..., op.cit., p. 314.

³³ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “El contrato de manipulación portuaria y la responsabilidad de los estibadores y de los operadores portuarios o empresarios de terminales de transporte (ETTs)”..., op.cit., p. 316

³⁴ J.M. GONDRA ROMERO, *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op. cit., pp. 39 y ss: “*la recepción y entrega son actos jurídicos complejos que requieren necesariamente la colaboración de los dos sujetos deudor (porteador) y acreedor (expedidor- destinatario) de la prestación de transporte y por virtud de los cuales se opera el traspaso de la posesión inmediata sobre las mercancías.*”

³⁵ A. DÍAZ DE LA ROSA, “Configuración actual del servicio portuario de manipulación de mercancías”, *Homenaje a Gabaldón García*, ...,op.cit., pp. 159 y ss.

29. La diferencia entre los servicios portuarios y los servicios comerciales es bastante difusa, quizá podría encontrarse en lo que se conoce como “*primer movimiento de las mercancías*”³⁶, esto es: constituyen servicios portuarios las operaciones de carga, descarga o trasbordo de la mercancía que se realizan cuando el buque está en puerto, así como el traslado de éstas dentro del puerto realizadas inmediatamente después de dicha carga o descarga³⁷.

2. Naturaleza jurídica del contrato de manipulación portuaria

30. El Contrato de manipulación de mercancías comprende la realización de prestaciones materiales que busca la realización de una obra o resultado concreto³⁸; estamos ante un contrato de arrendamiento de obra (*locatio operis*)³⁹. El operador se compromete a la realización de una obra compleja (estiba, descarga, almacenamiento, etc.), sin perjuicio de que asuma otro tipo de obligaciones como las relativas a la posesión de cosas ajenas (deber de custodia) o, incluso, de gestión de negocios ajenos (obligación de protesta cuando actúa por cuenta del receptor de las mercancías)⁴⁰.

31. La diversidad de prestaciones que puede englobar el contrato de manipulación es muy extensa (estiba, carga, desestiba, descarga desplazamientos fluviales terrestres descarga, almacenaje, incluso puede realizar operaciones actividad jurídica del consignatario del cargamento en la recepción de las mercancías o de transitario en la reexpedición de las mercancías por tierra al final del viaje marítimo), lo que ha llevado en algunas ocasiones a calificar al operador de manipulación como porteador marítimo, porteador terrestre, depositario, etc.

32. La disciplina legal de cada contrato deriva de su causa, es decir, la función económica-social del concreto tipo contractual. Y la causa del contrato de manipulación portuaria no es la de efectuar un transporte marítimo, sino la de verificar el embarque y desembarque de las mercancías. Así, atendiendo a la coordinación de las prestaciones y a la causa jurídico-económica que las unifica, hemos de afirmar que su naturaleza jurídica es la de un arrendamiento de obra. No olvidemos que se trata de un conjunto de prestaciones materiales tendentes a la consecución de un resultado -obligaciones de resultado-, remunerándose “*pro opere*” más que “*pro tempore*”. El hecho de que realice actuaciones jurídicas como

³⁶ C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho marítimo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 230.

³⁷ R. EGUINO DE SAN ROMÁN, *Derecho comunitario y puertos de interés general. Un análisis del modelo portuario estatal a la luz del Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*. Edit. Atelier, Barcelona, 2017, p. 182 y ss donde señala que el art. 2.2 del Reglamento Europeo 2017/352 para la prestación de servicios portuarios, incluye en la manipulación de carga las siguientes operaciones: “*la organización y la manipulación de la carga entre el buque de transporte y tierra firme, y sea para la importación, la exportación o el tránsito de la carga, incluidos el tratamiento, el trincaje, el destrincaje, la estiba, el transporte y el depósito temporal de dicha carga en la correspondiente terminal de manipulación de carga y los servicios directamente relacionados con el transporte de la carga, pero excluidos, salvo que el Estado miembro determine otra cosa, el almacenamiento, vaciado, reembalaje o cualquier otro servicio de valor añadido asociado a esa carga;*” Como se puede apreciar engloba no solo los servicios portuarios, sino algunas actividades que el TRLPEMM considera servicios comerciales como el transporte y almacenamiento temporal en terminal. (No olvidemos que la Ley 33/2010 de 5 de agosto, convirtió el antiguo transporte horizontal y el depósito en servicios comerciales sujetos a autorización). En consecuencia, una vez entrado en vigor del reglamento 2017/ 352 esas actividades tendrán la consideración de servicios portuarios. Si bien es cierto que la finalidad de este reglamento no es la regulación de las actividades desarrolladas por las empresas de manipulación portuaria y que “*el reglamento artículo 10 exención al servicio portuario de manipulación de su regulación sobre el acceso al mercado de estos servicios, por entender que, en la práctica, en los puertos se otorgan contratos de concesión para su prestación, contratos que están sujetos a procedimientos con publicidad y concurrencia*” Por otra parte, ha de tratarse de operaciones de manipulación que guarde relación directa con el transporte al que se refieren, quedando excluidas operaciones de transformación industrial o los servicios financieros.

³⁸ F.C. LÓPEZ RUEDA, *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías...*, op. cit., p. 81.

³⁹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op. cit., p. 461.

⁴⁰ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., en *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 514.

hacer protesta o reservas al recibir las mercancías, dado la singularidad y el carácter aislado⁴¹, no parece que deba alterar la calificación jurídica como arrendamiento de obra.

33. El contrato de manipulación portuaria es único, autónomo y principal; no es un agregado de varios contratos⁴², es un único negocio jurídico con su propio objeto y su propia causa. Ello no quiere decir que eventualmente pueda presentarse como un contrato mixto o complejo.

34. El contrato de manipulación portuaria es un contrato marítimo. A pesar de que se desarrolle en el ámbito portuario, es decir, que no se halle sometido a los riesgos típicos de la navegación que subyacen en el origen del Derecho marítimo. Es un contrato marítimo porque ayuda a la navegación, es preparatorio o complementario de la actividad navegatoria. La LNM en su EM ya aclara que *“La ley regula el marco en el que se inscriben las actividades propias del tráfico marítimo, constituido por el propio medio geográfico y los espacios físicos que la hacen posible, así como los instrumentos y los vehículos, garantizando la necesaria coherencia del Derecho español con los distintos convenios internacionales en materia de Derecho marítimo. Esta amplitud conlleva que esta Ley incluya prácticamente todos los aspectos de la navegación, tanto de Derecho público como privado”* y el art. 1.1. aclara que el objeto de esta Ley es *“la regulación de las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima”*

Es decir, no solo se hallan dentro del ámbito de aplicación de esta norma las relaciones que se producen durante la navegación marítima, sino que nos dice *“con ocasión de la navegación marítima”*, tanto en el *“propio medio geográfico”* como en *“los espacios físicos que la hacen posible”* esto justifica la regulación -entre otros- de contratos que no se desarrollan en el mar, sino que facilitan la navegación marítima como el contrato de construcción naval (art. 108 a 116), el contrato de consignación... o el de manipulación portuaria.

35. Es un contrato mercantil ya una de las partes del mismo es una empresa que, de forma profesional, lleva a cabo la organización compleja de capital y trabajo para producir servicios de manipulación de mercancías para terceros⁴³.

3. Elementos personales

36. Elementos personales son, por definición, quienes -personalmente o representados- participan en el contrato de manipulación, como titulares de los intereses que dicho contrato trata de unificar y satisfacer: el interés en obtener los servicios de manipulación y el interés de obtener la remuneración de los mismos, por el hecho de prestarlos. Tales elementos personales incluyen, pues, en primer lugar, al operador de manipulación, también denominado empresa de carga y descarga o de estiba y desestiba, empresario de terminales de transporte etc., que es quien presta la actividad de manipulación y, por otra, se halla la que se podría calificar -siguiendo la terminología del art. 329.2- como *“contratante del servicio”*. Esos contratantes -como señala el art. 331- *“... podrán ser ... directamente ... los cargadores (de las mercancías) o los destinatarios de éstas, o bien ... quienes hayan asumido ante aquellos la obligación de verificarlas (las operaciones de manipulación)”*

37. Quien asume la obligación de verificar las operaciones ante los cargadores puede ser, en primer término, el propio porteador, pero, también -observando la práctica del sector- cualquier otro sujeto que hubiese asumido la realización frente aquellos como el consignatario, el transitario, el comisionista de transporte...⁴⁴.

⁴¹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 465.

⁴² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “El contrato de manipulación portuaria y la responsabilidad de los estibadores y de los operadores portuarios o empresarios de terminales de transporte (ETTs)”, ...op.cit., p. 346.

⁴³ F.C. LÓPEZ RUEDA, *El contrato de carga y descarga en el transporte de mercancías*...op.cit., p. 75.

⁴⁴ T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 287.

38. El operador es un colaborador independiente que puede indistintamente prestar sus servicios, bien a los armadores y sus capitanes, o bien a los cargadores o destinatarios⁴⁵. La LNM no se pronuncia sobre si es un empresario. Mas no es que lo niegue, sino que lo que sucede es que la LNM adopta la perspectiva de considerarlo más en su condición de parte contractual que de considerarlo por su profesión y su posible régimen estatutario. Lo que queda claro es que no puede tener la consideración de porteador efectivo, ya que no asume una obligación de transporte⁴⁶. Podrá ser considerado como un auxiliar.

4. Elementos formales

39. El contrato de manipulación portuaria es un contrato consensual; se perfecciona con el simple consentimiento⁴⁷. El art. 332 contempla la posibilidad de que se recoja por escrito, pero ello es exclusivamente a efectos probatorios: acredita el haber recibido las mercancías (*receptum*). El escrito en cuestión no es un título constitutivo, en el sentido de que no es necesario para la validez del contrato. Su función probatoria puede acreditar la existencia del contrato de manipulación portuaria.

40. La LNM establece que si no se emite un recibo -en el que se haga constar el estado y la cantidad de las mercancías- o acuse de recibo, se presume -, salvo prueba en contrario - que las mercancías han sido entregadas al operador portuario en buena condición aparente. Es decir, se asume la eventual responsabilidad, presumiendo que las mercancías se entregaron tal y como estaban documentadas o, en su defecto, como si se encontrasen en buen estado.

41. La LNM recoge la obligación de que el operador realice las reservas sobre el estado y la condición de las mercancías cuando la otra parte contratante sea el destinatario o el cargador. Lo que no se contempla es que no se haya podido realizar la comprobación del estado o la cantidad de las mercancías. En este caso, al igual que sucede en la práctica marítima internacional, se podría insertar -en el conocimiento de embarque- una reserva en la que se deje constancia de que el porteador no ha tenido medios razonables para la comprobación (art. 3.3 RHV). De igual modo, cuando el operador actúa por cuenta del porteador, si se emite recibo, se presumirá que se entregan en el estado y en la cantidad allí recogidos. Si no se emite el recibo, se presume que se entregan en perfecto estado. Resulta conveniente que, cuando por motivos razonables no se puede realizar las comprobaciones, se haga constar dicha circunstancia en un recibo de las mercancías.

42. El CRET establece en su art. 4⁴⁸ que se presume -al igual que lo hace la LNM- que, si no se emite documento en otro sentido, las mercancías se recibieron en buen estado aparente. Ahora bien,

⁴⁵ R. RODIÈRE/ E. DU PONTACIVE *Droit Maritime*, Edit. DALLOZ, 11^o ed., París, pág 202. A. VIALARD cit., ps. 153 y 212. I. ARROYO MARTÍNEZ, “*Curso de Derecho Marítimo*”, op.cit., p. 309. F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “*Instituciones de Derecho mercantil*”, T. II, Edit. Aranzadi, 37^a ed. (9^a en Aranzadi), Cizur Menor, 2016, p. 630. A. NIETO TAMARGO, “*El Consignatario de buques*”, Edit. Oficina Central Marítima, Madrid, 1960, pp. 26 y 50, quien no deja de señalar que “*el término consignatario es empleado tanto por la doctrina como por el legislador con significado diverso y a veces equívoco*”: unas veces se emplea para designar al que lo es de buques, y otras para hacer “*referencia al consignatario de la mercancía*”, como “*representante de los destinatarios*” de aquella, que a veces se confunde con los destinatarios mismos.

⁴⁶ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit.,p. 461.

⁴⁷ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ..., op.cit., p. 466.

⁴⁸ Artículo 4 CRET. Emisión del documento1. El empresario podrá, y a solicitud del cliente deberá, en un plazo razonable y a su elección: a) bien acusar recibo de las mercaderías firmando y fechando el documento que le presente el cliente en el que se identifican las mercaderías, o b) bien emitir un documento firmado en el que se identifiquen las mercaderías, se acuse su recibo, con expresión de la fecha en que fueron recibidas, y se haga constar su estado y cantidad en la medida en que puedan determinarse por medios de verificación razonables. 2. Si el empresario no actúa conforme a lo dispuesto en los apartados a) o b) del párrafo 1, se presumirá, salvo prueba en contrario, que ha recibido las mercaderías en buen estado aparente. Esta presunción no se aplicará cuando los servicios prestados por el empresario se limiten al traslado inmediato de las mercaderías de un medio de transporte a otro. Esta última previsión no se recoge en la LNM.

dicha presunción desaparece⁴⁹ cuando los servicios prestados por el empresario se limiten al traslado inmediato de las mercaderías de un medio de transporte a otro.

43. La LNM no regula la posibilidad de una documentación electrónica, aunque su empleo pueda admitirse al amparo de la DA 3º de la LNM⁵⁰.

5. Contenido obligatorio del contrato de manipulación portuaria

44. La obligación fundamental del empresario de manipulación portuaria será la de realizar las operaciones de manipulación comprometidas en el contrato y dentro del plazo allí señalado.

45. El hecho cierto de que el contrato de manipulación portuaria se halle físicamente unido o afecto al contrato de transporte implica que el operador de manipulación portuaria asume, no solo las prestaciones propias de este contrato, sino también otro tipo de obligaciones que extravasan las actividades materiales y que son propias de la gestión de negocios ajenos (art. 330.2). Así el operador portuario para poder realizar las actuaciones que le son propias ha de recibir materialmente las mercancías que, por otra parte, no solo están siendo objeto del presente contrato, sino, también, de un contrato de transporte.

46. La LNM prevé la obligación del operador de realizar la reserva correspondiente en tiempo y forma cuando se convierta en legítimo receptor de las mercancías *-adiectius solutionis causa*⁵¹-, y, en su defecto, responderá por el perjuicio causado al destinatario o cargador de las mercancías.

47. Lo dicho anteriormente no excluye que el operador que actúa por cuenta del porteador no deba formular las reservas oportunas por las inexactitudes en la declaración del cargador, de lo contrario responderá frente al porteador por los daños causados⁵².

48. El comportamiento del operador será relevante para generar su propia responsabilidad, pero también para la en que pueda incurrir el porteador frente a la contraparte del contrato de transporte⁵³. Lo cierto es que, a pesar de que se produce un encaje operacional entre los contratos de transporte y el de manipulación, ambos contratos no tienen que confluír necesariamente en uno solo; la causa que informa al contrato de manipulación portuaria es diversa de la del contrato de transporte⁵⁴. En nuestro caso se trata de un conjunto complejo de operaciones tendentes al manejo de las mercancías.

49. La otra obligación que regula la LNM es el pago del precio al operador por los servicios prestados, estableciéndose garantías destinadas a la protección de su derecho al cobro. En este sentido, el art. 338 le reconoce un derecho a la retención de las mercancías que se hallen en su poder hasta que no se pague el precio. La Exposición de Motivos de la LNM señala que esta garantía de la que disfruta el operador es, en cierta medida, una contrapartida al régimen imperativo de responsabilidad al que se halla sometido.

50. Se plantea si el derecho de retención es un derecho personal e *inter partes*, lo que plantea problemas a la hora de oponerlo frente a terceros⁵⁵. Los presupuestos básicos del derecho de retención son la posesión de un bien ajeno por el retenedor, el derecho de crédito del retenedor y la conexión

⁴⁹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 467.

⁵⁰ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 515.

⁵¹ J.M., GONDRA ROMERO, *El régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*..., op.cit., p. 114, para lo que le habrá provisto del correspondiente apodereamiento mediante el previo giro del conocimiento de embarque. ARIAS VARONA, J., “El contrato de manipulación portuaria”,..., op.cit., p. 517

⁵² J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 518.

⁵³ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 517.

⁵⁴ J.M., GONDRA ROMERO, *El régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, ...op.cit., p. 113

⁵⁵ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria” ..., op.cit, p. 519

entre el bien retenido y el crédito del retenedor⁵⁶. Pero lo cierto es que quien tiene la posesión tiene una protección interdicial; una protección real. Lo que sí podría suceder es que el dueño de las mercancías -que no es parte en el contrato- pagase la deuda al operador por sus servicios y después repitiese contra el porteador o contra el cargador incumplidores.

51. Según FERNÁNDEZ-QUIRÓS⁵⁷, al derecho de retención del operador no le afecta la limitación establecida en el art. 237 y 238 para el contrato de transporte, donde se establece que sólo se podrán retener las mercancías por falta de pago del flete cuando el destinatario sea el fletador (salvo que el flete sea pagadero en destino), o en el fletamento por tiempo, cuando las mercancías pertenezcan al fletador. Así, este autor señala que “Sea quien fuere el que haya contratado con el operador, se reconoce a éste el derecho de retener las mercancías en su poder en garantía del pago del precio adeudado por el servicio de manipulación”⁵⁸.

52. Lo cierto es que la esencia del derecho de retención reside en la facultad del acreedor frente al deudor de retener la cosa en su poder hasta la satisfacción del crédito. Para que esta facultad constituya una garantía eficaz, parece que resulta necesario que se pueda oponer frente al propio deudor y, también, frente a terceros (sean otros acreedores que persiguen el bien retenido para satisfacer sus créditos, sean titulares de derechos sobre el mismo bien, adquiridos antes o después de constituirse el derecho de retención: por ejemplo, el propietario primigenio del bien, cuando es persona distinta del deudor, o un tercer adquirente); cuanto más amplios sean los términos en que se conciba esa oponibilidad, mayor será la eficacia de la garantía⁵⁹. Como señala GÓMEZ CALLE, no solo es conveniente que opere frente a las partes, sino que se pueda oponer a un tercero, pero habría que especificarse frente a que terceros se está haciendo referencia ¿Quedan incluidos los terceros adquirentes del bien retenido? A este respecto, reputada doctrina⁶⁰ sostiene la oponibilidad del derecho de retención del art. 1780 CC al adquirente de la mercancía depositada, afirmando que dicha eficacia es independiente de la naturaleza real o personal que se atribuya a tal derecho.

53. La eficacia del derecho de retención frente al dueño originario del bien cuando el deudor es otra persona se admite en algunos ordenamientos en términos generales (C. civ. catalán), mientras que en otros se contempla con mayor prevención o sujeta a ciertos condicionantes (casos holandés, suizo o francés)⁶¹.

54. El Profesor Arroyo entiende que el operador podría retener por sí mismo, sin necesidad de autorización, ni depósito judicial⁶² y que estamos ante un *ius distrahendi*; es decir: que este privilegio sería, en realidad, una prenda legal. Pero, en realidad, esta es la cuestión a resolver: esta retención ¿puede ir seguida de la realización de las mercancías; esto es: *Se podrán enajenar las mercancías retenidas?* Ley no prevé -como sí hace en el art. 237 para el contrato de transporte- que el operador pueda acudir a un “*expediente de depósito y venta de mercancías o equipajes solicitando a un notario la venta de las mercancías, con la misma limitación en lo referente al destinatario no fletador*” ¿Cabe su aplicación analógica con sus mismas limitaciones? Es decir: cuando se trate de mercancías que son propiedad de la parte incumplidora.

55. En puridad, el derecho de retención se concibe como aquel que permite retener la posesión de la cosa que era propiedad del incumplidor, pero que ya se poseían previamente, ya como garantía o para aplicar el precio obtenido por su venta al pago de su deuda (“*pretium succedit in loco rei*”).

⁵⁶ E. GÓMEZ CALLE, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (WWW. INDRET.COM), p. 11.

⁵⁷ T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria”, ...op.cit., p. 290.

⁵⁸ T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria”, ...op.cit., p. 290.

⁵⁹ E. GÓMEZ CALLE, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (WWW. INDRET.COM), p. 13 y ss.

⁶⁰ J.L. LACRUZ BERDEJO ET AL. (2007, p. 261) o L. DIEZ-PICAZO (2008, p. 477); SAP Valencia, Secc. 11ª, 22.7.2004 (JUR9685).

⁶¹ E. GÓMEZ CALLE, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (WWW. INDRET.COM), p. 15 y ss.

⁶² I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 669.

56. La Ley se limita a hablar de derecho de retención, de modo que -al parecer- solo la concibe como una retención pura y simple; no hace referencia, ni a la posibilidad de aplicar el precio de su eventual enajenación, al pago de la deuda pendiente -subrogación real- ni tampoco reconoce la posibilidad de realización de las mercancías. No se le reconoce al operador un derecho de depósito y venta como se le reconoce al porteador en el art. 237⁶³. Y hemos de tener en cuenta que, con carácter general, el derecho de retención no otorga a su titular ninguna preferencia de cobro sobre la cosa. Por consiguiente; este derecho de retención no es una prenda legal.

57. Por su parte, el art. 10 del CRET, que aún no ha entrado en vigor, regula el derecho de retención en los siguientes términos:

“1. El empresario tendrá un derecho de retención sobre las mercaderías por los gastos y los créditos devengados con ocasión de los servicios relacionados con el transporte que haya prestado con respecto a esas mercaderías tanto durante el período en que responda de ellas como posteriormente. Sin embargo, ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará a la validez, conforme a la ley aplicable, de cualquier acuerdo contractual que amplíe los derechos de garantía del empresario sobre las mercaderías.

2. El empresario no podrá retener las mercaderías si se le ofrece garantía suficiente por la suma reclamada o si se deposita una suma equivalente en poder de un tercero designado de común acuerdo o en una institución oficial en el Estado donde el empresario tenga su establecimiento.

3. El empresario podrá, en la medida en que lo autorice la ley del Estado en que se encuentren las mercaderías, vender la totalidad o parte de las mercaderías sobre las que haya ejercido el derecho de retención conforme a lo dispuesto en este artículo a fin de obtener la suma necesaria para el cobro de su crédito. Este derecho de venta no se aplica a los contenedores, paletas u otros elementos de transporte o embalaje análogos que son de propiedad de una persona que no es el porteador ni el cargador y en los que figura claramente la marca de su propiedad, salvo en lo que concierne a los créditos del empresario nacidos de las reparaciones o mejoras que ha efectuado en los contenedores, paletas u otros elementos de transporte o embalaje análogos.

4. Antes de ejercer el derecho a vender las mercaderías, el empresario deberá hacer esfuerzos razonables para dar aviso de su intención al dueño de las mercaderías, a la persona de quien las haya recibido y a la persona facultada para recibirlas. El empresario rendirá cuentas debidamente del saldo del producto de la venta una vez deducidas las sumas adeudadas y los gastos razonables realizados en la venta. El derecho de venta se ejercerá por lo demás de conformidad con la ley del Estado en que se encuentren las mercaderías.

58. Como se puede observar el CRET no solo contempla el derecho de retención, sino también el de realización, siempre que las mercancías sean propiedad del porteador o del cargador, lo que -en su caso- permitiría hablar de prenda legal.

V. Responsabilidad del operador de manipulación portuaria

59. La regulación que contiene la LNM sobre el contrato de manipulación portuaria se estructura básicamente sobre cuestiones de responsabilidad. Con carácter previo, habrá que deslindar las responsabilidades derivadas del contrato de transporte de aquellas otras que se originan en el contrato de manipulación portuaria autónomo. A pesar de ser dos contratos autónomos tienen fuertes vinculaciones, hasta el punto de que el operador portuario, no solo realiza actos materiales para el contratante del servicio, sino que puede realizar actuaciones jurídicas como la recepción de las mercancías por cuenta del destinatario⁶⁴.

60. El régimen de responsabilidad diseñado por la LNM es imperativo, de mínimos; esto es, las partes pueden incorporar condiciones más beneficiosas para el usuario del servicio de manipulación

⁶³ T. FERNÁNDEZ-QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 290.

⁶⁴ T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria” ..., op.cit., p. 289

portuaria. En el contrato de manipulación portuaria se incluyen obligaciones de cumplimiento puntual y exacto de las operaciones que integran la manipulación y la de custodia de las mercancías manipuladas; de ellas se deriva una posible doble responsabilidad por incumplimiento: por un lado, el retraso y, por el otro, la pérdida y los daños. Ahora bien, a pesar de que este régimen de responsabilidad del operador se inserta en el marco de la regulación del contrato de manipulación portuaria, no quiere decir, lógicamente, que solo pueda incurrir en responsabilidad contractual, es obvio que el operador portuario también puede incurrir en responsabilidad extracontractual. La responsabilidad del operador es autónoma del contrato del transporte, su responsabilidad se desencadena no sólo por los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones del contrato de manipulación que haya celebrado, sino también por las actividades que realice en el ejercicio de su actividad empresarial.

61. El operador de manipulación asume en nombre propio una responsabilidad, en su condición de empresario en el ejercicio de su actividad profesional. En este sentido, el art. 333.1 de la LNM preceptúa que:

“El operador portuario será responsable de todo daño, pérdida de las mercancías o retraso en su entrega, causados mientras se encontraban a su cuidado en tanto no pruebe que se debieron a causas fortuitas y que, para evitar sus efectos, el operador o sus auxiliares adoptaron todas las medidas razonablemente exigibles. El período de responsabilidad del operador se extiende desde el momento en que se hizo cargo de las mercancías hasta que las entregó o las puso a disposición de la persona legitimada para recibirlas”.

62. Como se puede deducir del mencionado art. 333 de la LNM, la responsabilidad del operador no lo es solo por hechos propios, sino también por hechos ajenos; por los hechos de sus auxiliares: “*El operador portuario será responsable de todo daño, pérdida de las mercancías o retraso en su entrega, ... en tanto no pruebe que...para evitar sus efectos, el operador o sus auxiliares adoptaron todas las medidas razonablemente exigidas.*” La redacción del precepto no consagra de forma expresa la responsabilidad del operador por hechos ajenos, se limita a establecer que no será responsable cuando, tanto él como sus auxiliares, hayan actuado con la diligencia debida, tomando las medidas necesarias para evitar el daño, pero no señala de forma expresa que el operador es responsable de los hechos ajenos. Ahora bien, el operador de manipulación portuaria, en cuanto que empresario, es responsable de la actuación de sus dependientes y colaboradores, situándose en la línea de lo previsto en el art. 1903 del C.civ. Y esta responsabilidad del empresario de manipulación de mercancía por hechos ajenos no es una responsabilidad subsidiaria, sino que es una responsabilidad directa⁶⁵: se puede reclamar directamente al operador, en cuanto que empresario empleador del dependiente causante del daño⁶⁶.

63. El período de responsabilidad abarca desde el momento en que el operador se hace cargo de las mercancías hasta que las entrega o las pone a disposición de la persona legitimada para recibirlas; esto es: en el período en que las mercancías se encuentran en posesión del manipulador; bajo su custodia⁶⁷. Esta responsabilidad *ex recepto* por la custodia de las mercancías comienza, como es lógico, con la recepción de las mercancías objeto de manipulación. El art. 333 de la LNM establece que “*El operador portuario será responsable de todo daño, pérdida de las mercancías o retraso en su entrega, causados mientras se encontraban a su cuidado...*” Asume la responsabilidad desde el momento en que adquiere la posesión de las mercancías -posesión directa o inmediata- unida a la voluntad de hacerse cargo de las mismas, momento en el que surge el verdadero *receptum*, generando una responsabilidad *ex recepto*⁶⁸.

⁶⁵ U. ELORDI, *Las Sociedades Estatales de Estiba...*, op. cit., p. 31.

⁶⁶ U. ELORDI, *Las Sociedades Estatales de Estiba...*, op. cit., p. 33.

⁶⁷ F.C., LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ..., op.cit., p. 469.

⁶⁸ M. SALAZAR REVUELTA, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág 133. Eadem: “Configuración jurídica del “*receptum nautarum cauponum et stabulariorum*” y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho Romano” AFDUC, nº10, 2006, pág 1090, quien señala que la responsabilidad resultante del *receptum* deriva de la expresa asunción del *periculum* a través de la cláusula *salvum fore recipere*, sancionada con una *actio in factum* prevista en el edicto del pretor. El presupuesto de dicha acción descansa en la entrega de las cosas con la garantía de su devolución indemne y en el consiguiente *non restituere*, que se ha de entender como no restitución, total, parcial

64. La reclamación de responsabilidad por daños o pérdida requiere de aviso por escrito. La omisión de esta denuncia no genera la imposibilidad de reclamar, sino la presunción de que se entregaron en buena condición; presunción que habrá de ser destruida por el reclamante⁶⁹.

65. El régimen de responsabilidad que la LNM consagra para el operador de manipulación portuaria, es propio, pero incompleto: no regula todas las responsabilidades en que incurre el operador, sino solo aquellas que se derivan de su relación con las mercancías durante el período de tiempo que estén bajo su custodia. ¿Qué sucede con la responsabilidad de los daños causados al margen del incumplimiento de una obligación previa? Parece obvio que no estaremos ante una responsabilidad contractual y no se aplicarían los arts. 333 y ss. de la LNM, sino que resultan aplicables las normas generales sobre responsabilidad civil (arts. 1902 y ss. del CCiv.) Y tampoco contempla de forma expresa la responsabilidad por el retraso; sin perjuicio de que se puedan aplicar por analogía lo previsto en la LNM para el contrato de fletamento/ transporte.

66. La responsabilidad del operador sólo desaparece cuando los daños se deriven de caso fortuito o se prueba que se adoptaron las medidas necesarias para evitar el daño. Es una responsabilidad *ex recepto* por culpa presunta⁷⁰; esto es: un régimen de responsabilidad subjetiva, por negligencia, pero donde, además, se prevé una inversión de la carga de la prueba; es decir: que se exige la prueba del hecho que constituye la causa de exoneración y de la diligencia empleada para evitar el daño⁷¹.

1. Limitación de responsabilidad del operador de manipulación portuaria

67. El art. 334 de la LNM comienza la regulación de la limitación de responsabilidad del operador de manipulación portuaria en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías prevista en el artículo 4.5.e) del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, que será asimismo aplicable al operador de manipulación portuaria...”

68. Este art. 4.5 e) establece que el porteador no tendrá derecho a beneficiarse de la limitación de responsabilidad si se demuestra que el daño es resultado de un acto o de una omisión del porteador, que se produjo o con intención de provocar un daño o temerariamente y con conocimiento de que probablemente de ello se deduciría un daño. De modo que, la limitación de responsabilidad tampoco juega en los supuestos en los que el operador hubiese actuado de forma dolosa.

69. Así, pues, a diferencia de lo que señaló algún autor⁷², en el régimen de responsabilidad el manipulador de mercancías sí se contempla la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad del operador cuando haya actuado con dolo, como también lo hacen la práctica totalidad de las normas en materia de transporte (a.e. *vid* art. 282.4 y 283.4 de la LNM). Omisión, que como ha señalado el Prof.

o defectuosa, lo que la lleva a rechazar la tesis según la cual la responsabilidad *ex recepto* nace como efecto inmediato y único del hecho dañoso consistente en la falta de restitución, directamente de una intervención administrativa del pretor fundada en su *imperium*; de forma que la naturaleza de la *actio in factum* sería, en un principio, penal y sólo una evolución posterior la separaría del ámbito de las acciones *ex delicto* para encuadrarla en las acciones contractuales.

⁶⁹ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”, ..., op.cit, p. 523.

⁷⁰ T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “El contrato de manipulación portuaria” ..., op.cit., p. 287. F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ...op.cit., p. 469.

⁷¹ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria” ..., op.cit., p. 523. , F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación” ..., op.cit., p. 470, exige una doble prueba: la exoneración del operador por caso fortuito y la adopción de las medidas razonables para evitar el daño. La necesidad de probar la existencia del caso fortuito no se produce en las RHV ni en el CRET.

⁷² J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria” ..., op.cit p. 523.

Arias Varona hubiese sido difícilmente subsanable porque, en el campo de la teoría general, la pérdida del beneficio a la limitación por dolo – a la que se refiere el art. 1107 CCiv.- se aplica al pacto convencional y resulta complicado que pueda extenderse a una previsión legal.

70. La imposibilidad de que el deudor doloso se libere de las consecuencias de sus actos en el régimen contractual se explica porque se trata de evitar que por la vía de los pactos se pueda limitar o exonerar su responsabilidad. Algo que no sucede en sede de responsabilidad extracontractual, porque la responsabilidad se desencadena al cumplir los requisitos de esta sin que pueda afectar pacto interpartes, porque entre el responsable y el perjudicado no existía una relación previa.

71. Ahora bien, dicha omisión podría ser subsanada sobre la base de la normativa existente -básicamente internacional- donde se recoge múltiples supuestos de pérdida de la limitación de responsabilidad o su exoneración cuando interviene el dolo. En este caso el fundamento se halla en la propia norma y, teniendo en cuenta el carácter unificador de la LNM bien se podría dar entrada a dicha posibilidad, concibiéndolo como un principio general del Derecho convencional. Así, podría argumentarse que, sobre la base de que en la práctica totalidad de las normativa convencional internacional de derecho marítimo (a. e. el art. 4.5 e) de las RHV que prohíbe limitar la responsabilidad del porteador si actuó con dolo) se prohíbe la limitación de responsabilidad procedente de dolo, podemos deducir que nos encontramos ante un Principio General del Derecho marítimo y que, por tanto, tendría aplicación conforme al art. 2 de la LNM, incluso antes del art. 1102 del CCiv, en cuanto que Derecho común. Otra posibilidad es la aplicación analógica de lo previsto en el contrato de fletamento/transporte donde sí se recoge dicha posibilidad (art. 282.4 y 283.4 e incluso, el art. 277 señala que no podrán introducir cláusulas entre porteador y fletador que entrañen exoneración por dolo)⁷³.

72. Continuando con el análisis del art. 334, hemos de reseñar que su tenor literal no es del todo claro ¿qué quiere decir “*que será asimismo aplicable al operador de manipulación portuaria*”? ¿Se refiere a la pérdida del beneficio a limitar su responsabilidad por actuación dolosa del porteador o a la pérdida del beneficio por la actuación dolosa del operador? ¿O querrá decir que le será aplicable la misma regla de pérdida del beneficio cuando el porteador actúe con dolo?

73. Las RHV recogen las limitaciones de responsabilidad del porteador, pero estas limitaciones también se podrían aplicar al operador cuando presta sus servicios por requerimiento del propio porteador. Parece que una interpretación correcta bien podría ser que, si el porteador pierde la limitación por actuar con dolo, no tiene por qué implicar la misma pérdida para el operador, es decir: que el manipulador no puede sufrir las consecuencias negativas de una conducta dolosa que no es suya, incluso aunque actúe por cuenta del porteador.

74. En cuanto a si no querrá decir que le será aplicable la misma regla de pérdida del beneficio cuando el porteador actúe con dolo, parece que la mención sólo pretende poner de manifiesto que, tanto en un caso como en el otro, la pérdida del beneficio reconocido en las RHV tiene lugar por un comportamiento doloso, ya del porteador, ya, en su caso, del operador de manipulación portuaria.

75. El art. 334. 1 de la LNM establece las reglas conforme a las cuales se ha de limitar la responsabilidad del operador, dicha limitación de la deuda resarcitoria varía en función del origen de la infracción: si se infringe el deber de custodia, el límite se vincula al peso bruto de las mercancías y a los DEG (dos derechos especiales de giro por kilogramo bruto de mercancía), con una previsión expresa para el caso de que el perjuicio alcance al valor de otra parte de las mercancías; si la infracción se vincula al

⁷³ El Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima no contemplaba de forma expresa la pérdida de la limitación de responsabilidad por dolo, pero como señalan algunos autores, podría realizarse la aplicación analógica relativa al porteador o bien el principio general de nuestro ordenamiento según el cual el deudor doloso no es merecedor de la limitación. LÓPEZ RUEDA, F.C., “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 472.

retraso, el límite se establece en función de la remuneración pactada para las mercancías respecto de las que se ha producido el retraso. Se establece un límite máximo para la acumulación de responsabilidades de distinto tipo, que es la señalada para la pérdida total de la mercancía.

2. Regímenes de limitación de los que se puede beneficiar el manipulador.

76. En la LNM se recogen distintos regímenes de responsabilidad y de limitación de la misma; en primer lugar, podemos señalar el establecido para el porteador marítimo, que goza de un derecho a la limitación de responsabilidad propio, el cual -al parecer- se extiende, asimismo, a los operadores de manipulación portuaria que -en virtud de un contrato de manipulación portuaria- intervengan en las operaciones de carga, descarga, estiba o desestiba, etc., ya que el art. 282.3 establece que *“El régimen de responsabilidad del porteador y su limitación será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños o pérdidas experimentados, independientemente de cuál sea el procedimiento en que se ejercite la acción, así como su fundamento, sea contractual o extracontractual y, tanto si se dirige contra el porteador como si lo hace contra los auxiliares que este emplee para el cumplimiento de su prestación”*.

77. ¿Se refiere a qué el porteador puede limitar su responsabilidad con independencia de que la acción se dirija contra él o contra el auxiliar que introduce en el cumplimiento o quizá se refiera a que el auxiliar que introduce en el cumplimiento -en nuestro caso el operador de manipulación- también limita la responsabilidad en los mismos términos que el porteador? Conforme lo proclamado por el art. 282.3 de la LNM, el régimen de responsabilidad del porteador y su limitación se aplican a *“toda acción”* que persiga la indemnización de daños y perjuicios causados a las mercancías transportadas. Parece, pues, que es la *“acción”* - *“actio”*- y no el título o causa de la acción, lo que importa. ¿Significa esto que podría tratarse de una acción basada, no en el contrato de transporte, sino en un contrato -independiente- de manipulación portuaria? Podría ser, si no fuera por esa referencia a los *“auxiliares que este emplee para el cumplimiento de su prestación”*, que parece limitar el supuesto al ámbito del contrato de transporte, porque los manipuladores aparecen como meros auxiliares y porque lo son del *“cumplimiento de su prestación”*; es decir: del cumplimiento de la prestación del porteador. Por tanto, si el porteador ha asumido las obligaciones de manipulación en el contrato de transporte marítimo y, en vez de verificarlas directamente, encomienda la ejecución de estas prestaciones debidas al empresario de manipulación, éste se podrá beneficiar de la limitación de responsabilidad prevista para el porteador, aunque no haya sido parte en el contrato de transporte, y el cargador o el consignatario de la carga se vean obligados a proceder contra él por vía extracontractual.

78. En segundo lugar, está la limitación de responsabilidad prevista de forma expresa por la LNM para el manipulador portuario (*ex. art. 334*)

79. Y, en tercer lugar, la LNM regula la limitación de responsabilidad por reclamaciones marítimas en los arts. 392 y ss. y 487 y ss., que a su vez nos remite al Convenio sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres, en 1976 (CLR 76), o -por lo que hace a España- al Protocolo modificativo que es el que hoy se halla vigente entre nosotros. Tal limitación puede usarse por propietarios de buques, armadores, navieros, fletadores y salvadores..., pero el ámbito subjetivo de la facultad de limitación sobrepasa estas figuras, para abarcar a personas cuya condición jurídica es la de colaborador del Armador o el Naviero, *“por cuya actuación, negligencia o falta, el propietario del buque o la empresa del salvamento son responsables”*, en la medida en que, si cualquier se formulase cualquier reclamación contra los mismos, *“estarían legitimadas para hacer valer por sí mismas la limitación de la responsabilidad prevista”* en el citado Convenio⁷⁴.

⁷⁴ El art. 1.4 del CLR 76 establece que *“Si se promueven cualesquiera de las reclamaciones enunciadas en el Artículo 2 contra cualquier persona de cuyas acciones, omisiones o negligencia sean responsables el propietario o el salvador, esa persona podrá invocar el derecho de limitación de la responsabilidad estipulado en el presente Convenio”*.

80. Los operadores de manipulación, teniendo en cuenta que son colaboradores independientes del portador, no accederían por derecho propio, pues no están sometidos a los riesgos propios de la navegación, pero pueden hacerlo de forma refleja cuando por su acción, negligencia o falta se hallan en situación de desencadenar, no solamente su propia responsabilidad, sino –también– la responsabilidad de quienes, en principio, son los beneficiarios directos del régimen de limitación general de la responsabilidad por reclamaciones o créditos marítimos

81. Así las cosas, el operador de manipulación portuaria podría limitar la responsabilidad conforme a lo previsto en su propio régimen recogido en los arts. 334 y 335 de la LNM, o beneficiarse de la limitación de responsabilidad prevista para el porteador si está incluido dentro de los auxiliares⁷⁵ que este emplea para el cumplimiento de sus prestaciones, o bien limitarla haciendo uso de la limitación general de responsabilidad por reclamaciones marítimas, en su condición colaborador del armador o naviero por cuya actuación deban responder.

82. Ante estas diversas posibilidades de limitación de responsabilidad, la cuestión que se suscita es si el operador portuario puede emplear unas y otras cumulativamente, o si –por el contrario– perderá la posibilidad de servirse de todas las que difieran de la que ha utilizado, o incluso si puede hacer un uso escalonado y subsidiario de ellas, recurriendo a una, cuando ha sido desestimada la alegación de otra. Debemos tener en cuenta que los distintos sistemas de limitación muestran, entre sí, diferencias profundas que harían lógicamente posible combinarlos. Así, a.e., el sistema de limitación general de la responsabilidad por reclamaciones marítimas es un sistema de limitación del patrimonio accesible: una vez que optamos por la limitación mediante constitución de un fondo de limitación, parece evidente que lo que tendremos es una limitación del patrimonio de responsabilidad –estaríamos ante una derogación singular del art. 1911 CCiv–, lo que no sucede cuando se trata del régimen de limitación de responsabilidad de los portadores marítimos, pues ninguno de los preceptos que se refieren a su limitación particular afectan al citado principio de la responsabilidad patrimonial universal, y parecen referirse –exclusivamente– a la limitación de las cuantías de las deudas indemnizatorias. Por su parte, ni en los arts. 282 y 283, ni en el art. 334, de la LNM, se ha contemplado la posibilidad de hacer valer la limitación mediante la constitución de fondos o patrimonios de afección separados, como hacen los arts. 403 al 405.

83. Por otra parte; si el Porteador opta por no hacer uso de la limitación de su responsabilidad, como tal porteador, pese a todo nada impediría que pudiera beneficiarse de una limitación de responsabilidad general, como tal responsable por créditos marítimos.

84. Existen supuestos en los que los períodos de responsabilidad no coinciden, en cuyo caso parece que podrían aplicarse cumulativamente ambos sistemas para los períodos no coincidentes, pues no parece que haya prohibición expresa de ello, máxime si las naturalezas de los sistemas son distintas (limitación de la deuda/limitación del patrimonio) y los respectivos fundamentos también son diferentes.

85. En cuando a la posibilidad de que el operador pueda valerse simultáneamente de su limitación de responsabilidad y de la que le corresponde al porteador, ¿cabría aplicarle al operador, cumulativamente, el sistema general de limitación de responsabilidad de la LNM, conforme a los arts. 392 y ss, y al CLR 1976, y –además– el suyo propio? El art. 395 señala, para el caso del porteador, que habrá que optar por uno u otro; que no cabe la acumulación de ambos sistemas. Nada se dice –en cambio– respecto del operador portuario. Mas teniendo en cuenta que si la posibilidad de acumular le queda vedada al porteador marítimo, que por su propia condición de tal soporta los riesgos de la navegación, hay que pensar que, con mayor motivo, esa imposibilidad se ha de extender al operador portuario que no soporta tales riesgos (Argumento: “*a maiore, ad minus*”).

⁷⁵ B. GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga en el transporte de mercancías*, ..., op.cit., p. 277 “En nuestro derecho, en principio, si no se indica expresamente lo contrario, y se alude sin más a los auxiliares del porteador o del cargador para disponer la aplicación de una norma a los mismos, puede entenderse que dicha prescripción se aplica a todos los auxiliares, tanto dependientes como independientes del deudor”

86. Por otra parte, la compatibilidad lógica de ambos sistemas de limitación, no debe ocultar el problema práctico de las distintas sumas de limitación -la basada en el tonelaje de los buques comprometidos y la basada en las propias mercancías (su peso o el número de bultos)-, cuya acumulación -que es algo diferente del procedimiento para hacerlas valer- podría dar en la consecuencia de que los perjudicados por el siniestro culposo se vieran privados de cualquier mínimo resarcimiento. Quizá sea esta consideración la que justifique la regla que establece el art. 395. 2 LNM. En conexión con esta cuestión, el art. IV bis 2 de las RHV establece que el operador que ejecuta materialmente las prestaciones asumidas por el porteador -siempre que se trate de operaciones realizadas en el marco de un transporte marítimo sometido a las RHV⁷⁶- se puede beneficiar de las exoneraciones y limitaciones previstas por las RHV para el porteador, pero la cantidad global que se puede reclamar al porteador y al auxiliar que introduce en el cumplimiento de sus obligaciones, no puede exceder, en ningún caso, de los límites previstos en las propias RHV.

87. Estamos ante dos vías diferentes -una de ellas, claramente procedimental- para implementar la limitación de responsabilidad, una hace referencia a la limitación de la deuda resarcitoria y otra al patrimonio de responsabilidad afectado. En principio, parece que no habría inconveniente en combinar ambos sistemas, pero ello no debe ocultar el problema de las cuantías y la suficiencia del resarcimiento, porque ambos sistemas están pensados para limitar la responsabilidad, no para excluirla o condonarla absolutamente. Por este motivo, a pesar de la compatibilidad lógica de ambos sistemas, la norma positiva ha optado por impedir que se puedan acumular las cuantías limitables, de forma que los perjudicados se queden sin obtener ningún resarcimiento. Se podría constituir un fondo que permita limitar el patrimonio afectado para hacer frente a la deuda que vendría limitada por las cuantías establecidas en el art. 334, de manera que el deudor responsable pudiera -a.e.- levantar el embargo del buque que hubiera sido objeto de esa medida cautelar, porque así lo permite el Convenio de Londres o su Protocolo, cuando se constituye el fondo de limitación.

88. Las cuantías limitables en el CLR 1976 -que se calculan en función del buque, por ejemplo 333.000 derechos especiales de giro para un buque de hasta 500 TRB- pueden ser distintas -y habitualmente así será- a las que resulten de las operaciones previstas en las RHV⁷⁷ -a las que se remite expresamente la LNM- y que se calculan sobre las mercancías; en este caso el importe a limitar será la cuantía superior que resulte tras realizar estas dos operaciones:

1. 2 DEG por Kg
2. 666, 67 DEG por bulto

89. Suponiendo que la cuantía mayor es la que resulta de multiplicar por bultos y que estos fuesen 1000 bultos, resultaría una cuantía de 666. 000 DEG. Por consiguiente, se podría constituir un fondo de limitación por dicha cuantía, en vez de por los 333.000 DEG que resultarían conforme a las cuantías limitadas según el CLR. De este modo, combinando ambos sistemas, se permite garantizar un patrimonio contra el que proceder y que el deudor quede liberado, sin tener que responder más allá de la cuantía del fondo constituido.

90. El problema es que el CLR 1976 no contempla la limitación tomando como referencia la carga; ni su peso, ni los bultos en que aparece embalada. Y, a la inversa, las RHV no contemplan la

⁷⁶ B. GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga en el transporte de mercancías...*, op.cit., p. 288. J. ARIAS VARONA, *La manipulación portuaria y el daño a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario*. Edit. Comares, Granada, 2006, p. 58.

⁷⁷ De acuerdo a la redacción introducida por el Protocolo de modificación de 21 de diciembre de 1979 el art. 4.5 a) reza en los siguientes términos: “A menos que la naturaleza y el valor de las mercancías se hayan declarado por el cargador antes de su embarque, y que dicha declaración se haya incluido en el conocimiento, al transportista, como el buque, no será en ningún caso responsables de las pérdidas o daños de las mercancías o en relación con las mismas en una cuantía superior a 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad, o dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose de ambos límites el más elevado».”

limitación mediante constitución de un fondo. Ciertamente, a un porteador le puede resultar muy interesante la posibilidad de combinar ambos componentes, para así limitar la suma en virtud del elemento carga, pero -al mismo tiempo- constituyendo un fondo de limitación, porque es sabido que el CLR 1976 determina el levantamiento de trabas y embargos sobre los buques, una vez que se constituye el fondo, pero las RHV, que no contemplan la limitación mediante constitución de un fondo, tampoco se plantean la posibilidad de ese levantamiento de trabas y embargos sobre los buques, precisamente porque lo que contempla no es una limitación de la responsabilidad patrimonial. Y esa limitación de la responsabilidad patrimonial supone la creación de un patrimonio separado, cuando es Principio General del Derecho la unidad e indivisibilidad patrimonial, de forma que los hipotéticos patrimonios separados son excepcionales y responden al Principio de legalidad (“*persona una, unum solus peculium*”)

3. Comparación de los sistemas de limitación de responsabilidad del portador y del operador de manipulación portuaria

91. Si comparamos el régimen de limitación de responsabilidad del porteador con el del operador podemos observar que el sistema de limitación de la deuda resarcitoria del art. 334.2 de la LNM omite, a diferencia de lo que sucede en el art. 282, la posibilidad de que las partes fijen el valor real de las mercancías. La imperatividad del régimen de responsabilidad del porteador lo es de mínimos, por lo que cabe la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato, o en el recibo, una declaración del valor -digamos- *subjetivo* [incluso aunque pueda tener fines de objetivación], en cuyo caso ese valor debería prevalecer sobre el sistema de limitación dispuesto normativamente⁷⁸.

92. Así; en la limitación de responsabilidad del manipulador no se establece la declaración del valor real de las mercancías como un parámetro necesario para establecer la responsabilidad del operador a dicho valor real; algo que es característico de la normativa internacional en materia de transporte -vid art. 4.5 de las RHV-. Que, en el caso de los manipuladores, no conste esta referencia al valor real declarado de las mercancías podría conducir a que el límite indemnizatorio del operador solo se fije por el sistema de limitación por peso, con lo que eventualmente podrán obtenerse indemnizaciones superiores que las recuperables del porteador marítimo⁷⁹.

93. El régimen de responsabilidad que la LNM contempla para el operador de manipulación portuaria se limita a la cuantía resultante de multiplicar 2 DEG por Kilogramo. Sin embargo, las RHV -a las que remite el art. 282 de la LNM- establecen que la cuantía a limitar será la más elevada de las siguientes:

1. 2 DEG por KG bruto de mercancía
2. 666, 67 DEG por bulto o unidad de carga.

94. La diferencia del sistema de valoración del límite indemnizatorio provoca distorsiones entre el régimen de responsabilidad del porteador y el del operador. El primero podrá no recuperar del manipulador -sujeto agente del daño- la totalidad de la indemnización satisfecha por el porteador, a los terceros destinatarios o consignatarios de la carga, o frente a los cargadores, para compensar los perjuicios sufridos en las mercancías durante el curso del período de responsabilidad compartido -o coincidente- del porteador y del manipulador, si fue aquél el que tuvo que abonar la indemnización. La repetición al operador de manipulación, de los daños que indemnizó el porteador, pese a que el responsable material fuera el operador, no le permitirá al primero recuperar la totalidad de la indemnización⁸⁰.

95. Como señala Arias Varona, no resulta fácil de comprender esta discordancia a la hora de fijar los límites de responsabilidad de porteador y operador. Parecería más acertado, desde un punto de

⁷⁸ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 525.

⁷⁹ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 525.

⁸⁰ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 526.

vista de justicia material y económica, que se impongan similares obligaciones y responsabilidades a personas a quienes corresponde la custodia de las mercancías que son objeto del contrato de transporte marítimo⁸¹. Téngase en cuenta que el porteador marítimo, precisamente, conduce las mercancías por el mar, en un buque y -por tanto- durante el curso de la navegación soporta los riesgos del mar, para no mencionar que, en su caso, sí que habrá siquiera un mínimo componente de autarquía de la expedición. Pero, a pesar de la complejidad de su actuación y las dificultades técnicas que son causa de numerosos accidentes⁸², el manipulador portuario despliega su actividad en tierra, sea antes o sea después, de la fase de navegación, por lo que no soporta los riesgos del mar, y -además- se halla sometido a un control mucho más directo por parte de su empresario o sus gerentes. Entonces, ¿Cómo puede ser que el manipulador portuario pueda llegar a limitar su responsabilidad -cuando menos, en algunas ocasiones- más que el porteador marítimo? Esto resulta, cuando menos, teleológicamente anómalo.

96. Establecer un sistema idéntico para ambos sujetos podría contribuir a evitar, en alguna medida, un escenario que parece eminentemente injusto, aunque -para ser sinceros- incluso la absoluta equiparación resulta injusta, teniendo en cuenta lo que se acaba de referir. Sea como fuere, la similitud en las responsabilidades evitaría que se dirija la acción contra aquel que tenga una responsabilidad más elevada, con la imposibilidad de repetir la totalidad al causante del daño⁸³. Ahora bien, no podemos olvidarnos que entre el porteador y el operador no solo hay diferencias funcionales, organizativas, sino también contractuales de donde se derivan prestaciones con finalidades diversas dependiendo si estamos hablando de un contrato de transporte o de manipulación.

97. Quizá la razón que haya llevado al legislador a establecer esta diversidad de regímenes se fundamente en que la actividad del operador no sólo afecta al transporte marítimo; no podemos olvidar que el puerto es un punto de interconexión entre los distintos modos de transporte⁸⁴. Pero, de ser así, entonces -precisamente- el sistema resulta aún más absurdo, si cabe, porque -insisto- el manipulador portuario despliega su actividad en tierra y -por consiguiente- no soporta los riesgos del mar, que soporta el porteador, por lo que la responsabilidad del manipulador terrestre debería ser más elevada -menos limitable- que la del porteador marítimo. Y no se diga que ello se justifica cuando el manipulador lleva a cabo sus operaciones características dentro del marco del contrato de transporte marítimo, ya que -además de que, como acabamos de decir, la actividad del operador no sólo afecta al transporte marítimo, toda vez que el puerto es un punto de interconexión con los modos de transporte terrestres- lo decisivo no es la fuente de la responsabilidad, sino las circunstancias que rodean a la prestación y a las mercancías: manipulación terrestre, frente a conducción marítima.

98. Por otra parte, si el manipulador portuario despliega su actividad en tierra, sea antes o sea después, de la fase de navegación, puestos a equipararlo a un porteador... ¿Por qué no equipararlo al porteador terrestre? Téngase en cuenta que el art. 57 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte terrestre de mercancías, en su nº 1 dispone que “*La indemnización por pérdida o avería no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada*”. Este límite resulta más elevado -por lo que el coste de la responsabilidad se incrementa- que el que rige en el transporte marítimo, lo que no resulta extraño, precisamente porque el porteador terrestre no soporta riesgos marítimos.

99. Pese a todo, el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, de 13 de setiembre de 2024, parece

⁸¹ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 468

⁸² A. RECALDE CASTELLS, “Delimitación temporal del período de responsabilidad del porteador marítimo y régimen jurídico de la carga y descarga”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. II, Autoedición, Valladolid, 1998, p. 1524.

⁸³ F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”..., op.cit., p. 468.

⁸⁴ J. ARIAS VARONA, “El contrato de manipulación portuaria”..., op.cit., p. 526.

realizar un cambio de guion y equipara plenamente el régimen de limitación de responsabilidad de los operadores de las terminales de transporte con el de los porteadores. La finalidad que se persigue es la de evitar que se produzcan distorsiones que influyan sobre la estrategia de ejercicio de acciones de responsabilidad en este ámbito. De este modo, se proyecta que el art. 334 de la LNM reciba una nueva redacción -coincidente con el régimen de responsabilidad del porteador-, en los siguientes términos:

Artículo 334. Limitación de la responsabilidad.

1. La responsabilidad del operador de manipulación portuaria podrá limitarse conforme a las reglas siguientes:
 - a) En los casos de pérdida o daño en las mercancías manipuladas, estará limitada a la mayor de las siguientes cantidades: 666⁷67 derechos especiales de giro por bulto o dos derechos especiales de giro por kilogramo de peso bruto, definidos por el Fondo Monetario Internacional
 - b) Cuando la pérdida o daño de una parte de la mercancía afecte al valor de otra parte, se tendrá en cuenta, tanto el peso o, en su caso, el número de bultos de las mercancías perdidas o dañadas como el peso o los bultos de las mercancías cuyo valor haya resultado afectado, para determinar ese límite de responsabilidad.
 - c) Si las mercancías manipuladas fueren agrupadas en contenedores, bandejas de carga u otros medios similares de agrupación, cualquier bulto mencionado en el recibo de recepción por el operador como incluido dentro de dicho medio de agrupación se considerará como un bulto a efectos de limitación de responsabilidad por pérdida o daño. Si en el recibo no se hiciera constar el contenido se considerará que existe un solo bulto.
 - d) En caso de retraso en la entrega, estará limitada a una suma equivalente a dos veces y media de la remuneración que deba pagársele al operador portuario por sus servicios con respecto a las mercancías que hayan sufrido el retraso, sin exceder de la cuantía total de la remuneración debida por la remesa de que formen parte esas mercancías.
 - e) En ningún caso, la responsabilidad acumulada por pérdida o daño más la derivada de retraso excederá de la suma que resultaría aplicable por pérdida total de las mercancías en aplicación del apartado 1.a).
2. El operador no podrá prevalerse del derecho a limitar su responsabilidad cuando se pruebe que el daño, la pérdida o el retraso han sido causados por él mismo, intencionadamente o actuando en forma temeraria y con conciencia de su probabilidad.

De igual forma, los auxiliares del operador portuario no podrán prevalerse del derecho a limitar su responsabilidad cuando se pruebe que el daño o la pérdida han sido causados por ellos mismos, intencionadamente o actuando de forma temeraria y con conciencia de su probabilidad.»

100. En definitiva; no basta con equiparar absolutamente los dos regímenes de limitación de responsabilidad: lo único lógico y equitativo sería que el límite de responsabilidad del manipulador terrestre fuera más elevado que el del porteador marítimo, por todo lo expuesto con anterioridad. Todo ello -claro- salvo consideraciones de índole macroeconómica y sentido proteccionista, si es que -realmente- el sector de las empresas estibadoras necesita de semejante protección.

VI. Conclusiones

101. La actividad de manipulación portuaria abarca todo un conjunto de operaciones -fundamentalmente técnico/materiales- previas y posteriores al traslado de mercancías, que se desarrollan en el ámbito portuario y que resultan imprescindibles para la realización del transporte de carga. Ahora

bien, aun cuando exista una continuidad operativa entre las actividades propias del transporte y las de la manipulación de mercancías, desde una perspectiva jurídica estas operaciones se pueden realizar bien como autoprestación, bien en el marco del propio contrato de transporte o bien en el de un contrato de manipulación autónomo.

102. En cuanto a la naturaleza jurídica de las operaciones de manipulación portuaria hemos de señalar que su consideración inicial de servicio público esencial de titularidad estatal se tornó en la de actividades comerciales de interés general, desarrolladas por particulares, a los que se les imponen obligaciones de servicio público.

103. Las operaciones de manipulación portuaria pueden tener lugar en régimen de autoprestación -cuando quien realiza tales operaciones es el mismo sujeto titular del interés en que se lleven a cabo- o también pueden serlo en virtud de un contrato de manipulación portuaria en el que interviene, por un lado, un empresario especializado -el empresario de manipulación portuaria- y, por otro, la parte que contrata tales operaciones, ya sean directamente los cargadores o destinatarios de las mercancías o quienes hayan asumido ante aquellos la obligación de verificarlas.

104. El régimen de responsabilidad consagrado en la LNM para el operador de manipulación portuaria no es coincidente con el previsto por el mismo cuerpo legal para el porteador; no lo es -concretamente- en cuanto a los módulos de referencia para la limitación, lo que impide que -cuando la cuantía de limitación aplicable por bulto resulte superior a la limitable por kg- el porteador pueda repetir contra el manipulador la totalidad de la indemnización abonada a terceros por aquellos daños causados por el manipulador en la ejecución de prestaciones que se han asumido en el propio contrato de transporte. Aun cuando el Anteproyecto del TRLPEMM, da un paso más y equipara ambas responsabilidades, creemos que es inadecuado, pues la limitación de la que se beneficia el porteador marítimo, que se halla sometido a unos riesgos mayores, no puede ser inferior, ni siquiera tampoco igual, a la que se le aplica al manipulador, cuya actividad se desarrolla en circunstancias distintas a la expedición marítima.

La disciplina tributaria a la luz de la armonización de la reestructuración preconcursal en la Unión Europea

Tax Law in light of the Harmonization of Pre-Bankruptcy Restructuring in the European Union

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido:09.06.2025 / Aceptado:24.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9876

Resumen: La regulación de la reestructuración preconcursal es fruto de la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de procedimientos de insolvencia, regulación que tuvo especial protagonismo dentro de la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal en España. En tal regulación, resulta cuestionable el tratamiento de los créditos de Derecho Público y, en particular, dentro de éstos, de los créditos tributarios. Esto nos obliga a replantearnos la posición privilegiada de la Hacienda Pública en esta materia, especialmente a la luz de ciertas normas internacionales o de Derecho Comparado y de la jurisprudencia a que han dado lugar.

Palabras clave: crédito tributario, reestructuración preconcursal, Unión Europea, armonización.

Abstract: The regulation of pre-bankruptcy restructuring stems from the harmonization of Member States' legislation within the European Union concerning bankruptcy proceedings. This regulatory framework played a particularly prominent role in the reform of the Consolidated Text of the Spanish Bankruptcy Law. Within this framework, the treatment of public claims, i.e., in particular, tax claims, raises significant concerns. This compels a reconsideration of the privileged position traditionally afforded to the Public Treasury in this area, especially in light of certain international standards, Comparative Law, and the case law they have generated.

Keywords: tax claim, pre-bankruptcy restructuring, European Union, harmonization.

Sumario: I. Introducción. II. La normativa nacional ante la armonización del Derecho de insolvencia en la Unión Europea. III. Mayoría cualificada en materia mercantil *versus* regla de unanimidad en la armonización fiscal en la Unión Europea. IV. El aplazamiento de deudas tributarias en situaciones preconcursales. V. La posición privilegiada del crédito tributario frente al derecho fundamental a la propiedad privada. VI. Consideraciones finales, propuestas y conclusiones.

I. Introducción

1. La permanencia de la empresa, contribuyendo a salvar sus dificultades de insolvencia, se presenta como un objetivo perseguido de forma genérica en Derecho Comparado e incluso defendido por el Derecho de la Unión Europea, armonizando al efecto las legislaciones nacionales. En la permanencia de la empresa ante tal tipo de dificultades, puede jugar un importante papel la reestructuración preconcursal, como fase previa, intentando evitar llegar a una posterior fase concursal.

2. En dicha línea, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de procedimientos por insolvencia, conllevó la reforma de nuestra regulación concursal, reforma en la que tuvieron especial protagonismo las modificaciones en materia de reestructuración preconcursal. La adaptación de nuestro Derecho a las directrices marcadas en la correspondiente Directiva en materia de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, dentro de las posibilidades que ésta daba en materia preconcursal, ha sido especialmente discreta sobre todo en relación a las medidas relativas a los créditos de Derecho Público. Dentro de éstos, principalmente cuestionable se presenta esta situación en relación a los créditos tributarios, lo cual nos hace replantearnos la situación privilegiada de la Hacienda Pública en materia concursal, a la luz de determinados pronunciamientos jurisprudenciales internacionales o en sede de Derecho Comparado, ante planteamientos impositivos que podrían extrapolarse a la disciplina concursal. Pues bien, la posición privilegiada del crédito tributario se ha concretado en materia impositiva en unas medidas cuestionables al aplicar unos discutibles mínimos que parecen identificarse en la disciplina de la Unión Europea en materia preconcursal.

3. Aquí escribimos desde la perspectiva del Derecho Financiero y Tributario, adelantando esto para que el lector pueda valorar la posición principal desde la que se analiza la problemática preconcursal. En teoría, el Derecho Financiero y Tributario, como rama del Derecho que se ocupa de la regulación de los ingresos y gastos públicos, principalmente los de naturaleza tributaria, podría entenderse como especialmente afín al Derecho Administrativo, al ocuparse aquélla de una rama de la Administración Pública, en concreto de la dimensión jurídica de la Hacienda Pública. No obstante, el Derecho Financiero y Tributario se mueve dentro de unos parámetros y principios específicos para esta disciplina, contemplados expresamente en la Constitución, por lo que adquiere una identidad propia, frente a la genérica regulación de la actividad pública administrativa y la metodología habitual de investigación del Derecho Administrativo.

4. Pues bien, frente a esta afinidad teórica, en la práctica más habitual, en las instituciones tributarias de mayor proyección a un cierto nivel en la asesoría fiscal, en la aplicación del Derecho Financiero y Tributario, resulta habitual la necesidad de partir de un conocimiento o análisis de determinadas instituciones mercantiles, dándose así una importante afinidad práctica con el Derecho Mercantil. Al mismo tiempo, resulta difícil en ocasiones comprender la realidad práctica de ciertas instituciones mercantiles, sin conocer el trasfondo tributario que conllevan.

5. No se trata sólo de la mayor importancia que en términos de cuantía profesional la fiscalidad de instituciones mercantiles puede tener dentro de la práctica de la asesoría fiscal o de la abogacía tributaria, sino también del enorme volumen de normas tributarias que se centran en el fenómeno de base comercial o mercantil. Pensemos que una de las cuestiones más desarrolladas normativamente dentro de un Impuesto generalista¹ -que no se aplica sólo a empresarios- como es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, está representada por la regulación de los rendimientos de actividades económicas, que son los rendimientos antiguamente denominados de actividades empresariales y profesionales. El Impuesto sobre Sociedades gira esencialmente en torno a las rentas de las sociedades mercantiles. El Impuesto sobre el Valor Añadido², como impuesto que grava en esencia el tráfico mercantil, representa el impuesto indirecto principal sobre el comercio en la Unión Europea, que aun siendo de titularidad estatal³, está armonizado conforme a Directivas de la Unión. También están armonizados, entre otros,

¹ Como impuesto personal sobre la renta, que anualmente, con un único devengo el día final del periodo impositivo, hace nacer una unitaria obligación tributaria por la totalidad de las rentas globales de la persona física residente en España.

² En adelante IVA.

³ Aunque el IVA también sirvió de base para la configuración de un recurso propio de la Unión Europea. El IVA para los contribuyentes de los Estados miembros de la Unión Europea se presenta como un impuesto indirecto, del que es acreedor el correspondiente Estado. Bien es cierto que las legislaciones nacionales sobre el IVA son el resultado de una armonización fiscal realizada a través de directivas comunitarias y que este Impuesto vino a servir de base, como decimos, a la estructuración de un recurso propio comunitario. Pero este recurso de la Unión Europea, en sí mismo, no tiene naturaleza tributaria, aunque parta en su articulación de la existencia y aplicación por los Estados miembros de un tributo, como es el IVA. Así pues, el IVA, que se

los Impuestos Especiales de Fabricación, dándonos este último término la pista de su protagonismo empresarial.

6. Incluso dentro de la disciplina de los impuestos locales, encontramos uno de naturaleza esencialmente empresarial, como es el Impuesto sobre Actividades Económicas, que vino a sustituir a las antiguas licencias fiscales y que hoy se aplica a entidades con unos ingresos brutos superiores al millón de euros. Junto a éstos, se podrían seguir poniendo ejemplos en la misma línea, aunque entendemos que los expuestos resultan suficientes para poner en evidencia la conexión -de presupuesto y en la práctica- del Derecho Tributario con el Derecho Mercantil, especialmente con algunas de las ramas de este último.

7. Es más, se suelen encontrar asignaturas en diversos planes de estudio de muchas universidades con las denominaciones de Fiscalidad Empresarial, de Régimen Fiscal de la Empresa o alguna otra similar, donde resulta especialmente importante un conocimiento de las instituciones mercantiles que le sirven de base a esta parcela del Derecho Tributario.

8. Algo de todo lo indicado sucede cuando analizamos las implicaciones tributarias en materia preconcursal, pues estamos analizando una serie de implicaciones ante la Administración tributaria de una situación definida en clave mercantil.

9. De todos modos, el tratamiento del crédito tributario en materia preconcursal entra dentro del tratamiento del crédito público en esta materia, dado del carácter público de aquél. También gozan, obviamente, de ese tratamiento como crédito público otro tipo de créditos, como, por ejemplo, -y a estos efectos como otro tipo créditos públicos se podría decir que esencialmente- los créditos de la Seguridad Social. En materia de reestructuración preconcursal resultarían aplicables, en principio, normas similares a los distintos tipos de créditos públicos, pero más adelante intentaremos analizar la aplicabilidad de ciertos parámetros jurisprudenciales en sede tributaria, sin perjuicio de otras cuestiones específicamente tributarias a las que haremos referencia. Por ello en este trabajo nos centramos esencialmente en la disciplina tributaria ante situaciones preconcursales.

10. Intentaremos conjugar en esta obra una serie de conceptos, que, como palabras clave, podrían ser: concursal, preconcursal, reestructuración, créditos tributarios, aplazamiento, crédito privilegiado, acreedores, justicia tributaria, insolvencia, armonización, Unión Europea, Constitución y derecho de propiedad, sin perjuicio de algún otro concepto a desarrollar, partiendo de los indicados.

II. La normativa nacional ante la armonización del Derecho de insolvencia en la Unión Europea

11. La regulación actual del tratamiento de los créditos de Derecho Público en materia preconcursal es fruto de la modificación operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de

presenta como un impuesto indirecto para el contribuyente comunitario, sirvió de base para la articulación de un recurso propio de la Unión Europea, que de cara a ésta se concretó en una prestación a satisfacer por los Estados miembros, sin que pueda afirmarse la naturaleza tributaria de tal prestación. Sobre este tema, destaca FALCÓN Y TELLA que “el IVA comunitario no es un tributo ni un recargo que venga a superponerse sobre el IVA nacional”, señalando que “en el recurso IVA, lo mismo que en las contribuciones financieras, la Comunidad ostenta únicamente un derecho de crédito frente a los Estados miembros, a percibir determinadas cantidades” (*Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1988, p. 308). De otro lado, MAMBERTO señala que “el IVA no es un tributo comunitario, en el sentido en que lo son los derechos aduaneros y los gravámenes sobre el azúcar, sino sólo un impuesto nacional armonizado” (“L’IVA come risorsa propria delle Comunità Europee”, en *Diritto e Pratica Tributaria*, nº 6, Parte I, 1981, pp. 1519 - 1520). En el mismo sentido, véanse H. WALLACE, *Las finanzas de las Comunidades Europeas* (traducción de F. LOBO ALEU y A. MOLTÓ), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 110 - 111; y D. M. RUFÍAN LIZANA, “Los ingresos de la CEE. Los recursos propios”, en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, 2ª edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, pp. 548 - 549.

junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)⁴.

12. Resulta curioso cómo una Ley de 2022, la mencionada Ley 16/2022, modifica un Texto Refundido aprobado en 2020, el citado Texto Refundido de la Ley Concursal⁵, para adaptarlo a una Directiva de la Unión Europea de 2019, la referida Directiva (UE) 2019/1023. De esta forma, en 2022 se está modificando un cuerpo normativo aprobado en 2020, para adaptarlo a otras directrices que ya estaban aprobadas desde 2019. Lo primero que nos viene a la mente es plantearnos la razón por la cual no se aprovechó la aprobación del TRLC en 2020 para introducir ya las exigencias armonizadoras previstas en esa Directiva de 2019.

13. Como justificación que nos da nuestro legislador de lo anterior, en el primer párrafo del Preámbulo de la referida Ley 16/2022 podemos leer que “En la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal, se señalaba que la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho⁶ vigente que representaba esa refundición no excluía que el proceso de reforma del derecho⁷ de la insolvencia hubiera finalizado”. Se añadía en tal sentido a continuación de lo anterior que “el texto refundido se presentaba como la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”, a la que nosotros ya hemos hecho referencia. Finaliza ese párrafo primero de tal Preámbulo, indicando: “tarea que, como también advertía esa exposición de motivos, reviste extraordinaria dificultad”.

14. El hecho de que nuestro legislador haya tenido que tomarse casi tres años para ser capaz de incorporar a nuestro Derecho las directrices contenidas en la mencionada Directiva, no habiendo aprovechado para ello la aprobación del TRLC que se hizo el año siguiente al de la aprobación de la Directiva, pone de manifiesto evidentes carencias en el actuar del legislador, haciéndonos dudar de su técnica legislativa, cuando él mismo está amparándose en una aparente dificultad para tal transposición a nuestro Ordenamiento de las exigencias del Derecho de la Unión Europea. El legislador es responsable de mantener un Sistema jurídico armónico, completo y capaz de integrar las lagunas que exija el devenir social, por lo que poco dice de él realizar una reforma simplemente para tener un orden desde el que poder afrontar una reforma posterior, de la que entiende, como hemos visto, que “reviste extraordinaria dificultad”.

15. Pues bien, con este autorreconocimiento de la dificultad que veía en todo ello nuestro legislador, intentando justificar tal adaptación en dos fases, primero aprobándose el TRLC y luego modificándolo para adaptarlo a la mencionada Directiva, sorprende que posteriormente se haya dado una respuesta con tan poco alcance a las exigencias y posibilidades que brindaba la Directiva (UE) 2019/1023, especialmente llamativa a nuestro entender en relación al tratamiento de los créditos de Derecho Público y, especialmente, de Derecho Tributario.

⁴ Más allá de la parcela preconcursal, sobre la incidencia de esta Ley, desde la perspectiva fiscal, sobre la más amplia disciplina concursal, véase J. CALVO VÉRGEZ, “El crédito tributario en la ley concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 64, 2025, pp. 1 - 20 (versión digital).

⁵ En adelante TRLC.

⁶ Sorprende el uso por el legislador de la minúscula para referirse al Derecho objetivo, como Ordenamiento normativo o rama del Derecho, para el que la doctrina tradicionalmente ha venido usando la mayúscula, para diferenciarlo del derecho subjetivo, para el que deja la minúscula. De alguna forma, esto se puede unir al desdén en la técnica legislativa al que haremos referencia a continuación.

⁷ Podríamos repetir aquí lo ya expuesto sobre el uso de la minúscula, expuesto anteriormente.

16. Se trató de una reforma donde adquiriría especial protagonismo la problemática preconcursal, que en materia tributaria ha recibido una respuesta bastante simplista por nuestro legislador, plasmada esencialmente en unos limitados aplazamientos de la deuda tributaria. El anuncio por nuestro legislador de la apuntada dificultada y el tiempo y fases que declaraba necesitar para ello, probablemente hayan defraudado en muchos aspectos, al menos desde la perspectiva tributaria.

17. Pues bien, descendiendo a los elementos, a nuestro entender esenciales, en el perfil tributario del marco normativo descrito, deberíamos partir de una serie de considerandos destacables en el preámbulo de la referida Directiva (UE) 2019/1023. Pensamos que el primero a destacar sería el considerando 44 de esta Directiva, donde se indica que “Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social”. De este modo, se está reconociendo en la Directiva el trato diferenciado que pueden recibir en las legislaciones nacionales los créditos de Derecho Público y, más en concreto, los créditos de origen tributario.

18. Por otra parte, en la misma Directiva, debemos destacar también lo señalado en su considerando 52, donde se indica que “Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores”. De este modo, se contempla como aceptable, aunque no necesario, que las legislaciones nacionales no contemplen una cancelación, ni siquiera parcialmente, de los créditos tributarios.

19. Ahora bien, en el apartado 2 del artículo 6 de esta Directiva se establece que “los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes”. De este modo, en materia preconcursal, los Estados miembros al menos estarían obligados a establecer ciertos aplazamientos en el pago de los créditos tributarios afectados.

20. Así, en principio, la armonización en la Unión Europea de las legislaciones nacionales sobre reestructuración e insolvencia, no obligaría a los Estados miembros a una exoneración, ni siquiera parcial, de los créditos de Derecho Público en materia preconcursal, pero sí a un aplazamiento de los mismos. De este modo, la referida Directiva no obliga a los Estados miembros de la Unión a aceptar la cancelación, ni siquiera parcialmente, de los créditos tributarios, pero sí obliga a los Estados a tomarlos en consideración de alguna manera, al menos a efectos de suspensión.

III. Mayoría cualificada en materia mercantil *versus* regla de unanimidad en la armonización fiscal en la Unión Europea

21. Si hemos dicho que la respuesta de nuestro legislador a las directrices marcadas por esta Directiva en materia preconcursal ha sido bastante discreta en relación al crédito tributario, pues como veremos se ha plasmado simplemente en unos aplazamientos bastante limitados, sin contemplar, ni siquiera parcialmente, la exoneración de deudas tributarias, también es cierto que las exigencias obligatorias para los Estados en esta Directiva también son bastante reducidas. Ello puede deberse a que la referida Directiva en materia concursal y preconcursal, como normativa en principio esencialmente mercantil, se ha aprobado de acuerdo con el llamado “procedimiento legislativo⁸ ordinario” en el Derecho de la Unión Europea, siguiendo un sistema de mayoría cualificada para su adopción, cuando en la

⁸ Hablamos de “procedimiento legislativo ordinario”, como terminología utilizada en el Derecho de la Unión Europea, aunque, en puridad de conceptos, no existiendo verdaderas leyes en la producción normativa de la Unión, a nuestro entender resultaría más correcto al respecto hablar de procedimiento “normativo” ordinario.

adopción de directivas que afectan a la disciplina tributaria existe la regla de la unanimidad⁹, bastando la oposición de un Estado miembro de la Unión para que no pueda aprobarse.

22. Quizás la disciplina tributaria se entienda como una parcela de la soberanía estatal más blindada que la disciplina mercantil. De este modo, cada directiva en materia fiscal daría la impresión de una especie de acuerdo¹⁰ *sui generis* entre los Estados miembros, pues todos deberán haber manifestado su consentimiento en el Consejo para su aprobación y, así, para verse obligados por el contenido de la misma. Ningún Estado miembro de la Unión Europea, por regla general, se ve obligado por una Directiva a cuya aprobación no haya dado su consentimiento, prestado curiosamente en el Consejo, sin intervención, en principio, de los parlamentos nacionales -al menos en sede de armonización fiscal¹¹-, con el consiguiente déficit democrático en materia tributaria, donde rige a nivel interno, como exigencia constitucional, el principio de legalidad, plasmado en la reserva de ley en materia tributaria¹², no pudiendo aprobarse los elementos esenciales de un tributo si no es por un texto normativo con rango de ley. Esto quebraría en las Directivas de armonización fiscal que vengan a imponer la exigencia de un impuesto por los Estados miembros, aprobando los elementos esenciales de tales impuestos, aunque sea en los mínimos a desarrollar por los Estados en sus legislaciones nacionales. Resulta curiosa la forma en que algunos gobiernos intentan justificar ante sus ciudadanos las medidas tributarias impulsadas por los mismos ante las cámaras legislativas nacionales, como exigidas por la Unión Europea, cuando el correspondiente miembro de tales gobiernos ha debido manifestar en el Consejo de la Unión su consentimiento a tal obligatoriedad.

23. Quizás por ello, habiéndose aprobado la armonización del Derecho de insolvencia en la Unión Europea, por un sistema de mayoría cualificada, no se haya querido entrar por los Estados miembros en la discusión de unas mayores exigencias para los mismos en materia tributaria.

24. Pensemos, por ejemplo, en tal sentido, en el ya mencionado IVA, un impuesto que nace de la armonización fiscal comunitaria y que juega un papel esencial en el tráfico económico mercantil en la

⁹ El artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia”. Esto por lo que afecta al fenómeno de la armonización fiscal de impuestos de titularidad estatal, aunque en materia de recursos propios de la Unión Europea -entre los que tienen especial protagonismo los derechos de aduana- o en materia de cooperación entre Estados miembros en la aplicación de los tributos -esencialmente en materia de intercambio de información con transcendencia tributaria o de recaudación de créditos tributarios extranjeros, para evitar el fraude fiscal- se podrían hacer consideraciones similares. Especialmente particular es el procedimiento de aprobación de las decisiones sobre recursos propios de la Unión, a pesar de que se denominen decisiones, pero donde es más que evidente el peso de la unanimidad entre Estados miembros en su aprobación; el ya mencionado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en el párrafo segundo de su artículo 311 que “El Consejo adoptará, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, una decisión que establezca las disposiciones aplicables al sistema de recursos propios de la Unión. En este contexto se podrá establecer nuevas categorías de recursos propios o suprimir una categoría existente. Dicha decisión sólo entrará en vigor una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”; de esta forma, vemos una primera aprobación por unanimidad en el Consejo, donde manifestarán su consentimiento los representantes de todos y cada uno de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión y una posterior aprobación en cada Estado siguiendo sus normas constitucionales; de este modo, aunque se denominen Decisiones sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, su mecanismo de aprobación dista mucho del utilizado para la generalidad de Decisiones de la Unión, aproximándose más bien al de un convenio internacional, sin que formalmente lo sea.

¹⁰ Podríamos hablar en cierto modo en una línea paralela a lo ya apuntado en relación a las Decisiones sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, pero sin llegar a tanto, al no existir posteriormente una aprobación en el seno de cada Estado miembro. Hablando ahora de directivas de armonización fiscal, obviamente no estamos ante verdaderos acuerdos internacionales, sino que simplemente recurrimos a esa idea material de acuerdo, a la luz del necesario consentimiento del Estado, aunque sea manifestado por el correspondiente representante de su Gobierno.

¹¹ Sin perjuicio de lo que hemos expuesto en relación a las Decisiones sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea. De todos modos, el mayor volumen normativo de incidencia de la Unión Europea en sede tributaria se da en materia de armonización fiscal, por encima del relativo a los recursos propios de la Unión.

¹² Cfr. los artículos 31.3 y 133 de nuestra Constitución.

Unión Europea, impuesto armonizado conforme a la regla de la unanimidad entre Estados miembros y que podría verse afectado muy probablemente en situaciones preconcursales o concursales.

IV. El aplazamiento de deudas tributarias en situaciones preconcursales

25. El apartado ciento cincuenta y dos del artículo único de la referida Ley 16/2022 modifica el Libro Segundo del TRLC, que lleva por rúbrica “Del Derecho preconcursal”; dentro del mismo, su Título III lleva por rúbrica “De los planes de reestructuración”. Dentro de éste, debemos destacar la contemplación en su artículo 616 de los créditos públicos como créditos afectados y el tratamiento que se da a los mismos en el artículo 616 bis.

26. El párrafo tercero del apartado 2 del artículo 616 del TRLC establece que “Los créditos de Derecho público podrán ser afectados, exclusivamente en la forma prevista en el artículo 616 bis, y únicamente cuando concurren los siguientes requisitos”. Tales requisitos son de dos tipos. De un lado, “Que el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones, como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación en el juzgado de las correspondientes certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social”. De otro, “Que los créditos tengan una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo de acuerdo con la normativa tributaria y de la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones”.

27. Cumpliéndose los requisitos anteriores, podrá aplicarse el artículo 616 bis del TRLC, en cuyo apartado 1 se establece que “En ningún caso, el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de Derecho público la reducción de su importe; el cambio de ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extensión de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario”. En base a este apartado 1, debemos destacar especialmente que el plan de reestructuración no podrá suponer la reducción del importe de los créditos tributarios.

28. El apartado 2 de ese mismo artículo 616 bis establece los plazos dentro de los cuales deberán ser íntegramente satisfechos los créditos de Derecho Público afectados por el plan de reestructuración. Con carácter general, existe un plazo de “Doce meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración”; ahora bien, el plazo será de “Seis meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, en el caso de que sobre dichos créditos se hubiese concedido un aplazamiento o fraccionamiento previamente”. Todo ello bajo un marco global temporal contemplado en tal apartado 2, consistente en que “En cualquier caso, todos los créditos de Derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha de comunicación de la apertura de negociaciones”.

29. De este modo, como créditos de Derecho Público, vemos lo limitados que son los plazos que se conceden a los créditos tributarios afectados por un plan de reestructuración preconcursal para quedar íntegramente satisfechos.

30. Ahora bien, no son éstos los únicos aplazamientos posibles para créditos tributarios ante situaciones preconcursales, pues existen otros supuestos distintos de aplazamientos o fraccionamientos para deudas tributarias, contemplados en la Disposición adicional undécima de la citada Ley 16/2022, solicitables a la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Para ello se deben cumplir una serie de requisitos, entre los que destacaríamos esencialmente dos, consistentes en que el deudor haya comuni-

cado al juzgado competente la apertura de negociaciones con sus acreedores conforme al TRLC y que no se haya formalizado en instrumento público el plan de reestructuración¹³.

31. En esta disposición adicional se prevén distintos plazos, de seis, doce, veinticuatro o treinta y seis meses, dependiendo de las circunstancias concurrentes y de la existencia o no de garantías y del tipo de garantía, en función de la remisión en esta disposición a los supuestos contemplados en el artículo 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹⁴.

32. En estos casos de aplazamientos o fraccionamientos de deudas tributarias, según se dispone en el párrafo primero del apartado 2 de la mencionada Disposición adicional undécima, con las precisiones que se contemplan, “no se exigirán garantías siempre que su importe en conjunto no exceda de 30.000 euros y se encuentren tanto en periodo voluntario como en periodo ejecutivo de pago, sin perjuicio del mantenimiento, en este último caso, de las trabas existentes sobre bienes y derechos del deudor en el momento de la presentación de la solicitud”.

33. De esta forma, nos encontramos con un límite establecido en la Ley en 2022 para las deudas tributarias afectadas por las situaciones preconcursales contempladas en la referida disposición adicional undécima, límite que permanece invariado en la referida Ley desde 2022. En aquel momento, ese importe coincidía con el límite general, también de 30.000 euros, que se aplicaba para las deudas tributarias en orden a la no exigencia de garantías; posteriormente ese límite para las deudas tributarias en general, se amplió a 50.000 euros por la Orden HFP/311/2023, de 28 de marzo, por el que se eleva el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento. Expresamente se excluyen de la aplicación de este mayor límite en la letra b) del artículo 1 de esta Orden “Las deudas y sanciones tributarias estatales a las que se refiere la disposición adicional undécima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre”.

34. Resulta contradictorio, que no se haya elevado el límite legal de 30.000 euros para la no exigencia de garantías en los aplazamientos y fraccionamientos previstos en la referida Disposición adicional undécima y sí se haya hecho, hasta 50.000 euros, para la generalidad “de las deudas derivadas de derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública Estatal gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y demás órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos” (párrafo primero del artículo 1 de la mencionada Orden), sin perjuicio de alguna otra excepción adicional en materia aduanera¹⁵.

35. Con el objetivo de atender la especial necesidad puesta de manifiesto en las situaciones de reestructuración preconcursal, resultaría conveniente, de *lege ferenda*, la modificación del referido párrafo primero del apartado 2 de la Disposición adicional undécima de la Ley 16/2022, elevando el límite ahí previsto de 30.000 euros, al menos a 50.000.

¹³ De forma más completa, viendo todos los requisitos concurrentes en relación a tales aplazamientos y fraccionamientos, podemos leer en el apartado 1 de la mencionada Disposición adicional undécima que “Las deudas y sanciones tributarias estatales que puedan ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento conforme al artículo 65 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se encuentren en periodo voluntario o ejecutivo, podrán aplazarse o fraccionarse previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida de forma transitoria efectuar el pago en los plazos establecidos, en el supuesto de que el deudor haya comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con sus acreedores de acuerdo con lo previsto en los artículos 585 o 690 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y siempre que no se haya formalizado en instrumento público el plan de reestructuración, ni aprobado el plan de continuación, ni declarado el concurso, ni abierto el procedimiento especial para microempresas”. De esta forma, como adelantábamos, no son sólo los requisitos apuntados *supra*, aunque los que habíamos adelantado eran los más consustanciales a la disciplina preconcursal.

¹⁴ En adelante LGT.

¹⁵ Sobre esta materia, véase D. GARCÍA GUERRERO, *Régimen fiscal y cooperación en materia aduanera en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2022, pp. 29 - 35.

36. Pues bien, en principio, poniendo en relación e integrando lo dispuesto en la referida Disposición adicional undécima y lo establecido en el artículo 82 de la LGT, existirá un plazo máximo de aplazamiento y fraccionamiento de seis meses para las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, como comunidades de bienes y demás entidades contempladas en el apartado 4 del artículo 35 de la LGT, por deudas tributarias inferiores a 30.000 euros.

37. El plazo máximo de aplazamiento y fraccionamiento sería de doce meses en el caso de personas físicas con deudas inferiores a 30.000 euros o, en general, “Cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública” y esto aunque se trate de personas jurídicas o de las entidades sin personalidad jurídica referidas anteriormente.

38. Existiría un plazo máximo de aplazamiento de veinticuatro meses cuando se justifique que no es posible obtener un “aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución” constituido a favor de la Administración Tributaria “o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica”, pudiendo admitir la Administración en este caso “garantías que consistan en hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente”. Además, en tal caso, “el obligado tributario podrá solicitar de la Administración que adopte medidas cautelares en sustitución de las garantías” señaladas anteriormente.

39. El plazo máximo para los aplazamientos y fraccionamientos será de treinta y seis meses en los casos garantizados con el referido “aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución” constituido a favor de la Administración tributaria.

40. Todo ello en base a la integración de los referidos preceptos de la Ley 16/2022 y de la LGT.

41. De todas maneras, todas estas medidas previstas para la atención de las situaciones preconcursales, no dejan de ser meros aplazamientos, no tratándose de exoneraciones, ni siquiera parciales, de las deudas tributarias.

V. La posición privilegiada del crédito tributario frente al derecho fundamental a la propiedad privada

42. Las deudas tributarias, vistas desde la perspectiva de la Hacienda Pública acreedora como créditos tributarios, representarían créditos privilegiados en materia concursal¹⁶.

43. Por otra parte, el artículo 18 de la LGT establece que “El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa”.

44. Pero debemos fijarnos también en que la descripción que se hace en la Constitución española de los principios materiales de justicia tributaria la podríamos considerar bastante detallada, en comparación con la contemplación que se hace de los mismos mayoría de las Constituciones de nuestro entorno. Sin embargo, como veremos, nuestro Tribunal Constitucional, cuando ha tenido la ocasión de hacerlo, no ha aprovechado para concretar de manera precisa qué se debe entender realmente por confiscatorio. Bien es cierto que la legitimidad de un sistema fiscal viene dada también por cuál sea el nivel de los servicios públicos en un Estado, pero el contribuyente tiene unos derechos en cuanto tal –y en cuanto ciudadano y administrado–, que no puede dejar vacíos de contenido el legislador tributario; pensemos especialmente en el derecho a la propiedad privada, como derecho fundamental constitucionalizado e incluso reconocido en textos internacionales y sobre el que volveremos con mayor detenimiento.

¹⁶ Artículos 280 y 287 del TRLC.

45. El grado de concreción del principio de no confiscatoriedad en la jurisprudencia constitucional de un Estado y el nivel de justificación de esa concreción, suele suponer un indicio del grado de madurez en relación a los principios materiales de justicia tributaria en un determinado sistema. El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria representaría el colofón o refrendo de la construcción del entramado de principios materiales de justicia tributaria, pues cuando se da una situación de confiscatoriedad se está olvidando el referente esencial que supone el principio de capacidad económica.

46. Pues bien, en el apartado 1 del artículo 31 de nuestra Constitución se contemplan los referidos principios materiales de justicia tributaria: generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad¹⁷. La referencia a “Todos” con la que dicho precepto comienza señalando a quiénes alcanza el deber general de contribuir, determina la existencia de un principio constitucional de generalidad en la tributación, de tal forma que quienes se encuentren en una situación preconcursal han podido realizar un determinado hecho imponible en un momento en que estaban en condiciones de poner de manifiesto su capacidad económica, naciendo un deber de tributar, con el que se debería cumplir con independencia de las situaciones concursales sobrevenidas. En principio, esto derivaría de los referidos principios materiales de justicia tributaria.

47. En el agravamiento de una situación preconcursal, que se convierta incluso en concursal, se debería tomar en consideración, no sólo la necesidad de facilitar la posición del deudor, sino también la de proteger la situación del resto de acreedores, frente al privilegio del crédito de Derecho Público. Esto nos hace ir más allá de los meros esquemas concursales, para plantearnos la visión de fondo que subyace en toda la disciplina concursal en nuestro Ordenamiento, determinando el justo alcance que debería tener el privilegio del crédito tributario, para el que, como hemos visto, no se contempla la exoneración en materia preconcursal en el TRLC, siendo esto una mera plasmación de la concepción que nuestro legislador tiene de la posición privilegiada del Estado y del resto de entes públicos al respecto.

48. Los créditos de otros acreedores no privilegiados, pueden entrar en colisión con el privilegio de que gozan los créditos tributarios.

49. Los créditos forman parte del patrimonio del acreedor y en cuanto tal se podrían considerar protegidos por el derecho fundamental a la propiedad privada, contemplado en el artículo 33 de nuestra Constitución. A su vez, el apartado 1 de su artículo 31 prohíbe el alcance confiscatorio del sistema tributario; en concreto dice del sistema tributario que “en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Es algo que se manifiesta de una forma tan amplia que la confiscatoriedad no puede darse ni en relación al contribuyente, ni en relación a otros sujetos y, en los casos que nos ocupan, la efectividad de los privilegios del crédito tributario no debe lesionar los derechos de otros acreedores del contribuyente. Aquí, en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución, la no confiscatoriedad se está predicando del sistema tributario en su conjunto, aunque una situación confiscatoria aislada de alguna forma estaría viciando de confiscatoriedad el “sistema” tributario en que se integra, si éste quiere ser verdaderamente eso, es decir, un sistema.

50. De todos modos, una situación aislada de confiscatoriedad de por sí estaría violando a su vez el derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución, no pudiendo entender desconectado el principio de no confiscatoriedad del derecho de propiedad¹⁸. La propiedad debe cumplir una función social¹⁹

¹⁷ Este precepto constitucional establece que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

¹⁸ Al efecto, dentro de estudios monográficos sobre la materia, véanse, entre otros, G. J. NAVEIRA DE CASANOVA, *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 448; y F. GARCÍA DORADO, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 90.

¹⁹ Ante la prohibición constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria, centrando el protagonismo en la función social de la propiedad, MARTÍNEZ LAGO destaca que “normalmente, esta referencia se ha relacionado por los autores con la defensa del orden económico privado, con la propiedad privada que aparece constitucionalizada en el artículo 33 de la norma

y las implicaciones de la tributación son manifestaciones de esa función social, pero no se puede dar una extralimitación impositiva en tal función social que deje vacía de contenido la exigencia de privada contemplada expresamente en el artículo 33 de la Constitución en relación a la propiedad, propiedad que a tales efectos tributarios debemos entender en un sentido amplio, comprensiva de los derechos de que se es acreedor. Tal extralimitación impositiva tampoco podría proceder de la aplicación de los privilegios para el cobro del crédito tributario, que pudiesen perjudicar a otros acreedores.

51. El derecho fundamental a la propiedad privada es un derecho que no sólo goza de protección constitucional, sino también de una protección internacional y en el Derecho de la Unión Europea.

52. El Protocolo Adicional número 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁰ establece en el primer párrafo de su artículo 1 que “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes”, disponiéndose a continuación de lo anterior que “nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional”. En el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que “las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o de las multas”. Este artículo 1 lleva por rúbrica “Protección de la propiedad”.

53. De este modo, en la disciplina europea de los derechos humanos se toma en consideración como tal el derecho de propiedad, poniéndose de manifiesto expresamente su relación con el pago de impuestos.

54. También se contempla el derecho de propiedad en el Derecho de la Unión Europea, en concreto en el artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de ésta (2007/C 303/01)²¹; pero es más, se trata de un reconocimiento en el Derecho de la Unión Europea totalmente alineado con la disciplina del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -en concreto con su referido Protocolo adicional número 1-, pues dentro de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), en el penúltimo párrafo de la explicación relativa al “derecho a la propiedad”, se indica expresamente que “este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones prevista en este último”.

55. Pues bien, a pesar de toda esta delimitación de la protección constitucional e internacional del derecho a la propiedad privada, la jurisprudencia constitucional española pocas esperanzas nos ofrece, en función de sus antecedentes jurisprudenciales, de asumir la protección del resto de acreedores frente al carácter privilegiado del crédito tributario.

56. Especialmente llamativa resultó en su momento en relación a la falta de concreción del principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria, la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, de nuestro Tribunal Constitucional, que en su fundamento jurídico 9 vino a recoger la afirmación de que un impuesto sobre la renta que tuviese un tipo medio de gravamen del cien por cien resultaría confiscatorio; ni siquiera habló de un tipo marginal máximo, sino del tipo medio, lo cual sería equivalente a privar

fundamental”. Sobre “este punto de vista”, este autor señala que “padece, sin embargo, los errores procedentes de un defectuoso enfoque del significado que constitucionalmente adquiere la propiedad privada como derecho de los ciudadanos, que no puede desligarse en su consideración actual, desde luego, de su caracterización como función social” (“Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad”, en *Gaceta Fiscal*, nº 81, 1990, p. 156).

²⁰ Consejo de Europa, 20 de marzo de 1952.

²¹ Proclamada solemnemente el 12 de diciembre de 2007.

al sujeto de toda su renta²². Es una afirmación tan excesivamente simplista²³, que sorprende que emanase del Tribunal Constitucional, del que se esperan pronunciamientos o construcciones de alto nivel jurídico y no afirmaciones excesivamente simplistas, como la expuesta.

57. En las situaciones posteriores en las que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de definir la prohibición constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria, no ha aprovechado para hacerlo, incluso rehusando resolver por esa vía las problemáticas que se le planteaban. Todo ello en un peregrinar hasta desembocar en otros pronunciamientos igualmente de excesivo simplismo. Tomemos en consideración también su Sentencia 149/2023, de 7 de noviembre²⁴, en cuyo fundamento jurídico 4.C.a) se vino a decir que un impuesto sobre el patrimonio -en este caso el Impuesto temporal de solidaridad sobre las grandes fortunas²⁵- resultaría confiscatorio si a un sujeto se le privase totalmente de dicho patrimonio, respuesta igualmente desilusionante por lo excesivamente simplista y no acorde con lo que se espera de una reflexión jurídica por el Tribunal Constitucional.

58. Ante pronunciamientos de este tipo, resulta difícil esperar que nuestro Tribunal Constitucional aceptase reconocer que una aplicación del privilegio del crédito público pudiese lesionar el derecho de propiedad del resto de acreedores, cuando la aplicación de tal privilegio implicase una prevalencia excesiva del interés del Estado, vaciando de contenido la exigencia de privada para el derecho de propiedad de tales otros acreedores.

59. Tampoco nos ofrece excesivas expectativas en tal sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin perjuicio de algunas sentencias anteriores y de alguna sentencia posterior, en materia concursal, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que en mayor medida se ha hecho eco nuestra Agencia Estatal de Administración Tributaria -dedicándole una extensión más que considerable en su página web-, como justificación de la aparente legitimidad del tratamiento privilegiado del crédito tributario en nuestro Ordenamiento jurídico, ha sido su Sentencia de 7 de noviembre de 2024, asuntos acumulados C-289/23 y C-305/23²⁶, asuntos que tenían por objeto

²² Estas consideraciones realizadas por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1990 son calificadas por SÁNCHEZ SERRANO de “peregrinas y pintorescas” (*Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 566).

²³ Ante tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional, YEBRA MARTUL-ORTEGA señala lo siguiente: “Lo que argumenta resulta obvio. Sólo en un Estado dictatorial cabe pensar que a uno se le despoje de sus rentas y propiedades o se ponga una tarifa del 100 por 100 y eso cabe pensarlo respecto a unos pocos, pero no a todos. Un impuesto de ese tipo se cobraría una vez nada más, puesto que al año siguiente no habría rentas ni propiedades para pagar, suponiendo que sobreviva el sujeto pasivo” (*Constitución Financiera Española. Veinticinco años*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 191).

²⁴ Sentencia relativa a la constitucionalidad del Impuesto temporal de solidaridad sobre las grandes fortunas y a la que le siguieron, resolviendo recursos relativos al mismo Impuesto, otras Sentencias del mismo Tribunal, como fueron las Sentencias 170/2023, de 22 de noviembre, la 171/2023, de la misma fecha que la anterior, y la 190/2023, de 12 de diciembre.

²⁵ Se trata de un Impuesto de los más recientes de nuestro Sistema tributario, bastante criticado, pero que ha servido para reavivar la reflexión en nuestra doctrina sobre los límites a la imposición, en el equilibrio entre los intereses públicos puestos de manifiesto con la tributación y los intereses privados, en los que juega un papel esencial el respeto al derecho fundamental a la propiedad privada. Con respecto a tales críticas, pueden verse, por ejemplo, entre otros, C. GARCÍA NOVOA, “Motivos de inconstitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 141, 2023, pp. 19 - 60; J.I. GOROSPE OVIEDO, “La dudosa constitucionalidad del impuesto sobre las grandes fortunas”, *Tributos Locales*, nº 161, 2023, pp. 165 - 186; J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1, 2023, pp. 67 - 74.

²⁶ En esta importante Sentencia, que resulta muy ilustrativa en su lectura en profundidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre distintos aspectos concursales, vino a declarar lo siguiente:

1) El artículo 23, apartado 2, de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), debe interpretarse en el sentido de que la lista de circunstancias que figura en él no tiene carácter exhaustivo y los Estados miembros están facultados, al transponer dicha Directiva a su Derecho nacional, para establecer disposiciones que restrinjan el acceso al derecho a la exoneración de deudas en mayor medida que conforme a la normativa nacional anterior, denegando o restringiendo el acceso a la exoneración de deudas, revocando la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación

sendas peticiones de cuestión prejudicial planteadas por los Juzgados de lo Mercantil número 1 de Alicante y número 10 de Barcelona.

60. Ante el amplio pronunciamiento que se da en esta Sentencia, la referida Agencia tributaria, en la línea apuntada, prestándole en su página web más atención a esta Sentencia que a ninguna otra al respecto en la materia, destaca su conclusión de que la misma “ha confirmado la facultad de los Estados miembros para excluir a los créditos públicos y a determinados deudores de la Hacienda Pública de los procedimientos de exoneración de deudas, siempre que dichas exclusiones se refieran a circunstancias bien definidas, estén debidamente justificadas y persigan un interés legítimo, decisión que refuerza la posición de la normativa española en materia concursal”.

61. La Agencia Estatal de Administración Tributaria española entiende así plenamente confirmada con esta Sentencia la justificación del carácter privilegiado del crédito tributario en nuestro Ordenamiento.

62. Pues bien, frente a los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente frente a los de nuestro Tribunal Constitucional, se podrían destacar otros ejemplos jurisprudenciales en los que sí se han definido los límites a la prevalencia de lo público sobre lo privado en relación a la disciplina

más largos en circunstancias distintas de las enumeradas en el referido artículo 23, apartado 2, siempre que esas circunstancias estén bien definidas y tales excepciones estén debidamente justificadas.

2) El artículo 23, apartados 1 y 2, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, al transponer esa Directiva, impone el pago de los créditos públicos no privilegiados a raíz de un procedimiento concursal para poder acogerse a la exoneración de deudas, excluye el acceso a la exoneración de deudas en circunstancias en las que el deudor haya tenido un comportamiento negligente o imprudente, sin haber actuado, no obstante, de forma deshonesto o de mala fe, y excluye el acceso a la exoneración de deudas cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor haya sido sancionado mediante resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o se haya dictado en su contra un acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que, en la fecha de presentación de esa solicitud, dicho deudor hubiera satisfecho íntegramente sus deudas tributarias y sociales, siempre que esas excepciones estén debidamente justificadas con arreglo al Derecho nacional.

3) El artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye el acceso a la exoneración de deudas en un supuesto específico, sin que el legislador nacional haya justificado debidamente tal exclusión.

4) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que la relación de categorías específicas de créditos que figura en él no tiene carácter exhaustivo y de que los Estados miembros tienen la facultad de excluir de la exoneración de deudas categorías específicas de créditos distintas de las enumeradas en esa disposición, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

5) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional de transposición que establece una exclusión general de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, basándose en que la satisfacción de estos créditos tiene una especial relevancia para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, salvo en circunstancias y límites cuantitativos muy restringidos, al margen de la naturaleza de esos créditos y de las circunstancias que los han originado, y que, por consiguiente, restringe el alcance de las disposiciones nacionales sobre exoneración de deudas que eran aplicables a esta categoría de créditos antes de adoptarse tal normativa, siempre que esta exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

6) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una regla general de exclusión de la exoneración de deudas por créditos de Derecho público, en la medida en que concede un trato privilegiado a los acreedores públicos con respecto a los demás acreedores, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

7) El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que contempla una limitación de la exoneración de deudas para una categoría específica de créditos mediante el establecimiento de un tope por encima del cual queda excluida esa exoneración, sin que ese tope se fije en función del importe de la deuda en cuestión, siempre que tal limitación esté debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional.

8) La Directiva 2019/1023 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un legislador nacional decide ejercer la facultad regulada en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva y extiende la aplicación de los procedimientos que permiten la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes a las personas físicas insolventes que no sean empresarios, las normas que devienen aplicables a esas personas físicas en virtud de tal extensión deben ajustarse a las disposiciones del título III de la citada Directiva”.

De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma en esta Sentencia, en relación a diversos extremos tributarios, que nuestro Ordenamiento jurídico resultaría conforme con la referida Directiva (UE) 2019/1023.

tributaria. Así, podríamos fijarnos, como Sentencia que tuvo un gran impacto en la doctrina tributaria, en la Sentencia de 22 de junio de 1995 del Tribunal Constitucional alemán²⁷; la Constitución alemana no recoge una contemplación expresa de los principios materiales de justicia tributaria del modo en que lo hace la española, sino que simplemente contempla el derecho fundamental de propiedad²⁸ y de ahí deduce el Tribunal Constitucional alemán tales principios²⁹; se trata de una Sentencia dictada en materia de imposición directa, señalando que no puede darse una tributación por encima del cincuenta por ciento de la renta anual del sujeto, de tal forma que no se deje vacía de contenido la condición de privada de la propiedad.

63. Como otra Sentencia, también de gran impacto en la doctrina tributaria, que venía a limitar los excesos impositivos, ante tributaciones muy altas para un tipo específico de renta, pero conllevando con ello una tributación media por encima del cincuenta por ciento, lesionándose así el derecho de propiedad, tal y como hemos visto que se contempla en el primer artículo del Protocolo Adicional número 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, debemos citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (NKM contra Hungría)³⁰.

64. Se trata de pronunciamientos jurisprudenciales no dictados en materia concursal, pero que, de todos modos, han venido a no admitir una prevalencia excesiva de lo público sobre lo privado en materia impositiva, a la luz del derecho de propiedad. Ahora bien, entendemos que, con la referencia a tales pronunciamientos, estamos ante instrumentos interpretativos que podrían resultar de utilidad en la toma en consideración de las consecuencias perjudiciales para el resto de acreedores de los privilegios del crédito tributario, a analizar en supuestos donde surja la duda de si la aplicación práctica de tales privilegios está determinando una violación del derecho fundamental a la propiedad privada de tal resto de acreedores, dejando vacía de contenido la condición de privada.

65. Tan lesiva para el derecho de propiedad puede resultar una tributación excesiva, en la que va a la Hacienda Pública más renta que la que entra en el patrimonio del contribuyente, como lo serían las situaciones en que el privilegio del crédito tributario pudiese suponer una desequilibrada lesión del derecho de otros acreedores no públicos a cobrar sus créditos, lesionando así el derecho de propiedad de éstos, perjudicando su patrimonio, del que forman parte tales créditos de los que son acreedores.

66. De este modo, está aún pendiente el logro de un equilibrio entre la protección de los intereses privados y los de la Hacienda Pública, sin haberse querido buscar un término medio³¹ en materia

²⁷ Sobre esta Sentencia, véase P.M. HERRERA MOLINA, “Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia del BverfG de 22 de junio de 1995 y su relevancia para el ordenamiento español”, *Impuestos*, II, 1996, pp. 1033 - 1049.

²⁸ La Constitución alemana establece en el párrafo primero de su artículo 14 que “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes”. Se dispone en el párrafo segundo de este mismo artículo que “La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común” (*Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Nueva edición, 21ª Legislatura, Deutscher Bundestag, Berlín, 2025, p. 24, <https://www.btg-bestellservice.de>).

²⁹ Ponía de manifiesto BOSELLO que los principios constitucionales que inspiran la legislación tributaria de cada Estado miembro de la Unión Europea -Comunidades Europeas cuando escribía- son sustancialmente los mismos (“Costituzioni e tributi negli Stati della Comunità economica europea”, en la *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, nº 2, 1959, p. 1513). A ello habría que añadir que esto al final se produce con independencia de la mayor o menor contemplación expresa de los mismos en los textos constitucionales. Así, en esta materia, parece tener mayor relevancia la interpretación que de dichos principios se haga por cada Tribunal Constitucional, que los términos expresos recogidos en cada Constitución.

³⁰ En relación a tal problemática en esta Sentencia, véase J. DE JUAN CASADEVALL, “Reflexiones críticas en torno al límite conjunto de imposición renta/patrimonio: la necesaria determinación de un escudo fiscal de no confiscatoriedad”, *Crónica Tributaria*, nº 193, 2024, pp. 91 - 97.

³¹ Término medio, para el que no sólo existiría una fundamentación jurídica, sino también una fundamentación racional o filosófica. En tal sentido, podemos recurrir a las enseñanzas de ARISTÓTELES, cuando señalaba: “Veamos un ejemplo: suponiendo que el número diez represente una cantidad grande, y el número dos una muy pequeña, el seis será el término medio con relación a la cosa que se mide; porque seis excede al dos en una suma igual a la que le excede a él el número diez. Éste es el verdadero medio según la proporción que demuestra la aritmética, es decir, el número. Pero no es éste ciertamente el camino que debe tomarse para buscar el medio tratándose de nosotros. En efecto, porque para tal hombre diez libras de alimento sean

preconcurso y concursal, para el que existirían fundamentos jurídicos, constitucionales y europeos, importables desde ciertos ángulos de la perspectiva tributaria.

67. Además, una prevalencia excesiva del privilegio del crédito tributario, con perjuicio para la pervivencia empresa y para los acreedores, es algo que roza lo irracional. En el análisis de la idea de racionalidad con respecto al Sistema tributario es necesario partir de las consideraciones que realizó SAINZ DE BUJANDA, que no podemos sino recoger aquí, incluso en su literalidad³². Distinguía este Profesor entre una “racionalidad interna” y una “racionalidad externa”. Señalaba que “un sistema tributario sólo es racional si, acreditada la racionalidad interna de cada figura tributaria, acierta a asociarla a su racionalidad externa, es decir, a su capacidad para combinarse armónicamente con las restantes modalidades de imposición que integran el conjunto”. Destacaba este autor que “la racionalidad externa de un tributo consiste en su idoneidad para integrarse dentro del sistema, sin romper la racionalidad de este último, lo que acontece si cualquiera de las figuras impositivas que lo componen, al asociarse con las restantes, destruye los objetivos básicos del sistema, conculca los principios generales de justicia tributaria”. Añadía que “la técnica para lograr esa racionalidad externa consiste en que el legislador, al establecer cada tributo, o al modificar sustancialmente uno preexistente, compruebe con rigor si puede ensamblarse sin violencia en el conjunto”.

68. Todo esto llevaba a SAINZ DE BUJANDA a sentenciar que “la racionalidad no puede en modo alguno separarse del valor ‘justicia’, ni de otras exigencias –seguridad, certeza- asociadas a ella”. Así, señalaba este autor que “un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si se adecua a las normas fundamentales y primarias del ordenamiento positivo, contenidas en el texto constitucional, y a los principios generales del Derecho, de raigambre iusnaturalista”. Las palabras que hemos recogido de este Profesor, expresaban consideraciones que siempre se deben tener en perspectiva.

69. Ante las dos perspectivas de la racionalidad mencionadas, interna y externa, es esta última la que más directamente se conecta a la idea de sistema, aunque ninguna de las dos puede desconocerse, obviamente, en la construcción del Sistema tributario. El apartado 1 del artículo 31 de nuestra Constitución habla expresamente de “sistema tributario justo”. Sin racionalidad no hay sistema y si no hay sistema no hay justicia tributaria. En esas dos vertientes de la racionalidad de las que hablaba SAINZ DE BUJANDA, un privilegio excesivo del crédito tributario carece de la adecuada racionalidad interna y, a su vez, desde una perspectiva global, en la integración, no sólo entre figuras tributarias, sino en la integración también de procedimientos tributarios con instituciones tributarias, carece al mismo tiempo de la suficiente racionalidad externa.

70. Si a su vez ponemos en relación el Ordenamiento tributario con el Ordenamiento mercantil, las situaciones apuntadas ponen de manifiesto carencias en la racionalidad que debería presidir el Sistema jurídico completo, como conjunto armónico de finalidades, funciones y normas, donde la integración de figuras tributarias y mercantiles debe armonizarse en orden a ciertas finalidades a defender desde las perspectivas jurídicas de las distintas ramas del Derecho implicadas, siendo una problemática que se ha puesto de manifiesto en el análisis de la disciplina preconcurso, en relación a la consideración del crédito tributario.

demasiado y dos libras muy poco, no es razón para que un médico prescriba a todo el mundo seis libras de alimento, porque seis libras para el que haya de tomarlas, pueden ser una alimentación enorme o una alimentación insuficiente. Para Milon es demasiado poco; por el contrario, es mucho para el que empieza a trabajar en la gimnástica. Lo que aquí se dice de alimentos, puede decirse igualmente de las fatigas de la carrera y de la lucha. Y así, todo hombre instruido y racional se esforzará en evitar los excesos de todo género, sean en más, sean en menos; sólo debe buscar el justo medio y preferirle a los extremos. Pero aquél no es simplemente el medio de la cosa misma, es el medio con relación a nosotros” (ARISTÓTELES: “De la naturaleza de la virtud”, *Moral a Nicómaco*, Libro segundo, Capítulo VI, en www.filosofia.org/cla/ari).

³² *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pp. 5 - 15.

VI. Consideraciones finales, propuestas y conclusiones

71. Resulta en ocasiones discutible que el objetivo de salvar la empresa en fase preconcursal sea realmente la guía que inspira el tratamiento del crédito tributario en tal fase de reestructuración.

72. A la luz de la armonización del Derecho de insolvencia en la Unión Europea, la respuesta dada por nuestro Derecho en materia preconcursal entendemos que ha sido excesivamente discreta en relación al crédito tributario, ajustándose a mínimos para cumplir con las exigencias de tal armonización, como se pone de manifiesto en toda una serie de circunstancias que hemos ido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo.

73. Más allá de la adaptación a tales exigencias de armonización, la articulación legal de la disciplina preconcursal pone de manifiesto evidentes carencias de técnica legislativa, donde, además, resulta discutible que nuestro legislador sea coherente con la necesidad de proteger las situaciones de reestructuración preconcursal. Recordemos la situación evidenciada por la no actualización del límite legal para no tener que prestar garantías en los aplazamientos o fraccionamientos de deudas tributarias en determinadas situaciones preconcursales, en comparación con lo que se ha hecho en nuestro Ordenamiento para las deudas tributarias en general.

74. A su vez, el exceso en los privilegios del crédito tributario, a la luz de cierta jurisprudencia internacional o en sede de Derecho Comparado, aplicando razonamientos jurisprudenciales utilizados en la misma a otros efectos fiscales y extrapolándolos nosotros al ámbito concursal e incluso preconcursal, podrían poner en evidencia en este ámbito determinadas situaciones lesivas del derecho fundamental a la propiedad privada, ante la aplicación efectiva de los privilegios de tal tipo de créditos en algunos casos, al ponerse en práctica una prevalencia excesiva de lo público sobre lo privado, dejando así vacía de contenido la exigencia de privada de dicho derecho fundamental. Todo ello, además, sin perjuicio de las consideraciones realizadas con respecto a los principios materiales de justicia tributaria contemplados en nuestra Constitución.

75. A nuestro entender, al amparo de la normativa actual, se pueden llegar a dar una serie de situaciones en la práctica que podrían entrar en colisión con la disciplina constitucional y con la disciplina europea de los derechos fundamentales. Esta colisión no ha sabido ser solucionada hasta la fecha por la armonización en la Unión Europea de las normativas nacionales sobre los marcos y procedimientos relativos a la reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

76. Una revisión crítica, no sólo de las legislaciones internas, sino también del Derecho de la Unión Europea, debería servir para reordenar la situación privilegiada de los créditos a favor de la Hacienda Pública, con el objetivo de una mayor protección de la permanencia de la empresa, como finalidad a defender de forma clara en las situaciones de reestructuración preconcursal.

77. Como consideraciones finales, en función de lo expuesto, debemos precisar que, al analizar la incidencia de los principios materiales de justicia tributaria en la problemática que nos ocupa, poniéndolos en relación con el derecho fundamental a la propiedad privada, a la luz del tratamiento actual del crédito tributario en materia preconcursal y concursal, hemos llegado a la conclusión de que una prevalencia excesiva de los privilegios a favor de la Hacienda Pública, podría provocar situaciones en casos extremos perjudiciales para el resto de acreedores, pudiendo provocarse una lesión del referido derecho fundamental a la propiedad privada de estos últimos, en una línea que podría entrar en colisión con el principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria.

78. Ahora bien, en esa misma línea interpretativa, el respeto y aplicación de los principios materiales de justicia tributaria y del derecho a la propiedad privada con respecto al deudor y no con respecto a los acreedores privados, no nos permite llegar a la misma conclusión con respecto a la situación del primero ante la posición de la Hacienda Pública en materia preconcursal y concursal.

79. Ante el dato de que no haya una exoneración de deudas tributarias en materia preconcursal, se podría discutir la oportunidad de esta medida desde otras perspectivas, como pueda ser el valor del mantenimiento de la empresa y lo que ello conlleva, pudiendo llegar a considerarse que sería deseable u oportuno de *lege ferenda* el establecimiento de mayores facilidades para el deudor en relación a los créditos tributarios pendientes de pago.

80. Pero por lo que se refiere a la cuantía del crédito tributario pendiente de cobro/pago, el hecho de que no se prevea legalmente su exoneración, ni siquiera parcial, en situaciones preconcursales, no puede considerarse contrario a los principios materiales de justicia tributaria. La aplicación de éstos a la deuda tributaria, debe estar referida al momento del devengo del correspondiente impuesto.

81. Si en ese momento, al realizarse el hecho imponible, el deudor podía poner de manifiesto la capacidad económica que determina el deber de tributación, en caso de que posteriormente su situación económica cambiase, eso no puede, en principio, alterar la cuantía de la deuda tributaria devengada, pues ésta se debe calcular simplemente a la luz de la capacidad económica contemplada por el legislador al configurar el correspondiente hecho imponible.

82. Además, el principio de generalidad en materia tributaria, en una situación como la descrita, no permitiría realizar una excepción simplemente en base a la aplicación de los demás principios materiales de justicia tributaria, contemplados en nuestra Constitución, o del derecho fundamental a la propiedad privada, contemplado no sólo en nuestra Constitución, sino también en la disciplina europea e internacional de los derechos fundamentales e incluso humanos, a la luz del referido Protocolo Adicional número uno al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

83. Esto no quita que puedan existir otros motivos o fundamentos, distintos de los anteriores, que hagan defendible la oportunidad de legislar a favor de la exoneración parcial de deudas tributarias en materia preconcursal, incluso aprovechando el marco actual que ofrece la armonización de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia en la Unión Europea.

84. Un campo de estudio como el analizado, de incidencia interdisciplinar entre el Derecho de la Unión Europea, el Derecho Mercantil y el Derecho Financiero y Tributario, donde textos normativos internacionales y ejemplos de Derecho Comparado nos pueden aportar útiles guías interpretativas, nos sitúa ante un importante escenario para el análisis del necesario equilibrio que debe existir entre la disciplina pública y la privada, al que necesariamente se le debe dar una respuesta armonizadora, resolviendo disparidades entre sistemas e integrando las correspondientes lagunas.

85. Nos encontramos, pues, ante uno de esos temas que ponen a prueba la capacidad de adaptación interdisciplinar del jurista, donde, además, entran en juego normas bastante particulares y discutibles, tanto del Derecho Financiero y Tributario, como del Derecho Mercantil, sin perjuicio también de un amplio número de normas de Derecho Procesal.

86. Ante ello, resultaría doblemente útil un mayor avance de la armonización en la Unión Europea de la regulación de los aspectos más discutibles en esta problemática, entre los que debería prestarse mayor atención a la posición del crédito tributario y, en general, del crédito de Derecho Público, en materia preconcursal y concursal.

Sobre la revisión del complejo y plural modelo europeo de control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional*

On the reform of the complex and plural european model of foreign investment control on national security grounds

CARLOS ESPLUGUES MOTA
*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido:25.04.2025/Aceptado:24.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9877

Resumen: La Unión Europea se ha visto forzada desde hace menos de una década a modular su posición de apertura hacia el libre comercio y el libre flujo de inversiones extranjeras. De forma acelerada, y contando con el Reglamento 2019/452 como pieza clave, ha elaborado un conjunto de textos que articulan una respuesta securitaria a esta compleja y polimorfa realidad. Este modelo plural se caracteriza por su dinamismo y está sometido a un proceso de ampliación y adaptación constante, con la prevista reforma del Reglamento de 2019 como uno de sus hitos.

Palabras clave: inversiones extranjeras directas, control inversiones extranjeras, Reglamento inversiones, política común de inversiones, nuevo Reglamento inversiones

Abstract: For less than a decade, the European Union has been forced to modulate its position of openness towards free trade and the free flow of foreign investment. With Regulation 2019/452 as a key element, it has rapidly developed a set of texts that articulate a security response to this complex and polymorphous reality. This pluralist model is characterised by its dynamism and is subject to a process of constant expansion and adaptation, with the planned reform of the mentioned Regulation of 2019 as one of its milestones.

Keywords: foreign direct investments, foreign investment control, foreign investment regulation, common investment policy, new investment regulation

Sumario: I. Sobre las personas que marcan época. II. Las bases del modelo europeo de control de las inversiones extranjeras. 1. Competencia en materia de inversiones extranjeras directas. 2. Claves para la compatibilidad de un potencial mecanismo de cribado previo de las inversiones extranjeras con el Derecho de la Unión. III. El Reglamento 2019/452 como pieza clave de un modelo plural de control. 1. El panorama normativo previo a la aprobación del Reglamento 2019/452. A) El derecho de la competencia. B) Los sectores críticos. a) Sector financiero. b) Redes y sistemas de información. c) Transporte aéreo. d) Energía. 2. Los contornos del modelo plural de control de las inversiones extranjeras. A) La regulación del acceso de las empresas extranjeras al mercado europeo de contratación pública: el Reglamento 2022/1031. B) La regulación de la actuación en el mercado europeo de empresas extranjeras que reciban ayudas públicas: el Reglamento 2022/2560. C) La lectura en clave securitaria del derecho europeo. 3. El Reglamento 2019/452. A) Los acotados objetivos del Reglamento. B) El liderazgo estatal en la puesta en funcionamiento del Reglamento. C) Los criterios de control de las potenciales inversiones extranjeras. a) Factores a considerar al

* Artículo publicado en el marco del proyecto de investigación “Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)” - CIPROM 2023-64 (GV)

evaluar la inversión. b) Control vinculado a las características del inversor. c) El supuesto especial de las inversiones que pueden afectar a proyectos o programas de interés para la Unión. D) La coordinación como base de funcionamiento del Reglamento. a) Inversiones que son objeto de control. b) Inversiones que no son objeto de control. c) Inversiones que pueden potencialmente afectar a proyectos y programas de interés para la Unión. E) El procedimiento de control. F) La cooperación con autoridades de países terceros. IV. La práctica y reforma del modelo plural europeo de control de las inversiones extranjeras directas. 1. La práctica del modelo. A) El modelo, ante el TJUE. B) El cuarto informe anual de la Comisión sobre la práctica del Reglamento 2019/452. C) La puesta en práctica del Reglamento 2022/2560. 2. La reforma del modelo. A) El anuncio de un elenco de futuras actuaciones. B) La reforma del Reglamento 2019/452. V. A modo de conclusiones provisionales.

I. Sobre las personas que marcan *época*

1. Todas las épocas suelen venir marcadas por ciertos hechos y personas. Ello se reproduce, también, en la academia, y en la evolución de las diversas disciplinas científicas. El Derecho internacional privado español contemporáneo no se puede entender sin vincularlo al nombre del Prof. Alfonso Calvo Caravaca, Catedrático de la disciplina en la Universidad Carlos III de Madrid, quien, junto a su capacidad de crear una reconocida escuela, ha impactado directa y decisivamente sobre su configuración y entendimiento actual. Sirvan estas líneas de homenaje sincero de admiración y reconocimiento a su persona, y a su enorme trayectoria académica.

II. Las bases del modelo europeo de control de las inversiones extranjeras

2. La política europea en materia de inversiones extranjeras refleja, como pocas, la capacidad de adaptación de la Unión a su entorno. Y su funcionamiento, en muchas ocasiones, en clave de respuesta a problemas y amenazas provenientes de dentro y fuera de Europa. La Unión Europea (en adelante UE) ha sido, y es, defensora del libre comercio, y de la libre circulación de inversiones. Sin embargo, en los últimos tiempos se han producido determinados movimientos y desarrollos, acelerados este 2025, que le han obligado a aceptar la necesidad de adaptar esta vocación de apertura a las nuevas pautas de la realidad económica y geoestratégica internacional, modulando y acomodando algunos de sus planteamientos esenciales al respecto.

3. La Comisión Europea hizo pública en 2010 su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global europea en materia de inversión internacional¹, en la que apuntaba algunas de las claves que deberían caracterizar una, por aquel entonces recién estrenada, futura política común europea en materia de inversiones extranjeras directas (en adelante IED)². La Unión asumía como premisas esenciales de su actuación en este ámbito, tanto la necesidad de consolidar un entorno estable, razonable y previsible para las IED, a través del establecimiento de estándares claros de protección³. Como el diseño de una posición activa con

¹ COM(2010)343 final, Bruselas 7.7.2010, no publicado en el DOUE (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0343>, tanto este, como el resto de enlaces citados en este artículo, han sido verificados por última vez el 25.4.2025).

² En relación con la Comunicación, vid. CH. HERRMAN Y J. CRÄMER, "Foreign Direct Investment – A 'Coincidental' Competence of the EU?", *HitoSubashi Journal of Law and Politics*, Vol. 43, 2015, pp. 100-101; W. SHAN Y S. H. ZHANG, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, n° 4, 2010, p. 1071 y ss., o C. HJÄLMROTH Y S. WESTERBERG, *The Contribution of Trade to a New EU Growth Strategy Ideas for a More Open European Economy*, Part 1 A Common Investment Policy for the EU, Stockholm, Kommerskollegium - National Board of Trade, s/r, pp. 19-22.

³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global europea en materia de inversión internacional, COM(2019)343 final, Bruselas, 7.7.2010 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=GA>). Nótese, J. CHAISSE, "The Regulation of Sovereign Wealth Funds in the European Union: Can the Supranational Lev-

vistas a asegurar que las relaciones de la Unión “con los terceros países no sean unidireccionales”⁷⁴. Muchas de estas claves perduran hoy, pero otras se han visto afectadas por la nueva realidad surgida de la crisis financiera y sanitaria de las dos últimas *décadas*, y del protagonismo adquirido por algunas economías emergentes en el continente europeo; actores que no siempre comparten las mismas reglas económicas abiertas que singularizan a la UE, con un especial hincapié en la República Popular China (en adelante RPC). A ello se une ahora la ruptura de la alianza atlántica, y del multilateralismo, que ha caracterizado el panorama mundial de los últimos 80 años, encaminándonos hacia una realidad comercial internacional marcada por “a growing ‘securitisation of economic policy and economisation of strategic policy’”⁷⁵.

4. Estas alteraciones plurales, y de calado, le han forzado a tomar conciencia, igualmente, de la necesidad de hacer frente a ciertas IED que por su origen, naturaleza o destino pueden afectar al orden público o a la seguridad pública europea. Un peligro agravado por la falta de reciprocidad existente, en muchas ocasiones, en los países de procedencia de aquellas, y que le han llevado, a partir del famoso discurso de 2017 del entonces presidente de la Comisión Jean Claude Juncker⁶, a emular lo que, de manera creciente, se produce en muchos lugares del mundo⁷ y regular, entre otros extremos, esta problemática plural⁸.

5. La adquisición, en 2016, de Kuka, sociedad alemana líder en robótica, por la china Midea⁹, y el intento de adquisición de AIXTRON, un suministrador de componentes para la industria de semiconductores por parte de Fujian Grand Chip Investment¹⁰, pueden verse como factores decisivos que supusieron un punto de inflexión en la actitud europea hacia la inversión extranjera directa. Se comenzó a percibir de forma acelerada que las empresas europeas, muchas de ellas punteras en sectores estratégicos, se estaban “sacrificing... on the altar of the free market”¹¹. Tomándose, por primera vez, conciencia plena del peligro real de la UE de perder la independencia estratégica en el campo tecnológico, agudizando su ya muy elevada dependencia en el ámbito del suministro de materias primas¹².

6. La operación llevó al gobierno alemán a plantear formalmente el diseño de un mecanismo europeo de control de las IED en algunos sectores estratégicos europeos¹³. Era necesario, se decía, que las instituciones de la Unión contasen con la posibilidad de bloquear propuestas inversoras dirigidas a adquirir sociedades europeas que “dispose of key technology of particular importance for industrial

el Limit the Rise of National Protectionism?” en K. P. SAUVANT, L. E. SACHS y W. P. F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, New York, OUP, 2012, pp. 64-69.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global..., *cit.*, p. 4.

⁵ A. ROBERTS, H. CHOER MORAES y V. FERGUSON, “Towards a Geoeconomic Order in International Trade and Investment”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, 2019, p. 655.

⁶ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_3183

⁷ Vid. Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment, Strategic Assets and National Security*, Cambridge, intersentia, 2018, p. 263 y ss. Una referencia tabulada a otros países al margen de la OCDE puede encontrarse en M. M. NUSHASHI, A. KANWAL, I. BATOOL *et al*, “Causes and Restrictiveness Policies on Foreign Direct Investment in OECD and Non-OECD Countries”, *iRASD*, Vol. 6, n.º 1, 2024, p. 250 y ss.

⁸ Vid. M. KONTAK, “Evaluation of the EU Screening Mechanism and the Question of Reciprocity with China”, *CYELP*, 2021, n.º 17, pp. 4-5.

⁹ Vid. https://www.finanzas.com/coyuntura/la-firma-china-medea-se-hace-con-casi-el-95-del-fabricante-de-robots-ku-ka_13462180_102.html

¹⁰ Al respecto, C. KOENIG, “Current Developments in Foreign Direct Investment Control”, *CORE*, n.º 3, 2018, pp. 221-224.

¹¹ J. MAILLO, “New screening of foreign direct investment (FDI) in Europe: a first step towards a new paradigm?”, *SYBIL*, Vol. 24, 2020, p. 184, citando a Sigmar Gabriel, Ministro alemán de economía del momento.

¹² Sobre este particular, vid. D. FIOTT y V. THEODOSOPOULOS, *Sovereignty over Supply? The EU’s Ability to Manage Critical Dependences While Engaging with the World*, Luxembourg, European Union Institute for Security Studies, Brief 21, Dec. 2020, p. 3 y ss. o F. P. VAN DER PUTTEN, “The growing relevance of geopolitics for European business”, *Clingendael – Netherlands Institute of International Relations, Policy Brief*, May 2018, p. 3.

¹³ Sobre los antecedentes y motivos que condujeron a su elaboración, vid. J. Warchol, “The Birth of the EU Screening Regulation”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020*, Berlin, Springer, 2021, p. 66 y ss. Igualmente, y resaltando las propuestas de un instrumento europeo realizadas por la presidencia francesa en mayo de ese año, vid. Z. T. CHAN y S. MEUNIER, “Behind the Screen: Understanding National Support for a Foreign Investment Screening Mechanism in the European Union”, *The Review of International Organizations*, may 2021, p. 11.

development”¹⁴. La idea de “seguridad económica”¹⁵, un término diferente al de los de orden público, seguridad pública o seguridad interior habitualmente recogidos en el ordenamiento jurídico de la Unión, y que resulta mucho más amplio que aquellos, se hacía patente por primera vez en el continente.

7. En 2016 casi la mitad de los Estados miembros contaban ya con mecanismos de control pero, significativamente, otros tantos habían decidido no tenerlos y, en todo caso, su utilización era excepcional, por no decir directamente, inexistente¹⁶. La preocupación por el incremento en la adquisición de sociedades tecnológicas líderes, acentuada por la apuntada “lack of reciprocity and about a possible sell-out of European expertise, which we are currently unable to combat with effective instruments”¹⁷, hacía imprescindible disponer de un sistema común de respuesta a las IED dirigidas a ciertos sectores estratégicos, que permitiera, entre otras posibilidades, hacer frente a la realidad particularmente delicada de las inversiones soberanas, especialmente las provenientes –aunque sin mencionarla– de la RPC¹⁸, paradigma del capitalismo de Estado. Una necesidad de la que también se hizo eco el Parlamento Europeo que, con fecha 26 de abril de 2017 formuló una Propuesta de acto de la Unión, sobre el control de la inversión extranjera en sectores estratégicos¹⁹, en la que se solicitaba a la Comisión su presentación, “sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes”²⁰.

8. Todos estos movimientos tuvieron como colofón el apuntado anuncio, por parte del Presidente Juncker, en su discurso de 13 de septiembre de 2017 sobre el estado de la Unión, del inicio de una nueva era para Europa en materia de comercio internacional e inversiones extranjeras. Se reconocía que la UE no era una defensora “ingenua” del libre comercio, y que debía velar por la salvaguarda de sus “intereses estratégicos”²¹. Haciéndose imprescindible apostar por un marco europeo de cribado previo de la inversión foránea. Entendiéndolo como un instrumento indispensable para “proteger nuestra seguridad colectiva en caso necesario”, que asegurase la “soberanía estratégica” europea, salvaguardando su independencia, limitando sus vulnerabilidades, y permitiendo a la UE actuar como un actor activo y clave en el nuevo orden mundial²². *Más allá del debate competencial*²³ y del exacto formato del, enton-

¹⁴ Considérese. K. POPLAWSKI, Capital does have nationality: Germany’s fears of Chinese investments, Varsovia, OSW Centre for Eastern Studies - Commentary, No. 230, 25.1.2017, p. 7.

¹⁵ “Investissements étrangers en Europe: vers une sécurité économique commune?”, Les echos, 26.2.2017

¹⁶ Nótese, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Recibir favorablemente la inversión extranjera directa al tiempo que se protegen los intereses esenciales, COM(2017) 494 final, Bruselas 13.9.2017, p. 8 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0494&from=ES>). Valórese, también, para su análisis, J. MAILLO, “New screening of foreign...”, *cit.*, p. 189 y ss.; Z. T. CHAN y S. MEUNIER, “Behind the Screen...”, *cit.*, p. 14 o S. HINDENLANG y A. MOBERG, “The Art of Casting Political Dissent in Law: The EU’s Framework for the Screening of Foreign Direct Investment”, CMLR, Vol. 57, 2020, p. 1431.

¹⁷ “Germany, Italy and France Push for E.U. Powers to Block Strategic Investors”, Handelsblatt Global - European Business & Finance News, 14.2.2017. Para un análisis más global del entorno que rodea a la misma, vid. D. A. A. REISMAN, The EU and FDI: What to Expect from the New Screening Regulation, Paris, Institut de recherche stratégique de l’École Militaire (IRSEM), Research paper n.º. 104, 31.8.2020, p. 4.

¹⁸ Y ello, a pesar del aparente mínimo volumen de estas, dado que se señala que sólo el 2% de la inversión china en ese momento contaba con tal naturaleza. Al respecto, J. WITKOWSKA, “The European Union’s Screening Framework for Foreign Direct Investment: Consequences for External Relations”, *Comparative Economic Research. Central and Eastern Europe*, Vol. 23, n.º. 1, 2020, p. 26.

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO, Propuesta de acto de la Unión sobre el control de la inversión extranjera en sectores estratégicos, documento de sesión, B8-0302/2017, 26.4.2017 (disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/AUTRES_INSTITUTIONS/SEAN/B8/2017/06-19/P8_B\(2017\)0302_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/AUTRES_INSTITUTIONS/SEAN/B8/2017/06-19/P8_B(2017)0302_ES.pdf)).

²⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Propuesta de acto de la Unión..., *cit.*, p. 3.

²¹ COMISIÓN EUROPEA, Presidente Jean-Claude Juncker discurso sobre el estado de la Unión 2017, Bruselas, 13.9.2017, p. 3 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_17_3165). En relación con el discurso y su contenido, vid. J. WARCHOL, “The Birth of the EU...”, *cit.*, pp. 67-68 o J. MAILLO, “New screening of foreign...”, *cit.*, pp. 182-185.

²² COMISIÓN EUROPEA, Presidente Jean-Claude Juncker..., *cit.*, p. 3.

²³ Nótese sobre este punto, S. HINDENLANG y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1346 y ss.; B. DE JONG y W. ZWART-KRUIS, “The EU Regulation on Screening of Foreign Direct Investment: A Game Changer?”, *European Business Law Review*, Vol. 31, n.º. 3, 2020, p. 11; S. KORTE, “Exploring the Possibilities and Limits of the EU and Member States to Set Up and Invest-

ces, futuro mecanismo, el Presidente no ocultaba el importante número de problemas y cuestiones de índole y naturaleza variada que acompañaban a su diseño²⁴ manifestadas, por ejemplo, en las plurales sensibilidades existentes al respecto en los distintos Estados de la Unión²⁵.

1. Competencia en materia de inversiones extranjeras directas

9. En relación con la base competencial, las inversiones han sido tradicionalmente clasificadas en el ordenamiento jurídico de la Unión como un tipo de transacciones financieras incardinables en el ámbito de la libre circulación de capitales²⁶. Hasta 2009, el marco legal de las IED en la UE vino caracterizado por su enorme fragmentación, reflejando la compleja división de competencias entre ella y los Estados miembros²⁷. Sólo desde esa fecha, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consiguiente extensión de la Política Comercial Común al sector de las inversiones, la Unión obtuvo, por primera vez, competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa²⁸. Los objetivos de esta nueva

ment Screening Mechanism in the Light of Union Law”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 439 y ss.; B. TH. DANIEL, “Comment on ‘In Search for an EU Competence to Establish an Investment Screening Mechanism and Restricting Effects Flowing from Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and Other EU Primary Law’”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 471 y ss.; M. CREMONA, “Regulating FDI in the EU Legal Framework”, en J. H. J. BOURGEOIS (ed.), EU Framework for Foreign Direct Investment Control, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, p. 45 y ss.; R. BISMUTH, “Reading Between the Lines of the EU Regulation Establishing a Framework for Screening FDI into the Union”, en J. H. J. BOURGEOIS (ed.), EU Framework for ..., *cit.*, p. 111 o C. HJÄLMROTH y S. WESTERBERG, The Contribution of Trade..., *cit.*, pp. 10-11. Igualmente, Dictamen TJUE de 15.11.1994, Competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual, 1/94, ECLI:EU:C:1994:384, nº. 81.

²⁴ Se mencionaba, así, la existencia de sensibilidades y objetivos diversos en los diversos Estados (Z. T. CHAN y S. MEUNIER, “Behind the Screen...”, *cit.*, p. 16 y ss.), la distinta actitud de algunos Estados miembros hacia la inversión proveniente de la RPC – Hungría, Polonia o Grecia han mantenido una posición bastante abierta a ella- (L. S. OTTO, “What Is a Foreign Direct Investment? Understanding Third Country Direct Investments Conceptually and in Practise”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 527), el miedo de ciertos países de la UE -no necesariamente los más recientes- de ver reducido el acceso a la inversión foránea (A. BOROWICZ, “FDI screening system in the EU - overlapping competences or mutual support between Member States and EU institutions?”, en A. BOROWICZ (ed.), Connecting the European Union of shared aims, freedoms, values and responsibilities: European Union and its law, policy and economy: internal and external dimensions, Varsovia, Polish European Community Studies Association, 2020, p. 46 o J. WITKOWSKA, “The European Union’s...”, *cit.*, pp. 31-32) ante un nuevo “power grab by the EU” (Z. T. CHAN y S. MEUNIER, “Behind the Screen...”, *cit.*, p. 9) o la “phylogenetical tensión between capital movement and investment screening” (A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus: Toward a European Framework for Foreign Direct Investment Review”, *George Washington International Law Review*, Vol. 51, no. 4, 2019, p. 705). Así como el impacto negativo que pudiera tener en el discurso de Europa como zona abierta al comercio internacional y a la inversión extranjera (A. JONES y J. DAVIES, “Merger control and the public interest: balancing EU and national law in the protectionist debate”, *European Competition Journal*, 2014, p. 456) o el potencial perjuicio en las relaciones diplomáticas con algunos países, especialmente la RPC -país en el que esta extensión del discurso del “China threat” también parece estar causando alarma (L. BRENNAN y A. VECCHI, “The European Response to Chinese Outbound Foreign Direct Investment: Introducing a Dynamic Analytical Framework”, *Development and Change*, Vol. 52, nº. 5, 2021, p. 1078).

²⁵ S. HINDELANG y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1428.

²⁶ A. DIMOPOULOS, “The Development of EU Trade and Investment Policies. Drawing Lessons from Past Experiences”, *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2010-2011, p. 259 y ss.

²⁷ F. WEISS y S. STEINER, “Trade and Investment Law: What Relations?”, en G. SACERDOTI, con P. ACCONCI, M. VALENTI y A. DE LUCA (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 357-359; J. TAVASI, “The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests?”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 1., 2012, p. 645; F. ORTINO y P. EECKHOUT, “Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment”, en A. BIONDI, P. EECKHOUT y S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, OUP, 2012, p. 313 o A. BEVIGLIA ZAMPETTI y C. BROWN, “The EU Approach to Investment”, en Z. DRABEK y P. MAVROIDIS (eds.), *Regulation of Foreign Investment Challenges to International Harmonization*, World Scientific, World Studies in International Economics (Vol. 21), New York, Columbia University, 2013, pp. 421-436, en relación con la situación anterior a 2009.

²⁸ Vid. Art. 207.1 TFUE –ex art. 133 TCE-. Nótese, entre otros, S. WOOLCOCK, “EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty”, *Intereconomics Review of European Economic Policy*, Vol. 45, nº. 1, 2001, pp. 22-23; C. BROWN y M. ALCOVER-LLUBIÀ, “The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, pp. 46-148; S. MEUNIER, “Integration by Stealth: How the European Union Gained Competence over Foreign Direct Investment”, *JCMS*, Vol. 55, nº. 3, 2017, p. 595 y ss. o R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, 2010, pp. 507-508. Una aproximación bastante negativa al desarrollo de esta política se encuentre en S. F. WER-

política eran fortalecer su posición como actor relevante en la economía internacional y contribuir, tal como resalta el artículo 206 TFUE, “al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo”²⁹, propósitos que en el momento actual parecen en crisis.

10. El artículo 3.1.e) TFUE atribuye competencia exclusiva a la Unión en relación con la política comercial común que, como señala el mencionado artículo 206 TFUE, incluye, entre otros extremos, a las IED. De acuerdo con el mandato del artículo 2.1 TFUE, ello implica que “sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”. Sin embargo, la libre circulación de capitales y pagos constituye el requisito previo necesario para que se desarrolle la actividad inversora en un concreto Estado miembro. Las referencias al derecho de establecimiento recogidas en los artículos 64.2 y 65.2 TFUE, de hecho, reflejan la importancia de la libertad de circulación de capitales con vistas al establecimiento en la Unión de inversores foráneos³⁰. Ello supone, entre otras consecuencias, la entrada en contacto de un elenco de normas diversas en su objeto, naturaleza y atribución competencial; generándose obstáculos adicionales a los propios de articular esta nueva política³¹.

11. Focalizándonos en los exactos términos de esta competencia exclusiva atribuida a la UE, el artículo 207.1 TFUE refiere explícitamente a las IED, dejando claro su numeral 6 que su ejercicio “no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización”³². Sobre este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión, en su Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur³³, abordó dos cuestiones que habían generado un abundante debate doctrinal³⁴: la concreción de cuáles son las inversiones sobre las que la Unión posee competencia exclusiva, y la delimitación del exacto ámbito competencial atribuido en relación con ellas. Con respecto a la primera, se explicitó la exclusión de las inversiones indirectas –las denominadas inversiones de cartera– de la competencia exclusiva de la Unión³⁵, manteniéndose respecto de ellas la competencia compartida con los Estados miembros³⁶. Y apostándose, en relación con la segunda, por una interpretación amplia de la competencia exclusiva sobre las inversiones directas³⁷.

NICKE, “Investment Screening: The Return of Protectionism? A Business Perspective”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook...*, *cit.*, p. 38 y ss.

²⁹ Art. 206 TFUE. Considérese, A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty. Investment Liberalization v. Investment Protection?”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, pp. 180-181 o R. LEAL-ARCAS, “The European Union’s...”, *cit.*, pp. 464 y 478.

³⁰ Nótese art. 63 TFUE. Vid. A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 78-79 y 82-84 (en relación con la interacción del derecho de establecimiento y la libertad de circulación de capitales).

³¹ A. BEVIGLIA ZAMPETTI y C. BROWN, “The EU Approach...”, *cit.*, p. 420 o A. DIMOPOULOS, *EU Foreign...*, *cit.*, pp. 78 y 97-98.

³² Vid. R. YOTOVA, “The new EU competence in foreign direct investment and intra-EU investment treaties: does the emperor have new clothes?”, en F. BAETENS (ed.), *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*, Cambridge, CUP, 2013 pp. 389-391. También, J. WARCHOL, “The Birth of the EU...”, *cit.*, pp. 57-62.

³³ Dictamen TJUE de 16.5.2017, Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.

³⁴ Al respecto, W. SHAN y S. H. ZHANG, “The Treaty of Lisbon...”, *cit.*, p. 1059.

³⁵ Considérese, C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones extranjeras en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 262-268 y J. WARCHOL, “The Birth of the EU...”, *cit.*, p. 62.

³⁶ Dictamen TJUE de 16.5.2017, Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, *cit.*, n.º 81, *vid.* también n.º 83.

³⁷ Dictamen TJUE de 16.5.2017, Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, *cit.*, n.º 87. La amplitud de la interpretación, empero, no solventa las dudas sobre si la competencia atribuida cubre todos los sectores y aspectos vinculados a la inversión: esto es, tanto la fase previa a su realización como, también, la posterior a ella, incluyendo las cuestiones de tratamiento y protección de la inversión una vez realizada. En relación con este punto, C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, pp. 386-388.

12. Esta aclaración competencial, sin embargo, se ve condicionada por la ausencia en los Tratados de una descripción de lo que signifiquen los términos “inversión” o “inversión extranjera directa”. De forma llamativa, tanto la Comisión como el TJUE³⁸ utilizan como referente la definición aportada por el Anexo I de la Directiva 88/361/CEE, del Consejo, de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado³⁹, que recoge una interpretación estricta del término “inversión extranjera directa”, entendiéndose que engloba “generalmente... cualquier inversión extranjera que sirva para establecer relaciones duraderas y directas con la empresa a la que se destinan los fondos para el ejercicio de una actividad económica”⁴⁰. Los dos elementos, pues, que califican a este tipo de inversión frente serían, por lo tanto, su duración y la capacidad de control derivada de ella⁴¹.

13. Así, por ejemplo, la STJUE de 13 de mayo de 2013, en el asunto C-463/00, *Comisión / España*, no duda en afirmar que “los puntos I y III de la nomenclatura recogida en el anexo I de la Directiva 88/361, así como las notas explicativas que allí figuran, indican que una inversión directa en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE. Con arreglo a las mencionadas notas explicativas, la inversión directa, en particular, se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad”⁴². Esta posición vendrá reiterada por el Tribunal de Justicia en el ya mencionado Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, en relación con el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, en el que se apunta que “Por lo que atañe a las inversiones directas, es jurisprudencia reiterada que éstas consisten en cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. La adquisición de participaciones en una empresa constituida en forma de sociedad por acciones es una inversión directa cuando las acciones que posee el accionista le ofrecen la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad”⁴³.

14. En estas ideas de permanencia y capacidad de control incidirá ahora la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁴ en cuyo artículo 2.2) se define como IED, a la “inversión de cualquier tipo efectuada por un inversor extranjero con la finalidad de establecer o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y un objetivo de la Unión, ya existente o todavía por establecer, al cual el inversor extranjero destine fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro”.

³⁸ Vid., por ejemplo, SSTJUE de 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, n.º 181; de 24.5.2007, *Holböck*, C-157/05, ECLI:EU:C:2007:297, n.º 34; de 23.10.2007, *Comisión / Alemania*, C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, n.º 18; de 18.12.2007, *A*, C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, n.º 46; de 20.5.2008, *Orange European Smallcap Fund*, C-194/06, ECLI:EU:C:2008:289, n.º 100; de 4.6.2002, *Comisión / Francia*, C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327, n.º 37; de 14.2.2008, *Comisión / España*, C-274/06, ECLI:EU:C:2008:86, n.º 18; de 13.5.2003, *Comisión / Reino Unido*, C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273, n.º 40, o de 26.3.2009, *Comisión / Italia*, C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193, n.º 35.

³⁹ DOUE L 178, de 8.7.1988. Una descripción que viene adicionalmente abordada en las Notas Explicativas anejas a la Directiva.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia una política global...*, *cit.*, p. 2.

⁴¹ La práctica del TJUE ha abordado igualmente la diferencia entre las inversiones directas y las de cartera. Vid. al respecto, SSTJUE de 22.10.2013, *Essent y otros*, C-105/12 a C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677, n.º 40; de 28.9.2006, *Comisión / Países Bajos*, C-282/04 y C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608, n.º 19, o de 8.7.2010, *Comisión / Portugal*, C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412, n.º 49. Igualmente, Dictamen TJUE de 16.5.2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, *cit.*, n.º 227. Considérese al respecto, A. DIMOPOULOS, *EU Foreign ...*, *cit.*, pp 44-45.

⁴² STJUE de 13.5.2003, *Comisión / España*, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272, n.º 53.

⁴³ Dictamen TJUE de 16.5.2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, *cit.*, n.º 80.

⁴⁴ {SWD(2024) 23 final} - {SWD(2024) 24 final} Bruselas, 24.1.2024, COM(2024) 23 final, 2024/0017 (COD). Vid. Proyecto de Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Propuesta de Reglamento relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión, C/2025/290), DOUE C, de 24.1.2025.

2. Claves para la compatibilidad de un potencial mecanismo de cribado previo de las inversiones extranjeras con el Derecho de la Unión

15. Respecto de la segunda cuestión, las bases para el diseño del eventual mecanismo de cribado previo de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional, al que refirió el Presidente Juncker en su discurso de 2017, ya habían sido sentadas en su día por el Tribunal de Justicia de la Unión. El artículo 63.1 TFUE prohíbe explícitamente cualquier restricción de la libre circulación de capitales y pagos entre los Estados miembros, y entre estos y terceros países⁴⁵. La libre circulación de capitales incluye flujos relacionados, tanto con las IED –sobre las que la UE tiene, recordemos, competencia exclusiva-, como con las inversiones de cartera –respecto de las que la competencia es compartida-. Esta regla general, sin embargo, se excepciona en los artículos 64, 65 y 66 TFUE, que admiten la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar ciertas restricciones a estas libertades, con base en diferentes motivos. Entre ellos, el artículo 65.1.b) les permite “tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública”⁴⁶. Una contingencia ya abordada por el TJUE en su jurisprudencia⁴⁷.

16. En concreto, se entiende que la posibilidad de excepcionar el mandato del artículo 63.1 TFUE prevista en el propio Tratado supone la atribución a los distintos Estados miembros de la capacidad de “imponer, en casos individuales y en presencia de elementos justificativos, restricciones al ejercicio de un derecho derivado directamente del Tratado”⁴⁸. Unas medidas que, se insiste, deben ser interpretadas de forma restrictiva⁴⁹, y que en momento alguno deben “constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como lo define el artículo 63”⁵⁰ del TFUE. En todo caso, resalta el Tribunal de Luxemburgo, la aplicación de esta regla y, consecuentemente, de cualesquiera medidas que puedan “afectar o hacer menos atractivo”⁵¹ el ejercicio de cualquier libertad fundamental garantizada por el TFUE, debe cumplir cuatro condiciones: “que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”⁵². Llamativamente, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE establece una matización adicional, al admitir la posible existencia de diferentes niveles de justificación en relación con capitales originarios de Estados miembros, o de terceros países⁵³. Estas exigencias se patentizan igualmente, en la práctica del Tribunal, en relación con los diversos supuestos de inversión extranjera.

17. En momentos diversos, algunos Estados miembros han intentado limitar la posibilidad de que nacionales de otros Estados de la Unión puedan adquirir más de un determinado número, o porcentaje, de acciones en ciertas sociedades o sectores de su economía. Igualmente han establecido, con carácter disuasorio, algunos requisitos administrativos previos, o han otorgado a ciertos accionistas, especialmente autoridades públicas, un poder desproporcionado en algunas empresas privadas, contra-

⁴⁵ Al respecto nótese, A. DIMOPOULOS, *EU Foreign ...*, *cit.*, pp. 76 y 78; L. M. HINOJOSA MARTINEZ, “The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Withful Thinking and Pragmatism”, *The Journal of World Investment*, Vol. 17, 2016, pp. 109-111; J. Warchol, “The Birth of the EU...”, *cit.*, pp. 63-64 o A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus...”, *cit.*, p. 706 y ss.

⁴⁶ Vid. al respecto, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Sectores estratégicos y filtrado de inversiones extranjeras directas en la Unión Europea”, *REDI*, Vol. 74, n.º 2, 2022, p. 420.

⁴⁷ Considérese, A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus...”, *cit.*, p. 709 y ss.

⁴⁸ STJUE de 5.2.1991, *Roux / Estado Belga*, C-363/89, ECLI:EU:C:1991:41, n.º 30.

⁴⁹ Vid. C. HJÄLMROTH Y S. WESTERBERG, *The Contribution of Trade...*, *cit.*, pp. 11-12 o M. TRYBUS, “The EC Treaty as an instrument of European defence integration: judicial scrutiny of defence and security exceptions”, *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, p. 1350.

⁵⁰ Art. 65.3 TFUE. Vid. A. DIMOPOULOS, *EU Foreign ...*, *cit.*, p. 77.

⁵¹ STJUE de 30.11.1995, *Gebhard / Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, n.º 37.

⁵² STJUE de 30.11.1995, *Gebhard / Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, *cit.*, n.º 37. Nótese, igualmente, STJUE de 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *cit.*, n.º 71. Y, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión. La inversión intracomunitaria en el sector de los servicios financieros (2005/C 293/02)*, DOUE C 293, de 25.11.2005.

⁵³ SSTJUE de 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *cit.*, n.º 171.

viniendo de esta forma el principio de “una acción, un voto”⁵⁴. Estas actuaciones no han quedado fuera del radar del Tribunal de Justicia quien, en línea con lo apuntado, y en relación, en concreto, con el establecimiento de límites a la adquisición de acciones, ha admitido que constituye una restricción a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento⁵⁵. Reiterando que estos límites, sin embargo, son susceptibles de ser aceptados en ciertos casos, y con base en determinados, y estrictos, motivos⁵⁶. Debiendo, sin embargo, estar cualquier medida adoptada “justificada por circunstancias objetivas, que obedezcan a las exigencias de la seguridad pública”⁵⁷, ser proporcional al objetivo que se pretende⁵⁸ e interpretarse, además, de forma estricta: “la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”⁵⁹.

18. En este entorno, también la compatibilidad de un eventual modelo de cribado previo de las inversiones extranjeras con el derecho de la Unión ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal. Frente al silencio de la Comisión en relación con estos sistemas, algunos de sus Estados miembros exploraron en su día su posible incorporación⁶⁰. El Tribunal de Justicia ya se había pronunciado en su día en relación con los eventuales sistemas de declaración previa de la inversión extranjera, admitiendo su compatibilidad con el derecho europeo. Entendiendo que este tipo de instrumentos facilitan la realización de un control efectivo de la inversión extranjera, con vistas a impedir la infracción de la normativa aplicable⁶¹. Aunque potencialmente mucho más gravoso que el anterior, también el mecanismo de cribado previo será considerado por el Tribunal de Luxemburgo como compatible con el derecho de la Unión, condicionando, eso sí, su eventual compatibilidad al cumplimiento de unas condiciones especialmente estrictas.

19. En concreto, el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 14 de marzo de 2000, en el asunto C-54/99, *Église de scientologie*⁶², abordó el mecanismo articulado por Francia en el Décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger⁶³, promulgado en un momento anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009; cuando todavía no existía una política europea común en materia de inversiones. El asunto versaba sobre la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, solicitando se valorase si un régimen de autorización preliminar de las IED puede considerarse justificado como medida restrictiva destinada a la protección del orden público interno, en el supuesto de que dicho régimen prevea que, a falta de denegación expresa de la solicitud de autorización, el transcurso del plazo de un mes desde la fecha de recepción de tal solicitud dará por definitivamente concedida la autorización⁶⁴.

20. El TJUE asume que una disposición nacional “que supedita una inversión extranjera a una autorización previa”⁶⁵ constituye, objetivamente, una restricción de la libre circulación de capitales, de

⁵⁴ A. HEINEMANN, “Government Control of Cross-Border M&A: Legitimate Regulation or Protectionism? Control of Cross-Border M&A”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, n° 4, 2012, p. 857.

⁵⁵ Vid. SSTJUE de 4.6.2002, Comisión / Belgica, C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328, n° 45; de 4.6.2002, Comisión / Francia, *cit.*, n° 45; de 4.6.2002, Comisión / Portugal, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, n° 49.

⁵⁶ SSTJUE de 4.6.2002, Comisión / Portugal, *cit.*, n° 47; de 4.6.2002, Comisión / Francia, *cit.*, n° 43; de 4.6.2002, Comisión / Belgica, *cit.*, n° 43.

⁵⁷ STJUE de 10.7.1984, *Campus Oil*, 72/83, ECLI:EU:C:1984:256, n° 36.

⁵⁸ STJUE de 4.6.2002, Comisión / Portugal, *cit.*, n° 49.

⁵⁹ STJUE de 4.6.2002, Comisión / Francia, *cit.*, n° 48. Vid. SSTJUE de 4.6.2002, Comisión / Belgica, *cit.*, n° 47 o de 13.5.2003, Comisión / España, *cit.*, n° 72.

⁶⁰ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, n° 13 y, también, n° 16.

⁶¹ STJUE de 23.2.1995, en el asunto C-358/93, *Bordessa y otros*, ECLI:EU:C:1995:54, n° 27. En un sentido similar STJUE de 14.11.1995, *Sanz de Lera y otros*, C-163/94, C-165/94 y C-250/94, ECLI:EU:C:1995:451, n° 39.

⁶² STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.* En relación con la decisión, nótese, A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus...”, *cit.*, p. 710 y ss.

⁶³ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000882578/>

⁶⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio, presentadas el 21.10.1999, *Association Église de scientologie de Paris y Scientology International Reserves Trust / Premier ministre*, C-54/99, ECLI:EU:C:1999:521, n° 1.

⁶⁵ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, n° 14, también, n° 15.

acuerdo con el artículo 63.1 TFUE. Recordando, igualmente, que cualesquiera medida restrictiva de esta libre circulación de capitales y pagos “sólo pueden estar justificadas por razones de orden público o de seguridad pública si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas”⁶⁶. A partir de estas dos claras premisas, el Tribunal de Justicia, al valorar el modelo de autorización previa diseñado por el artículo 12 del Décret n° 89-938, hace especial hincapié en la vaguedad de su tenor, por cuanto, sin más precisiones, “se exige la autorización previa para toda inversión extranjera directa que pueda afectar al orden público o a la seguridad pública”⁶⁷. La indeterminación, globalidad y carácter genérico del sistema diseñado impactan directa, y muy negativamente, sobre las expectativas jurídicas de los particulares, y sobre la seguridad y fiabilidad del propio modelo, al carecer de indicación alguna a los inversores interesados sobre las circunstancias específicas en las que resulta necesaria una autorización previa. Afectando, por lo tanto, a su compatibilidad con la normativa europea, al no permitir esta generalidad “que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73 B del Tratado. En estas circunstancias, el régimen establecido es contrario al principio de seguridad jurídica”⁶⁸.

21. Las críticas de fondo hacia la propuesta francesa no implicaron, sin embargo, una actitud necesariamente contraria a la eventual compatibilidad de un sistema de autorización previa de las inversiones extranjeras con el derecho de la Unión. En otras palabras, ello no supone “que nunca pudiera estar justificado un régimen de autorización previa, en particular, si tal autorización era efectivamente necesaria para la protección del orden público o de la seguridad pública”⁶⁹. En tal sentido, se admiten las especiales dificultades y peligros que pueden existir en este ámbito, y la insuficiencia de la respuesta susceptible de ser aportada por un régimen de declaración previa de inversiones que “supongan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”⁷⁰. En tales ocasiones, se añade, un modelo de declaración previa “puede resultar insuficiente para disipar tal amenaza”, siendo, además, que “la dificultad de identificar y bloquear los capitales una vez han entrado en un Estado miembro puede imponer la necesidad de impedir en el origen las operaciones que atentan contra el orden público o la seguridad pública”⁷¹.

22. El Tribunal insiste, eso sí, en que cualquier sistema que se diseñe deberá cumplir, necesariamente, con unas exigencias estrictas para ser considerado compatible con la normativa europea. En tal sentido, señala, no puede articularse -sin más precisiones- sobre la potencial existencia de inversiones foráneas cuya realización sea, genéricamente, capaz de “afectar al orden público o a la seguridad pública”⁷²; justo lo que lleva a cabo la normativa francesa objeto de valoración. Tal indeterminación, se dice, afectaría directa, y negativamente, al apuntado “principio de seguridad jurídica”⁷³ - un componente clave del derecho europeo- al impedir a los inversores interesados conocer las circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa. Y, en consecuencia, saber del alcance de sus derechos y obligaciones, haciéndolo incompatible el mecanismo con el derecho de la Unión⁷⁴.

23. Esta exigencia de previsibilidad y concreción se traduce directamente, según el Tribunal, en la imprescindible presencia de distintos requerimientos. De esta forma, en primer lugar, resulta necesario realizar una interpretación estricta de la capacidad del Estado de concretar el peligro generable por la inversión foránea. Así, “si bien, esencialmente, los Estados miembros gozan de libertad para

⁶⁶ *Ibid.*, n° 18.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 21.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 22.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 19.

⁷⁰ *Ibid.*, n° 20.

⁷¹ *Ibid.*, n° 20.

⁷² *Ibid.*, n° 23.

⁷³ *Ibid.*, n° 22. Sobre este principio, vid. A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus...”, *cit.*, p. 715 y ss.

⁷⁴ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, nn° 21 a 23. Vid. X. DELPECH y E. ROYER, E., “Investissements étrangers en France: la France réagit”, *Daloz Actualité*, 19.05.2014, p. 1.

definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales⁷⁵, no se trata, ni se puede tratar, de un derecho ilimitado, debiendo dichas razones “interpretarse en sentido estricto”⁷⁶. Ello implica “que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad”⁷⁷, sin que quepa, por lo tanto, atribuírseles a estas nociones un significado discrecional –“self-judging”-⁷⁸.

24. Más aún, y este sería el segundo requerimiento, el mismo significado de las nociones de “orden público” y “seguridad pública” debe ser aproximado de forma estricta. Ambas aludirían a materias de carácter no económico⁷⁹ y no militar⁸⁰ que incluirían, por ejemplo, tanto la seguridad interior como la “seguridad exterior de un Estado miembro”⁸¹. Refiriendo específicamente el término “seguridad pública” a los intereses fundamentales de un Estado miembro de mantener servicios públicos esenciales, y a la salvaguarda del funcionamiento de las instituciones⁸². Significativamente, el TJUE no aporta una concreción de su entendimiento en relación, específicamente, con el artículo 65.1.b) TFUE. Sin embargo, sí que incide, en línea con su propia jurisprudencia⁸³, en su interpretación restrictiva, resaltando que, por su misma naturaleza “sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad ...”⁸⁴. En consecuencia, las eventuales medidas susceptibles de adoptarse que restrinjan la libre circulación de capitales sólo podrán ser justificadas, con base en estos o similares motivos, si resultan necesarias para la protección de ciertos precisos intereses; no de algunos –o todos- los intereses del Estado con carácter genérico.

25. Junto a lo anterior, en tercer lugar, el Tribunal apunta la necesidad de que se trate de medidas finalistas⁸⁵. Que, además, *no* pueden camuflar otro tipo de actuaciones destinadas a cubrir situaciones que carecen de esta condición de peligrosidad real, y gravedad suficiente, para el Estado que excepciona la libre circulación de capitales: “no se puede” dice “alterar la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos”⁸⁶. Adicionalmente, y esta resultaría una cuarta exigencia, deben ser contingentes y proporcionadas, en el sentido de venir justificadas “por

⁷⁵ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, n.º. 17.

⁷⁶ *Ibid.*, n.º. 17.

⁷⁷ *Ibid.*, n.º. 17. Igualmente, SSTJUE de 4.6.2002, Comisión / Francia, *cit.*, n.º. 48 o de 13.5.2003, Comisión / España, *cit.*, n.º. 72.

⁷⁸ SSTJUE de 28.10.1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, 36/75, ECLI:EU:C:1975:137, n.º. 27; de 4.12.1974, *Van Duyn / Home Office*, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133, n.º. 18 o de 4.10.1991, *Richardt*, C-367/89, ECLI:EU:C:1991:376, n.º. 19. Sobre el significado de self-judging, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 20, n.º. 1, 2020, p. 180 y ss.

⁷⁹ SSTJUE de 19.12.1961, Comisión de la CEE / Italia, 7/61, ECLI:EU:C:1961:31, p. 329, letra D, y de 28.10.1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, *cit.*, n.º. 30; de 4.6.2002, Comisión / Portugal, *cit.*, n.º. 52.

⁸⁰ Que están cubiertas por el art. 348 TFUE. Vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, *cit.*, p. 1353. También, STJUE de 13.7.2000, *Albore*, C-423/98, ECLI:EU:C:2000:401, nn.º 21-22.

⁸¹ SSTJUE de 4.10.1991, *Richardt*, *cit.*, n.º. 22 o de 13.7.2000, *Albore*, *cit.*, n.º. 18. En relación con el significado de la noción, vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, *cit.*, p. 1350.

⁸² STJUE de 10.7.1984, *Campus Oil*, *cit.*, n.º. 35. En relación con ambos conceptos, vid. S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, OUP, 2009, 225-228.

⁸³ SSTJUE de 9.6.1982, Comisión / Italia, 95/81, ECLI:EU:C:1982:216, n.º. 26; de 28.10.1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, *cit.*, n.º. 27 o de 6.11.1984, *Kohl / Ringelhan*, 177/83, ECLI:EU:C:1984:334, n.º. 19.

⁸⁴ STJUE d de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, n.º. 17. Vid., igualmente, STJUE de 27.10.1977, *Regina / Bouchereau*, 30/77, ECLI:EU:C:1977:172, n.º. 35. En similares términos, SSTJUE de 28.10.1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, *cit.*, n.º. 28 o de 26.11.2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, ECLI:EU:C:2002:712, n.º. 39. En relación con la noción de normas de orden público, vid. STJUE de 23.11.1999, *Arblade*, C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, n.º. 30.

⁸⁵ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, n.º. 18.

⁸⁶ *Ibid.*, n.º. 17. En similar sentido, SSTJUE de 16.1.2003, Comisión / Italia, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, n.º. 22; de 17.3.2005, *Kranemann*, C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187, n.º. 34, o de 11.9.2008, Comisión / Alemania, C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492 n.º. 60. Significativamente, el Tribunal matiza esta referencia a los “fines puramente económicos” en su Sentencia de 10.7.1984, *Campus Oil*, *cit.*, n.º. 35. Un ejemplo de imposición con tales fines se encuentra en STJUE de 26.3.2009, Comisión / Italia, *cit.*, n.º. 48. Vid., A. JONES y J. DAVIES, “Merger control...”, *cit.*, pp. 477-478.

circunstancias objetivas, que obedezcan a las exigencias de la seguridad pública⁸⁷, debiendo “interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar⁸⁸”.

26. A todo lo dicho se suma un requerimiento añadido ya existente en el marco de la OMC⁸⁹: la exigencia de que no existan vías alternativas y menos agresivas, o gravosas, para controlar la inversión foránea. Así, los potenciales modelos diseñados sólo se entenderán compatibles con el ordenamiento jurídico de la Unión “si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas⁹⁰”.

27. Se busca, en definitiva, que el posible modelo diseñado asegure la plena virtualidad del principio de seguridad jurídica, fundamental en el derecho europeo. Lo que requiere, por una parte, que la decisión se adopte con base en “criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que establezcan suficientemente los límites de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales⁹¹, y dirigidos, exclusivamente, a la protección de concretos intereses –generales- legítimos. Se trata de ofrecer al inversor afectado indicaciones claras con relación a las “circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa⁹²”, permitiéndole ser consciente del “alcance de sus derechos y obligaciones⁹³ al amparo de la normativa europea, y dotándole, en suma, de capacidad para obrar en consecuencia. Reconociéndole, adicionalmente, una vía de recurso: cualquier persona afectada por “una medida restrictiva basada en dicha excepción debe disponer de un recurso judicial⁹⁴”.

28. La satisfacción de estos requisitos aseguraría el mantenimiento de elevados estándares en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido⁹⁵, salvaguardando el principio de seguridad jurídica⁹⁶, y haciendo al modelo diseñado compatible con la normativa europea.

III. El Reglamento 2019/452 como pieza clave de un modelo plural de control

29. En este entorno se promulga el Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión⁹⁷, por motivos de “seguridad u orden público”, dos términos oscuros y maleables que ven ahora multiplicada su popularidad de manera exponencial⁹⁸. Un texto, claro ejemplo de “compromiso posibilista⁹⁹”, que

⁸⁷ STJUE de 10.7.1984, *Campus Oil*, *cit.*, n.º 36.

⁸⁸ STJUE de 4.10.1991, *Richardt*, *cit.*, n.º 20. Vid. igualmente, SSTJUE de 11.10.2007, *ELISA*, C-451/05, ECLI:EU:C:2007:594, n.º 82; de 31.3.1993, *Kraus / Land Baden-Württemberg*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, n.º 32, o de 21.12.2011, *Comisión / Polonia*, C-271/09, ECLI:EU:C:2011:855, n.º 58. Sobre la idea de proporcionalidad, vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, *cit.*, p. 1351; S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital...*, *cit.*, pp. 228-234. Adicionalmente, en aquellas ocasiones en que existe legislación secundaria de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo ha limitado a los Estados miembros la posibilidad de invocar este tipo de motivos presentes en los Tratados de la Unión, vid. SSTJUE de 5.10.1977, *Tedeschi / Denkavit*, 5/77, ECLI:EU:C:1977:144, n.º 35 o de 7.6.2007, *Comisión / Países Bajos*, C-50/06, ECLI:EU:C:2007:325, n.º 51.

⁸⁹ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, *cit.*, p. 125 y ss.

⁹⁰ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, n.º 18. Nótese, A. JONES y J. DAVIES, “Merger control...”, *cit.*, p. 474.

⁹¹ STJUE de 1.10.2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593, n.º 39.

⁹² STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, nn.º 21 y 23.

⁹³ *Ibid.*, n.º 22.

⁹⁴ *Ibid.*, n.º 17.

⁹⁵ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital...*, *cit.*, p. 242.

⁹⁶ STJUE de 14.3.2000, *Église de scientologie*, *cit.*, nn.º 21 y 22.

⁹⁷ En relación con el Reglamento, su génesis y soluciones, vid., por todos, C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, *cit.*, p. 311 y ss.; J. WARCHOL, “The Birth of the EU...”, *cit.*, p. 68 o C. PETTINATO, “The new EU regulation on foreign direct investment screening: rationale and main elements”, en G. NAPOLITANO (ed.), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 57 y ss.

⁹⁸ C. ESPLUGUES MOTA, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 79 y ss.

⁹⁹ J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, *La Unión Europea y el comercio global: valores y soberanía estratégica sin nacionalismos económicos*. Festividad de San Raimundo de Peñafort, 22.2.2022, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad CEU San Pablo, p. 31.

marca un hito decisivo en la posición mantenida por la Unión en relación con las IED, patentizando la pérdida de la inocencia respecto de ellas¹⁰⁰, y su voluntad decidida de proteger sus “intereses estratégicos”¹⁰¹. Más que ante un mecanismo proteccionista, estamos ante un instrumento que refleja un giro desde una lógica de mercado a otra de seguridad¹⁰², manifestada en el constante aumento, a lo largo del planeta, del número de sectores y transacciones -no necesariamente de cuantías significativas- cubiertos por este tipo de mecanismos¹⁰³. De hecho, en estos momentos los países que incorporan mecanismos de cribado previo “account for over half of global FDI flows and three quarters of FDI stock”¹⁰⁴. Subiendo de 17, en 2014 a 41, en 2023, de los que 26 son europeos, con un 141% de incremento en su número¹⁰⁵.

30. A partir del apoyo al libre comercio y a la libre circulación de inversiones¹⁰⁶ se asume que, en algunos casos, los inversores extranjeros pueden pretender hacerse con ciertos activos estratégicos que les permitan controlar o influenciar empresas europeas que “are critical for our security and public order”¹⁰⁷. Y que esto no solo es negativo para la economía europea sino, también, para el modelo de vida europeo. Que las ventajas, no unánimemente compartidas, que aporta el libre comercio y el flujo de inversiones como motores de crecimiento y bienestar, chocan con la necesidad de proteger ciertos intereses públicos, con independencia de su potencial impacto en aquellos¹⁰⁸.

31. Un peligro que se ve agravado por el apuntado hecho de que, “a menudo, los inversores de la UE no gozan de los mismos derechos a invertir en el país del que procede la inversión”¹⁰⁹. Y por el dato adicional de que estos inversores, además, pueden ser soberanos, desarrollando su política inversora en apoyo de sus objetivos geoestratégicos y “with little respect for the business environment and regulations of a democratic and transparent European country”¹¹⁰. De ahí la conveniencia de articular un mecanismo, claramente precautorio, que permita “to obtain more transparency and traceability from a potential buyer”¹¹¹ en relación con sus fuentes de financiación, su eventual control por un Estado extranjero, o el impacto en la economía nacional y en la seguridad de la Unión y de sus miembros.

32. El Reglamento deviene un elemento decisivo de esta nueva actitud preventiva inaugurada por la Unión. Un primer paso clave en el proceso de “europeización” del control de las inversiones

¹⁰⁰ En tal sentido, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “El (complejo y poliédrico) fin de la edad de la inocencia de la UE: el Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea como ejemplo”, *Bitácora Millenium DIPr*, n.º 15, 2022.

¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA, Presidente Jean-Claude Juncker..., *cit.*, p. 3.

¹⁰² S. B. DANZMAN y S. MEUNIER, “Naive no More: Foreign Direct Investment Screening in the European Union”, *Global Policy*, Vol. 14, Suppl. 3, 2023, p. 48 o S. BAUERLE DANZMAN y S. MEUNIER, “Naïve no More: Foreign Direct Investment Screening in the European Union”, *Global Policy*, Vol. 14, Suppl. 3, 2023, pp. 48-49.

¹⁰³ Vid. S. BAUERLE y S. MEUNIER, “Mapping the Characteristics of Foreign Investment Screening Mechanisms: The New PRISM Dataset”, *International Studies Quarterly*, Vol. 67, 2023, pp. 6-7.

¹⁰⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2024 World investment report. Investment facilitation and digital government, New York, United Nations, 2024, p. xiii.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 46 y 57.

¹⁰⁶ Sobre la propuesta, vid. C. ESPLUGUES, “Towards a Common Screening System of Foreign Direct Investment on National Interests Grounds in the European Union”, *Culture, Media and Entertainment Law*, Vol. 11, n.º 2, 2018, p. 22 y ss. o C. ESPLUGUES MOTA, “La propuesta de reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, p. 188 y ss.

¹⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION, State of the Union 2017 - Trade Package: European Commission proposes framework for screening of foreign direct investments, Press release, Brussels, 14.9.2017 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_3183).

¹⁰⁸ W. SCHERPENISSE, E. STAMHUIS y A. QUINTAVALLA, “Investment Screening Against Strategic Cyber Risks”, *Erasmus Law Review*, Vol. 15, 2020, p. 292.

¹⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización, COM(2017) 240, de 10.5.2017, p. 17 (disponible en: https://commission.europa.eu/publications/reflection-paper-harnessing-globalisation_es).

¹¹⁰ Al respecto, L. BRENNAN y A. VECCHI, “The European Response...”, *cit.*, p. 1081.

¹¹¹ E. FABRY y M. BERTOLIN, COVID-19: The Urgent Need for Stricter Foreign Investment Controls, Paris, Notre Europe Jacques Delors Institute, policy paper n.º 253, april 2020, p. 12 (disponible en: https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/10/PP253_FDIscreening_Fabry_200427_EN.pdf)

extranjeras¹¹². Pero no es el único a la hora de confrontar un fenómeno complejo y plural que plantea problemas variados, y que exige una respuesta con vocación de globalidad. Una pieza esencial, pero no solitaria, de un nuevo modelo plural europeo de control de las inversiones extranjeras, en el que convive con normas sobre la contratación pública dirigidas a las empresas extranjeras o sobre la actuación en el mercado europeo de empresas que reciban ayudas por parte de terceros Estados, a la vez que se dota a otros sectores del ordenamiento europeo de una función securitaria¹¹³. Todas ellas, actuaciones varias destinadas a monitorizar cierta inversión no deseada, por entenderse que puede afectar al orden público y a la seguridad de Europa asegurando que “anyone who comes to do business here accepts and respects our rules”¹¹⁴.

33. Esta convivencia de textos diversos y plurales en sus objetivos y soluciones suscita directamente la cuestión de su coordinación. Y, como consecuencia de ello, de la posibilidad de que una misma situación sea susceptible de ser evaluada a partir de realidades normativas diversas, por autoridades distintas, con variados niveles de previsibilidad, seguridad y responsabilidad de las administraciones a cargo de la evaluación, dependiendo de la específica dimensión que se esté ponderando. Un sistema plural que, junto a la potencial inseguridad jurídica y falta de previsibilidad en el resultado que puede generar¹¹⁵, plantea, a su vez, una compleja cuestión de fondo que ya latía en la Sentencia en el asunto *Église de scientologie*, y de la que también se hizo eco el Parlamento Europeo en su día¹¹⁶: la utilización de todo este engranaje normativo como argumentos proteccionistas que puedan acabar afectando a la posición abierta hacia el comercio internacional, y la libre circulación de inversiones, de la que ha hecho gala hasta el momento la UE. La posibilidad de que las diversas normas sobre control de las inversiones den –previsiblemente– lugar a un proceso de evaluación mucho más opaco que el existente en otros ámbitos como el derecho de la competencia, o en relación con las ayudas de Estado, y la lábil distinción entre lo que constituye una medida de protección de la seguridad o el orden público, y otra de puro proteccionismo económico, puede acabar resultando una tentación difícil de resistir para cualquier legislador en tiempos de cambio económico y geoestratégico¹¹⁷.

1. El panorama normativo previo a la aprobación del Reglamento 2019/452

34. Antes de la promulgación del Reglamento 2019/452, el ordenamiento jurídico de la Unión contaba con algunas –limitadas– herramientas legales para afrontar los supuestos de IED que pudieran presentar un impacto negativo sobre su seguridad y orden público. Normas aisladas que, en ningún momento ofrecían una respuesta articulada, global ni, tan siquiera, específicamente diseñada para hacer frente a estas situaciones¹¹⁸. Y que, en algunos casos, significativamente, son objeto de reforma en clave securitaria tras 2019.

¹¹² K. PLANCK, “Medicinal Products and the Screening of Foreign Direct Investment. Questionable Protection of National Security Interests by Tightening Investment Control Law”, *EPLR*, Vol. 5, n.º. 3, 2021, p. 124.

¹¹³ Sobre el resto de acciones previstas, vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la política comercial - Una política comercial abierta, sostenible y firme, COM(2021) 66 final, Bruselas, 18.2.2021, p. 23 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021DC0066>).

¹¹⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Shaping Europe’s Digital Future*, Luxembourg, Publications office of the EU, 2020, p. 7 (disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/84c05739-547a-4b86-9564-76e834dc7a49_en?filename=communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en.pdf).

¹¹⁵ Al respecto, S. F. WERNICKE, “Investment Screening...”, *cit.*, p. 29.

¹¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la política de competencia: Informe anual 2020, p. 12, n.º 31 (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0275_ES.html).

¹¹⁷ Nótese, C. ESPLUGUES MOTA, “La creciente interacción...”, *cit.*, pp. 171 y 172 o CH. BIANG, “Foreign Direct Investment Screening and National Security: Reducing Regulatory Hurdles to Investors Through Induced Reciprocity”, *J. World Investment & Trade*, Vol. 22, n.º. 4, 2021, p. 566.

¹¹⁸ Considérese, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Recibir favorablemente ..., *cit.*, p. 9.

35. Con carácter genérico, el artículo 346 TFUE¹¹⁹ incorpora dos excepciones a las obligaciones derivadas del propio Tratado, apuntando que “a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad”. Y que “b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra”. Estas medidas, añade, “no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares”.

36. Este mandato global, en línea con el tenor del artículo XXI GATT¹²⁰, se acompañaba, y se acompaña, de un conjunto de textos que permiten adoptar ciertas decisiones en relación con inversiones extranjeras susceptibles de afectar a la seguridad pública y que inciden en temáticas diversas.

A) El derecho de la competencia

37. Así, el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”)¹²¹ faculta a los Estados miembros, en su artículo 21.4.I, a “adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario”. Entendiendo como tales, de acuerdo con el apartado II del precepto, a “la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales”. Se trata de un texto relevante sometido a un proceso de securitización en los últimos tiempos y que, como veremos en su momento plantea problemas plurales¹²².

B) Los sectores críticos

38. Junto al Reglamento de competencia aparecen otros instrumentos de la Unión que aportan respuestas específicas en sectores concretos. En este sentido, la Directiva 2022/2557 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a la resiliencia de las entidades críticas y por la que se deroga la Directiva 2008/114/CE del Consejo¹²³ ofrece ahora una visión mucho más amplia en relación con la resiliencia de las entidades críticas, que la aportada por el texto derogado, de 2008, que se centraba en el sector de la energía y el transporte. El Reglamento de 2022, como señala su considerando 4, “crea un marco general que aborda la resiliencia de las entidades críticas con respecto a todos los peligros, ya sean naturales, o provocados, accidental o intencionadamente, por el ser humano.”. Obligando a los Estados a adoptar medidas específicas destinadas a asegurar, tal como apunta su artículo 1.1.a), “la prestación sin obstrucciones en el mercado interior de servicios esenciales para el mantenimiento de funciones sociales o actividades económicas vitales” en 11 sectores diversos¹²⁴.

a) Sector financiero

39. La Comunicación de la Comisión de 2021 titulada “Sistema económico y financiero europeo: fomentar la apertura, la fortaleza y la resiliencia”¹²⁵ destaca la importancia del sector financiero

¹¹⁹ En relación con este precepto y su juego en este ámbito, vid. D. EISENHUT, “The Defence, Military and Dual-Use Sector”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook...*, *cit.*, p. 272 y ss.

¹²⁰ Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 116 y ss.

¹²¹ DOUE L 24, de 29.1.2004.

¹²² Vid. III.2.C) *infra*.

¹²³ DOUE L 333, de 27/12/2022.

¹²⁴ Vid. Columna 3 del cuadro del anexo a la Directiva.

¹²⁵ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Banco Central europeo, al

para la seguridad económica, la autonomía estratégica abierta y la resiliencia de la UE¹²⁶. En esta línea, el artículo 22.1 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE¹²⁷ exige a los Estados miembros disponer “que toda persona física o jurídica (denominada “adquirente propuesto”) que por sí sola o en concertación con otras haya decidido adquirir, directa o indirectamente, una participación cualificada en una entidad de crédito o incrementar, directa o indirectamente, tal participación cualificada en una entidad de crédito, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior al 20 %, 30 % o 50 %, o que la entidad de crédito pase a ser su filial (denominada “adquisición propuesta”), lo notifique primero por escrito a las autoridades competentes de la entidad de crédito en la que se proponga adquirir o incrementar una participación cualificada, indicando la cuantía de la participación prevista y la información relevante ...”. El significado de “participación cualificada” queda referido al artículo 4.1.36 del Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión¹²⁸.

b) Redes y sistemas de información

40. A pesar de ser ahora uno de los sectores en los que se focaliza el cribado de las IED en muchos países, la UE no ha contado tradicionalmente con normativa que controlase o prohibiese la inversión foránea en relación con las telecomunicaciones y las infraestructuras de IT. Disposiciones que vienen basadas en los principios de competencia abierta y dinamismo tecnológico, y que no facilitarían –con la vista puesta en Huawei- la posibilidad de un “hidden investment screening”¹²⁹.

41. El supuesto, por ejemplo, del 5G es especialmente relevante y significativo en este sentido. El Documento EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks¹³⁰ destaca en su numeral 2.37 como la “likelihood of the supplier being subject to interference from a non-EU country” constituye “one of the key aspects in the assessment of non-technical vulnerabilities related to 5G networks”. Así, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Despliegue seguro de la 5G en la UE – Aplicación de la caja de herramientas de la UE”¹³¹ refiere en su numeral 2.7 a la Recomendación de la Comisión 2019/534, de 26 de marzo de 2019¹³², relativa a la “Ciberseguridad de las redes 5G”, compartiendo con ella la necesidad de lograr un enfoque de la UE en la materia, y trabajar para garantizar la seguridad de la infraestructura de 5G, y la cadena de suministro utilizando “todas las herramientas de que dispone” la UE.

42. El numeral 2.20 del Dictamen apunta, entre otras, la obligación de los Estados miembros de garantizar “el correcto equilibrio de proveedores a escala nacional evitando la dependencia de proveedores considerados de alto riesgo, promoviendo entre otras cosas una mayor interoperabilidad de los

Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. Sistema económico y financiero europeo: fomentar la apertura, la fortaleza y la resiliencia, Bruselas, 19.1.2021, COM(2021) 32 final (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0032>).

¹²⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹²⁷ DOUE L 176, de 27.6.2013. En relación con esta temática, nótese H. BERGER, “The Banking and Insurance Sector”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 236 y ss.

¹²⁸ DOUE L 176, 27.6.2013.

¹²⁹ Al respecto, vid. M. FEHLING, “The Telecommunications and IT Infrastructure Sector”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 318 y ss.

¹³⁰ NIS COOPERATION GROUP, EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks, Report, 9.10.2019 (disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/62132>).

¹³¹ [COM(2020) 50 final] (2020/C 429/37), DOUE C 429, de 11.12.2020.

¹³² DOUE L 88, de 29.3.2019.

equipos”, y el “mantenimiento de una cadena de suministro 5G diversificada y sostenible con vistas a evitar la dependencia a largo plazo, aprovechando plenamente las herramientas de la UE para controlar las inversiones extranjeras directas, las herramientas de defensa comercial, las normas de competencia y las normas de contratación pública de la UE”.

43. La cuestión de la ciberseguridad será abordada, en 2022, por la Directiva 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento 910/2014 y la Directiva 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva 2016/1148 (Directiva SRI 2)¹³³. La Directiva va más allá del texto derogado, de 2016, e incardina en su Anexo 1 un listado de sectores de “alta criticidad” en los que se incluye la energía, el transporte, la banca, la infraestructura de los mercados financieros, el sector sanitario -que se demostró tan relevante durante la pandemia-, el agua potable, las aguas residuales, la infraestructura digital, la gestión de servicios de TIC (de empresa a empresa), las entidades de la administración pública, con exclusión del poder judicial, los parlamentos y los bancos centrales, y el espacio. Significativamente, algunos de estos sectores apuntados cuentan con soluciones propias en relación con el control de la inversión foránea.

44. Con todo, el Tribunal de cuentas europeo, en un informe especial elaborado en 2022, resalta la presencia de problemas de seguridad en el despliegue de la tecnología 5G que siguen sin resolverse¹³⁴. Recomendando, entre otras actuaciones, el fomento de un planteamiento concertado sobre la seguridad de la tecnología 5G entre los Estados miembros, a la vez que se supervisan los enfoques adoptados por estos con respecto a la seguridad de las redes 5G, y recomienda evaluar el impacto de las divergencias en el funcionamiento eficaz del mercado interior¹³⁵.

c) Transporte aéreo

45. Específicamente en el ámbito del transporte aéreo, el artículo 4.f) del Reglamento 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad¹³⁶ precisa que una compañía aérea no puede ser objeto de licencia en la UE si el 50%, o más, de sus acciones están en manos de extra europeos, salvo que exista un acuerdo con el país del origen¹³⁷. Una posición que contrasta con la filosofía del Reglamento 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos¹³⁸, con el que se busca asegurar, tal como afirma su considerando 1, “unos servicios portuarios modernos que contribuyan al uso eficiente de los puertos y a un clima favorable para la inversión, con vistas a desarrollar puertos acordes con los requisitos actuales y futuros en materia de transporte y logística”.

d) Energía

46. Igualmente, y referido al sector energético, el artículo 72 de la Directiva 2024/1788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativa a normas comunes para los mer-

¹³³ DOUE L 333, de 27.12.2022.

¹³⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, Despliegue de la tecnología 5G en la UE: Retrasos en el despliegue de redes y problemas de seguridad, Informe Especial ES 2022 03, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la UE, 2022.

¹³⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, Despliegue de la tecnología 5G..., *cit.*, pp. 51-53, Recomendaciones dos y tres.

¹³⁶ DOUE L 293, de 31.10.2008.

¹³⁷ En relación con esta normativa, vid. H. JESSEN, “The Transport Sector”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, p. 288.

¹³⁸ DOUE L 57, de 3.3.2017.

cados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno, por la que se modifica la Directiva 2023/1791 y se deroga la Directiva 2009/73/CE¹³⁹ aborda ahora, en línea con el mandato del artículo 11 de la Directiva derogada, todo un conjunto de medidas precautorias para asegurar el suministro energético, en caso de certificación en relación con terceros países. También el Reglamento 2017/1938 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga el Reglamento 994/2010¹⁴⁰, al tratar la “definición de los riegos”, incluye en su Anexo IV –“Modelo de evaluación común de riegos”-, en el numeral 3.c), a los derivados del “control de las infraestructuras pertinentes para la seguridad del suministro de gas por entidades de terceros países”. Y, correlativamente, en su Anexo VI –“Modelo de plan de acción preventivo”- se recogen dentro de las medidas preventivas –numeral 5.iii)- a aquellas tendentes a “proteger las infraestructuras claves pertinentes para la seguridad del suministro en relación con el control por parte de entidades de terceros países”.

47. Precauciones que se repiten en el artículo 53.3 de la Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE¹⁴¹. Y que están igualmente latentes en el Reglamento 2019/941 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre la preparación frente a los riesgos en el sector de la electricidad y por el que se deroga la Directiva 2005/89/CE¹⁴²

48. Igualmente vinculado al ámbito energético, el artículo 2.2.II de la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos¹⁴³ permite a los Estados miembros, “denegar, por motivos de seguridad nacional, el acceso a estas actividades y su ejercicio a cualquier entidad que esté efectivamente controlada por terceros países o por nacionales de terceros países”¹⁴⁴.

2. Los contornos del modelo plural de control de las inversiones extranjeras

49. Frente a esta situación de fragmentación normativa y limitación de su ámbito de aplicación, el Reglamento 2019/452 se presenta como un primer paso en la conformación de un modelo plural de control global de las inversiones extranjeras dirigido a articular una respuesta amplia y coordinada a un problema polimorfo de especial complejidad. Un conjunto de textos –calificado por algunos como “patchwork of laws –where they exist- of varying scope and effectiveness”¹⁴⁵- que, coexiste con los que acaban de mencionarse y que, asumiendo sus notables variaciones en cuanto a su objetivo, grado de desarrollo, y vigencia, coinciden en su intención de incrementar la capacidad de la Unión de asegurar el tratamiento “equitativo”¹⁴⁶ de los operadores económicos e inversores nacionales y extranjeros, encauzando las inversiones provenientes de ciertos países -o realizadas por determinado tipo de inversores- en aquellas ocasiones en que “están en juego los intereses estratégicos de la UE”¹⁴⁷.

¹³⁹ DOUE L 78, de 15.7.2024.

¹⁴⁰ DOUE L 280, de 28.10.2017.

¹⁴¹ DOUE L 158, de 14.6.2019. Nótese cdo. 78 y A. NEERGARD, “The Adoption of the Regulation Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investment into the European Union”, en J. H. J. BOURGEOIS (ed.), *EU Framework for ...*, *cit.*, p. 158.

¹⁴² DOUE L 158, de 14.6.2019.

¹⁴³ DOUE L 164, de 30.6.1994.

¹⁴⁴ Considérese B. O. G. MORTENSEN, “The Energy Sector”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook...*, *cit.*, p. 310.

¹⁴⁵ J. JACOBS, “Tiptoeing the Line Between National Security and Protectionism: A Comparative Approach to Foreign Direct Screening in the United States and European Union”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 47, n.º 2, 2019, p. 117.

¹⁴⁶ Tal como se afirma en, PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la política de competencia..., *cit.*, p. 12, n.º 33.

¹⁴⁷ COMISION EUROPEA - ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, Comunicación conjunta al Parlamento europeo, el Consejo europeo y el Consejo UE-China – Una perspectiva estratégica, Estrasbur-

A) La regulación del acceso de las empresas extranjeras al mercado europeo de contratación pública: el Reglamento 2022/1031

50. Así, en primer lugar, y en el marco de la consolidación de esta nueva aproximación securitaria a las IED, la Unión ha constatado que, en contraste con lo que ocurre en relación con el mercado europeo de contratación pública, que es el mayor y más abierto del mundo¹⁴⁸, las empresas europeas -altamente competitivas en sectores como el de los equipos de transporte, telecomunicaciones, electricidad, equipos médicos o servicios de construcción¹⁴⁹-, encuentran graves problemas para acceder a oportunidades de contratación pública en otros países del mundo; con especial singularidad en la RPC. Una tendencia proteccionista que, además, como apunta la propia Comisión, “va en aumento”¹⁵⁰. Reflejo de ello es que el Acuerdo sobre Contratación Pública, un texto negociado en el seno de la OMC, cuenta con un número muy limitado de Estados parte¹⁵¹, entre los que no se halla ningún país africano o latinoamericano, y la presencia asiática -la RPC no es parte en él, como tampoco lo son la Federación Rusa o India- es mínima. Una situación que llevó al Parlamento Europeo a invitar a la Comisión “to ensure reciprocity with third countries in public procurement”, y “to work towards the accession of key third countries, such as China, to the WTO Agreement on Government Procurement”¹⁵².

51. El Reglamento 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2022 sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI)¹⁵³ busca ofrecer una respuesta a esta situación. El texto se asienta sobre la premisa de que muchos terceros países son reacios a abrir sus mercados de contratos públicos, o de concesiones, a la competencia internacional, o, sin más, a mejorar su accesibilidad. Ello tiene como consecuencia que, como señala el considerando 8 del texto reglamentario, “los operadores económicos de la Unión se enfrentan a prácticas de contratación pública restrictivas en muchos terceros países, que conllevan una importante pérdida de posibilidades de comercio”.

52. De esta suerte, su objetivo, tal como afirma su artículo 1, es establecer medidas en materia de contrataciones no cubiertas, destinadas a mejorar el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos, y de concesiones de terceros países. Diseñando procedimientos para que la Comisión lleve a cabo investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países contra los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión, e inicie consultas con los terceros países en cuestión. Permitiendo la imposición de medidas ICI en relación con tales actos o prácticas de terceros países, con objeto de restringir el acceso de operadores económicos, bienes o servicios de terceros países a los procedimientos de contratación pública de la Unión.

go, 12.3.2019, JOIN(2019) 5 final, p. 9 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005>).

¹⁴⁸ Al respecto, nótese, M. SZCZEPAŃSKI, “EU international procurement instrument”, European Parliament Briefing – EU Legislation in Progress, November 2022, PE 649.403, pp. 2-3 (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI\(2020\)649403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI(2020)649403_EN.pdf)).

¹⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA - ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, Comunicación conjunta ..., *cit.*, p. 7.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵¹ A fecha de 2025 el instrumento cuenta con 22 parte, que abarcan a 49 Miembros de la OMC si se cuenta como una sola Parte a la Unión Europea y sus 27 Estados miembros. Vid. el listado de Estados contratantes en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm

¹⁵² EUROPEAN PARLIAMENT, Report on Competition Policy – Annual Report 2019, (2019/2131(INI)), A9-0022/2020, de 25.2.2020, p. 6, n.º 3 (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0022_EN.html)

¹⁵³ DOUE L 173, de 30.6.2022.

B) La regulación de la actuación en el mercado europeo de empresas extranjeras que reciban ayudas públicas: el Reglamento 2022/2560

53. Adicionalmente, y directamente vinculado al apuntado ámbito de la participación de sociedades extranjeras en el mercado europeo de licitación pública¹⁵⁴, aunque superándolo -como reconoce la Comisión Europea en su Comunicación sobre una nueva estrategia industrial para Europa¹⁵⁵-, se ha aprobado el Reglamento 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior¹⁵⁶. Un texto que refleja la voluntad, manifestada por la Unión, ya en 2017, de no dudar “a la hora de actuar para proteger a sus ciudadanos y a su industria” cuando haya otros países o empresas foráneas que lleven a cabo prácticas desleales¹⁵⁷.

54. La normativa de la UE sobre defensa comercial, ayudas estatales, contratación pública o derecho de la competencia no cubre en sus respectivos ámbitos de aplicación la presencia de subvenciones extranjeras¹⁵⁸; como tampoco las consideran las normas sobre acceso a la financiación de la UE¹⁵⁹. De ahí que la Comisión, que inserta este Reglamento en el marco de su nueva política industrial¹⁶⁰, atendiese la solicitud formulada por diversos Estados miembros para hacer frente a este tipo situación¹⁶¹, diseñando un instrumento que le permita confrontar esta compleja y verídica situación.

55. El Reglamento, que sigue al Libro Blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras, de junio de 2020, es plenamente coherente con el artículo 207 TFUE, y con la política comercial de la UE. Y complementa los instrumentos comerciales en los que esta es parte¹⁶², explicitando su decidida voluntad de “showcase its preference for international cooperation and dialogue, but also its readiness to combat unfair practices and foreign subsidies that undermine the level-playing field in the Single Market”¹⁶³. Su objetivo es corregir las distorsiones creadas por las subvenciones que conceden terceros países a empresas que operan en el mercado interior de la UE”, contribuyendo al buen funcionamiento de este mediante el “establecimiento de un marco

¹⁵⁴ Considérese, M. BÖHEIM, N. BRAITO, D. CECCANTI *et al*, Foreign Subsidies and Public Procurement, European Parliament, Directorate General for External Policies, Policy Department, PE 653.648 – October 2021, p. 6 y ss (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/653648/EXPO_IDA\(2021\)653648_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/653648/EXPO_IDA(2021)653648_EN.pdf)). Vid., igualmente, COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras, Bruselas, 17.6.2020, COM(2020) 253 final, pp. 33-39 y 46-47 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0253&from=ES>).

¹⁵⁵ Nótese. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo modelo de industria para Europa, Bruselas, 13.3.2020, COM(2020) 102 final, p. 7 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0102&from=ES>).

¹⁵⁶ DOUE L 330, de 23.12.2022.

¹⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Recibir favorablemente ..., *cit.*, p. 2.

¹⁵⁸ Vid. en tal sentido, COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre el establecimiento..., *cit.*, pp. 11-14 y COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 99 final} - {SWD(2021) 100 final}, Bruselas 5.5.2021, p. 3 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0223&from=ES>).

¹⁵⁹ En tal sentido, COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre el establecimiento..., *cit.*, pp. 15 y 40-45.

¹⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION, Commission staff working document impact assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market {COM(2021) 223 final} - {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 100 final}, p. 5 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0099>).

¹⁶¹ Vid. <https://www.permanentrepresentations.nl/binaries/nlatio/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field/Dutch+nonpaper+on+Level+playing+field.pdf> (formulada por los Países Bajos) o <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf> (formulada por Alemania, Italia, Francia y Polonia).

¹⁶² COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones..., *cit.*, p. 5.

¹⁶³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa {SWD(2021) 351 final} - {SWD(2021) 352 final} - {SWD(2021) 353 final}, Bruselas, 5.5.2021 COM(2021) 350 final, p. 5 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0350>).

armonizado para hacer frente a las distorsiones causadas, directa o indirectamente, por subvenciones extranjeras, con vistas a garantizar la igualdad de condiciones de competencia”¹⁶⁴.

56. En este sentido, y tal como afirma su artículo 1.1, establece las normas y los procedimientos para investigar, y corregir, las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior “respecto de cualquier actividad económica, y en particular en el marco de las concentraciones y los procedimientos de contratación pública”. Aplicándose, como dice su artículo 1.2, a “las subvenciones extranjeras concedidas a las empresas que ejercen una actividad económica en el mercado interior, incluidas las empresas públicas controladas directa o indirectamente por el Estado”. Se considera, así, que, entre otras, ejercen una actividad económica en el mercado interior, aquellas “empresas que adquieran el control de una empresa establecida en la Unión o se fusionen con una empresa establecida en la Unión o que participen en un procedimiento de contratación pública en la Unión”.

57. La presencia de una subvención pública se determina al amparo del artículo 3 del texto reglamentario, y la existencia de una distorsión en el mercado interior se verifica de acuerdo con su artículo 5. El artículo 6, por su parte, establece un listado de “categorías de subvenciones extranjeras con mayores probabilidades de distorsionar el mercado interior”, entendiéndose que será “muy probable que las subvenciones extranjeras” lo distorsionen cuando se hayan concedido a una “empresa en dificultades, a saber, una empresa que probablemente vaya a cesar su actividad a corto o medio plazo de no obtener una subvención, a menos que exista un plan de reestructuración capaz de restablecer su viabilidad a largo plazo y que dicho plan incluya una contribución significativa por parte de la propia empresa”. Así como si se trata de subvenciones que “adopten la forma de una garantía ilimitada destinada a respaldar las deudas u obligaciones de la empresa, a saber, sin limitación alguna en cuanto a su importe o duración”, de “medidas de financiación de las exportaciones que no estén en consonancia con el Acuerdo de la OCDE en materia de Créditos a la Exportación con Apoyo Oficial”, que “faciliten directamente una concentración”, o que “permitan a una empresa presentar una oferta indebidamente ventajosa, sobre cuya base pueda adjudicarse el contrato pertinente a dicha empresa”.

58. Estas subvenciones extranjeras “distorsionadoras”¹⁶⁵, incontrolables hasta el momento para las autoridades europeas, permiten a ciertos operadores económicos participar en situación de “ventaja desleal”¹⁶⁶ en los procesos de licitación pública europeos¹⁶⁷, adquirir empresas europeas¹⁶⁸ en condiciones inequitativas, o dedicarse a actividades comerciales en la Unión, generando todo tipo de distorsiones en el libre funcionamiento del mercado único, y favoreciendo, igualmente, la deslocalización¹⁶⁹. Frente

¹⁶⁴ CONSEJO EUROPEO, Subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: acuerdo político provisional entre el Consejo y el Parlamento Europeo, comunicado de prensa, 20.6.2022 (disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/06/30/foreign-subsidies-regulation-political-agreement/>).

¹⁶⁵ Al respecto, vid. COMISIÓN EUROPEA, Reglamento sobre subvenciones extranjeras, con algunos ejemplos (disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy/proposed-regulation-address-distortions-caused-foreign-subsidies-single-market_es)

¹⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, La Comisión propone un nuevo Reglamento para hacer frente a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado único, Comunicado de prensa, Bruselas 5.5.2021, p. 1 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_21_1982/IP_21_1982_ES.pdf).

¹⁶⁷ Un análisis en profundidad del impacto en este ámbito, con ejemplos concretos, se encuentra en EUROPEAN COMMISSION, Commission staff working document impact assessment accompanying the Proposal for a Regulation..., *cit.*, pp. 17-21. Algo sobre lo que los propios operadores económicos europeos ya han manifestado su preocupación. Vid. respecto del sector marítimo y ferroviario, EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document, Annual Single Market Report 2021 Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market for Europe’s Recovery, Brussels, 5.5.2021, SWD(2021) 351 final, p. 150 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0351&from=EN>).

¹⁶⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION, Commission staff working document impact assessment accompanying the Proposal for a Regulation..., *cit.*, pp. 12-17.

¹⁶⁹ Considérese en relación con este punto, EUROPEAN COMMISSION, Commission staff working document impact assessment accompanying the Proposal for a Regulation..., *cit.*, pp. 21-29.

a ellas, la Comisión podrá imponer medidas correctoras y compromisos, tal como precisa su artículo 7, estableciéndose determinadas obligaciones de información, al amparo del artículo 8.

C) La lectura en clave securitaria del derecho europeo

59. La articulación de un modelo plural de control de las IED en la Unión cuenta con un, apuntado, impacto colateral en relación con algunos ámbitos del derecho de la Unión; con el derecho de la competencia europeo como ejemplo paradigmático. Todas las operaciones de inversión extranjera deben necesariamente venir sometidas a la legislación europea que, lógicamente, incluye las normas de competencia¹⁷⁰. Así, y como recoge de forma explícita el propio Reglamento 2019/452 sobre control de las inversiones extranjeras directas, en su artículo 6.1 y en su considerando 36, una operación de fusión y adquisición con incidencia en el mercado europeo puede ser susceptible de una doble valoración. A saber, a través del propio Reglamento 2019/452, y del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas¹⁷¹. Dos textos surgidos en momentos diversos, con objetivos diferenciados, y con pautas de aplicación, y ello es especialmente importante, distintos. Significativamente, la Comisión, por ejemplo, se ve dotada por el texto 2004, de un poder de suspensión de la operación del que carece al amparo del Reglamento 2019/452. Y el nivel de sofisticación y previsibilidad existente en el ámbito del derecho de la competencia, tras años de rodaje del sistema, con la presencia de pautas y directrices claras, no se encuentra –ni, previsiblemente, se va a encontrar– en relación con la práctica del Reglamento de 2019. Un texto, este último, que, por su propia naturaleza y objetivo de controlar las IED por motivos de su eventual peligro para la seguridad y el orden público, busca ofrecer a las autoridades nacionales un amplio volumen de discrecionalidad, a partir de una premisa marcadamente precautoria, anclada sobre nociones vagas y maleables.

60. Ello plantea la doble cuestión de conocer qué normativa va a ser aplicable a una concreta operación inversora –algunos países conceden a la normativa sobre control de las inversiones una función de última instancia, EEUU, mientras que otros la entienden como una opción más para controlar la compatibilidad de la inversión con la seguridad nacional del Estado receptor, RPC¹⁷²–. Y, en su caso, abre la puerta a que una misma inversión extranjera directa sea valorada con base a criterios y estándares diversos, dependiendo de la normativa que, finalmente, le resulte aplicable; generándose, con ello, relevantes cuestiones de seguridad jurídica. Esta interrelación es admitida por el propio legislador europeo, que no duda en afirmar en el considerando 36 del Reglamento 2019/452 que, en aquellas ocasiones en que una inversión extranjera directa constituya una concentración comprendida en su ámbito de aplicación, su aplicación debe entenderse sin perjuicio de la puesta en práctica –“coherente”– del artículo 21.4 del apuntado Reglamento 139/2004¹⁷³. Más aún, el artículo 6.1 del texto de 2019, al abordar el mecanismo de coordinación, incorpora dentro de la obligación del Estado miembro que esté efectuando el control de una propuesta de inversión extranjera directa, el velar por indicar “cuando corresponda... si considera que es probable que la inversión extranjera directa objeto de control entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 139/2004”. Una tarea que no es sencilla¹⁷⁴.

61. Este posible solapamiento es también resaltado por el Reglamento 2022/2560 sobre las sub-

¹⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Recibir favorablemente ..., *cit.*, p. 9.

¹⁷¹ Al respecto, vid. P. M. GADOCHA, “Assessing the EU Framework Regulation for the Screening of Foreign Direct Investment – What is the Effect on Chinese Investors?”, *The Chinese Journal of Global Governance*, n.º. 6, 2020, p. 54.

¹⁷² Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, pp. 265 y 305 y ss., respectivamente.

¹⁷³ En relación con la dimensión práctica de esta interacción, nótese D. EISENHUT, “The Defence, Military...”, *cit.*, pp. 269-270.

¹⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, Bruselas, 23.11.2021, COM(2021) 714 final, p. 21 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2021:714:FIN>)

venciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, cuyo artículo 44 prevé su aplicación sin perjuicio de la, también, aplicación de diversos preceptos del Reglamento 139/2004. Y cuyo considerando 39 aborda una limitada coordinación entre ambos textos. Precisamente, con la finalidad de objetivizar al máximo la aplicación del Reglamento sobre subvenciones extranjeras, y al amparo de su artículo 46, se abrió una “convocatoria de datos” con vistas a concretar los criterios, y establecer directrices, para determinar la existencia de una distorsión con arreglo al artículo 4 del Reglamento. Realizando pruebas de “sopesamiento de los efectos de una subvención”, de acuerdo con el artículo 6 del texto reglamentario, y abordando el ejercicio de la potestad de la Comisión para solicitar la notificación previa de cualquier concentración de conformidad con el artículo 21.5. O de las contribuciones financieras extranjeras recibidas por un operador económico en un procedimiento de contratación pública de acuerdo con el artículo 29.8, así como la evaluación de una distorsión en un procedimiento de contratación pública según el artículo 27 del Reglamento¹⁷⁵.

3. El Reglamento 2019/452

62. El Reglamento 2019/452 responde a la voluntad de colmar una laguna existente en la normativa europea, en la que, como afirma su considerando 5, faltaba un “marco global a escala de la Unión para el control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad o de orden público”. Una ausencia de respuesta que, reitera el considerando, contrasta con la posición mantenida por los principales socios comerciales de la Unión que “ya han elaborado tales marcos”.

63. Objeto de valoraciones diversas y contradictorias, se ha destacado, indistintamente, el esfuerzo realizado para alcanzar un texto aceptable para todos¹⁷⁶, la dificultad de su puesta en práctica¹⁷⁷, su falta de ambición¹⁷⁸ o su carácter limitado, en comparación con las propuestas iniciales de la Comisión¹⁷⁹. De todos estos juicios es, quizás, la dependencia del sistema “europeo” diseñado por los Estados miembros una de las debilidades más notables, y reiteradas, del texto. No solo por afectar a la viabilidad del Reglamento, y a la satisfacción de sus objetivos, sino porque, además, puede favorecer el mercadeo entre aquellos¹⁸⁰. Con todo, el texto ha sido visto como un instrumento “crucial” para coordinar la acción de los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras, instándose desde su promulgación a los países que no contaban con mecanismos de esta naturaleza a adoptarlos¹⁸¹.

64. En sus escasos años de vigencia, el Reglamento ha venido acompañado de dos documentos de Orientación. Uno de 2020, elaborado con motivo de la pandemia, la Comunicación de la Comisión Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones

¹⁷⁵ Vid., https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14516-Foreign-Subsidies-Guidelines_en

¹⁷⁶ S. HINDENLANG y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1431

¹⁷⁷ Al respecto, C. ESPLUGUES, “A Future European FDI Screening System: Solution or Problem?”, *Columbia FDI Perspectives*, n.º 245, 11.2.2019 (disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-76p7-sp45/download>).

¹⁷⁸ F. LOZANO CONTRERAS, “El Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en La Unión: una apuesta poco ambiciosa”, *RGDE*, Vol. 49, 2019, pp. 358-359; J. MAILLO, “New screening of foreign...”, *cit.*, p. 207 o J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, *La Unión Europea ...*, *cit.*, p. 30.

¹⁷⁹ C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, *cit.*, p. 315 y ss. o S. W. SCHILL, “The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46, n.º. 2, 2019, p. 108.

¹⁸⁰ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea”, [COM(2017) 487 final — 2017/0224 (COD)] (2018/C 262/16), DOUE C 262, de 25.7.2018, p. 98, n.º. 2.23.

¹⁸¹ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 9.3.2022, sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación (2020/2268(INI)), n.º. 78, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0064_ES.html

extranjeras directas)¹⁸². Y, el otro, derivado de la invasión rusa de Ucrania: la Comunicación de la Comisión. Orientaciones para los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas de Rusia y Bielorrusia en vista de la agresión militar contra Ucrania y las medidas restrictivas establecidas en recientes Reglamentos del Consejo sobre sanciones¹⁸³.

A) Los acotados objetivos del Reglamento

65. El texto de 2019, un instrumento elaborado, como recuerda su considerando 7, en concordancia con las rígidas exigencias establecidas en su día por el TJUE, intenta no suponer un cambio radical de la posición abierta hacia la inversión extranjera tradicionalmente mantenida por la UE. Así, su considerando 1 reitera la bondad de la inversión extranjera directa, y su contribución al crecimiento de la Unión como punto de anclaje del texto. Limitándose su objetivo, tal como especifica su artículo 1.1, al establecimiento de “un marco para el control, por parte de los Estados miembros y de la Comisión y por motivos de seguridad o de orden público, de las inversiones extranjeras directas dentro la Unión”, sin aportar luz sobre el entendimiento de ambos términos¹⁸⁴. Sin embargo, lo cierto es que introduce una variable muy significativa en ella, asentándose sobre ciertas premisas que, amén de permitir dimensionarlo, marcan su puesta en práctica. Se trata de diseñar un mecanismo que permite el “control” –esto es, como señala artículo 2.3 “evaluar, investigar, autorizar, condicionar, prohibir o anular”- de una inversión extranjera directa¹⁸⁵, sopesando el potencial impacto en la seguridad y el orden público; estamos ante un texto vinculado al ámbito de la seguridad¹⁸⁶. Algo que, como apunta su considerando 3, se entiende plenamente coherente con los compromisos internacionales contraídos en el marco de la OMC, de la OCDE, y de los acuerdos de comercio e inversión celebrados por la UE con terceros países¹⁸⁷.

66. Al amparo de su artículo 2.1, la IED es definida de forma amplia¹⁸⁸, entendiéndose como “una inversión de cualquier tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica”¹⁸⁹. Con todo, se apunta por el considerando 9, el objeto del Reglamento abarca una amplia gama de inversiones “que establecen o mantienen vínculos duraderos y directos entre inversores de terceros países, incluidas entidades estatales, y empresas que realizan una actividad económica en un Estado miembro”. Esta aparente amplitud, empero, no impide que exista un número relevante de potenciales inversiones no cubiertas por el texto¹⁹⁰. En este sentido, el modelo diseñado, y cualquier otro sistema de cribado previo articulado por los distintos Estados miembros, recuerda el considerando 10, debe cubrir, también, aquellas inversiones realizadas desde dentro de la Unión “mediante acuerdos artificiales que no reflejen la realidad económica y eludan los mecanismos de control y las decisiones

¹⁸² C/2020/1981, DOUEC 99, de 26.3.2020.

¹⁸³ 2022/C 151 I/01, DOUE C 151, de 6.4.2022.

¹⁸⁴ Vid. sobre el significado que se ven atribuidos estos, y otros conceptos similares, en la práctica comparada, CH. BIANG, “Foreign Direct Investment Screening...”, *cit.*, pp. 569-571.

¹⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones..., *cit.*, p. 6.

¹⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la política comercial..., *cit.*, p. 22, y no al de la política comercial común, respecto de la que la UE, recordemos, cuenta con competencia exclusiva al amparo del art. 3.1.e) TFUE. Sobre la plural y vaporosa noción de seguridad nacional y su juego en el ámbito del libre comercio y de la libre circulación de inversiones, nótese, C. ESPLUGUES MOTA, “Otra novedosa y relevante dimensión de la seguridad: la seguridad nacional como límite al libre comercio y a la libre circulación de inversiones”, en S. BARONA VILAR, Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 585 y 588.

¹⁸⁷ Vid., C. ESPLUGUES, Foreign Investment..., *cit.*, p. 135 y ss. O. D. GERAETS y L. GARGNE, “Sovereignty and Security: Constraints on Foreign Investment Control Arising from International Law”, ELR, n.º 4, 2022, p. 313 y ss.

¹⁸⁸ B. DE JONG y W. ZWARTKRUIS, “The EU Regulation...”, *cit.*, p.12.

¹⁸⁹ Sobre la noción de control, y la forma de verificarla, vid. L. S. OTTO, “What Is a Foreign...”, *cit.*, p. 545 y ss.

¹⁹⁰ W. SCHERPENISSE, E. STAMHUIS y A. QUINTAVALLA, “Investment Screening Against...”, *cit.*, p. 292.

de control, cuando el inversor sea, en última instancia, propiedad de una persona física o empresa de un tercer país o esté bajo el control de estas¹⁹¹. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales consagradas en el TFUE. En todo caso, se insiste en el considerando 8, todas las operaciones sometidas a control sólo podrán ser valoradas “por motivos de seguridad y de orden público”, y no con base en otros criterios de carácter económico o político¹⁹².

67. El legislador europeo, como el resto de legisladores que los incorporan, es consciente de los problemas de “unpredictability, procedural uncertainty, and the lack of transparency in practice”¹⁹³ que estos mecanismos generan en la mayoría de las ocasiones, y que es consustancial a su mismo objetivo. Así, el Reglamento recoge una propuesta “de mínimos”, buscando concretar, como apunta su considerando 15, los “elementos esenciales del marco para el control, por los Estados miembros, de las inversiones extranjeras directas”. El objeto es que tanto los inversores extranjeros –esto es, según su artículo 2.2, “aquella persona física de un tercer país o empresa de un tercer país, que desee realizar o haya realizado una inversión extranjera directa”-, como la Comisión y los demás Estados miembros, entiendan el control al que podrán ser sometidas determinadas IED. Una exigencia de seguridad jurídica que se traduce, adicionalmente y entre otros extremos, en la necesidad de aportar, como resalta el considerando 12, “una lista de factores que puedan tenerse en cuenta para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar la seguridad o el orden público”; recogida, sin carácter exhaustivo, en el artículo 4 del Reglamento¹⁹⁴. Con ella no solo se trata de facilitar su aplicación por parte de la Comisión y de los Estados miembros, sino que, como reitera el referudi considerando 12, busca mejorar “la transparencia de los mecanismos de control de los Estados miembros para los inversores que se planteen realizar o hayan realizado inversiones extranjeras directas en la Unión”.

B) El liderazgo estatal en la puesta en funcionamiento del Reglamento

68. Un elemento significativo del Reglamento es que, en aparente renuncia al ejercicio de competencias exclusivas por la Comisión¹⁹⁵, se admite de forma explícita que su aprobación no afecta al derecho de los Estados miembros a establecer excepciones a la libre circulación de capitales al amparo del artículo 65.1.b) TFUE. La actuación de la Comisión en este ámbito se entiende limitada en su objeto y, al menos aparentemente, subordinada al liderazgo de aquellos en este ámbito. Reconociéndose en tal sentido por su considerando 4 que la “decisión de establecer un mecanismo de control o de controlar una inversión extranjera directa concreta incumbe exclusivamente al Estado miembro interesado”. De hecho, el texto, ya lo hemos apuntado, no les obliga a adoptar o mantener un mecanismo de control de las IED. Una decisión vista por algunos como un ejemplo de “pre-emptive depoliticisation” del proceso de aprobación que favoreció la rápida adopción de “modest instrument coordinating rather than substituting national review”¹⁹⁶.

69. Si bien esta dependencia de los Estados atribuye al texto reglamentario un carácter semiopcional, lo cierto es que ha favorecido la ampliación del número de países con un modelo de cribado previo de las IED, pasándose de los 14 existentes en 2021, momento de entrada en funcionamiento del Reglamento, a los 23 en diciembre de 2023¹⁹⁷. A su vez, el texto ha actuado como un standard regulatorio

¹⁹¹ Reglamento 2019/452, cdo. 9. El art. 2.7) del Reglamento define “empresa de un tercer país” como “una empresa constituida u organizada de otro modo con arreglo a las leyes de un tercer país”.

¹⁹² Considérese, J. H. J. BOURGEOIS Y E. MALATHOUNI, “The EU Regulation on Screening Foreign Direct Investment: Another Piece of the Puzzle”, en J. H. J. BOURGEOIS (ed.), *EU Framework for ...*, *cit.*, pp. 177-178.

¹⁹³ CH. BIANG, “Foreign Direct Investment Screening...”, *cit.*, p. 566.

¹⁹⁴ Vid. J. MAILLO, “New screening of foreign...”, *cit.*, p. 199.

¹⁹⁵ Al respecto, S. HINDENLANG Y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1448.

¹⁹⁶ A. V. NIBE, S. MEUNIER Y CH. ROEDERER-RYNNING, “Pre-emptive Depoliticisation: The European Commission and the EU Foreign Investment Screening Regulation”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 31, n.º. 1, Special issue, 2024, p. 183.

¹⁹⁷ COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Cuarto informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, {SWD(2024) 234 final}, Bruselas, 17.10.2024 COM(2024) 464 final, p. 7

mínimo a la hora de diseñar estos modelos. Un mínimo común denominador del que los Estados, lógicamente, pueden separarse por elevación¹⁹⁸, y que permite, como reconoce su considerando 8, la posible existencia de modelos nacionales diversos en lo referente a su ámbito de aplicación y procedimientos.

C) Los criterios de control de las potenciales inversiones extranjeras

70. Tradicionalmente, las áreas sensibles a la inversión extranjera directa fueron aquellas vinculadas con la defensa nacional. La ampliación dinámica del concepto de seguridad nacional¹⁹⁹ ha supuesto, sin embargo, su correlativa extensión hacia la protección de ciertos sectores estratégicos, que no necesariamente van a resultar coincidentes en las distintas economías de Europa ni, tampoco, de otros lugares del globo²⁰⁰. El Reglamento asume esta evolución, buscando mantener un equilibrio entre la salvaguarda del principio de seguridad jurídica -y, en línea con ello, de la apuntada máxima transparencia-, con la dotación a los Estados -y a la Comisión, a pesar del papel secundario que se ve atribuida en el Reglamento- de un volumen competencial suficiente a la hora de ponderar el eventual peligro de ciertas IED para su seguridad y orden público. El logro de este equilibrio, empero, no es sencillo, y se ve afectado por la propia naturaleza del control a realizar por parte de unos Estados que desconfían de determinados proyectos inversores.

71. Así, por ejemplo, la referencia que realiza el artículo 3.1 del Reglamento 2019/452 a la capacidad de los Estados Miembros de “mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar, por motivos de seguridad u orden público” las potenciales inversiones que vayan a desarrollarse en su territorio, no viene acompañada de una explicación de que se entienda por “seguridad” y “orden público”; una posición lógica desde el punto de vista de dotar al controlador de un volumen amplio de competencias, con vistas a evaluar los posibles proyectos de inversión. El propio Parlamento Europeo reconoce la necesidad de que estas nociones se mantengan así, sin ser “precisely defined so that it can remain dynamic according to the specific circumstances of the Member States”²⁰¹. No obstante, la enorme vaguedad de ambos términos, a pesar de la práctica del TJUE en relación con ellos²⁰², es susceptible de generar inseguridad. Máxime si a su consustancial imprecisión se une la ponderación del criterio de la “reciprocidad” sobre el que se sustenta el Reglamento²⁰³; que no viene referida en ningún momento en este -ni en su parte dispositiva, ni en sus considerandos-, y que el Comité Económico y Social Europeo solicitó a la Comisión, ya en su Dictamen de 2018, que se tomara en consideración²⁰⁴.

72. La idea de base es dotar a los Estados miembros, y la Comisión de capacidad para tener en cuenta todos aquellos factores que estimen pertinentes a la hora de valorar una inversión extranjera. Incluidos los potenciales efectos de esta, atendidos su contexto y circunstancias. Igualmente, -“en particular”, como recuerda el considerando 13-, deberán “saber si un inversor extranjero está controlado directa o indirectamente, por ejemplo, mediante una financiación significativa, incluidos subsidios, por

(disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0464>). Un análisis comparado de un número relevante de ellos se encuentra en, S. BAUERLE DANZMAN Y S. MEUNIER, “Naïve no More...”, *cit.*, pp. 42-47.

¹⁹⁸ A. NEERGARD, “The Adoption of the Regulation...”, *cit.* p. 154 o N. TEPES, “Foreign Direct Investment Screening in the EU - Future Perspectives and Implied Obligations”, *ZB Radova*, Vol. 60, n.º 1, 2023, p. 26.

¹⁹⁹ Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 78 y ss.

²⁰⁰ E. R. SUNESEN Y M. M. HANSEN, *Screening of FDI towards the EU*, Copenhagen, Danish Business Authority, January 2018, p. 12 y 25 y ss. (disponible en: <https://copenhageneconomics.com/publication/screening-of-fdi-towards-the-eu/>).

²⁰¹ EUROPEAN PARLIAMENT, Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investment into the European Union, (COM(2017)0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224(COD)), A8-0198/2018, 4.6.2018, p. 49 (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0198_EN.html).

²⁰² Al respecto, vid. L. S. OTTO, “What Is a Foreign...”, *cit.*, p. 532, con abundante jurisprudencia en notas 135 a 137.

²⁰³ L. S. OTTO, “What Is a Foreign...”, *cit.*, p. 533.

²⁰⁴ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento...”, *cit.*, p. 95, n.º 1.16.

el gobierno de un tercer país o si está desarrollando proyectos o programas de naturaleza pública en el extranjero”. Pero, a la vez, en esta tarea, con objeto de alcanzar altos grados de transparencia y responsabilidad, los Estados, al diseñar sus eventuales modelos de control, deberán determinar, como afirma el artículo 3.2, “las circunstancias que deben concurrir para iniciar un control, los motivos de este y las normas de procedimiento aplicables detalladas”, así como los extremos a verificar.

a) Factores a considerar al evaluar la inversión

73. Esta voluntad de preservar al máximo el principio de seguridad jurídica a la vez que se salvaguarda el derecho del Estado de protegerse frente a determinadas IED que afectan a su seguridad y orden público, conlleva la necesidad de aportar el mayor grado de previsibilidad a los posibles inversores extranjeros, concretando de antemano las áreas específicas que se consideran estratégicas para la Unión. Con esta voluntad, el legislador europeo enuncia un conjunto de potenciales IED susceptibles de control. Y lo hace a partir de la consideración de los niveles de “dependencia”²⁰⁵ que esta presenta, vinculando su condición estratégica al impacto en “the security and safety of Europeans or limit the possibility for the EU to exercise a foreign and security policy in line with its values and strategic interests”²⁰⁶. Ello se traduce en la exigencia de evaluar de forma cuidadosa los intereses esenciales -presentes y futuros- de la UE -y de sus Estados miembros-, y los potenciales niveles de incidencia y riesgo que pueden confrontar²⁰⁷. Con este objetivo en mente, el artículo 4 del Reglamento recoge un listado abierto²⁰⁸ de factores indicativos que, entre otros, pueden ser tenidos en cuenta por los Estados miembros, o la Comisión, a la hora de determinar si una IED puede afectar negativamente a los -amplios y abstractos- conceptos de la seguridad y el orden público²⁰⁹. Un listado tuitivo que patentiza la limitada voluntad unificadora del legislador europeo²¹⁰.

74. Así, a partir de una visión marcadamente precautoria, el apartado 1 del mencionado artículo 4 señala que unos y otra podrán considerar los “efectos potenciales” que la inversión puede tener en²¹¹:

- 1) Las infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras. Dentro de estas infraestructuras críticas, la letra a) incluye a las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad -un sector que se demostró de especial importancia durante la pandemia-²¹², comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles.
- 2) Las tecnologías críticas, y los productos de doble uso, atendándose en este sentido a la definición presente en el Reglamento 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportacio-

²⁰⁵ EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document. Strategic Dependencies and Capacities Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market for Europe’s Recovery, Brussels, 5.5.2021, SWD(2021) 352final, p. 9 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52021SC0352>).

²⁰⁶ EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document. Strategic Dependencies and Capacities ..., *cit.*, p. 9.

²⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document. Strategic Dependencies and Capacities ..., *cit.*, p. 9. Considérese, E. R. SUNESEN Y M. M. HANSEN, Screening of FDI..., *cit.*, p. 26 y ss., con un análisis en profundidad de los sectores a los que se dirige la inversión extranjera directa y su origen.

²⁰⁸ En relación con esta naturaleza, vid. P. M. GADOCHA, “Assessing the EU Framework...”, *cit.*, p. 56 y ss.

²⁰⁹ Al respecto, A. J. BERIN, “CFIUS or Sisyphus...”, *cit.*, p. 719 y ss. o A. NEERGARD, “The Adoption of the Regulation ...”, *cit.*, pp. 155-156.

²¹⁰ S. HINDENLANG Y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1448.

²¹¹ Nótese EUROPEAN PARLIAMENT, Report on the proposal..., *cit.*, pp. 49-50.

²¹² Y que llevó a la promulgación de la apuntada Orientación de 2020. Por ejemplo, ese mismo año, en plena pandemia, hubo un aparente intento de asegurar una vacuna solo para el mercado americano a través de la adquisición de una participación en la sociedad CureVac AG. Sobre esta temática, vid., K. PLANCK, “Medicinal Products...”, *cit.*, p. 124.

nes, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso. Y cuyo artículo 2.1 entiende por tales a “los productos, incluido el soporte lógico (software) y la tecnología, que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares, y entre los que se incluirán productos que puedan utilizarse para el diseño, el desarrollo, la producción o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, incluidos todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos”²¹³.

- 3) En tercer lugar, el artículo 4.1.c) refiere al potencial impacto en el suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria.
- 4) Igualmente, añade la letra d), debe valorarse el acceso a información sensible, en particular datos personales, o la capacidad de control de dicha información.
- 5) O, tal como apunta la letra e), su impacto potencial en la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, elemento esencial para prevenir la desinformación orquestada²¹⁴.

b) Control vinculado a las características del inversor

75. Junto al objeto de la inversión, el legislador europeo hace igualmente referencia a su posible naturaleza soberana²¹⁵, “lo que puede resultar particularmente preocupante si además es un poder autoritario y un competidor geoestratégico”²¹⁶. Y ello, independientemente de que afecte, o no, a alguna de las áreas sensibles apuntadas en el artículo 4.1²¹⁷. En tal sentido, el párrafo 2 de este artículo señala que para determinar si una inversión extranjera directa “puede” afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros, y la Comisión, también podrán tener en cuenta, “especialmente”:

- 1) Si el inversor extranjero está controlado, directa o indirectamente, por el gobierno (incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas) de un tercer país; en particular mediante una estructura de propiedad, o una financiación significativa.
- 2) Si el inversor extranjero ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad, o al orden público, en un Estado miembro, o
- 3) Si existe un “riesgo grave” de que el inversor extranjero ejerce actividades delictivas o ilegales²¹⁸.

76. A diferencia de lo que hacen otras legislaciones en la materia²¹⁹, el Reglamento no incorpora una definición de la noción de “control” en el marco de las IED, limitándose a asumir la descripción aportada en tal sentido por el artículo 3.2 del Reglamento 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas²²⁰. Recuérdese en este sentido como, reflejando las singularidades que acompañan al texto reglamentario y al mismo derecho de la Unión, se da la circunstancia de que la Comisión cuenta con el poder de suspender una posible transacción hasta que concluya su revisión de acuerdo con este

²¹³ Dentro de estas tecnologías críticas y productos de doble uso se incluyen, de acuerdo con el tenor del artículo 4.1.b) del Reglamento 2019/452, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.

²¹⁴ Un elemento de especial relevancia en los momentos actuales en la UE. Vid. la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo, COM (2018) 236, Bruselas 26.4.2018 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236>) o el Código reforzado de buenas prácticas en materia de desinformación para las plataformas en línea, de 2022 (disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_es)

²¹⁵ E. R. SUNESEN y M. M. HANSEN, *Screening of FDI...*, *cit.*, pp. 12-13. Nótese, igualmente, EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on the proposal...*, *cit.*, p. 50.

²¹⁶ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Sectores estratégicos...”, *cit.*, p. 424.

²¹⁷ CH. CH. KAO, “The EU’s FDI Screening Proposal – Can It Really Work?”, *European Review*, Vol. 28, n.º. 2, 2019, p. 177.

²¹⁸ Reglamento 2019/452, artículo 4.2, letras a) a c).

²¹⁹ Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 263 y ss.

²²⁰ Vid. n.º. 72 *supra*.

Reglamento 139/2004, pero, sin embargo, carece del poder de suspender una inversión sometida a revisión al amparo del Reglamento 2019/452²²¹.

c) El supuesto especial de las inversiones que pueden afectar a proyectos o programas de interés para la Unión

77. El Reglamento aporta, igualmente, un tratamiento especial para aquellas IED que pueden impactar en proyectos o programas de interés para la Unión. Facilitando el artículo 8.1 a la Comisión la posibilidad de emitir “un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o realizado dicha inversión extranjera directa” -con arreglo al artículo 288 TFUE- en relación con aquellas que, por motivos de seguridad o de orden público, puedan afectarles. El anexo al Reglamento recoge una “Lista de proyectos o programas de interés para la Unión a que se refiere el artículo 8, apartado 3”- que es objeto de actualización periódica²²². Se trata, dice el considerando 19 del texto reglamentario, de permitirle disponer de un instrumento para protegerlos, en cuanto sirven a la Unión en su conjunto, y representan una importante contribución a su crecimiento económico, al empleo y a la competitividad.

D) La coordinación como base de funcionamiento del Reglamento

78. Como recuerda su considerando 8, un elemento esencial del sistema diseñado en el Reglamento es la presencia de un mecanismo de coordinación –previsto en su artículo 6- entre los distintos modelos nacionales de cribado previo de la inversión extranjera que puedan existir, y de estos con la Comisión. Un proceso basado –necesariamente- en la fluida relación e intercambio de información –no vinculante²²³- entre todos ellos, diferenciando, en tal sentido, entre las IED que son objeto de control y aquellas que no lo son²²⁴. La incorporación de este mecanismo supone, como apunta el considerando 7, la constatación de la imprescindible “coordinación y cooperación a escala de la Unión en materia de control de las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público”. Con el doble objetivo de permitir a los Estados miembros cooperar y ayudarse mutuamente cuando una inversión extranjera directa en uno de ellos pueda afectar a la seguridad o al orden público en otros Estados miembros, y de superar la mayor debilidad que presenta el Reglamento desde su origen: la necesidad de reconciliar las muy diferentes prácticas y preferencias de los diversos Estados en esta materia²²⁵.

a) Inversiones que son objeto de control

79. El artículo 6.1 del Reglamento exige a los Estados miembros comunicar a la Comisión, y al resto de Estados, “toda inversión extranjera directa en su territorio que esté siendo sometida a control, facilitando tan pronto como sea posible la información mencionada en el artículo 9, apartado 2, del presente Reglamento”. Como parte de la notificación, y cuando corresponda, el Estado miembro que esté efectuando el control velará por indicar si considera que es probable que la IED sometida a control entra en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones. Igualmente, podrá incluir, no se usa el imperativo, una lista de los Estados miembros cuya seguridad u orden público podrían verse afectados. En línea con ello, el artículo 6.4 del texto reglamentario apunta, en consonancia con su considerando 16 *in fine*, que si un Estado miembro “considera debidamente que una inversión extranjera

²²¹ Vid. nº. 59 *supra*.

²²² Reglamento 2019/452, art. 8.3 y 4.

²²³ Al respecto, s. SIMON, “Investment Screening: The Return of Protectionism? A Political Account”, en s. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), YSEC Yearbook..., *cit.*, pp. 49-50.

²²⁴ S. HINDELANG y A. MOBERG, “The Art of Casting...”, *cit.*, p. 1455 y ss.

²²⁵ Z. T. CHAN y S. MEUNIER, “Behind the Screen...”, *cit.*, p. 13.

directa en su territorio puede afectar a su seguridad u orden público podrá solicitar a la Comisión que emita un dictamen o a otros Estados miembros que formulen observaciones”.

80. Junto a esta actuación del Estado miembro objeto en su territorio de la IED, el Reglamento también prevé actuaciones por parte del resto de Estados miembros, y de la Comisión. Así, el apartado 2 del artículo 6 señala que en el supuesto de que un Estado miembro considere –“self-checking”²²⁶- que una inversión extranjera directa objeto de control en otro país de la UE puede afectar a su seguridad u orden público, o tiene información pertinente en relación con dicho control, podrá formular observaciones al Estado miembro que esté verificando la inversión. Estas observaciones, cuya emisión deberá estar “debidamente justificad(a)s”, tal como afirma el artículo 6.5, deberán ser enviadas simultáneamente a la Comisión, quien quedará encargada de comunicar a los demás Estados miembros el hecho de que han sido formuladas. A su vez, también la Comisión, en aquellas ocasiones en que considere que una IED objeto de control puede afectar a la seguridad o al orden público en más de un Estado miembro, o tenga información pertinente en relación con ella, podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro que esté efectuando el control, con independencia de que otros Estados miembros hayan formulado observaciones. La Comisión podrá emitirlo a raíz de las observaciones formuladas por otros Estados miembros y siempre que esté justificado -después de que al menos un tercio de aquellos considere que una IED puede afectar a su seguridad u orden público- comunicando su emisión a los demás Estados miembros.

81. En consonancia con la exigencia de fijar plazos para el funcionamiento del modelo de cribado de las IED, presente en el artículo 3.2 del Reglamento, el artículo 6.6.I apunta que a más tardar 15 días naturales después de la recepción de la información mencionada en el numeral 1 del precepto, los otros Estados miembros, y la Comisión, notificarán al Estado miembro que esté efectuando el control su intención de formular observaciones, o emitir un dictamen, en consonancia con los mencionados apartados 2 y 3 del artículo 6. Ambos, añade el numeral 7 de este artículo 6, se dirigirán, y enviarán, al Estado miembro que esté efectuando el control “en un plazo razonable, y en cualquier caso en un plazo máximo de 35 días naturales después de la recepción de la información mencionada en el apartado 1” del artículo 6. Una regla general que se matiza en los apartados II y III del artículo 6.7.

82. El Reglamento prevé, igualmente la posibilidad de que existan situaciones excepcionales que requieran de una respuesta inmediata, previendo el artículo 6.8 que “(E)n el caso excepcional de que el Estado miembro que esté efectuando el control considere que su seguridad u orden público exigen una acción inmediata, notificará a los demás Estados miembros y a la Comisión su intención de adoptar una decisión de control antes de los plazos a que se refiere el apartado 7 y justificará debidamente la necesidad de tal acción inmediata”. Los demás Estados miembros y la Comisión, añade el precepto, “procurarán formular observaciones o emitir un dictamen rápidamente”.

83. El legislador europeo tiene especial interés en resaltar que cuando un Estado miembro reciba observaciones de otros Estados europeos, o un dictamen de la Comisión, deberán ser debidamente tomados en consideración a la hora de emitir su decisión de control, sin que el artículo 6.9 del Reglamento especifique el significado a atribuir a la expresión “tener debidamente en cuenta”. Una decisión que, recuerda el considerando 17, cuenta con un carácter estatal.

b) Inversiones que no son objeto de control

84. El artículo 7.1 del Reglamento 2019/452 prevé que si un Estado miembro considera que una inversión extranjera directa prevista, o realizada, en otro Estado miembro, y que no esté siendo sometida a control en este último “puede afectar a su seguridad u orden público, o tiene información pertinente en relación con dicha inversión extranjera directa”, pueda formular observaciones, “debidamente

²²⁶ P. M. GADOCHA, “Assessing the EU Framework...”, *cit.*, p. 64.

justificad(a)s”, al amparo del apartado 4 de precepto, a ese otro Estado miembro. Debiendo enviarlas simultáneamente a la Comisión, quien comunicará a los demás Estados de la UE que han sido formuladas²²⁷. Igualmente, añade el artículo 7.3, en el supuesto de que un Estado miembro considere “debidamente” que una inversión extranjera directa en su territorio puede afectar a su seguridad u orden público podrá solicitar a otros Estados miembros que formulen observaciones. Esta capacidad de valorar una inversión que se va a realizar, o ya se ha realizado, en otro Estado miembro, y que no está siendo objeto de control, no queda limitada a los Estados, viéndose legitimada la Comisión, al amparo del artículo 7.2, de nuevo cuando esté “debidamente justificad(o)”, según el apuntado artículo 7.4- a emitir un dictamen, que será comunicado a los demás Estados miembros, tal como afirma el artículo 7.2.II.

85. Adicionalmente, y según añade el artículo 7.5.I, tanto los Estados miembros como la Comisión, cuando consideren que una inversión extranjera directa que no esté siendo sometida a control puede afectar a la seguridad u orden público “podrán solicitar al Estado miembro en el que se haya previsto o realizado la inversión extranjera directa la información mencionada en el artículo 9”.

86. De acuerdo con el artículo 7.5.II, toda solicitud de información deberá estar debidamente justificada, limitarse a aquella necesaria para formular observaciones al amparo del artículo 7.1, o para emitir un dictamen de acuerdo con el artículo 7.2, ser proporcionada al objeto de la solicitud y no representar una carga injustificadamente gravosa para el Estado miembro en el que se haya previsto o realizado la inversión extranjera directa. En todo caso, las solicitudes de información, y las respuestas de los Estados miembros, como prevé el artículo 7.5.III, se enviarán a la Comisión simultáneamente.

87. Al igual que ocurre en relación con las IED sometidas a control, el Reglamento establece en su artículo 7.6 un conjunto de plazos para el desarrollo de la eventual cooperación entre los diversos modelos nacionales de control en este ámbito. Resaltándose la independencia de los Estados a la hora de adoptar sus decisiones. En tal sentido, el artículo 7.7 destaca que el Estado miembro en el que se haya previsto, o realizado, una inversión extranjera directa “tendrá debidamente en cuenta las observaciones de los demás Estados miembros y el dictamen de la Comisión”.

c) Inversiones que pueden potencialmente afectar a proyectos y programas de interés para la Unión

88. Tal como explicita el artículo 8.2 del Reglamento, los procedimientos establecidos en sus artículos 6 y 7 serán aplicables *mutatis mutandis* a estos supuestos, con la única presencia de ciertas modificaciones respecto de su juego.

E) El procedimiento de control

89. El procedimiento desarrollado será confidencial, estableciendo el artículo 3.4, con claridad, la obligación de protección de “la información confidencial, incluida la información comercialmente sensible, facilitada al Estado miembro que esté efectuando el control”. Estos elementos, además, apunta el artículo 3.5, “deben incluir, como mínimo, plazos para el control y la posibilidad para los inversores extranjeros de interponer recurso contra las decisiones de control”²²⁸. Añadiéndose en el artículo 3.2 que tanto las normas, como los procedimientos relativos a los mecanismos de control deben ser transparentes, y no establecer discriminaciones -en particular los plazos aplicables- entre terceros países.

²²⁷ Nótese, N. TEPES, “Foreign Direct Investment...”, *cit.*, p. 17 y ss.

²²⁸ Sobre este punto, P. M. GADOCHA, “Assessing the EU Framework...”, *cit.*, p. 54 o T. M. HAGEMeyer, “Access to Legal Redress in an EU Investment Screening Mechanis”, en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook...*, *cit.*, p. 804 y ss.

90. El legislador europeo es consciente de que, a fin de asegurar la eficacia del mecanismo de cooperación, es importante garantizar un nivel mínimo de información y coordinación en lo que respecta a las IED que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento, tal como recoge el considerando 23. En tal sentido, el artículo 9.1 del texto reglamentario precisa que los Estados miembros se asegurarán de que la información notificada con arreglo al artículo 6.1, o solicitada por la Comisión y otros Estados miembros, de acuerdo con los artículos 6.6 y 7.5, “se ponga a disposición de la Comisión y de los Estados miembros solicitantes sin demora indebida”, sin aportar claves sobre lo que ello signifique. Debiendo intentar que sea “exacta, exhaustiva y fidedigna”, como señala el apuntado considerando 23, e incluyendo en ella los extremos señalados por el artículo 9.2 de Reglamento, sobre la estructura de propiedad del inversor y del receptor de la inversión, la fecha y valor de esta, los ámbitos productivos en que se ha previsto, los países afectados por ella o su financiación. Con la obligación de aportar, como precisa el artículo 9.3, “sin demora indebida”, cualquier “información adicional, si estuviera disponible”. Correlativamente, el texto de 2019 añade de forma imperativa, en su artículo 9.4, que el “inversor extranjero o la empresa de que se trate facilitarán la información solicitada sin demora indebida”²²⁹.

91. No obstante, el propio legislador europeo asume la posibilidad, en su artículo 9.5.I de que los Estados miembros, “en circunstancias excepcionales”, y “a pesar de haber puesto todo su empeño”, no puedan obtener la información apuntada al amparo del mencionado artículo 9.1 del Reglamento. Procediendo a notificarlo “sin demora” a la Comisión, y a los demás Estados miembros de que se trate, debiendo justificar “debidamente los motivos por los que no facilitan dicha información y explicar(án) todo el empeño realizado para obtener la información solicitada, incluida una solicitud con arreglo al apartado 4” del artículo 9.

92. En todo caso, el carácter crítico de la información a aportar de acuerdo con el Reglamento, esencial para la inversión y para el inversor, exige, como apunta el artículo 10.1, que sea tratada de forma confidencial, y con un objeto claramente finalista: “solo podrá utilizarse para el fin para el que haya sido solicitada”²³⁰. En este sentido, y con objeto de “no disuadir a los posibles inversores”²³¹, se requiere por el artículo 10.2, tanto a los Estados miembros, como a la Comisión, que velen por su protección “de conformidad con el Derecho de la Unión y las respectivas normativas nacionales”. Exigiéndoles el apartado 3 de este precepto igual actitud respecto de la información clasificada que se haya facilitado, o intercambiado, al amparo del texto reglamentario, con el objeto de no sufra una reducción del grado de clasificación, o, incluso, la desclasificación, sin el consentimiento previo por escrito del originador. Esta información, recuerda el artículo 14.1 del Reglamento, está sometida a la normativa europea sobre tratamiento de datos personales.

F) La cooperación con autoridades de países terceros

93. La cooperación con las autoridades de control de terceros Estados constituye un punto destacado por el legislador europeo. En tal sentido, y tal como recoge el artículo 13 del texto reglamentario, en línea con su considerando 29, es necesario impulsar a los Estados miembros y a la Comisión para que cooperen con las autoridades competentes de terceros países sobre asuntos relacionados con el control de las IED que pueda afectar a la seguridad o al orden público. Dicha cooperación administrativa, se dice, debe aspirar a reforzar la eficacia del marco de control por parte de los Estados miembros y la cooperación entre estos y la Comisión con arreglo al Reglamento. Permitiendo, igualmente, a esta última realizar un seguimiento de la evolución que experimenten los mecanismos de control de terceros países.

²²⁹ Al respecto, A. NEERGARD, “The Adoption of the Regulation...”, *cit.*, p. 159.

²³⁰ Vid. A. NEERGARD, “The Adoption of the Regulation...”, *cit.*, pp. 159-160.

²³¹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento...”, *cit.*, p. 95, n.º. 1.17.

IV. La práctica y reforma del modelo plural europeo de control de las inversiones extranjeras directas

94. El modelo plural europeo de control de las IED es fruto de la urgencia de la Unión de dotarse de instrumentos para afrontar ciertos retos y dificultades con los que no contaba, o que no quiso ver. Con todo, su articulación acelerada en un breve espacio de tiempo, no deja de suponer un éxito notable, cuya puesta en práctica ya ha sido sometido a control por las instituciones europeas, permitiendo constatar algunas limitaciones susceptibles de revisión.

1. La práctica del modelo

95. Dos datos, focalizados básicamente en el Reglamento 2019/452, cabe referir al hablar de la práctica del modelo. Por un lado, el texto ya ha sido objeto de valoración, parcial, por parte del TJUE. Por otro, y aunque todavía lejos de la práctica en derecho de la competencia, la emisión, por parte de la Comisión, de los informes anuales sobre su funcionamiento ha permitido ir estandarizando algunas actuaciones en relación con su práctica. El análisis de ambas realidades, diversas pero vinculadas, apunta alguna de las pautas de una –próxima- reforma del texto de 2019.

A) El modelo, ante el TJUE

96. Con respecto al primer plano, el Tribunal de Justicia de la UE ya ha tenido oportunidad de confrontar el Reglamento de 2019, aunque sea de forma limitada, en su Sentencia de 13 de julio de 2023, en el asunto C-106/22, *Xella Magyarország*²³². Una resolución dictada en base a la petición de decisión prejudicial en torno a la interpretación del artículo 65.1.b) TFUE, en relación con los considerandos 4 y 6 del Reglamento 2019/452 y el artículo 4.2 TUE. En concreto se cuestionaba una decisión del Ministerio de Innovación y Tecnologías de Hungría que prohibió la adquisición por parte de la sociedad húngara *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.* de la totalidad de las participaciones de *JANES ÉS TÁRSA Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft.*, otra sociedad húngara considerada como “estratégica” de acuerdo con la normativa nacional de control de las inversiones foráneas.

97. La opinión de la Abogada General fue favorable a la posición del Ministerio. En sus conclusiones de 30 de marzo de 2023²³³ entendió compatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que permita el control de IED, procedentes de terceros países, en empresas de la Unión, realizadas a través de otra empresa europea, con base en la necesaria garantía de suministro de determinadas materias primas. La condición para esta actitud positiva era que la normativa nacional exija “que las decisiones de control individuales expliquen las razones por las que una inversión extranjera directa particular representa una amenaza real y suficientemente grave que afecta a la seguridad del suministro y por las que una decisión de control particular es adecuada y necesaria para contrarrestar esa amenaza”²³⁴.

98. En contraste con lo anterior, el Tribunal mantiene una posición negativa. La jurisprudencia de TJUE sobre el aseguramiento del suministro de determinados productos y materias afirma que si bien, esencialmente, los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales. Ello no significa que

²³² STJUE de 13.7.2023, *Xella Magyarország*, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568. Un análisis en profundidad de la decisión se puede encontrar en, X. GROUSSOT, S. MICHAEL y E. MLYNARCIKOVA, “The Screening of Foreign Investments in EU Law: When ‘Security and Public Order’ Become the New Black in Internal Market Laws and Policies”, *Nordic Journal of European Law*, Vol. 7, n.º. 3, 2024, p. 32 y ss.

²³³ ECLI:EU:C:2023:267

²³⁴ N.º. 95.

puedan unilateralmente determinar su alcance; sin control alguno por parte de las instituciones de la Unión. En consecuencia, dice, el Alto Tribunal, “el orden público y la seguridad pública solo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”²³⁵, sin que pueda alterarse “la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos”²³⁶. En relación específicamente, con la seguridad del abastecimiento, y en el supuesto de “empresas que desarrollan actividades y prestan servicios públicos en los sectores del petróleo, de las telecomunicaciones y de la energía, el Tribunal de Justicia ha declarado que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de tales productos o la prestación de tales servicios en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública y, por lo tanto, puede eventualmente justificar un obstáculo a una libertad fundamental”²³⁷.

99. En este caso, sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo entiende que las disposiciones del TFUE en materia de libertad de establecimiento deben interpretarse en el sentido de oponerse a un mecanismo de control de las IED, previsto por la normativa de un Estado miembro, que permite prohibir la adquisición de la propiedad de una sociedad residente considerada como estratégica, por parte de otra sociedad residente que forma parte de un grupo de sociedades establecidas en varios Estados miembros, y en la que una empresa de un tercer país tiene una influencia decisiva, “por razón de que dicha adquisición perjudica o puede perjudicar el interés nacional en garantizar la seguridad del suministro en favor del sector de la construcción, en particular a escala local, en lo concerniente a materias primas básicas como la grava, la arena y la arcilla”²³⁸. Asumiendo que “garantizar la seguridad del suministro” de estas materias “que resultan de una actividad de extracción minera, no puede considerarse comprendido, como sí lo está el objetivo ligado a la seguridad de abastecimiento de los sectores del petróleo, de las telecomunicaciones y de la energía, en un “interés fundamental de la sociedad”, en el sentido de la jurisprudencia” del TJUE²³⁹.

100. Se opta, pues, por una interpretación restrictiva de los términos seguridad y orden público, que habrá de valorarse a la luz de la futura práctica en la materia. La sentencia parece haber tenido impacto en la propuesta de nuevo Reglamento de control de las inversiones que, como veremos en su momento, ve ampliado su objeto y pasa a cubrir no solo las IED sino, también, aquellas inversiones realizadas por residentes en la UE que son, sin embargo, controlados por inversores de terceros países²⁴⁰.

101. La dimensión securitaria se encuentra igualmente latente en la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano, con fecha 26 de abril de 2024²⁴¹, en el que se utiliza el Considerando 10 del Reglamento 2019/452 para interpretar la normativa europea como consecuencia de la agresión rusa a Ucrania.

B) El cuarto informe anual de la Comisión sobre la práctica del Reglamento 2019/452

102. Junto a lo anterior, los Informes anuales elaborados sobre la práctica del Reglamento resultan igualmente interesantes y esclarecedores. En línea con lo que ocurre en otros países de nuestro entorno²⁴², la Comisión está obligada, con base en el artículo 5.3 del Reglamento, a emitir un informe

²³⁵ SSTJUE de 8.11.2012, Comisión / Grecia, C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, n.º 67.

²³⁶ STJUE de 13.7.2023, Xella Magyarország, *cit.*, n.º 66.

²³⁷ *Ibid.*, n.º 68.

²³⁸ *Ibid.*, n.º 74.

²³⁹ *Ibid.*, n.º 69.

²⁴⁰ Vid. n.º 118 *infra*.

²⁴¹ TJUE, Asunto C-313/24, Opera Laboratori Fiorentini, s.r.

²⁴² Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 263 y ss.

anual sobre su práctica. El primero se presentó en octubre de 2021²⁴³. Y el último, el cuarto, se hizo público el 17 de octubre de 2024, y refiere al año anterior. El Informe precisa que en 2023 hubo 18 países que presentaron un total de 488 notificaciones, de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento, siendo 7 Estados –Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Rumanía– responsables del 85% de tales notificaciones, con variaciones notables en cuanto a los sectores de las empresas objeto de la inversión, origen de esta, y valor de la transacción²⁴⁴. Estas cifras reflejan un incremento continuado en el número de notificaciones anuales. En esta ocasión, Alemania y España fueron los principales destinos de las adquisiciones extranjeras, con un 19% (349 operaciones) y un 17% (323 operaciones), respectivamente, del importe total de las operaciones de 2023²⁴⁵. Los sectores con mayor número de notificaciones fueron la industria manufacturera, las TIC, el comercio al por mayor y al por menor, las actividades financieras y las profesionales²⁴⁶. La primera, con una cuota del 26% de las adquisiciones extranjeras (y 496 transacciones), superó a las TIC (con una cuota del 23%, y 428 operaciones) convirtiéndose en el principal sector de actividad comercial receptora de inversiones²⁴⁷. El 53% de las transacciones notificadas contaron con un valor inferior a 500 millones de euros, y un 29% contaban con un valor igual o superior a esa cifra²⁴⁸.

C) La puesta en práctica del Reglamento 2022/2560.

103. Junto a las actuaciones relativas al Reglamento 2019/452, también el Reglamento 2022/2560 ha comenzado a rodar, y la Comisión ha informado sobre diversas actuaciones desarrolladas en su marco. Se habla, así, de la realización de inspecciones sin previo aviso en las sedes de ciertas empresas, en línea con lo que se realiza en el marco del derecho de la competencia²⁴⁹. Y de la apertura, igualmente, de los primeros expedientes a inicios de 2024²⁵⁰, que han dado ya lugar a las primeras reacciones por parte de ciertos países²⁵¹...

2. La reforma del modelo

104. Con todo, el origen acelerado del plural sistema de control de las inversiones extranjeras en la Unión y la concienciación, desde un primer momento, sobre su carácter necesariamente flexible para abordar con éxito una realidad amplia, polimorfa y cambiante como la de las IED, favorece la reflexión sobre su continua evolución. En tal sentido, en enero de 2024 se hicieron públicas diversas actuaciones a desarrollar con objeto de complementarlo y adaptarlo a las necesidades detectadas a través de su práctica²⁵². Y así, junto a la propuesta de reforma del Reglamento 2019/452 con vistas a convertirlo en un instrumento más abarcador y eficaz, como primera actuación inmediata, se apuntan diversas otras de índole, objeto y calado diverso.

²⁴³ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, “El (complejo y poliédrico) fin...”, *cit.*, p.

²⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Cuarto informe..., *cit.*, p. 14.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 7.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Commission carries out unannounced foreign subsidies inspections in the security equipment sector”, *Noticias del día*, 23.4.2024 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/mex_24_2247).

²⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, “La Comisión abre una primera investigación en profundidad con arreglo al Reglamento sobre subvenciones extranjeras”, Comunicado de prensa, 16.2.2024 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_887). Nótese igualmente, L. MOSCOSO e I. STOYANOVA, “The Foreign Subsidiaries Regulation – 100 days since the start of the notification obligation for concentrations”, European Commission, Competition FSR brief, n.º 1, febrero, 2024, p. 1 y ss.

²⁵¹ CHINA CHAMBER OF COMMERCE TO THE EU, “CCCEU expresses serious concerns over the European side’s unannounced raids on Chinese companies operating in Europe”, 24.4.2024 (disponible en: http://en.cceeu.eu/2024-04/24/c_4219.htm).

²⁵² Vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Afianzar la seguridad económica europea: introducción a cinco nuevas iniciativas, Bruselas, 24.1.2024, COM(2024) 22 final.

A) El anuncio de un elenco de futuras actuaciones

105. Se habla así, de una –segunda- actuación relativa al control de las exportaciones²⁵³; con la elaboración de un Libro Blanco en la materia²⁵⁴. El objetivo es buscar una mejor coordinación de los controles a la exportación en el plano europeo con vistas a lograr una actuación más efectiva y eficaz, tanto por los Estados miembros como por la Unión en su conjunto, “dentro de un contexto geopolítico, (como) por ejemplo, asumiendo el liderazgo a la hora de definir una agenda común con sus socios”²⁵⁵. El Libro Blanco ofrece un conjunto de actuaciones a corto y medio plazo. En este sentido, la Comisión se plantea elaborar un texto que permita introducir controles uniformes en la Unión, así como un foro para la coordinación política²⁵⁶. En este proceso debe enmarcarse su Recomendación 2025/63, de 15 de enero de 2025, sobre la revisión de las inversiones salientes en ámbitos tecnológicos críticos para la seguridad económica de la Unión, instando a los Estados miembros a revisar las inversiones salientes en ciertos ámbitos tecnológicos de especial relevancia²⁵⁷.

106. Una tercera medida propuesta refiere a la elaboración de un Libro Blanco sobre inversión europea en el extranjero²⁵⁸, un tema tradicionalmente orillado al abordar la problemática del control de la IED. La Comisión asume que una inversión “en un pequeño conjunto de tecnologías avanzadas que podrían ampliar las capacidades militares y de inteligencia de actores capaces de usar esas capacidades en detrimento de la paz y la seguridad internacionales”, dado que si bien existe un control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, y se controlan las exportaciones de doble uso fuera de la UE, “actualmente no existe ningún control de las inversiones que salen desde la UE hacia terceros países”²⁵⁹. De ahí, la conveniencia de abordarla en profundidad. El Libro Blanco, en ese sentido, incluye diversas propuestas de actuación²⁶⁰.

107. A lo anterior se añaden algunas iniciativas referidas a la investigación y la innovación, con una Recomendación sobre el incremento de la seguridad en el ámbito de la investigación²⁶¹. Y un Libro Blanco sobre las opciones para reforzar el apoyo a la investigación y el desarrollo de avances tecnológicos con potencial de doble uso²⁶². Todo ello en el marco de una creciente concienciación sobre la relevancia de esta temática plasmada en la adopción, en junio de 2023, de la denominada Estrategia europea de seguridad económica²⁶³, que incardina un enfoque estratégico global de la seguridad económica de la Unión. Y que se vincula, igualmente, a la idea de competitividad²⁶⁴.

108. Al amparo de la Estrategia se han dado diversos pasos, tales como la adopción de una Recomendación sobre ámbitos tecnológicos críticos para la seguridad económica de la Unión²⁶⁵. El texto

²⁵³ *Ibid.*, pp. 3-4.

²⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, Libro blanco sobre el control de las exportaciones, Bruselas, 24.1.2024, COM(2024) 25 final.

²⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Afianzar..., *cit.*, p. 3.

²⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, Libro blanco sobre el control de las exportaciones, *cit.*, p. 13.

²⁵⁷ DOUE L, de 15.1.2025.

²⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Afianzar..., *cit.*, p. 4.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 4.

²⁶⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Libro blanco sobre el control de las exportaciones, *cit.*, pp. 5-11. Considérese, N. ZAMANI, “A Legal Comparative Approach towards the Screening of Outbound FDI. What Can the EU and Its Member States Learn from the US National Critical Capabilities and Defense Act Proposal?”, ELR, n.º. 4, 2022, p. 307 y ss.

²⁶¹ DOUE C, de 30.5.2024.

²⁶² Bruselas, 24.1.2024. COM(2024) 27 final

²⁶³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Estrategia europea de seguridad económica, Bruselas, 20.6.2023. JOIN(2023) 20 final.

²⁶⁴ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones. Una Brújula para la Competitividad de la UE, Bruselas, 29.1.2025, COM(2025) 30 final, p. 17.

²⁶⁵ EUROPEAN COMMISSION, Commission Recommendation of 3.10.2023 on critical technology areas for the EU’s economic security for further risk assessment with Member States, Strasbourg, 3.10.2023, C(2023) 6689 final. Nótese, también, EUROPEAN COMMISSION, Annex to the Commission Recommendation on critical technology areas for the EU’s economic security for further risk assessment with Member States, Strasbourg, 3.10.2023. C(2023) 6689 final.

refiere a la evaluación del riesgo tecnológico y a las filtraciones tecnológicas. Una de las evaluaciones de riesgo presentadas por la Estrategia, recoge una lista de 10 ámbitos tecnológicos críticos seleccionados a partir de ciertos criterios y que se vinculan a las tecnologías avanzadas de semiconductores, inteligencia artificial, tecnologías cuánticas o biotecnología²⁶⁶. La Estrategia europea de seguridad económica refiere, igualmente, a otras tres necesarias evaluaciones de riesgo: la resiliencia de las cadenas de suministro, la seguridad física y cibernética de las infraestructuras críticas y la instrumentalización de las dependencias económicas, o la coerción económica. Siendo todas ellas objeto de diversas acciones por parte de la Comisión²⁶⁷.

B) La reforma del Reglamento 2019/452

109. Con todo, la apuntada reforma del Reglamento de control de 2019 se convierte, de nuevo, en un paso decisivo del proceso de actualización del modelo. El artículo 15.1 del Reglamento 2019/452 establece que, a más tardar, el 12 de octubre de 2023, debía evaluarse por la Comisión, con el apoyo de los Estados miembros, su funcionamiento y eficacia, algo que se produjo a inicio de 2024²⁶⁸. A partir de la admisión de que el Reglamento ha tenido un efecto positivo para la protección de la seguridad y del orden público de la UE frente a “risky FDI”, se procede a señalar ciertas “*key lessons learned*”²⁶⁹ que permiten diagnosticar la presencia de diversas lagunas en el sistema motivados, por ejemplo, por el hecho de que algunos Estados todavía carezcan de mecanismos de control, lo que reduce la capacidad de respuesta ante determinadas inversiones. Además, respecto de los existentes, y como señala el considerando 8 de la Propuesta de nuevo Reglamento de control, de 2024, se perciben diferencias notables en cuanto al alcance, umbrales, criterios utilizados para evaluar, procesos de control, posibilidad de realizar la inversión antes del control... Disparidades varias que afectan al funcionamiento, tanto del sistema de control, como del mercado interior.

110. Esta necesidad de que todos los Estados cuenten con sistemas de control armonizados -las bases mínimas exigidas a los potenciales sistemas estatales se consideran hoy insuficientes²⁷⁰-, que tomen en consideración los intereses de otros Estados potencialmente afectados por la inversión se acompaña de la exigencia de ampliar las inversiones abarcadas, y de cubrir las operaciones intraeuropeas, mejorando también la información intercambiada y ampliando los plazos para su comunicación, que son muy limitados²⁷¹. En relación con este último punto se destaca que, si bien se entiende que las cargas burocráticas son asumibles, subsisten problemas en relación con la duración del procedimiento, ámbito de control de los mecanismos nacionales, previsibilidad de las respuestas y, sobre todo, respecto de la cooperación entre los diversos Estados miembros²⁷².

111. Estos argumentos, unidos a la experiencia adquirida tras los, escasos, años de práctica del Reglamento, le han permitido a la Comisión plantear en enero de 2024 la reforma del texto de 2019,

²⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Afianzar..., *cit.*, p. 6.

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 6-7.

²⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document Evaluation of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council {COM(2024) 23 final} - {SWD(2024) 24 final}, Brussels, 24.1.2024, SWD(2024) 23 final.

²⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document Executive Summary of the Evaluation of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council {COM(2024) 23 final} - {SWD(2024) 23 final}, Brussels, 24.1.2024, SWD(2024) 24 final., p. 3.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 2.

²⁷¹ *Ibid.*, pp. 3-4.

²⁷² *Ibid.*, p. 2.

haciendo pública la apuntada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo. Una propuesta que busca colmar las lagunas del vigente texto²⁷³, y cuya génesis, lejos de ser fruto único de la Comisión, ha sido consecuencia de un proceso coral con participación de instituciones de dentro y fuera de la UE.

112. Así, entre junio y julio de 2023 se hizo pública por la Comisión una “Convocatoria de datos”²⁷⁴ dirigida a recabar información sobre una eventual revisión del Reglamento, y que dio lugar a 47 contribuciones, de las que 18 fueron de Estados miembros²⁷⁵. Así como una llamada a evidencias durante el mismo plazo, que contó con respuestas presentadas por asociaciones empresariales²⁷⁶.

113. Por su parte, el Tribunal de Cuentas europeo elaboró en 2023 un informe especial sobre el control de las inversiones directas en la Unión²⁷⁷. En el, y a pesar de considerar que se habían adoptado medidas adecuadas por parte de la Comisión para establecer y aplicar un marco global de control de las IED por motivos de seguridad nacional, se entiende que “siguen existiendo limitaciones significativas en toda la UE que reducen la eficacia y la eficiencia del marco para identificar, evaluar y mitigar los riesgos de seguridad y orden público”²⁷⁸. Señalándose, por ejemplo, que el mecanismo de cooperación no es suficientemente eficiente, o que puede haber dudas en torno al significado de términos clave como el de “impacto probable” en la seguridad o el orden público²⁷⁹. Estas, y otras, limitaciones llevan al Tribunal de Cuentas a realizar tres recomendaciones. La primera referida a la introducción de modificaciones en el Reglamento de 2019 con vistas a reforzar el marco de control de las IED de la UE. La segunda menciona la necesidad de evaluar si los mecanismos nacionales de control cumplen las normas reglamentarias, y racionalizar los conceptos en todos los mecanismos de control de la UE. Y, la tercera se focaliza en la mejora del mecanismo de cooperación, y de las evaluaciones de la Comisión para justificar mejor las medidas de mitigación relativas a casos de alto riesgo²⁸⁰.

114. También el Parlamento Europeo, en varias ocasiones, instó a ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento. Lo hizo en 2022, con su Resolución, de 23 de junio, sobre el futuro de la política de la Unión en materia de inversión internacional²⁸¹. Y lo reiteró en 2023 con su Resolución, de 1 de junio, sobre las injerencias extranjeras en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, en particular la desinformación²⁸², y en 2024, con su Resolución de 17 de enero, sobre las implicaciones en materia de seguridad y defensa de la influencia de China en las infraestructuras críticas en la Unión Europea²⁸³.

115. Desde fuera de la Unión, la OCDE, en su condición de “contratista externo”²⁸⁴ realizó en 2022, a instancias de la Comisión, un Informe sobre la práctica del Reglamento²⁸⁵. A partir de una valo-

²⁷³ *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁷⁴ Ref. Ares(2023)4695417 - 06/07/2023

²⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras..., *cit.*, p. 15.

²⁷⁶ H. MADATALI Y L. TORLAI, Revision of the EU Foreign Direct Investment Screening Regulation, European Parliament, Briefing, Implementation Appraisal, 2024, p. 3.

²⁷⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, Control de las inversiones extranjeras directas en la UE. Se han dado los primeros pasos, pero siguen existiendo limitaciones significativas para afrontar eficazmente los riesgos de seguridad y orden público, Informe especial, ES 2023, 27, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la UE, 2023.

²⁷⁸ *Ibid.*, *cit.*, p. 38, n.º. 58.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 38, nn.º. 59 y 60.

²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 39-43.

²⁸¹ 2021/2176(INI), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0268_ES.html.

²⁸² 2022/2075(INI), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0219_ES.html.

²⁸³ 2023/2072(INI), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0028_ES.html.

²⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras..., *cit.*, p. 15.

²⁸⁵ OECD, Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU. Assessing Effectiveness and Efficiency, Paris, OECD, 2022.

ración positiva del texto, apuntó un conjunto de factores que, se entendía, afectaban negativamente a su funcionamiento y al logro de sus objetivos. Se menciona, así, la persistencia de países sin mecanismos de control, y la ausencia de sensibilización sobre su importancia. Se incide, igualmente, en el limitado ámbito de aplicación del Reglamento, la desigual aplicación de los mecanismos nacionales o la falta de capacidad de los Estados, y de la Comisión, para detectar este tipo de operaciones o cooperar con el resto de países. Así como las dificultades planteadas en cuanto a la certeza de su aplicabilidad a las inversiones realizadas por terceros países a través de sociedades europeas. Junto a ello se apunta el insuficiente nivel de responsabilidad en relación con los comentarios y opiniones recibidos de los Estados y la Comisión, el hecho de que los plazos tan limitados fijados en los sistemas de algunos Estados convierten en impracticable al mecanismo de cooperación; un factor, este, acentuado por las dificultades detectadas para el intercambio de información entre los distintos Estados, y la aleatoriedad de esta²⁸⁶.

116. Todo lo anterior se tradujo en la mencionada propuesta de nuevo Reglamento de control de las inversiones extranjeras, de enero de 2024. Un texto que introduce alteraciones significativas con respecto al texto vigente, de 2019, y que ya ha sido informado por la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales²⁸⁷, y dictaminado por el Comité Económico y Social Europeo²⁸⁸. Habiendo recibido, igualmente, una positiva valoración por parte, por ejemplo, de los EEA – EFTA, que dan la bienvenida a la “European Economic Security Strategy and share the EU’ ambition for a more competitive and resilient Europe, where enhanced economic security is an important pillar”²⁸⁹.

117. Si bien el nuevo texto mantiene a grandes rasgos las claves del texto de 2019, que han permitido establecer un marco mínimamente armonizado en la materia en los diversos Estados de la Unión, incorpora, igualmente, novedades significativas que buscan ampliar su objeto, y facilitar su funcionamiento y el logro de sus objetivos. Se trata, como dice su considerando 6, de “reforzar la eficiencia y eficacia... y garantizar un mayor grado de armonización en toda la Unión”. La primera de estas variaciones es muy relevante, y refiere al hecho de que al amparo de su artículo 3.1, el establecimiento de un mecanismo de cribado previo, hasta ahora facultativo, deviene obligatorio, velando, como afirma el apartado 2 del precepto, por su aplicación a las inversiones sujetas a un requisito de autorización de acuerdo con el Reglamento. Ello significa que los tres países europeos que restan por establecerlo, Chipre, Croacia y Grecia²⁹⁰, deberán incorporarlo.

118. Junto a esto, en segundo lugar, y tomando en consideración la mencionada STJUE de 13 de julio de 2023, en el asunto C-106/22, *Xella Magyarország*²⁹¹, el artículo 2, en el que se recogen 23 definiciones²⁹² aclara que, frente a lo que ocurría en el texto anterior, la Propuesta viene ahora referida tanto a las inversiones extranjeras directas, como a las realizadas dentro de la UE por inversores que estén controlados, directa o indirectamente, por una entidad extranjera. Y ello, como señala el considerando 10, con independencia de que el “propietario final esté situación en la Unión o en otro lugar”²⁹³.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 63-82.

²⁸⁷ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Sección Cortes Generales, XV Legislatura, Serie A, Actividades Parlamentarias, 11.4.2024, N.º. 24, p. 1.

²⁸⁸ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2024)23 final – 2024/0017 (COD)) (C/2024/6027), DOUE, de 23.10.2024.

²⁸⁹ EUROPEAN ECONOMIC AREA – STANDING COMMITTEE OF THE EFTA STATES, EEA EFTA Comment on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council, Ref. 25-308, 25.2.2025, Subcommittee IV on Flanking and Horizontal policies, p. 2 (disponible en: <https://www.efta.int/sites/default/files/uploads/2025-02/EEA%20EFTA%20Comment%20-%20Screening%20Proposal.PDF>).

²⁹⁰ Vid., COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Cuarto informe..., *cit.*, p. 14.

²⁹¹ Nótese al respecto, GROUSSOT, S. MICHAEL y E. MLYNARCIKOVA, “The Screening of Foreign Investments...”, *cit.*, p. 40 y ss.

²⁹² El apartado 1 del precepto define qué se entiende por “inversión extranjera”, mientras que el 2 y 3 lo hacen, respectivamente, de “inversión extranjera directa” y de “inversión sujeta a control extranjero efectuada dentro de la Unión”.

²⁹³ Sobre esta temática, considérese, J. DE KOK, “Foreignness in EU Investment Screening Law”, en J. H. POHL, T. PAPADO-

Ambas inversiones son, además, interpretadas de forma amplia; quedando, eso sí, fuera del Reglamento las inversiones de cartera.

119. No son los únicos cambios. Como ocurría con el texto de 2019, la Propuesta de Reglamento sigue descansando sobre los mecanismos nacionales de control, para los que aparece como un mínimo común denominador, fijando, según afirma su artículo 1.1, un “marco de la Unión para el control, por parte de los Estados miembros, por motivos de seguridad de orden público, de las inversiones extranjeras en su territorio”. Y ello, a partir del respeto a la “responsabilidad exclusiva” de cada Estado miembro sobre su seguridad nacional; permitiéndoles adoptar o perpetuar mecanismos de control en ámbitos no coordinados por el Reglamento, tal como reconocen, respectivamente, los apartados 4 y 3 del artículo 1 de la Propuesta. En este sentido, el artículo 4 incorpora una serie de requisitos “mínimos” sobre su actuación y eficacia, exigiendo en su apartado 4, que cubran, al menos, “i) las inversiones en empresas de la UE que participen en los proyectos o programas de interés para la Unión que figuran en el anexo I del Reglamento propuesto”, y que refieren al desarrollo, mantenimiento o adquisición de infraestructuras críticas, tecnologías críticas o insumos fundamentales que sean esenciales para la seguridad o el orden público. Y “ii) las inversiones en empresas de la UE que tengan actividad en ámbitos de especial importancia para los intereses de seguridad o de orden público de la UE recogidos en el anexo II del Reglamento propuesto (‘inversiones sujetas a notificación’)”²⁹⁴, en el que se especifican tecnologías, activos, instalaciones, equipos, redes, sistemas, servicios y actividades económicas de especial importancia para la seguridad y el orden público de la Unión.

120. En línea con lo anterior, el artículo 4.2 exige el establecimiento de procedimientos adecuados para que la autoridad de control determine su eventual competencia sobre una inversión extranjera para la que se solicite autorización, estableciendo mecanismos para detectar y prevenir la elusión del mecanismo de control y de las decisiones de control. En tal sentido, las inversiones sometidas al requisito de autorización serán presentadas por el solicitante a las autoridades de control, y sometidas a cribado antes de que se realice la inversión extranjera. La autoridad de control tendrá competencia para iniciar el control, *ex officio*, durante al menos 15 meses desde la realización de una inversión extranjera, protegiendo cualquier información confidencial que pueda obtener. Y podrá imponer medidas dirigidas a mitigar, prohibir o anular inversiones extranjeras sujetas a autorización, que no se hayan presentado, o lo hayan hecho una vez realizada la inversión. En todo caso, cualquier inversor extranjero, y sus filiales en la UE, podrá interponer recurso contra las eventuales decisiones de control que les afecten,

121. En relación con estos mecanismos nacionales, el Capítulo 4 recoge, en su artículo 13, normas aplicables por los Estados y la Comisión con vistas a la determinación de los efectos potenciales de una inversión extranjera sobre la seguridad y el orden público. Y el artículo 14, por su parte, lo hace en relación con las decisiones de control de los Estados miembros. Así, el numeral 3 del artículo 13, en línea con el tenor del artículo 4 del Reglamento de 2019 precisa que, al determinar si una inversión “tiene probabilidad” de afectar negativamente a la seguridad o al orden público, unos y otra considerarán su potencial impacto negativo sobre la seguridad, la integridad y el funcionamiento de las infraestructuras críticas, tanto físicas como virtuales, y sobre la resiliencia de las entidades críticas señaladas por el derecho europeo. Igualmente se considerará su potencial impacto sobre la disponibilidad de tecnologías críticas, la continuidad de insumos fundamentales, protección de información sensible, incluidos los datos personales, o la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y las plataformas en línea.

122. También el mecanismo de control es objeto de revisión. En este sentido, el Capítulo 3 de la Propuesta es decisivo. En el se articula un mecanismo de cooperación destinado a facilitar a la Comisión

POULOS y J. WIESENTHAL (eds.), *National Security and Investment Controls*, Berlín, Springer, Springer Studies in Law & Economics, Vol. 3, 2024, p. 63 y ss.

²⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras..., *cit.*, p. 18.

y a los diversos Estados miembros el intercambio de información, y propuestas de medidas, respecto de una inversión extranjera que pueda potencialmente afectar de manera negativa a la seguridad o al orden público en más de un Estado de la Unión, o a través de un proyecto o programa de interés para la UE. En este sentido, el artículo 11 establece requisitos comunes para los distintos sistemas nacionales, con objeto de asegurar su participación efectiva en el mecanismo. Exigiéndoles a los Estados, entre otros, que proporcionen los recursos necesarios para lograr una participación eficiente y efectiva en el mecanismo, estableciendo un punto de contrato, y velando por que los plazos y procedimientos establecidos en sus mecanismos les permitan dar respuestas completas a las solicitudes de información adicional planteadas por la Comisión o los otros Estados miembros.

123. Dentro de la reforma del mecanismo de cooperación, el artículo 5 especifica la obligación de notificación de determinadas inversiones foráneas a la Comisión y a los demás Estados miembros a través del mecanismo. Refiriendo el artículo 6 al contenido y procedimiento para la notificación. En tal sentido, su apartado 1 exige que la eventual notificación a realizar al amparo del artículo 5 contenga la información prevista en el artículo 10.1, *y se envíe a través del sistema seguro y cifrado a que refiere el artículo 12.4*, en los plazos fijados por el precepto. Incorporando su apartado 2 un procedimiento específico para el supuesto de las inversiones objeto de control simultáneo por varios Estados miembro: las denominaciones “operaciones plurinacionales”. Por su parte, el artículo 7 procede a describir las condiciones aplicables a las observaciones formuladas por los Estados y a los dictámenes emitidos por la Comisión tras la evaluación de una inversión extranjera notificada, y sobre los procedimientos de facilitación de información respecto de la decisión de control adoptada.

124. Dentro de este mismo capítulo 3 de la Propuesta, el artículo 8 fija los plazos y procedimientos para formular observaciones y dictámenes. Y el artículo 9 diseña un mecanismo –“Procedimiento de propia iniciativa”- que permite a los Estados y a la Comisión cooperar en inversiones foráneas que no hayan sido notificadas por el Estado miembro en el que se prevea efectuar la inversión extranjera. Finalmente, el artículo 10 concreta los requisitos aplicables a la información a facilitar, y que puede solicitarse, en relación con las inversiones extranjeras sometidas al mecanismo de cooperación. Incorporándose en su artículo 12 una obligación taxativa de confidencialidad respecto de los intercambios de información realizados entre los Estados y la Comisión en el mecanismo de cooperación.

125. La Propuesta, ya se ha señalado, ha sido dictaminada por el Comité Económico y Social Europeo²⁹⁵, quien recomienda promover una mayor armonización de las normas nacionales sobre inversiones extranjeras y sobre los mecanismos de control. Incidiendo, especialmente, en la fijación de “los porcentajes de adquisición por parte del inversor extranjero que implican la obligación de controlar o, en su caso, prohibir o mitigar, definir plazos iguales —lo más breves posible— para responder a las solicitudes de información y emitir dictámenes y resoluciones, establecer definiciones coherentes sobre los riesgos para la seguridad y el orden público, optimizar las prácticas de los mecanismos nacionales de control, en particular normalizando el control previo a la realización de la inversión o promoviendo la denominada ‘acción de oro’ como instrumento de control público, en determinadas inversiones permitidas”²⁹⁶. Se incide, también, en la determinación de los supuestos excepcionales en los que instituciones de la UE pueden prohibir, mitigar o condicionar las inversiones extranjeras, en uno o varios Estados de la Unión, por poner en grave peligro un programa o proyecto de interés para la Unión o la seguridad y el orden público en más de un Estado, concretando las circunstancias para ello. Y y estableciendo procedimientos para la colaboración de la Comisión y los Estados al respecto.

²⁹⁵ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2024)23 final – 2024/0017 (COD)) (C/2024/6027), DOUE, de 23.10.2024.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 2.

126. El Comité propone, igualmente, entre otras medidas, la posible aplicación del control de las inversiones a “otras infraestructuras críticas y servicios esenciales, incluidos los de carácter social, que son básicos para el funcionamiento del Estado y el bienestar de la población”²⁹⁷. Y la revisión del plural sistema de control europeo de las inversiones extranjeras para hacerlo más coherente. Reforzando las capacidades de los Estados miembros para hacer posible la puesta en práctica efectiva del Reglamento.

V. A modo de conclusiones provisionales

127. Al iniciar estas páginas hablábamos de la capacidad de unos pocos elegidos de marcar época. La Unión está marcando época en el ámbito del control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad y orden público. Modulando de manera acelerada su tradicional política de apertura al comercio internacional, y a los flujos inversores internacionales, con criterios securitarios. Nadie hubiera apostado por la capacidad de la UE, tan lenta en sus reflejos en ocasiones, de construir un sistema amplio y completo como el actual, en el tiempo record en que lo ha hecho. Un modelo en continua evolución y adaptación, cuya práctica, viendo los tiempos que se aproximan, va a incrementarse de manera exponencial en los próximos meses y años, dotando al viejo continente de un arma para defenderse frente a las amenazas extranjeras, en este caso, de ciertas inversiones extranjeras no deseadas. El tiempo dirá si lo logra... y a que nos lleva todo este entorno adanista en el que nos introducimos en el ámbito del comercio internacional y de las relaciones internacionales.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 2.

Los administradores y su toma de decisiones en un contexto de Inteligencia Artificial. Estudio comparado europeo y español¹

Directors and decision-making in an Artificial Intelligence environment. European and Spanish comparative study

MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ

Directora Cátedra Cervelló, IE Law School

Profesora Derecho Mercantil y Negociación

IE Law School / IE University

ORCID ID: 0000-0003-4270-093X

Recibido:22.04.2025 / Aceptado:18.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9878

Resumen: La digitalización avanza cada vez más rápido en la estructura corporativa de las sociedades de capital; la inteligencia artificial aparece en el día a día de los órganos sociales y, en concreto, del órgano de administración. Los administradores ejercen sus funciones utilizando esta inteligencia artificial en diferentes grados. Este trabajo estudia, desde un punto de vista comparado del ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico europeo, cómo la inteligencia artificial influye en los procesos de toma de decisión por los administradores. Conocida esta influencia, proponemos un protocolo a seguir cuando los administradores son asistidos por inteligencia artificial y deciden, teniendo en cuenta siempre cómo disminuir los potenciales riesgos, pero también cómo potenciar las enormes ventajas que su intervención implica.

Palabras clave: Administradores, Inteligencia Artificial, Toma de decisiones, CAIO.

Abstract: Digitalization is progressing at an increasingly rapid pace within the corporate structure of capital companies; artificial intelligence is becoming part of the daily operations of corporate bodies, particularly the directors body. Directors perform their duties using artificial intelligence to varying degrees. This paper analyzes, from a comparative perspective of the Spanish legal system and the European legal framework, how artificial intelligence influences directors' decision-making processes. Furthermore, once this influence is understood, we propose a protocol to be followed when directors, supported and assisted by artificial intelligence, make decisions always taking into account how to minimize potential risks, but also how to enhance the significant advantages that its involvement entails.

Key words: Directors, Artificial intelligence, Decision Making, CAIO.

Sumario: I. Introducción: objeto de estudio y normativa aplicable. II. Digitalización e inteligencia artificial en el órgano de administración. 1. Diferentes grados de presencia de la inteligencia artificial en el órgano de administración. 2. Ventajas y desventajas del uso de inteligencia artificial en el órgano de administración. III. La toma de decisiones en el órgano de administración que utiliza inteligencia artificial en el ordenamiento jurídico español y en el ordenamiento jurídico europeo. 1. El proceso de toma de decisiones en general. Sus componentes. 2. La responsabilidad derivada del proceso de toma de decisiones. IV. Protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en

¹ Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de Investigación Proyecto I+D+i *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE) y cuya Investigadora Principal es Ana Belén Campuzano Laguillo

el seno del órgano de administración. 1. Parte estructural del protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el consejo de administración. 2. Parte competencial y ética del protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el consejo de administración. 3. El CAIO (*Chief Artificial Intelligence Officer*), una necesidad presente y futura. V. Conclusiones.

I. Introducción: objeto de estudio y normativa aplicable

1. Es evidente que la digitalización ha llegado a las sociedades de capital para quedarse². El auge y desarrollo de la inteligencia artificial³ cada vez es mayor en el ámbito corporativo⁴. Si pensamos en una sociedad de capital, es evidente que en todos sus ámbitos tiene repercusión este fenómeno pero, sin duda alguna, es en los órganos sociales donde afecta más a la estructura de la sociedad⁵; es decir, es en la junta general y en el órgano de administración donde es necesario reflexionar sobre el impacto de la inteligencia artificial y la digitalización⁶.

2. En el ámbito de la junta general, los artículos 182 y 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital se ocupan de esto, en concreto, de la junta híbrida y de la junta exclusivamente telemática, respectivamente⁷, no planteando mayor problema. La forma en que se lleva a cabo la toma de decisiones en la junta general parece clara cuando se utiliza la inteligencia artificial⁸.

3. Nada se dice, sin embargo, del órgano de administración y su digitalización⁹; no solo nos referimos a la posibilidad de reunión de éste de manera digital y sí, además, de la posibilidad de que sus miembros utilicen inteligencia artificial en su cometido, esto es, en la toma de decisiones clave en cualquier sociedad de capital¹⁰. Además del estudio de ese proceso de toma de decisiones, hemos de dar un paso

² M. GARCIA MANDALONIZ, *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada*, Dykinson, pp. 254-258, 2020.

³ Sobre lo que debe entenderse por “Inteligencia Artificial”, consideramos que el concepto debe ser amplio, según lo establecido por el Parlamento europeo y el Consejo en su Resolución de 2021 que señala que, debe entenderse por tal un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida -como predicciones, recomendaciones o decisiones- que influya en entornos reales o virtuales; *vide*, también, A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, “Sociedades mercantiles administradas por inteligencia artificial, DAOS y entidades algorítmicas autónomas en derecho español”, *La Ley Mercantil*, núm. 112, 2024, p. 3.

⁴ La pandemia del COVID marcó un punto de inflexión en lo que a la digitalización de las sociedades de capital se refiere. No obstante, ya desde la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, se estableció que los estatutos de las sociedades de capital podían permitir la asistencia a la junta por medios telemáticos; pero es con el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, con el que se permite que, a pesar de no constar nada en estatutos, se pudiera consentir la celebración de las reuniones de los órganos de gobierno de las sociedades de capital cotizadas y no cotizadas por medio de videoconferencia siempre que todos los miembros del órgano de gobierno dispusieran de los medios necesarios, el secretario del órgano reconociera su identidad y se hiciera constar así en el acta. Con esta disposición, se dio cobertura a la posibilidad de celebrar reuniones digitales en sede de junta y del órgano de administración que fue prorrogado hasta 2022 no inclusive. A partir de este año, se aplica la Ley de sociedades de capital en la que nada se ha establecido al respecto de la digitalización en el órgano de administración a diferencia de lo que ha ocurrido para la junta general.

⁵ F. M., SBARBARO, “Algoritmi, Intelligenza Artificiale E Personalità Giuridica: Prime Note Sul Recente Dibattito in Tema Di Autonomus Entity”, *Il Nuovo Diritto delle Società (7/2020) Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain* - a cura di R. PESSI, P. MATERA, G. SIGILLÒ MASSARA, 2020.

⁶ Sobre el impacto, en general, que tiene la inteligencia artificial en las organizaciones, resulta interesante el informe “The estate of AI: How organizations are rewiring to capture value” <https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/the-state-of-ai>

⁷ *Vide*, en este sentido, P. GALEOTE MUÑOZ, “Corporate digitalization in the european context: going one step further”, *Advocatus*, Lima, 2023 y “Sostenibilidad corporativa y digitalización en el ámbito de la junta general: problemática en la junta telemática”, *forthcoming*, Dykinson 2025.

⁸ S. BAYERN, T. BURRI, T. D. GRANT, D. HÄSERMANN, F. MÖSLEIN, AND R. WILLIAMS, “Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators”, *Hastings Science and Technology Law Journal*, n.º 9, 2017, pp. 135 y ss.

⁹ Pocos estudios hay al respecto, *vide*, J. LI, M. LI, X. WANG AND J. B. THATCHER, “Strategic directions for AI: the role of CIOs and boards of directors”, *MIS Quarterly*, Vol. 45 No. 3, pp. 1603-1643, 2021.

¹⁰ H. J., GREGORY, *AI and the role of the board of directors*. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2023, <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/10/07/ai-and-the-role-of-the-board-of-directors/>

más y analizar las implicaciones que las mismas tienen cuando los administradores utilizan inteligencia artificial. Éste es el objeto de estudio de este trabajo desde una perspectiva comparada, tanto europea como desde la legislación española actual. Nos plantearémos también la posibilidad de existencia de un ciberadministrador, esto es, un algoritmo que actúe de administrador y toma decisiones en su labor. Trazaremos las líneas generales de un sistema de responsabilidad que contemple la toma de decisiones realizada por el administrador con inteligencia artificial, señalando sus potenciales ventajas y desventajas.

4. Por tanto, ese proceso de toma de decisiones implica que haya que analizar en profundidad la responsabilidad ligada a los administradores en cuanto ayudados o sustituidos por los algoritmos. Todo esto nos llevará a diseñar un protocolo de toma de decisiones en el órgano de administración, para terminar, pronunciándonos sobre la ventaja o no de que exista alguna posición directiva que se ocupe de todo lo anterior.

II. Digitalización e inteligencia artificial en el órgano de administración

1. Diferentes grados de presencia de la inteligencia artificial en el órgano de administración

5. La digitalización ha hecho hoy presente la inteligencia artificial en todos los ámbitos de las sociedades de capital, siendo el órgano de administración uno de ellos¹¹. Dada la falta de regulación española y europea sobre, en concreto, la presencia de la inteligencia artificial en el mismo, nos planteamos en primer lugar qué tipo de presencia de inteligencia artificial puede haber. Parece que se utiliza en un rango que discurre entre determinados *chatbots*¹², algoritmos de búsqueda de datos o de cálculos de determinados ratios o cifras, traductores potentes hasta la posibilidad de convocar a sus miembros por esta vía etc. Éste sería un nivel de ayuda o de apoyo de la inteligencia artificial al administrador humano que, en vez de otros medios digitales, ha empezado a utilizar algoritmos más o menos complejos para tareas del día a día en su trabajo. Un paso más allá contempla ya algoritmos que no solo ayudan y soportan al administrador humano si no que hacen determinadas tareas encomendadas a ellos, esto es que asisten o prestan una ayuda más compleja en la tarea del administrador pero que sigue siendo él, humano, el que toma la decisión última. Aparece la inteligencia artificial involucrada en los procesos de toma de decisiones facilitándole la tarea al administrador¹³. Finalmente, es necesario considerar aquellos algoritmos que, en su día, podrían tomar decisiones por sí mismos no existiendo un humano que revise esa decisión automatizada¹⁴.

6. Este diferente nivel de implicación y utilización de la inteligencia artificial en el órgano de administración es determinante a la hora de afrontar la toma de decisiones que realizan los administradores¹⁵.

2. Ventajas y desventajas del uso de inteligencia artificial en el órgano de administración

7. En general son enormes las ventajas que el uso de la inteligencia artificial puede tener en el órgano de administración. Así:

¹¹ P. PORTELLANO, “Inteligencia artificial y responsabilidad por producto”, *RDM*, N.316, 2020.

¹² C. GUALLARTE NUEZ, P. RODRÍGUEZ CANFRANC, *El chatbot: la inteligencia artificial como voz de la empresa*, UAB, 2025

¹³ Un paralelismo en cuanto a los diferentes grados de implicación de la inteligencia artificial en la justicia está en F. MARTÍN, *Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria*, S. BARONA, *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

¹⁴ Sobre los diferentes niveles de inteligencia artificial en el órgano de administración, *vide*, A. F. MUÑOZ, “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *Revista de derecho de Sociedades* 60, 2020, pp. 74-77.

¹⁵ En este sentido, *vide*, BR. OUABOUCH AND T. YAHYAOUL, “Artificial intelligence and corporate governance: A review of recent literature”, *International Journal of Strategic Management and Economic Studies (IJSMES)*, 4(1), 2025 p. 56, <https://doi.org/10.5281/zenodo.14731346>. También, entre otros, M. MARTÍNEZ MUÑOZ, “El órgano de administración y su actuación a través de medios digitales. El ciberadministrador”, C. MOLINA HERNÁNDEZ (Dir.), *La transformación digital de las empresas*, Atelier, 2024, pp. 168 y 169.

- El gran volumen de datos y su tratamiento que pueden manejar los administradores puede llegar a ser impresionante, lo que sin duda facilita la toma de la decisión estratégica que haya detrás. Existen incluso algoritmos que pueden generar diferentes opciones ante una toma de decisión para que sean los administradores los que deban decidir por la mejor.
- La información aclaratoria o descriptiva de procesos, de normativa etc, que pueden proporcionar sistemas como los *chatbots*, facilitando muchas veces la labor de los administradores.
- La función de auditoría interna que puede ser facilitada por determinados algoritmos que manejan datos y pueden hacer o repasar ratios, cálculos etc., en tiempos record.
- La tenencia de determinados contratos inteligentes o *smart contracts* configurados con *blockchain* cuyo registro es inalterable y que son directamente ejecutables cuando se cumplen las condiciones establecidas.
- La utilización de metaversos o plataformas de realidad aumentadas que permiten a los administradores realizar simulaciones en entornos seguros, donde pueden ensayar determinadas decisiones o situaciones con las que se puede ganar confianza antes de tomar la decisión en la sociedad.

8. Todo lo anterior tiene además de esas ventajas, posibles y probables riesgos que es necesario tomar en consideración. Así:

- El gran volumen de datos tratado y manejado por los algoritmos pone de manifiesto el problema de confidencialidad y la privacidad de estos. Es necesario contar con sistemas confiables que aseguren lo anterior además del control de los mimos. Se puede estar poniendo en riesgo una gran cantidad de información al alimentar un sistema o algoritmo que maneja esa información, aprende de ella y genera otra con esos datos. Queremos, en este sentido, llamar la atención sobre la pérdida de control de los datos y del proceso que siguen los mismos al introducirlos en un algoritmo. La Unión Europea, en este sentido, viene destacando la importancia de la trazabilidad en el proceso de toma de decisiones de los algoritmos y robots¹⁶. Así, desde las normas de derecho civil sobre robótica del Parlamento europeo de 2017 hasta el Reglamento sobre inteligencia artificial de 2024¹⁷.
- El hecho de usar *chatbots* para clarificar o informar a los administradores de algo puede tener como problema asociado el que surja alguna duda y el *chatbot* no puede resolverla; aquí suele ser conveniente la posibilidad de que el *chatbot* envíe un mail a alguien encargado del mismo para que, ante cualquier problema, se ponga en contacto y lo resuelva.
- Las ventajas de la ayuda en la labor de auditoría se pueden ver compensadas con los riesgos que puede suponer el poner a disposición de un algoritmo una serie de datos de lo que se pierde el control de nuevo.

¹⁶ Vide, por todos, M. BARRIO RODRIGO, “El mediador robot. Virtudes y desafíos ¿de un futuro cercano?”, L. FONTESTAD PORTALÉS, S. CALAZA LÓPEZ, (Dir.) *Justicia en REDefinición: Inteligencia Artificial en los Medios Adecuados de Resolución de controversias*, Dykinson, 2024, pp. 143-144.

¹⁷ P. GALEOTE MUÑOZ, “Online Dispute Resolution (ODR) y su evolución: digitalización e inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos”, C. MOLINA HERNÁNDEZ (Dir.), *La transformación digital de las empresas*, Atelier, 2024, pp. 226-229 y nota a pie de página 27 “sobre las normas de derecho civil sobre robótica del Parlamento europeo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#title1 y sobre el Reglamento inteligencia artificial, Reglamento (UE) 2024/1732 del Consejo, de 17 de junio de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1173 en lo relativo a una iniciativa de EuroHPC para que las empresas emergentes den impulso al liderazgo europeo en inteligencia artificial fiable <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80917>”. En este sentido también podemos considerar como expone A. F. MUÑOZ, “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *op. cit.*, pp. 77-81 cuando señala que el Parlamento europeo establece las siguientes líneas de actuación: “a) la creación de una Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial; b) la elaboración de un código de conducta ético voluntario que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas pertinentes; c) promulgar un conjunto de reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots; d) crear un estatuto de persona electrónica; e) estudiar nuevos modelos de empleo y analizar la viabilidad del actual sistema tributario y social con la llegada de la robótica; f) integrar la seguridad y la privacidad como valores de serie en el diseño de los robots; y g) crear un Registro Europeo de los robots inteligentes”.

- Respecto a los *smart contracts* que los administradores pueden usar en sus funciones, pueden tener como inconveniente el que cualquier fallo o error cometido en ellos es imposible prácticamente de solucionar. Será necesario que evolucione la tecnología *blockchain* para que estos errores puedan ser salvados sin problemas.
- En cuanto a los metaversos u otros universos digitales es necesario tener en consideración que cualquier cuestión que pase en los mismos se enfrenta a problemas de legislación aplicable, porque no sabemos cuál debe ser la ley aplicable al caso; tampoco sabemos la manera de resolver conflictos en ellos, etc.

9. Como vemos, todas las ventajas que tiene la inteligencia artificial aplicada al órgano de administración de las sociedades de capital se ven aminoradas con los potenciales riesgos que suponen. Esto nos lleva a hacer una reflexión profunda sobre qué consecuencias tiene la introducción de ésta en la toma de decisión de los administradores y lo vamos a hacer desde una perspectiva comparada teniendo en cuenta lo establecido en el ordenamiento jurídico español así como en el marco jurídico europeo.

III. La toma de decisiones en el órgano de administración que utiliza inteligencia artificial en el ordenamiento jurídico español y en el ordenamiento jurídico europeo

1. El proceso de toma de decisiones en general. Sus componentes

10. En primer lugar, debemos tener en cuenta lo que establece el ordenamiento jurídico español sobre la toma de decisiones que se lleva a cabo en el órgano de administración. En este sentido, hemos de analizar lo señalado en la Ley de Sociedades de Capital y en Reglamento del Registro Mercantil; esto nos lleva a distinguir entre las diferentes formas de órgano de administración posibles en España: el administrador único así como aquellas formas en las que actúa más de un miembro, ya sean los administradores mancomunados, los administradores solidarios o el consejo de administración. En el caso del administrador único o de los administradores solidarios, nos enfrentamos a escenarios diferentes a cuando la decisión la deben tomar varios administradores, ya sean mancomunadamente o en el seno del consejo de administración. Respecto a las formas unipersonales de toma de decisiones, el administrador de forma individual toma su decisión asistida en mayor o menor medida por los algoritmos. En las formas pluripersonales de administración, la toma de decisión es conjunta, con diferentes tipos de mayoría y además de esta toma de decisiones conjunta, los miembros pueden ayudarse o asistirse en mayor o menor medida también por la inteligencia artificial¹⁸.

11. Respecto al proceso de toma de decisiones, tanto con presencia de inteligencia artificial o no, es conveniente que los administradores estén formados en teoría o metodología de toma de decisiones conjunta. Se encuentren asistidos o no por inteligencia artificial, llamamos la atención sobre la importancia de manejar el proceso de toma de decisiones. El proceso de toma de decisiones pasa por descubrir las necesidades o intereses involucrados en cada toma de decisión, sabiendo cuál es el motivo que lleva a pedir por cada parte lo correspondiente¹⁹. Identificados los intereses, resulta sencillo descubrir lo que cada parte pide, su postura o posición; a partir de ahí, nos debemos plantear si tenemos intercambiables para tomar esa decisión y en qué la podemos basar objetivamente. Con todo eso encima de la mesa, seremos capaces de generar los posibles caminos para tomar la decisión, para quedarnos cómo estamos o para realizar algo diferente pero que también cubra mi necesidad. Ésta es la grandeza de la toma de decisiones hoy, en el siglo XXI.

¹⁸ L., METCALF, D. A. ASKAY AND L. B., ROSENBERG, “Keeping humans in the loop: pooling knowledge through artificial swarm intelligence to improve business decision making”, *California Management Review*, Vol. 61 No. 4, pp. 84-109, 2019.

¹⁹ Sobre el concepto y la metodología de Negociación, *vide*, por todos, R. FISCHER, W. URY, Y B. PATTON, *Getting to Yes*, Penguin Books, 1997, donde se expone el origen de la metodología de negociación basada en intereses, que es clave para enfocar hoy la metodología sobre toma de decisiones en el siglo XXI.

12. Llamamos la atención sobre lo anterior, porque no es algo comúnmente manejado por los administradores en las sociedades de capital y creemos que es por desconocimiento. Ante una decisión compleja, saber metodología de toma de decisiones ayuda a descubrir si la decisión correcta es una u otra. En este sentido, en este primer momento de diseño del proceso para tomar la decisión, puede ayudar algún algoritmo al que podamos describir la decisión a tomar y que él pudiera dibujarnos cuál sería esa estrategia de toma de decisiones. Estamos ante el primer o segundo nivel de ayuda o asistencia de la inteligencia artificial sin más. En esta función, el algoritmo haría algo mecánico. Es aquí donde topamos con uno de los problemas en toma de decisiones que es la necesidad de que la persona que tome la decisión sea eminentemente creativa. La creatividad, además, implica escucha y conocimiento de la situación, así como empatía. Sin duda, dado el estado actual de la ciencia, no podemos afirmar que exista inteligencia artificial creativa y empática. Es aquí donde va a ser necesaria la existencia de un humano que filtre los resultados arrojados por la inteligencia artificial y tome la decisión definitiva.

13. Aquí nos podemos plantear lo que ocurriría si la toma de decisiones se realiza directamente por la inteligencia artificial, esto es aparece la posibilidad de sustituir a los administradores o a alguno de ellos por algoritmos²⁰.

14. En el ordenamiento jurídico español²¹ no es posible que eso se produzca y ello por lo establecido en el artículo 212 LSC que establece que los administradores de la sociedad podrán ser personas físicas o jurídicas²². Plantearnos la existencia de un algoritmo administrador es imposible en derecho español y requiere una modificación de la Ley. En el ámbito europeo²³, surge, ante este problema, el tema de la personalidad electrónica; es decir, si es posible establecer y reconocer un tipo de personalidad a los robots o algoritmos que no sea física ni jurídica, si no electrónica²⁴. La Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017 establece que este algoritmo o persona electrónica debería estar dotado de un patrimonio para cubrir la responsabilidad derivada de sus actuaciones, por lo que se debería establecer un tipo de seguro obligatorio para ellos o, incluso, crear un tipo de fondo por parte de los fabricantes y durante toda la vida del robot. Llama la atención que lo que la Resolución europea contempla es lo derivado de la potencial responsabilidad del robot²⁵ por sus actuaciones.

15. Para el caso de sociedades cotizadas, en el ordenamiento jurídico español, el órgano de administración va a ser necesariamente un consejo de administración, *ex* artículo 529 bis y los consejeros solo podrán ser personas físicas. Por tanto, para sociedades cotizadas la persona física podría valerse

²⁰ N. BALASUBRAMANIAN, Y. YE AND M. XU, “Substituting human decision-making with machine learning: implications for organizational learning”, *Academy of Management Review*, Vol. 47 No. 3, pp. 448-465, 2022.

²¹ M. RODRIGUEZ-FERNANDEZ, S. FERNANDEZ-ALONSO AND J. RODRIGUEZ-RODRIGUEZ, “Board characteristics and firm performance in Spain”, *Corporate Governance*, Vol. 14 No. 4, 2014, pp. 485-503, 2014.

²² Posibilidad de administradores personas jurídicas que no existe hoy en sociedades cotizadas. Si consideramos el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital que establece el régimen del administrador persona jurídica, reforzamos la idea anterior puesto que se dice que, para ser nombrado administrador persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio de sus funciones. Igualmente, la revocación de su nombramiento por la persona jurídica administradora no causará efecto hasta que se designe a la persona que le sustituya. Constatamos que el legislador, incluso con una persona jurídica administrador, exige la designación de una persona natural para que lleve a cabo sus funciones. Por analogía al caso de un algoritmo, si ello fuera posible, que repetimos que no lo es en nuestro ordenamiento jurídico, sería siempre junto con el nombramiento de la persona física por lo que ya no sería un algoritmo autónomo el que tomara la decisión.

²³ T. BURRI, “Free Movement of Algorithms: Artificially Intelligent Persons Conquer the European Union’s Internal Market”, W. BARFIELD AND U. PAGALLO (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, 2018, págs. 537-559. <https://ssrn.com/abstract=3010233>

²⁴ Sobre personalidad electrónica, *vide*, por todos, A. F. MUÑOZ, “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *op.cit.*, pp. 77-81.

²⁵ Sobre responsabilidad, *vide*, por todos, VICARIO PÉREZ, ANA MARÍA, “Una de cal y otra de arena. La inteligencia artificial como autora del delito y como herramienta para la resolución extrajudicial de conflictos”, L. FONTESTAD PORTALES, S. CALAZA LÓPEZ, (Dir.) *Justicia en REdefinición: Inteligencia Artificial en los Medios Adecuados de Resolución de controversias*, Dykinson, 2024.

de sistemas de inteligencia artificial pero nunca un consejero podría ser un robot o un algoritmo. En las sociedades no cotizadas se permite que el administrador sea persona física o jurídica lo que abre más la puerta a la inteligencia artificial autónoma que en las sociedades cotizadas. Ni siquiera la personalidad electrónica, hoy imposible en nuestro ordenamiento jurídico lo solucionaría²⁶. La figura del ciberconsejero es hoy imposible en nuestro ordenamiento.

16. Lo anterior obliga a asegurar que existen países en los que las DAOs o entidades algorítmicas autónomas²⁷ ya están reguladas, como es el caso de Wyoming, Utah, South Carolina, Abu Dhabi, Malta etc., incluso han existido ejemplos ya desde hace años de “posible” presencia de algoritmos en el consejo de administración que han gestionado el tema de la personalidad electrónica: son los casos del algoritmo VITAL en DKV, el sistema Alicia-T en la empresa Tieto o el algoritmo llamado Einstein en la empresa Salesforce²⁸. Todos ellos son algoritmos anteriores a 2020 por lo que el estado de la técnica ha mejorado bastante, pero la base sigue siendo la misma. La cuestión es siempre dilucidar si las funciones llevadas a cabo por estos algoritmos son funciones que cumplen los deberes legales de todo administrador, pudiendo asumir las consecuencias de sus actos y cumpliendo con el régimen de responsabilidad de los administradores²⁹.

17. Si bien el tema de la responsabilidad lo trataremos más adelante, es necesario que abordemos el proceso de toma de decisiones en su conjunto para valorar hasta dónde puede alcanzar la inteligencia artificial o no. La doctrina ha abordado poco este tema por la escasez de metodología que existe en los órganos de administración a la hora de enfrentarse a un proceso de estas características. Consideramos que todo proceso de toma de decisiones tiene parte de estrategia y parte de competencias efectivas de aquellos que se enfrentan al proceso. Abordar la toma de decisiones como un tema estratégico sin más conlleva errores graves. Por supuesto, la parte estratégica es necesaria pero no logra todos sus objetivos si no se implementa con las competencias necesarias por aquellos que la llevan a cabo. Esas competencias pasan por el lenguaje³⁰ con sus elementos verbales y no verbales, la empatía junto con la autoafirmación y el control emocional con la que se lleva a cabo. Es en esta parte subjetiva donde la inteligencia artificial no llega hoy y creemos que no llegará en un medio, corto plazo de tiempo y no sabemos si en el largo. Se necesitarían algoritmos capaces de transmitir esa decisión y de implementarla de manera eficaz. Además, la capacidad de tener en cuenta y valorar si la decisión cumple estándares éticos, valores y demás de la compañía hacen que el humano sea imprescindible.

18. Incluso en la parte estratégica, a la hora de ponderar determinadas cuestiones en la toma de decisiones es aconsejable la revisión humana de la misma. El tema de los sesgos a la hora de programar y diseñar el algoritmo que toma la decisión puede estar condicionando decisiones muy relevantes para la sociedad³¹. Apostamos, por tanto, por procesos de toma de decisiones ayudados por inteligencia artificial pero que no sustituyan al humano, al administrador persona física o a la persona física representante de la persona jurídica³².

²⁶ C. MOLINA HERNÁNDEZ, “La sostenibilidad corporativa y la inteligencia artificial. Una realidad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas”, (*forthcoming*), Dykinson, 2025, pp 9-10.

²⁷ Z. ZHANG, Y. YOO, K. LYYTINEN AND A. LINDBERG, “The unknowability of autonomous tools and the liminal experience of their use”, *Information Systems Research*, Vol. 32 No. 4, 2021, pp. 1192-1213.

²⁸ A. F. MUÑOZ, “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

²⁹ Sobre estos algoritmos que actuaron como administradores autónomos e implicaciones interesantes, *vide*, Y. R. SHRESTHA, S. M. BEN-MENACHEM AND G. VON KROGH, “Organizational decision-making structures in the age of artificial intelligence”, *California Management Review*, Vol. 61 No. 4, pp. 66-83, 2019.

³⁰ A. CORTINA, *¿Ética o ideología de la inteligencia artificial? El eclipse de la razón comunicativa en una sociedad tecnolozada*, Paidós, 2024, pp. 116-118.

³¹ Sobre sesgos e inteligencia artificial, ALLEN Y GLEN, “The real dangers of “Artificial Intelligence”, *The Journal of Democracy*, v. 35, n. 1, 2024, pp. 147-162, *Project MUSE*, <https://doi.org/10.1353/jod.2024.a915355>.

³² Sobre sesgos e incertidumbre, A. TVERSKY AND D. KAHNEMAN, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases: biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty”, *Science*, Vol. 185 No. 4157, 1974, pp. 1124-1131.

2. La responsabilidad derivada del proceso de toma de decisiones

19. Como hemos señalado más arriba, es la responsabilidad de los actos llevados a cabo por, o con inteligencia artificial, el aspecto fundamental que hay que analizar.

20. En el ordenamiento jurídico español es necesario analizar el deber de diligencia establecido en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, donde se habla del ejercicio de los deberes del administrador “con la diligencia de un ordenado empresario” tenido en cuenta las funciones de cada uno y mirando siempre por el interés de la empresa frente al interés suyo. Además, se establece que deberán tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. Es aquí donde se suele unir la posibilidad de que el administrador utilice la inteligencia artificial; en este sentido, consideramos que no es obligatorio el contratar y ayudarse de determinada inteligencia artificial por el administrador³³ pero, si lo hace, seguirá estando sometido a sus deberes como administrador. Además, se establece el derecho que tiene el administrador de recabar la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Aquí el origen o la fuente de información puede ser o no la inteligencia artificial.

21. Este deber de diligencia del administrador se ve complementado con la protección de la discrecionalidad empresarial establecida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital. La discrecionalidad empresarial viene a recoger que la diligencia se entenderá cumplida si el administrador ha actuado “*de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado*”³⁴. Por tanto, queda claro que un administrador que actúe de buena fe dentro de un proceso de toma de decisiones estratégico no responderá cuando además de aquella, no ha actuado con interés personal, tenía información suficiente y se sujetó a un proceso adecuado. Por lo tanto, para que actúe la protección de la discrecionalidad son necesarios los siguientes requisitos: buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y proceso de decisión adecuado.

22. De los cuatro elementos anteriores, consideramos que la información suficiente y el seguir un proceso de decisión adecuado es algo en lo que el administrador puede apoyarse y utilizar la inteligencia artificial. Si esto fuera así y la utilización de la inteligencia artificial le llevara a tomar una decisión no adecuada con los correspondientes daños, el administrador estaría protegido porque esa actuación reuniría los requisitos de la discrecionalidad referida anteriormente.

23. Es en el punto anterior donde debemos plantearnos qué ocurre si el administrador es sustituido en su decisión por un algoritmo o incluso pudiendo llegar a ser una DAO. Desde un punto de vista jurídico³⁵, en el ordenamiento jurídico español, volvemos a toparnos con algo imposible en el sentido de que el deber de diligencia del administrador no se estaría cumpliendo y la decisión de una entidad algorítmica no aseguraría el cumplir con los estándares legales del “ordenado empresario”.

24. El artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que pudieran causar por actos u omisiones que sean contrarios a la ley, a los estatutos o que incumplan los deberes inhe-

³³ P. Portellano, “Decisiones financieras, inteligencia artificial y *business judgement rule*”, Br. S., Jiménez Gómez, M. Fuentes Naharro, M. T., Martínez Martínez, *Gobierno Corporativo. Digitalización y sostenibilidad*, Universidad Complutense de Madrid, 2024, p. 181.

³⁴ Se está haciendo referencia a la *Business Judgement Rule* del Derecho norteamericano, P. PORTELLANO, *op.cit.* y C. GUERRERO TREVIJANO, “La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de Diciembre”, *Revista de Derecho Mercantil*, 298, 2015.

³⁵ En general, sin tener en cuenta un ordenamiento jurídico particular, *vide*, I., BRAVO-PLACERES, “Entre algoritmos y justicia: la danza regulatoria de la inteligencia artificial”, *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 10(18), 5-25, 2025. <https://doi.org/10.35381/racji.v10i18.4338>.

rentes al cargo y cuando haya intervenido dolo y culpa, por lo que las vías para exigir responsabilidad en el ámbito societario serían la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad. Derivado de esto y de lo anterior analizado, las formas para exigir responsabilidad a los administradores por daños producidos por la inteligencia artificial en el ámbito societario son la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad. En cuanto a la acción social de responsabilidad, es la propia sociedad la que la entabla cuando se siente dañada, en este caso por la inteligencia artificial. Será necesario acuerdo de junta general, adoptado por mayoría ordinaria, cuando lo solicite cualquier socio, no siendo necesario que conste en el orden del día; incluso la acción social de responsabilidad podrá ser entablada por los acreedores cuando no lo hayan hecho los socios o la sociedad y el patrimonio fuera insuficiente para cubrir sus créditos. La acción individual de responsabilidad la podrán entablar los terceros y los socios que se sientan dañados en sus intereses por los administradores.

25. Para el caso de DAOS³⁶ o entidades algorítmicas autónomas o ciberadministradores, al no ser una persona física ni jurídica, podríamos estar ante dos situaciones: la primera sería considerar el supuesto del administrador de hecho contemplado en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que podríamos estar ante una persona que actúa en el tráfico sin título con las funciones propias del administrador o aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Para estos casos, se aplican las mismas reglas de responsabilidad. Sin duda alguna, este artículo no deja dudas sobre la extensión de la responsabilidad a supuestos de inteligencia artificial ya sea en versión ayudante o asistente o incluso en la potencial versión administrador. También, al ser, en su caso, una persona electrónica y no jurídica se podría reclamar en el ámbito civil al fabricante del algoritmo responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas relativas en los contratos de compra del algoritmo³⁷.

26. Llegamos, por tanto, a la conclusión de una inteligencia artificial en la que se pueden apoyar los miembros del órgano de administración pero que, a nivel español, es difícil que sea sustituido por ella. Imposibilidad legal por los diferentes argumentos expuestos hasta aquí e imposibilidad en la toma de una decisión correcta y adecuada. Recordamos que el proceso de toma de decisiones puede ser llevado a cabo, en parte, por la inteligencia artificial, pero, como hemos visto, el estado de la técnica en la actualidad no permite una implementación efectiva de la misma en cuanto a las carencias de habilidades de comunicación e influencia en los algoritmos. Somos de la opinión de que falta mucho tiempo, si en algún momento llega, en que la inteligencia artificial pueda llevar a cabo un proceso de toma de decisiones íntegro como tal³⁸.

27. No podemos terminar el tema de la responsabilidad del administrador en la toma de decisiones en la que participa la inteligencia artificial, sin considerar la posible responsabilidad penal del administrador *ex* artículo 31 bis del Código Penal. En dicho artículo se establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables “*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (...)*”. Si consideramos los supuestos de inteligencia artificial autónoma, en el hipotético caso que se permitiera en el ordenamiento jurídico español, la persona jurídica, la sociedad, podría resultar penalmente responsable por estar bajo la autoridad de determinadas personas físicas.

³⁶ Sobre las DAO, A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, *op.cit.*, p. 17.

³⁷ B., SAINZ DE AJA TIRAPU, “Contratando soluciones de inteligencia artificial. Algunas consideraciones prácticas”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 62, 2023, pp. 69-70.

³⁸ Estas conclusiones son expuestas, en el ámbito de las firmas legales, en la próxima publicación de A. ALOISI, P. GALEOTE Y N. HERRERO, “Innovation Beyond Technology: The Crucial Role of Skills in Driving Change in the Legal Profession. Perspectives from Lawyers at Major Spanish Firms”, *forthcoming*, 2025.

28. Finalmente, en el ordenamiento jurídico español, no podemos desconocer las obligaciones derivadas de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* y su legislación de desarrollo en cuanto a que a la inteligencia artificial se la provee de datos personales que han de ser tratados legalmente.

29. Respecto al ámbito jurídico europeo, es necesario que tengamos en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Según su artículo 22 relativo a las decisiones individualizadas automatizadas, cualquiera puede tener derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Es importante tener en cuenta que no se aplicará lo anterior si es necesaria la decisión para la celebración o ejecución de un contrato entre el interesado responsable del tratamiento, (piénsese por ejemplo en determinados *smart contracts* utilizados en el seno del órgano de administración); si la decisión está autorizada por el derecho de la unión o de los estados miembros; o se basa en el consentimiento expreso del interesado. Este precepto es importante a la hora de utilizar inteligencia artificial en el seno del órgano de administración, en cuanto a que el algoritmo puede verse afectado porque el interesado no quiera ser objeto de una decisión individualizada automatizada. Igualmente, lo establecido en el artículo 35 del referido Reglamento puede afectar por lo que puede resultar conveniente realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, por parte del responsable del tratamiento de los datos, sujeta a todo lo establecido en ese precepto.

30. Por supuesto, a nivel europeo, hay que tener en cuenta también lo establecido en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de inteligencia artificial). En este sentido, la norma clasifica la inteligencia artificial en función del riesgo generado: riesgo inaceptable, entre lo que se encuentra la manipulación cognitiva del comportamiento de personas o grupos; la clasificación de personas en función de diferentes criterios como su comportamiento, estatus socioeconómico o sus características personales, así como los sistemas de identificación biométrica en tiempo real y a distancia. Igualmente están los sistemas de alto riesgo entre los que se encuentran algunos sistemas que afectan a productos comercializados en la Unión europea o que afecten a derechos fundamentales; riesgo limitado, es el caso de los *chatbots* o la inteligencia artificial generativa que son supuestos en los que existe una obligación de informar a los usuarios de que el contenido generado lo ha sido con inteligencia artificial y, finalmente, aquellos casos de riesgo mínimo o nulo que son la mayoría de sistemas de inteligencia artificial que no plantean riesgos.

31. El Reglamento de inteligencia artificial es el texto clave a nivel europeo si lo que estamos analizando es el proceso de toma de decisiones en el órgano de administración con diferentes niveles de inteligencia artificial. Parece claro que los supuestos normales serían de riesgo mínimo o limitado con la obligación de informar al usuario; sería complejo el valerse de sistemas de riesgo alto o inaceptable por lo que ello supone.

32. Es necesario también tener en cuenta la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 (CSRD), por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresa y la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el

Reglamento (UE) 2023/2859,³⁹; nos referiremos a ellas como Directiva CSRD y Directiva CS3D. Con respecto a la Directiva CSRD, debemos tener en cuenta que, si bien en principio no tiene relación directa con el tema objeto de este estudio, no podemos pasar por alto que la gobernanza y la sostenibilidad es algo por lo que debe velar la empresa y el órgano de administración. En concreto, en el artículo 1 por el que se modifica la Directiva 2013/34/UE y que da nueva redacción a su artículo 19 y 19 bis cuando habla del informe de sostenibilidad, para sociedades que no presentan informe consolidado, y el artículo 29 bis para sociedades que presentan informe consolidado, establece que el órgano de administración será responsable de garantizar que el informe de sostenibilidad se elabore y publique de acuerdo con lo establecido en la Directiva y que el informe de sostenibilidad debe referirse a cómo el órgano de administración lleva a cabo todo lo referido a las actividades de sostenibilidad⁴⁰.

33. Teniendo en cuenta lo anterior, si el órgano de administración, para la elaboración de ese informe, se asiste o ayuda de sistemas de inteligencia artificial va a ser necesario, según lo establecido en la norma, que explique en el propio informe además cómo se ha elaborado el mismo ya que el órgano de administración responde de garantizar que el informe cumple lo establecido en la Directiva. Si bien en esta norma no se hace referencia a la inteligencia artificial como tal, al igual que hemos visto más arriba, los administradores responden y garantizan que el informe cumple lo establecido en la Directiva con lo que, indirectamente, los administradores, aunque se hayan servido de algoritmos, responden de lo realizado por aquellos en cuanto a la información obtenida de o con ellos.

34. Relacionado con lo anterior, la Directiva CS3D relativa a la diligencia debida, también es necesaria que la tengan en cuenta los administradores en su toma de decisiones asistidos por inteligencia artificial; en concreto, los artículos 5 y 7 de la Directiva. El artículo 5 señala que los Estados miembros deben velar para que la diligencia debida en materia de sostenibilidad sea integrada por los órganos de

³⁹ No obstante, la Comisión Europea ha aprobado el 26 de febrero de 2025 un nuevo paquete de propuestas (conocido como “Paquete *Ómnibus*”) para simplificar las normas de la UE, con el objetivo de liberar una capacidad de inversión adicional y mejorar la competitividad de las empresas. En concreto, en materia de sostenibilidad las novedades son, entre otras, según https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_614: “sacar a alrededor del 80 % de las empresas del ámbito de aplicación de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, centrando las obligaciones de presentación de información en materia de sostenibilidad en las empresas más grandes, que son las que tienen más probabilidades de tener el mayor impacto en las personas y el medio ambiente; garantizar que los requisitos de presentación de información en materia de sostenibilidad para las grandes empresas no supongan una carga para las empresas más pequeñas en sus cadenas de valor; retrasar dos años (hasta 2028) los requisitos de presentación de información para las empresas actualmente incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad y que están obligadas a presentar información a partir de 2026 o 2027; reducir la carga de las obligaciones de presentación de información sobre la taxonomía de la UE y limitarla a las empresas más grandes (correspondientes al ámbito de aplicación de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad), manteniendo al mismo tiempo la posibilidad de presentar información voluntariamente en el caso de las demás grandes empresas en el futuro ámbito de aplicación de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad; (...) introducir un umbral de importancia relativa financiera para la presentación de información en materia de taxonomía y reducir en alrededor del 70 % las plantillas para dicha presentación de información; introducir simplificaciones de los criterios de «no causar un perjuicio significativo» más complejos con el fin de la prevención y el control de la contaminación relacionados con el uso y la presencia de sustancias químicas que se aplican horizontalmente a todos los sectores económicos en el marco de la taxonomía de la UE, como primer paso para revisar y simplificar todos los citados criterios; adaptar, entre otros, el principal indicador clave de rendimiento basado en la taxonomía para los bancos, es decir, la ratio de activos verdes (GAR) (...). Igualmente, el 14 de abril de 2025, se ha aprobado la Directiva “Stop the clock”, Directiva (UE)2025/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2025, por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresas. Visto lo anterior, habrá que ver cómo queda finalmente todo lo relativo a la sostenibilidad, ya que supone que una cantidad ingente de empresas salgan de su obligatoriedad, si bien quedaría como una “recomendación” para las que ya no resulten obligadas.

⁴⁰ La Directiva sobre diligencia debida obliga a conseguir ésta desde distintas actuaciones teniendo en cuenta que los “Principios Rectores de las Naciones Unidas” establecen que las empresas deben evitar vulnerar los derechos humanos y abordar los efectos adversos en estos derechos que hayan causado, a los que “*hayan contribuido o a los estén vinculadas sus propias operaciones, las de sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas. No obstante lo anterior, el concepto de diligencia debida se amplió al ámbito no solo medioambiental sino también de gobernanza. (...)*”, P. GALEOTE MUÑOZ, “Sostenibilidad corporativa y digitalización en el ámbito de la junta general: problemática en la junta telemática”, *op. cit.*

administración en las políticas corporativas supervisando su aplicación y eficacia. Merece la pena que nos detengamos en este deber de diligencia debida y lo pongamos en relación con el deber de diligencia debida establecido por el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital española. La diligencia debida en materia de sostenibilidad que establece la Directiva CS3D viene a complementar o a aclarar la del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto a que se refiere expresamente la afectación que pueden tener las actuaciones de las empresas en materia de derechos humanos, de las actuaciones de sus filiales así como las de sus socios comerciales en sus cadenas de actividades; las sociedades son responsables de esto así como de la realización de un plan de transición para la mitigación del cambio climático que garantice la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible con los requisitos establecidos en la Directiva. Además, en relación con este plan de transición, el artículo 22 de la Directiva señala que el plan de transición deberá incluir *“d. Una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta al plan de transición para la mitigación del cambio climático”*. Nos encontramos aquí con la obligatoriedad, también en el plan de transición, de establecer en su caso que, en ese plan de transición, alguna función e incluso su diseño haya podido ser llevado a cabo por los administradores servidos de algoritmos determinados.

35. Con respecto al artículo 7 de la Directiva CS3D, se establece un deber de las empresas de integrar la diligencia debida en las políticas y en los sistemas de gestión de riesgos, señalando que está integrada por los siguientes elementos: una descripción del enfoque utilizado por la empresa en la diligencia debida y un código de conducta en el que se señalen las normas y principios a seguir así como una descripción de los procesos establecidos para integrar la diligencia debida en las políticas corporativas. Consideramos que los órganos de administración estarán relacionados con todo lo anterior, participarán en todo el diseño y se responsabilizarán del mismo. Por tanto, habrá que estar muy cautelosos, de nuevo, en todo lo realizado con ayuda de inteligencia artificial en cuanto a que sea sometido a un proceso de revisión exhaustivo dado el nivel de responsabilidad derivado de ello.

36. Finalmente en materia de responsabilidad, es necesario tener en cuenta la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo; en concreto el artículo 1 establece que el objeto de esta norma es el establecimiento de normas comunes sobre responsabilidad de operadores económicos por aquellos daños sufridos en las personas físicas por productos defectuosos y su indemnización. El artículo 4 en la definición de “producto”⁴¹ incluye productos con componentes digitales lo que parece comprender a la inteligencia artificial. Pudiera parecer que, si una empresa integra inteligencia artificial y en sus funciones causa un daño, se genera responsabilidad de la sociedad y, por tanto, del órgano de administración en nuestro caso, *ex* artículo 6. Pero más claro resulta el caso de productores cuya inteligencia artificial es responsable de determinados daños.

37. Esta Directiva plantea aspectos interesantes en materia de responsabilidad en el ámbito de la inteligencia artificial, si bien no la nombra y sí solo en sus considerandos, y su transposición a los estados nacionales obligará a cohonstar este régimen con el de los estados miembros en materia de derecho de sociedades. Sin duda alguna, si bien la Directiva se centra en la responsabilidad de los productores, aparece la responsabilidad de los miembros del órgano de administración que bien ellos se valen de estos

⁴¹ Como pone de manifiesto M. J. PÉREZ, uno de los aspectos fundamentales de la Directiva 2024/2853 es la referente a la ampliación del concepto de producto. *“A diferencia de lo que establecía la Directiva de 1985 (en la que el concepto de producto se limitaba, con carácter general, a bienes tangibles), en la nueva normativa europea se incluyen tanto los bienes tangibles como los intangibles. Ello permite incluir dentro de su ámbito de protección al software, los programas informáticos, los sistemas operativos, las aplicaciones de inteligencia artificial, los archivos de fabricación digital, así como los servicios conexos entendidos como “un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones”(art. 4.3)”*, en “Responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos en la Directiva 2024/2853, de 23 de octubre, *bfd*, https://www.blog.fder.uam.es/responsabilidad-por-los-danos-causados-por-los-productos-defectuosos-y-la-directiva-ue-2024-2853-de-23-de-octubre/?utm_source=chatgpt.com

sistemas de inteligencia artificial o bien los han instalado en la empresa o los han creado. Si bien, en el caso español, la responsabilidad por estos daños queda enmarcada en la general de los administradores, sin duda alguna esta Directiva viene a reforzar el hecho de la responsabilidad de administradores por daños ocasionados por la inteligencia artificial a la vez que genera una serie de deberes en los mismos en cuanto a supervisión de los riesgos que se puedan generar por estos sistemas.

38. Finalmente, el tema de la responsabilidad de administradores que actúan asistidos por inteligencia artificial, no puede desconocer la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por la inteligencia artificial. Si bien, como queda expuesto posteriormente, la misma no va a salir adelante, creemos importante reflejar en qué consiste porque plantea temas interesantes. Es el resultado del Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, de 19 de febrero de 2020 que, a su vez, era el resultado de Comunicación sobre la inteligencia artificial para Europa, adoptada el 25 de abril de 2018, se anunció que la Comisión presentaría un informe en el que se evaluarían las repercusiones de las tecnologías digitales en materia de seguridad y responsabilidad civil. El informe tiene por fin determinar y analizar las repercusiones de la responsabilidad civil y de seguridad de la IA, el internet de las cosas y la robótica.

39. La sección sobre responsabilidad civil se basa en la evaluación de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, las aportaciones de grupos de expertos pertinentes y las consultas con las partes interesadas. En el texto de la Propuesta se establece que las normas nacionales en materia de responsabilidad civil no son adecuadas para tramitar las denuncias de responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios en los que se recurre a la inteligencia artificial; en estos casos, son las víctimas las que deben demostrar que ha habido una acción u omisión ilícita por parte de la persona que ha causado el daño. Esta dificultad debido a la opacidad de estos sistemas es lo que se ha denominado efecto “caja negra”. Debido a esta dificultad unida a los costes iniciales de este tipo de procedimientos, las víctimas pueden verse disuadidas de intentar un resarcimiento y es lo que esta potencial Directiva pretende evitar⁴².

40. Fue la frustrada Directiva anterior, la que venía a arrojar luz en nuestro tema. En ella se establece, por primera vez y de forma clara que los sistemas de inteligencia artificial pueden causar daños y dar lugar a reclamaciones civiles no contractuales, siempre que la responsabilidad aparezca como consecuencia de acciones u omisiones negligentes o dolosas. Igualmente se distingue entre la responsabilidad de los proveedores de alto riesgo que permita la fundamentación de las demandas civiles por daños y perjuicios, de acuerdo con el sistema de riesgos previsto en el Reglamento por el que se establecen normas Armonizadas sobre la inteligencia artificial (“Reglamento de inteligencia artificial”). Además, se establece una presunción *iuris tantum* por la que se considera que existe nexo causal entre la culpa del demandado y los efectos producidos por la inteligencia artificial siempre que se cumplan las condiciones establecidas. No obstante, el pasado 11 de febrero de 2025 la Comisión anunció que retiraría en un futuro esta Propuesta de Directiva, para júbilo de las futuras tecnológicas produciéndose reacciones encontradas entre los diferentes partidos políticos. A pesar de que no verá la luz, hemos creído muy relevante traer a colación lo que exponía por la repercusión en nuestro tema.

IV. Protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el seno del órgano de administración

41. Habiendo estudiado todo lo anterior, pasamos a diseñar cómo debería ser un protocolo adecuado de toma de decisiones en el seno del órgano de administración en el que los administradores se

⁴² Sobre esta opacidad, *vide*, P. AGNESE, F. R. ARDUINO, AND D. DI PRISCO, “The era of artificial intelligence: what implications for the board of directors?”, *Corporate Governance*, Vol. 25 No. 2, pp. 272-287, <https://doi.org/10.1108/CG-06-2023-0259>

sirven y ayudan de inteligencia artificial⁴³. Si bien nos referimos al órgano de administración en general, donde el protocolo tiene verdadero sentido es en el consejo de administración, al ser el único órgano colegiado. Dada la problemática implicada que hemos expuesto más arriba, creemos oportuno diseñar un protocolo de actuación⁴⁴ que tenga una parte estructural y objetiva, relativa al proceso que hay que seguir, y una parte competencial y subjetiva, relativa a las competencias humanas y éticas implicadas⁴⁵ y que los administradores deben manejar⁴⁶.

1. Parte estructural del protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el consejo de administración

42. El proceso de toma de decisiones que estamos estudiando contempla el proceso implicado desde que llega un asunto sobre el que el consejo tiene que adoptar una decisión, hasta que se implementa la misma y posteriormente se evalúa. En nuestro caso, contemplamos que se utilice inteligencia artificial por parte de los miembros del consejo, pero, obviamente, ya existen medios digitales, a día de hoy que, sin ser inteligencia artificial, sí que su presencia implica diferencias y retos en relación con las reuniones puramente presenciales donde se utilizan medios analógicos.

43. En la actualidad, se parte de considerar que las reuniones del consejo de administración pueden ser llevadas a cabo en formato digital vía *zoom*, *teams* etc.; incluso existe el formato híbrido en el que algunos consejeros están presencialmente reunidos y otros conectados de forma digital, produciéndose, muchas veces, los votos de forma simultánea en estas reuniones⁴⁷.

44. Si bien lo anterior es lo que se viene haciendo, también es cierto que la mayoría de las sociedades de capital establecen en sus estatutos la posibilidad de que el consejo se reúna de esta manera, que las reuniones se graben, que se vote por medios electrónicos y demás, pero, al no haber disposición legal que lo regule, se han producido muchas ocasiones de caos societario debido a estas lagunas. Creemos que es tiempo ya de que la legislación societaria contemple y regule esta posibilidad para acabar con la indefinición que esta situación supone.

45. En relación con lo anterior, vemos la diferencia existente en cuanto a la regulación para el caso de la junta telemática y exclusivamente telemática. Los artículos 182 y 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital española regulan estos supuestos y la seguridad jurídica, en sede de junta general⁴⁸, es

⁴³ P. AGNESE, F. R. ARDUINO, AND D. DI PRISCO, *op.cit.*

⁴⁴ A. BUHMANN, C. FIESELER, "Towards a deliberative framework for responsible innovation in artificial intelligence", *Technology in Society*, 64, 2021, <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2020.101475>

⁴⁵ M. VITOLA-QUINTERO, N., BALLESTAS-CAMPO, J. PÉREZ-CERRO, R. FORBES-SANTIAGO, "Implicaciones éticas, sociales y ambientales de la inteligencia artificial para el desarrollo sostenible: una revisión de la literatura", *Revista Científica Anfibios*, 2024.

⁴⁶ Somos partidarios de crear estos modelos para el órgano de administración y estamos de acuerdo con P. AGNESE, F. R. ARDUINO, AND D. DI PRISCO cuando establecen "(...) *Defining a framework to govern artificial intelligence: One of the committee's pivotal roles should be establishing a framework governing artificial intelligence's design, implementation, and utilization. This comprehensive set of norms should delineate standards regarding the nature of the data used to train the processes and all related operations to minimize the risk of bias in the decision-making models of artificial intelligence. Recognizing opacity as a significant barrier to successful human-artificial intelligence interactions, the committee could also mandate the adoption of specific technical requirements to mitigate such challenges. This may include the implementation of algorithms that provide confidence scores and highlight key algorithmic decision drivers, thereby enhancing the interpretability of recommendations and facilitating model audits. In this regard, it's fundamental for the board to embrace a scientific approach based on causation, testing the correlations identified by artificial intelligence and guiding its decisions through experiments. (...)*", P. AGNESE, F. R. ARDUINO, AND D. DI PRISCO, *op.cit.*, p. 282.

⁴⁷ A. J. VIERA GONZÁLEZ, "El consejo de administración telemático", *Digitalización en sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2023, pp.132-134 y M. MARTÍNEZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁸ Para un estudio general de este formato de junta y de las repercusiones en materia de sostenibilidad, *vide*, P. GALEOTE MUÑOZ, "Sostenibilidad corporativa y digitalización en el ámbito de la junta general: problemática en la junta telemática", *op.cit.*

patente, frente a la inseguridad generada con la utilización de medios digitales en el órgano de administración; ésa es la razón por la que abogamos por una regulación concreta y específica que trate el tema de la digitalización, en toda su extensión, en el seno del órgano de administración.

46. Inevitablemente surge aquí el dilema sobre la brecha digital⁴⁹. Nos planteamos si un consejero puede alegar la falta de medios digitales para poder conectarse a las reuniones en modo digital, así como votar y demás. Para llegar a una conclusión a este respecto, nada mejor que acudir a los deberes de todo administrador expuestos más arriba y que son los recogidos en los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital española. Según los mismos, el administrador debe ejercer sus funciones “con la diligencia de un ordenado empresario”. Es aquí, en este estándar de conducta de “ordenado empresario”, donde reside la clave para llegar a una conclusión. A este respecto, dentro de “ordenado empresario” se encuentra el poder ejercer sus funciones con los medios que sean necesarios sin que se pueda alegar el no disponer de los mismos para incumplir y, por tanto, no responder⁵⁰. Tanto la jurisprudencia como la doctrina abalan esta posición que es generalmente aceptada. Por tanto, la brecha digital mencionada por un consejero para no utilizar medios digitales en las reuniones del consejo no podría ser alegada, a diferencia de lo que ocurre en sede de junta general⁵¹.

47. Con carácter previo a la constitución de la reunión del consejo, puede ser útil que determinados *chatbots*, algoritmos, expliquen el proceso a cada consejero sobre cómo va a ser la reunión, su identificación, cómo van a ser las votaciones etc.; se trata de *chatbots* que informan a los miembros. Estamos ante un primer momento de utilización de inteligencia artificial por los consejeros. El problema que puede surgir aquí es que algún consejero tenga alguna duda que el *chatbot* no pueda contestar; es recomendable, en estos casos, que exista algún “botón” que permita, pulsándolo, mandar una duda al secretario del consejo o persona que prepare el mismo, de forma que pueda contestar este tipo de dudas iniciales que no pueden ser resueltas por el *chatbot*.

48. Siguiendo lo anterior y, suponiendo que los consejeros están todos reunidos en digital⁵², es necesario que se constituya el consejo y se acredite la identidad de cada uno de los miembros presentes. Será el secretario del consejo el encargado de ello. En realidad, este requisito solo va a aplicar en aquellos casos en los que no se pueda ver la imagen del consejero porque no exista la posibilidad de conexión con cámara o algo similar; casos en los que solo sea la voz el medio del que se dispone para acreditar la identidad. Aquí podemos recomendar la utilización de algún medio que sirva para identificar la voz y acredite que la persona es la que dice ser. Al no estar muy extendida la utilización de estos, recomendamos un sistema de doble autenticación que, mediante aplicación en el móvil, permita acreditar que la persona es ésa (similar a los utilizados en las compras online) y que así llegue directamente al secretario o encargado de la organización de la reunión; sistemas de introducción de un código previamente enviado al consejero o incluso una declaración jurada del consejero o consejeros⁵³.

49. Acreditada la identidad y la legitimación del consejero, se celebra la reunión, pudiendo intervenir cada consejero las veces que considere oportuno. En este punto, sí que el consejero va a poder servirse y ayudarse de algoritmos para presentar determinada información, para gestionar gran cantidad de datos, para realizar evaluaciones exhaustivas etc., aparece ya la inteligencia artificial de forma asis-

⁴⁹ Sobre brecha digital y derecho de sociedades, *vide*, M. DEL C., GUAPULEMA OCAMPO, D. C., PALATE SILVA, S. I., GUERRERO LARA & S. E. CARRERA MEDINA, “El concepto de justicia en la era digital: Cómo las teorías clásicas de la justicia se aplican (o no) a problemas actuales como la brecha digital y el acceso a la información”, *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 6 (1), 2443–2452, 2025, <https://doi.org/10.56712/latam.v6i1.3508>.

⁵⁰ C. GUERRERO TREVIJANO, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la “business judgement rule” al ordenamiento español*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

⁵¹ P. GALEOTE MUÑOZ, *op.cit.*

⁵² C. CHAMORRO DOMÍNGUEZ, “La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 59, 2020, pp. 174-206.

⁵³ J. I. PEINADO GRACIA, “Derecho de sociedades no analógico: reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles”, *La Ley Mercantil*, 69, 2020 y M. MARTÍNEZ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 164.

tencial o de ayuda al consejero. La existencia de un humano que supervise la información que arroja la inteligencia artificial va a ser clave, desde el momento en que el algoritmo puede cometer alucinaciones o errores, sobre todo cuando el algoritmo no encuentra lo solicitado. Como veremos más adelante, el pensamiento crítico del consejero aquí, a la hora de supervisar la información arrojada por la inteligencia artificial va a ser fundamental, a la vez que la capacidad de comunicación entre los miembros: empatía, autoafirmación y escucha activa aparecen como requisitos fundamentales cuando el consejero se vale de medios algorítmicos en su función, como veremos más adelante.

50. Comienza ahora el proceso de deliberación del consejero de forma individual y en conjunto y es aquí cuando un proceso reglado de toma de decisiones⁵⁴ puede ayudar mucho en la tarea. Apostamos por protocolos o modelos basados en metodología de negociación basada en intereses⁵⁵ como base fundamental para tomar la decisión. El eje principal de toda decisión pasa por descubrir las necesidades que se encuentran detrás de las peticiones o actuaciones que nos planteamos. Por ejemplo, si el consejo o la comisión de retribuciones tiene que tomar una decisión sobre el aumento o no de la retribución de los consejeros, la clave será la motivación que hay detrás, que puede ser la compensación del IPC anual o puede ser el equipararse con consejeros del sector o el reconocimiento de determinada actuación para la compañía etc.

51. Descubiertas las necesidades y teniendo claro el objetivo concreto a conseguir, resulta crucial conocer la legitimación más objetiva que se tiene para poder argumentar. Nunca se debe argumentar, en el ámbito profesional, en base a subjetividades y sí en base a datos o aspectos objetivos que legitiman lo que uno explica. Es aquí cuando el consejero que se enfrenta a tomar una decisión debe descubrir los intercambiables necesarios para la operación en cuestión; cuántas más dimensiones descubramos como posibles intercambiables mejor podrá ser el acuerdo.

52. Finalizado el punto anterior, es ahora cuando se abre el abanico de soluciones que serán opciones o alternativas en función de si es conveniente llegar a un acuerdo con otra parte y, por tanto, tomar la decisión, (son las opciones) o bien es mejor quedarnos cómo estamos o hacer algo al margen de la otra parte (son las alternativas). Hoy día el proceso de toma de decisiones recomendable es aquel que te permite realizar un trabajo individual de reflexión profunda, en el que uno descubre si debe o no tomar una decisión, para luego pasar a un debate y deliberación en conjunto que se facilita mucho si, de modo individual, cada uno ha reflexionado internamente. Es para todo esto para lo que nos ayuda el protocolo de toma de decisiones en su parte estructural.

53. Tras la deliberación se pasa a la votación que, obviamente, puede hacerse por medios digitales. En el caso de que exista imagen de los consejeros, bastará con levantar la mano de tal forma que voten todos públicamente en cámara. Si se trata de una votación secreta, sería necesario que la sociedad tuviera incorporado algún tipo de sistema de voto electrónico que, tras reconocer la identidad del consejero, permitiera la votación en tiempo real. En ese punto, hemos de mencionar la posibilidad de que, durante la reunión, se hayan hecho consultas a la inteligencia artificial generativa, apareciendo de nuevo la misma dando apoyo y servicio a los consejeros; incluso, los consejeros han podido presentar informes creados por inteligencia artificial debiendo dar constancia de ello en el documento y siempre habiendo supervisado el resultado obtenido.

54. Surge en este punto la posibilidad de que se graben las reuniones del consejo de administración lo que implica lo siguiente: que se debe informar de que la reunión va a ser grabada, lo que debe ser consentido por todos los intervinientes debido al tratamiento de los datos que se han vertido. No

⁵⁴ U. SADANA, A. CHENREDDY, E. DELAGE, A. FOREL, E. FREJINGER, T. VIDAL, "A survey of contextual optimization methods for decision-making under uncertainty", *European Journal of Operational Research*, 320, Issue 2, 2025, pp. 271-289, <https://doi.org/10.1016/j.ejor.2024.03.020>

⁵⁵ Sobre el concepto y la metodología de Negociación, *vide*, por todos, R. FISCHER, W. URY Y B. PATTON, *op. cit.* y, entre otros, W. URY, *Possible: how to survive (and thrive) in an age of conflict*, Harper Collins, 2024.

obstante, somos de la opinión doctrinal de que esto va a depender de la finalidad de la grabación. Si la grabación se hace como apoyo y base para que el secretario pueda redactar mejor el acta luego y se va a destruir posteriormente a la redacción de ésta, el consentimiento no sería necesario, pero si la grabación se va a incorporar al acta, aquí el consentimiento de cada uno se hace necesario⁵⁶.

55. Finalmente, quedaría el requisito de la redacción o formalización de las actas, que pueden ser en formato digital siempre que el secretario haya seguido los pasos de comprobación de la identidad y de la legitimación de cada uno de los miembros para asistir y para votar. Como vemos, en todo este proceso de toma de decisiones aparece la digitalización del órgano de administración. No obstante, no hemos considerado la total sustitución de todos o alguno de los consejeros por algoritmos; no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico, como ha quedado expuesto más arriba, por lo que la sustitución plena no es posible ni creemos que, por lo que veremos más adelante, puede resultar conveniente.

2. Parte competencial y ética del protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el consejo de administración

56. Si bien la parte primera del protocolo contempla la estructura a seguir con la presencia en mayor o menor medida de la inteligencia artificial, hasta hoy, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad de la inteligencia artificial autónoma como administradora o consejera hace que, el protocolo, tenga que cubrir la parte competencial de los individuos, humanos administradores que tratan de llegar a un consenso con el resto de los pares para tomar una decisión. Estamos en el ámbito de las competencias humanas que hay que tratar más que nunca cuando irrumpe la inteligencia artificial. No podemos desconocer que, hasta que no exista una inteligencia artificial capaz de comunicar⁵⁷ y no solo de informar⁵⁸, aunque fuera legalmente posible, de nada serviría esa inteligencia tomando decisiones. Estamos convencidos de lo anterior en el sentido de que una buena decisión de nada sirve si no consigue los efectos pretendidos con ella y eso es la capacidad que solo los seres humanos tenemos de influir y persuadir. Si a todo esto le sumamos, la importancia de la valoración ética de cada decisión⁵⁹ y de la adaptación a las circunstancias⁶⁰, no solo es legalmente imposible si no que humanamente es impensable la inteligencia artificial que actúe como administradora autónoma sin intervención humana⁶¹.

57. Los administradores, en su función, cuando trabajan con inteligencia artificial deben ser, más que nunca, no solo hábiles si no competentes en las dimensiones que componen la comunicación: el lenguaje, la asertividad, la empatía y el control de las emociones⁶². Respecto al lenguaje⁶³, el administrador que trata de llegar a un consenso con sus pares debe manejar adecuadamente los elementos verbales y no verbales del lenguaje. Debe ser capaz de transmitir la decisión estratégica que están a punto de tomar con su punto de vista de forma legitimada y planteando diferentes opciones y, si existen, las correspondientes alternativas. La asertividad le permitirá transmitir su opinión de forma adecuada, ni

⁵⁶ A. J. VIERA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 123-125

⁵⁷ Sobre comunicación efectiva, por su actualidad, *vide* C. DUHIGG, *Supercomunicadores: cómo desbloquear el lenguaje secreto de la conexión*, Vergara, 2024.

⁵⁸ Sobre la diferencia entre informar y comunicar, H. BYUNG-CHUL, *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia*, Taurus, 2022.

⁵⁹ Sobre valoraciones éticas de las decisiones en relación con la inteligencia artificial y la posibilidad de que se convierta en ideología, resulta relevante, A. CORTINA, *op. cit.*, pp. 73-93.

⁶⁰ T. CHAMORRO-PREMUZIC F. POLLI AND B. DATTNER, "Building ethical AI for talent management", *Harvard Business Review*, www.hbr.org/2019/11/building-ethical-ai-for-talent-management, 2019.

⁶¹ En materia de competencias, en este caso para abogados que ejercen su profesión con inteligencia artificial, A. ALOISI, P. GALEOTE MUÑOZ Y N., HERRERO, *op. cit.*

⁶² P. GALEOTE MUÑOZ, "Online Dispute Resolution (ODR) y su evolución: digitalización e inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos", *op. cit.*, pp. 229-236.

⁶³ Sobre inteligencia artificial y sus implicaciones en el lenguaje de los humanos, *vide*, B. PICOTA, A. G., "Inteligencia artificial y sus aplicaciones en la psicología: desafíos y oportunidades", *REDEPSIC*, 4(1), pp. 10-32, 2025, doi:10.48204/red.v4n1.6611

de forma prepotente ni inhibida. Para conseguir esto será clave que haya empatizado en ese ejercicio de reflexión individual, lo que le ha llevado a ver desde la perspectiva de la otra parte, en su caso, los pros y los contras de la decisión. Finalmente, deberán ser personas que controlen correctamente sus emociones en el sentido de que gestionen correctamente la alteración emocional que suele acompañar a la adopción de estas decisiones complejas en entornos de incertidumbre y en el seno del órgano de administración. Recomendamos el entrenamiento para casos en los que no se manejen bien estas habilidades que deben llegar a ser competencias adquiridas por los administradores.

58. Además de lo anterior, los administradores que utilizan la inteligencia artificial y se ayudan de ella necesitan en grado máximo, pensamiento crítico y lógica. Por todos es sabido que la inteligencia artificial comete errores y alucinaciones⁶⁴, existen más que nunca las noticias falsas y es por ello por lo que el humano administrador deberá aportar su juicio crítico más que nunca para poder tomar una decisión adecuada en derecho, adoptando y adaptándola al contexto y a las circunstancias. Es importante tener en cuenta aquí, más que nunca, el tema de los sesgos y sus implicaciones en decisiones tomadas o ayudadas a tomar por la inteligencia artificial. El programador del algoritmo ha podido sesgar el mismo y toda esa información debe ser tamizada por el ser humano, en este caso, administrador.

59. Relacionado con lo anterior, aparece el tema de la confidencialidad tan importante en estas reuniones y que puede quedar comprometida en la medida que determinados datos se han volcado en la inteligencia artificial, perdiendo el absoluto control de ellos. Este es un tema bastante complejo de tratar en cuanto a que los fabricantes de estos algoritmos no suelen dar información sobre la trazabilidad de los mismos, por lo que nunca se sabe dónde puede ir a parar esa información, así como las finalidades con la que puede ser usada. No podemos olvidar que la inteligencia artificial generativa se alimenta de la información a ella aportada por lo que es mucho el riesgo que se corre si perdemos de vista el tratamiento de los datos.

60. Como hemos anunciado al inicio de esta parte del protocolo, el tema de las competencias humanas nos pone de manifiesto el riesgo al que nos somete también la inteligencia artificial al provocarnos dudas o dilemas éticos de difícil resolución para un humano, con lo que podemos imaginar la imposibilidad de resolución para el algoritmo⁶⁵; los sesgos del algoritmo y su falta de lógica humana y de pensamiento crítico le pueden llevar a adoptar decisiones que cumplan la Ley, sin duda, pero que no sean las adecuadas porque no sean legítimas⁶⁶.

61. Por todo lo anterior, confiamos en que la Ley de Sociedades de Capital española termine de regular lo relativo a las sociedades anónimas y sociedades limitadas. A nivel del ordenamiento europeo, creemos que no es necesario puesto que los riesgos y el llamamiento a los estados miembros es común en todo el paquete de normativa sobre inteligencia artificial expuesto.

62. No obstante lo anterior, a nivel del ordenamiento español, es necesario distinguir el caso de las sociedades anónimas y el de las sociedades limitadas. Si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital, en la sociedad anónima, de acuerdo con lo establecido en su apartado 2, el propio consejo podrá “regular su propio funcionamiento”, por lo que sería conveniente que los reglamentos de los consejos dispusieran lo relativo a la digitalización del mismo, llegando al uso de la inteligencia artificial. Para el caso de que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada,

⁶⁴ A. LASSI, “Inteligencia Artificial Generativa integrada al ecosistema digital. Un marco de situación para la gubernamentalidad algorítmica”, *In Mediaciones de la Comunicación*, 20(1), 2025, <https://doi.org/10.18861/ic.2025.20.1.3931>.

⁶⁵ M. H. JARRAHI, “Artificial intelligence and the future of work: human-AI symbiosis in organizational decision making”, *Business Horizons*, Vol. 61 No. 4, pp. 577-586, 2018.

⁶⁶ Magníficamente expresado en “Board decision-making involves complex subjective judgment and requires collective wisdom, brought by directors’ diverse expertise, experiences, and perspectives, which seem challenging to be replicated by artificial intelligence systems, which up to now lack the ability to understand the nuances of human intuition, moral reasoning and contextual understanding”, P. AGNESE, F. R. ARDUINO, AND D. DI PRISCO, *op.cit.*, p. 283, <https://doi.org/10.1108/CG-06-2023-0259>

los estatutos, según lo establecido en el apartado 1 del referido artículo deberán regular lo relativo a la digitalización y el uso de la inteligencia artificial en el mismo. Y, por supuesto, somos de la opinión de que la junta general tenga conocimiento del uso que se hace de la inteligencia artificial pudiendo los accionistas o socios exigir medidas al respecto⁶⁷.

3. El CAIO (*Chief Artificial Intelligence Officer*), una necesidad presente y futura

63. Todo lo anterior pone de manifiesto los retos, oportunidades, pero también dificultades que se presentan con la implantación de la inteligencia artificial en el órgano de administración. En este estudio donde se ofrece el panorama normativo aplicable a este hecho además de un posible protocolo a implementar para aumentar la seguridad y eficiencia de la presencia de inteligencia artificial en el órgano de administración, queremos apuntar las ventajas que puede suponer, para la gobernanza corporativa, la presencia de la que va a ser una de las figuras clave de ahora en adelante en las organizaciones: *Chief Artificial intelligence Officer (CAIO)*⁶⁸.

64. Esta figura es algo que ya existe en muchas organizaciones y está por definir si debe incardinarse en el órgano de administración o a nivel de dirección de la empresa⁶⁹. Lo que no cabe duda es que, a partir de ahora, tiene todo el sentido que exista alguien en las organizaciones que, de manera transversal, vele por el cumplimiento y demás obligaciones relativas a la implementación de la inteligencia artificial en los diferentes niveles de la organización. Cuando decimos “alguien” nos referimos a una persona física pero también a un conjunto de ellas que actúen a modo de comisión ejecutiva con esas funciones. Dependerá del tipo de sociedad. Lo que parece claro es que podrá ser una figura independiente de la sociedad que ejerce estas funciones para ella; este modelo en sociedades pequeñas puede ser conveniente. En sociedades de mayor tamaño, apostamos por una figura interna que puede o no formar parte del órgano de administración pero que, lo que no cabe duda, es que asesora siempre a los órganos de decisión⁷⁰.

⁶⁷ A. RONCERO SÁNCHEZ, “Big data y gestión de las sociedades: decisión y responsabilidad”, *Digitalización en sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp.149 y ss.

⁶⁸ Una de las partes más importantes de la gobernanza corporativa es lo relativo a los roles responsables de su implementación y evaluación en la sociedad. En este sentido, *vide*, R. BALOCCO, A. CIAPPINI, A., RANGONE, *CT Governance: A Reference Framework. Information Systems Management*, 30(2), 2013, pp. 150-167; K. DRECHSLER, H. WAGNER, -T., & V. REIBENSPIESS, “Risk and Return of Chief Digital Officers ’ Appointment – An Event Study”, *Proceedings of the 40th International Conference on Information Systems*, pp. 1–17, 2019, entre otros.

⁶⁹ “How AI is managed below the level of the board of director requires some thought. Is it an IT departmental subfunction or, given AI’s firm-level strategic purpose, a new C-suite role reporting to the CEO and separate from the chief information officer? Decision considerations involve firm size, business model and complexity, degree of centralization, AI use cases (current and planned), and IT infrastructure. Although structural configurations will vary, governance models will likely be driven by multidimensional risk assessments, including ethical factors not usually considered”, L. W. NORTON, “Artificial intelligence and organizational strategy: Ethical and governance implications”, *Consulting Psychology Journal*, 2025, P. 8, Advance online publication. <https://dx.doi.org/10.1037/cpb0000280>

⁷⁰ Figura que debe tener en cuenta todo lo relativo a sesgos y justicia en relación con él mismo y con la inteligencia artificial, así N. LANDERS, & T. S.BEUREND exponen que “(...) Further complicating a meaningful discussion is that critics of AI who decry something as unfair may be referring to what another person would consider to be bias; yet the word “bias” is similarly laden with conceptual complexity and confusion. Among this variation, we have identified three major categories of conceptualizations of fairness and bias. First, fairness and bias may be understood through the lens of individual attitudes. For instance, a person may label an action unfair if they perceive that a decision created by an AI has been made in a way that violates their personal principles of fairness. Second, fairness and bias may be understood through the lens of legality, ethicality, and morality, closely related yet distinct perspectives that all rely less on any one individual’s judgment and instead evaluate decisions from more broadly developed rules and conceptual frameworks formalized by existing stakeholders. Third, fairness and bias may be understood from various domain-embedded technical perspectives, in which different research communities, especially psychometric testing and machine learning, have their own technical definitions of each term. Because concerns from any or all these perspectives may motivate a fairness and bias audit, and to better bridge these perspectives when conducting such an audit, we briefly explore them all (...)”, en R. N. LANDERS, & T. S.BEUREND, T. S., “Auditing the AI auditors: A framework for evaluating fairness and bias in high stakes AI predictive models”, *American Psychologist*, 78(1), 2023, <https://doi.org/10.1037/amp0000972>

65. A nivel normativo, no existe ninguna norma europea ni española que regule esta figura como tal pero, lógicamente, su existencia se justifica y se apoya desde todas y cualesquiera normas que componen el paquete legislativo sobre inteligencia artificial. A nivel europeo, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, analizado anteriormente, al igual que las Directivas sobre sostenibilidad (CSRD) y (CS3D)⁷¹. Todas ellas exigen de la necesidad de una centralización en las sociedades de una figura que aglutine el conocimiento normativo, pero además que realice funciones de gestión, supervisión, vigilancia y gobernanza, en definitiva, sobre inteligencia artificial. A nivel español, los códigos y normativa sobre buen gobierno apuntan a la necesidad de esta figura que facilitará mucho la gobernanza y, sobre todo, la cultura empresarial en organizaciones que están sometidas a cambios profundos de innovación y tecnología.

66. Respecto a las funciones del CAIO, salvo en sociedades pequeñas, como hemos visto más arriba, donde puede ser una persona externa a la sociedad, nos centramos en sus funciones cuando es miembro interno, que es lo deseable en la mayoría de los casos. La primera función clave del CAIO será alinear la innovación⁷² y la política sobre inteligencia artificial de la empresa con la misión de ésta de manera que siempre vayan aquella tendente al cumplimiento y la consecución de ésta. Consideramos que la elección de la persona o personas que van a ejercer estas funciones es clave, en cuanto a que es interesante que sean perfiles que conozcan bien la cultura empresarial, la manera en la que se actúa dentro de la sociedad y con relación a los diferentes *stakeholders* etc. Será la naturaleza y el tipo de sociedad la que determine si debe ser una posición temporal o permanente⁷³.

67. La segunda función clave de esta figura será la de definir las actuaciones que tiene que llevar a cabo la sociedad como tal para que esa inteligencia artificial se implante alineada a los valores empresariales; conseguir que la inteligencia artificial se implemente y ello ayude a potenciar el negocio y la actividad de la sociedad, sin crear problemáticas ni riesgos inasumibles por ella. Esto hace referencia a ser el responsable o responsables de la capacitación del personal en estas nuevas herramientas.

68. Además de lo anterior, el CAIO deberá gestionar equipos y liderar⁷⁴ a los miembros de los mismos, en cuanto a asegurarse de que la política interna en relación a la inteligencia artificial empieza a descender a todos los miembros de la organización.

69. La función más compleja y difícil del CAIO es la del cumplimiento ético en relación con la inteligencia artificial⁷⁵. El CAIO deberá tener en cuenta la normativa y los estándares en materia de

⁷¹ También puede resultar interesante tener en cuenta el informe de la European Commission “Study on the relevance and impact of artificial intelligence for company law and corporate governance - Final report”, 2021 www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/13e6a212-6181-11ec-9c6c-01aa75ed71a1/language-en.

⁷² J. SIERRA-MORÁN, L. CABEZA-GARCÍA, N. GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, & J. BOTELLA, J., “The board of directors and firm innovation: A meta-analytical review”, *BRQ Business Research Quarterly*, 27(2), pp. 182-207 <https://doi.org/10.1177/23409444211039856>, 2021, (Original work published 2024).

⁷³ Así lo considera P. SIMÓN CASTELLANOS, en “El papel del Chief AI Officer. Lecciones aprendidas para la gobernanza de la inteligencia artificial”, *La Ley*, 10654, 29 enero 2025, <https://shorturl.at/v9J1n>. No obstante la importancia del tema es tal que la transitoriedad inicial puede hacer que, poco a poco, sea una figura que aparezca como permanente a medida que se avanza en innovación la inteligencia artificial.

⁷⁴ Sobre liderazgo y los diferentes roles para ejercerlo en el consejo de administración, *vide*, por todos, W. VOORDECKERS, A. VANDEBEEK, F. LAMBRECHTS, Y. BAMMENS, M. VANDEWAERDE, “Director knowledge, shared leadership, and board service performance”, *Journal of Business Research*, Volume 189, 2025.

⁷⁵ En el ámbito de la gobernanza corporativa, la doctrina internacional incluso apuesta por diseñar, junto al CAIO, otra figura que es el Artificial intelligence Risk Officer, AIRO; en este sentido, así, M., SCHÄFER, J. SCHNEIDER, K. DRECHSLER, J. VOM BROCKE, establecen que “(...) *The CAIO is part of the top management. As our responses indicate, his or her role is closely linked to a CTO or CIO, and their exact separation is part of future research. An important aspect of a CAIO (arguably more than for a CTO/CIO) is the interaction with external partners. Such interaction might be needed more for AI than other technologies for multiple reasons. For instance, many companies that stem from industries lacking AI expertise are likely to employ AI in the future. A CAIO might also promote and support the adoption of AI, which might call for new forms of intrapreneurship.*”

confidencialidad, de tratamiento de datos, de sostenibilidad y, en definitiva, de impacto de la inteligencia artificial en los valores primordiales de la empresa. Deberá tomar decisiones estratégicas en relación con la inteligencia artificial sin sobrepasar los estándares éticos de la empresa e informando en todo momento a los órganos de decisión. Por eso, el CAIO deberá ser una persona que maneje y cuente con habilidades interpersonales elevadas. Se trata de alguien que debe traducir lo técnico en un lenguaje que entiendan técnicos y no técnicos y no solo que entiendan, si no que se adhieran a sus decisiones. Este CAIO deberá ser persuasivo en sus planteamientos para que consiga que todos los miembros de la organización se adhieran a lo planteado. Un perfil técnico exclusivamente para cubrir esta posición no garantiza que lo haga correctamente; es necesario algo más y ese algo más vendrá determinado por su poder interpersonal; igualmente por eso deberá ser una persona que tenga contactos⁷⁶ en la sociedad y esté bien relacionado en la misma; esto es, que sea una persona de reconocido prestigio en la misma de forma interna.

70. Sin duda alguna la regulación o autorregulación de esta figura hace recordar a la del Delegado de Protección de Datos (DPO)⁷⁷. Así lo establecido en la Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que su Exposición de Motivos ya establece que siguiendo lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 en cuanto a “*la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa*”. Creemos que el CAIO debe responder, como el DPO⁷⁸, a una decisión voluntaria de la sociedad pudiendo tener diferentes posiciones en la misma, aunque abogamos por la de directivo transversal, miembro o no del consejo de administración⁷⁹.

71. Al igual que el DPO se le exigirá que acredite sus conocimientos técnicos mediante un sistema de certificaciones y algo de suma relevancia, cuanto que se recomienda que se le configure como el medio o el encargado de la gestión de la resolución amistosa de reclamaciones⁸⁰, pues pueden existir interesados, miembros o no de la sociedad que acudan a él por sentir que se ha vulnerado algún derecho o bien acudir a la autoridad competente al respecto⁸¹. Aconsejamos que estas certificaciones se preocupen no solo de la parte técnica y sí también de la parte de habilidades tan importantes en esta posición.

However, such initiatives might diminish in importance or even cease to exist once applications of AI become more mature and are better understood (...), M., SCHÄFER, J. SCHNEIDER, K. DRECHSLER, J. VOM BROCKE “AI Governance: Are Chief AI Officers and AI Risk Officers needed?”, *Proceedings of the European Conference on Information Systems*, (ECIS), 2022, file:///Users/pilargaleote/Downloads/ECIS_RolesGovern_RinP_Revision_v1.pdf

⁷⁶ Sobre estos contactos y el rol de los administradores, *vide*, F. J., LÓPEZ ITURRIAGA, R. GARCÍA COBO, Y C. ZARZA HERRANZ, «Redes de miembros de comités de auditoría en las empresas europeas: un análisis descriptivo», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (502), 2025, pp. 213–238, <https://doi.org/10.51302/rcyt.2025.22481>.

⁷⁷ Sobre el DPO, *vide*, S. B., VELASCO URGILES, *Buenas prácticas para la protección de datos personales*, Tesis doctoral, 2025, <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/18766>

⁷⁸ P. SIMÓN CASTELLANOS, *op.cit.*

⁷⁹ “*Top-level management should care for strategic leadership (including that of AI), develop the corporate strategy, and decide what measures need to be taken to keep the company competitive (Hilb, 2020). The CAIO can support the implementation of management decisions and translate them into precise requirements and project goals that are easily understood (by AI experts)*”, M., SCHÄFER, J. SCHNEIDER, K. DRECHSLER, J. VOM BROCKE, *op. cit.*, p. 5; esta misma opinión, así como, por analogía lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal, apartado 3, nos lleva a decantarnos porque sea una figura de apoyo al órgano de administración aunque no tiene por qué ser un miembro del mismo

⁸⁰ En este sentido, puede resultar interesante lo establecido en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018. En relación al DPO se establece que “*La regulación se limita a delimitar el régimen jurídico; la iniciación de los procedimientos, siendo posible que la Agencia Española de Protección de Datos remita la reclamación al delegado de protección de datos o a los órganos o entidades que tengan a su cargo la resolución extrajudicial de conflictos conforme a lo establecido en un código de conducta; la inadmisión de las reclamaciones; las actuaciones previas de investigación; las medidas provisionales, entre las que destaca la orden de bloqueo de los datos; y el plazo de tramitación de los procedimientos y, en su caso, su suspensión. Las especialidades del procedimiento se remiten al desarrollo reglamentario*”. Algo similar puede establecerse para el CAIO, en cuanto a que, incluso una autoridad competente, pueda remitir la reclamación relativa a inteligencia artificial o relacionados al CAIO en el sentido de que tenga atribuidas determinadas funciones de resolución extrajudicial de conflictos en relación a lo establecido en los códigos de conducta.

⁸¹ En este sentido, puede ser interesante que esté formado en técnicas de Negociación y/o toma de decisiones, como hemos visto más arriba.

Por todo lo anterior, nada mejor que exista un manual de procedimientos o código de conducta de este director o CAIO⁸², en el que queden claras sus funciones, su manera de actuar, su capacidad de resolver determinadas dudas o incluso reclamaciones de manera amistosa y los estándares éticos que siempre respeta y debe hacer respetar en la organización.

V. Conclusiones

72. Llevamos años viviendo un proceso continuo de digitalización de la sociedad civil, en general, y de las sociedades de capital, en particular, donde no solo las actividades de éstas, si no su estructura corporativa, se va viendo crecientemente afectada. Es en este contexto donde debe tratarse la digitalización de los órganos sociales; digitalización que hoy ya implica la presencia de la inteligencia artificial. Si bien la junta general se ve continuamente afectada por la digitalización y la inteligencia artificial y existe en el ordenamiento español regulación al respecto, el órgano de administración y sus procesos de toma de decisiones con presencia algorítmica presenta mayores retos y dificultades en su abordaje.

73. Son varios los niveles de presencia algorítmica o de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración: desde la meramente informativa como los *chatbots* hasta aquella que asiste y ayuda a los administradores, llegando a la residual a nivel mundial, e inexistente por imposible en el ordenamiento jurídico español: la sustitución del administrador persona física o jurídica, (en definitiva, del ser humano aun cuando actúe como representante de la persona jurídica), por un algoritmo que realiza enteramente sus funciones.

74. Son grandes las ventajas que la utilización de inteligencia artificial tiene en el órgano de administración: el tratamiento de gran volumen de datos; la posibilidad de proporcionar información específica y concreta a los diferentes miembros; la auditoría interna que puede realizarse de manera mucho más transparente y confiable; la posibilidad de contar con contratos inalterables e inmutables (*blockchain-smart contracts*); la posibilidad de realizar simulaciones en metaversos etc. Igualmente, su utilización tiene riesgos y potenciales desventajas, como pueden ser: la confidencialidad; la problemática en torno a la privacidad de los datos; la pérdida de presencialidad humana que, en muchas ocasiones, puede persuadir determinadas conductas y disuadir otras etc.

75. Teniendo en cuenta todo lo anterior, es necesario profundizar en los componentes de un proceso de toma de decisiones, que pueden ser diversos en función del asunto a tratar, pero que deben responder al resultado de una estructura o metodología que es necesario conocer mucho más, en cuanto que el administrador se ayuda de inteligencia artificial. Precisamente, el algoritmo estará entrenado en metodología de toma de decisiones, estudiada y conocida desde hace tiempo, si bien los humanos no solemos tenerla en cuenta, cuestión que es necesario abordar. Ese proceso de toma de decisiones desemboca o puede desembocar en decisiones que pueden causar daños, generándose un sistema de responsabilidad; responsabilidad conocida cuando son los administradores los que actúan pero que hemos de plantearnos si es diferente cuando actúan ayudados o asistidos por inteligencia artificial.

76. Los administradores que actúan ayudados o asistidos por inteligencia artificial, responden según el ordenamiento español, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital: el deber de diligencia del administrador con todas sus implicaciones expuestas y complementado por el deber discrecionalidad, dan amplia cobertura para esa responsabilidad tratada. Sobre la responsabilidad de las DAO o los ciberadministradores o, incluso los ciberconsejeros, nos remitimos a lo expuesto para el caso de inteligencia artificial que asiste o ayuda porque son casos imposibles en nuestro ordenamiento jurídico

⁸² Sobre códigos de conducta en relación con administradores, *vide*, M. DE. M. LÓPEZ BUENO, "Siniestralidad laboral y responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿es viable una adecuación al art. 31 bis y a los estándares de cumplimiento?" *El Criminalista Digital. Papeles De Criminología*, (13), 2025, <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/32707>

al solo poder ser administradores las personas físicas y jurídicas. A nivel español, hay que destacar también la responsabilidad penal ex artículo 31 bis del Código penal, en la que los administradores pueden incurrir.

77. En el ámbito europeo encontramos temas relacionados en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, así como Directiva CSRD y la Directiva CS3D que, si bien no tienen relación directa con lo tratado, sí que lo tienen de manera indirecta en cuanto a que la gobernanza y la sostenibilidad es algo por lo que debe velar la empresa y el órgano de administración. Igualmente, hay que tener en cuenta la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por la inteligencia artificial que estableció aspectos interesantes que deben tenerse en cuenta, a pesar de que el 11 de febrero de 2025 la Comisión anunció que retiraría en un futuro esta Propuesta de Directiva; no obstante, resulta de ayuda tener en cuenta lo que disponía y que, por eso, lo tratamos.

78. Con todo lo anterior en mente, consideramos necesario proponer un protocolo de toma de decisiones con inteligencia artificial en el seno del órgano de administración que contemple una parte estructural o metodológica y una parte competencial y ética. La parte primera del protocolo contempla la estructura a seguir con la presencia en mayor o menor medida de la inteligencia artificial y la parte segunda contempla las competencias de los individuos, humanos administradores que tratan de llegar a un consenso con el resto de los pares para tomar una decisión. Estamos en el ámbito de las competencias humanas que hay que tratar más que nunca cuando irrumpe la inteligencia artificial y que son las únicas que permiten asegurar los estándares éticos, como sociedad de capital y como ciudadanos que vivimos en una sociedad democrática y de valores.

79. Finalmente, la mejor implementación, supervisión y evaluación del protocolo se consigue con personas que asuman una posición directiva en la sociedad, administradores o no, pero cuya función es clave hoy en gobernanza corporativa. El tratamiento del *Chief Artificial Intelligence Officer*, CAIO, puede resultar clave en las organizaciones que se utilizan o están influidas por la inteligencia artificial en su día a día. Funciones como las de alineamiento con la misión, la capacitación de los profesionales, el asesoramiento a los órganos decisorios y el cumplimiento normativo y ético etc. aparecen como la clave a la hora de interiorizar la inteligencia artificial de manera adecuada en sociedades de capital, pero también en sociedades civiles de ciudadanos libres y responsables.

Las prácticas colusorias en la contratación pública y los efectos del “*compliance antitrust*” y del “*leniency programme*”

Collusive practices in public procurement and the effects of the antitrust compliance and leniency program

EMILIANO GARCÍA COSO*

*Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y Derecho de la UE
Universidad Pontificia Comillas-ICADE*

ORCID ID: 0000-0002-1853-4145

Recibido:06.06.2025/Aceptado:24.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9879

Resumen: Este artículo se centra en el análisis de las prácticas colusorias en la contratación pública y la aplicación de las normas de competencia para proteger el interés general afectado tanto en el mercado europeo como, especialmente, en el mercado español. Las empresas licitadoras en la contratación pública pueden desarrollar carteles secretos o “*bid rigging*” que son difíciles de detectar por los órganos de contratación y por las autoridades de competencia. A pesar de las reformas introducidas en la legislación española de coordinación entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia y la adopción como consecuencia jurídica de la prohibición de contratar, se siguen reiterando las “*bid rigging*”. Por ello, en el presente trabajo se analiza la mejora que puede suponer la introducción para las empresas licitadoras de un programa de cumplimiento de Derecho de la Competencia o “*compliance antitrust*” *ex ante*, que no sólo proteja el interés público sino también a las propias empresas licitadoras y sus directivos responsables de las sanciones administrativas que conlleva incurrir en prácticas colusorias. Por último, se aborda el recurso de los programas de clemencia o “*leniency*” como herramienta que facilita las investigaciones de las prácticas colusorias en la contratación pública pero que suscita ciertas dudas para los solicitantes por los efectos en las acciones privadas de reclamación de daños.

Palabras clave: Prácticas colusorias, “*bid rigging*”, contratación pública, programa de cumplimiento de Derecho de la Competencia, programa de clemencia.

Abstract: This article focuses on the analysis of collusive practices in public procurement and the application of competition rules to protect the affected public interest, both in the European market and, especially, in the Spanish market. Bidding companies in public procurement may engage in secret cartels or “*bid rigging*,” which are difficult for contracting authorities and competition authorities to detect. Despite the reforms introduced in Spanish legislation to coordinate between contracting authorities and competition authorities and the adoption of a prohibition on contracting as a legal consequence, bid rigging continues to occur. Therefore, this paper analyzes the potential benefits that can be achieved by introducing an *ex ante* competition law compliance program for bidding companies, or “antitrust compliance,” which not only protects the public interest but also the bidding companies themselves and their responsible executives from the administrative sanctions associated with engaging in collusive

* Profesor Propio Agregado de Derecho Internacional y Derecho de la UE en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE.

practices. Finally, the use of leniency programs is addressed as a tool that facilitates investigations into collusive practices in public procurement, but which raises certain concerns for applicants due to its impact on private actions seeking damages.

Keywords: Collusive practices, bid rigging, public procurement, competition law compliance program, leniency program.

Sumario: I. Introducción: las prácticas colusorias en la contratación pública. II. La implementación de un “*compliance antitrust*” para las empresas participantes en la contratación pública. III. La clemencia como figura coadyuvante en la investigación y sanción de las colusiones por las autoridades de competencia. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción: las prácticas colusorias en la contratación pública

1. El mercado de la contratación pública, tradicionalmente, por su organización y funcionamiento ha sido y es objetivo de prácticas colusorias que han alterado su nivel de competencia. Como destaca la Comisión Europea¹, los mercados de la contratación pública presentan características específicas o patrones, que los hacen más vulnerables a la colusión en comparación con otros mercados. Los procesos de contratación pública suelen caracterizarse por su previsibilidad material, formal y temporal facilitando las tendencias a la colusión². Esta caracterización se traduce en la práctica en que se repiten pautas de compra relativamente estables, con procedimientos similares en el tiempo, con cantidades y especificaciones del producto o servicio análogos. Estos elementos incitan o contribuyen a que las empresas concurrentes recurran a la colusión³ para reducir o eliminar los riesgos propios de una competencia abierta y transparente en el mercado de la contratación pública.

2. La principal práctica colusoria que se ha desarrollado en este ámbito son los denominados carteles secretos, en su modalidad de “*bid-rigging*”⁴, entre los intervinientes en una licitación pública o privada con el objetivo de eliminar la competencia entre ellos y repartirse las licitaciones, con el consiguiente perjuicio para el interés público de las Administraciones Públicas e, indirectamente, para los contribuyentes, usuarios y consumidores. Este análisis se centra en las prácticas colusorias en las licitaciones públicas, sin perjuicio de poder afirmar que se aplican los mismos criterios delimitadores respecto a la naturaleza, alcance y efectos de las prácticas colusorias en licitaciones privadas⁵.

¹ Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).

² CH. JAY PIL, AND H. GERLACH, “Cartels and Collusion: Economic Theory and Experimental Economics”, in Roger D. Blair, and D. Daniel Sokol (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2* (2014; online ed, Oxford Academic, 7 Apr. 2015), disponible en <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199388592.013.0017>,

³ A. HEIMLER, “Cartels in public procurement”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 8, Issue 4, December 2012, Pages 849–862, disponible en <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs028>

⁴ La definición de cártel introducida por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, Ref. BOE-A-2017-5855, en la Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia (LDC) es la siguiente: «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; **el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones**, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia» (negrita del autor).

⁵ Véase Expte. S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimiento Industrial, Resolución de 1 de octubre de 2019, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc061217>. Así, en la propia Resolución se afirma que “...En una interpretación sistemática del artículo 71.1.b) de la LCSP, las infracciones que conllevan prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no tienen, ni se les exige, relación con la contratación administrativa”. Expediente S/DC/260/17. Combustibles Sólidos. Resolución de la CNMC de 12 de enero de 2021, <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc062017>.

3. El concepto de “*bid-rigging*” hace referencia al acuerdo ilegal entre operadores económicos con objeto de falsear la competencia en los procedimientos de contratación pública mediante diferentes modalidades, mayoritariamente, de concertación horizontal⁶, implementadas en el marco de las estrategias o comportamientos empresariales en apariencia en un proceso de licitación competitivo y transparente. Sin embargo, el recurso a estas prácticas colusorias en la contratación pública por la gravedad e intereses afectados ha suscitado un consenso generalizado a la hora de su tipificación como restrictivas por el objeto⁷ y no por sus efectos.

4. La casuística de la Comisión de Europea⁸ y de las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante ANC)⁹ permite identificar como formas de colusión contrarias al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y, en el mercado español, al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia (en adelante LDC), diversas prácticas empresariales, confirmadas por la jurisprudencia comunitaria,¹⁰ que no pueden ser concebidas como inocuas para la competencia.

5. Entre las prácticas colusorias más habituales extraídas de la experiencia de las autoridades de competencia se pueden señalar: fijar el contenido de sus ofertas, con especial énfasis en los precios, al objeto de influir en el resultado del procedimiento; abstenerse de presentar una oferta; repartirse el mercado o; establecer sistemas de rotación¹¹ retirándose de procedimientos siguiendo un orden acordado

⁶ Comunicación de la Comisión de 21 julio 2023 - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70032>. “La colusión en un procedimiento de licitación es una de las restricciones de la competencia por el objeto más graves y puede adoptar diversas formas; por ejemplo, puede consistir en fijar previamente el contenido de las ofertas de cada parte (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, repartir el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo. Desde el punto de vista de la competencia, la colusión en un procedimiento de licitación es una forma de cartel consistente en la manipulación de un procedimiento de licitación organizado en el contexto de la adjudicación de un contrato público... la colusión en un procedimiento de licitación no implica la participación conjunta en el proceso de licitación. Suele consistir en un acuerdo oculto o tácito entre los participantes potenciales para coordinar sus decisiones, aparentemente independientes, relativas a la participación en el procedimiento de licitación”.

⁷ Sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12 P, MasterCard y otros contra Comisión Europea, ECLI:EU:C:2014:2201, párrafos 184 y 185; Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14 P, Toshiba Corporation contra la Comisión Europea, ECLI:EU:C:2016:26, párrafo 26.

⁸ Decisión C (2007) 512 final de la Comisión, de 21 de febrero de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] (Asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf.

⁹ En el caso de la CNMC, ver Expediente S/0013/19, Conservación de carreteras, Resolución 17 agosto 2021, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3660083_84.pdf con imposición de 61.28 millones de sanción a 12 empresas y propuesta de prohibición de contratar con la Administración por restringir el número de ofertas con bajas superiores a un umbral predeterminado. Resolución de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*, multa de 118 millones a 15 empresas habituales en licitaciones de Adif, evidente instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirven a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación y así enmascarar una serie de acuerdos para repartirse los contratos.

¹⁰ STGUE de 13 de julio de 2011, Asunto T138/07, ECLI:EU: T:2011:362, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007TJ0138#Footref*. STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C450/19, ECLI:EU:C:2021:10, “...las actuaciones de las empresas afectadas ... consistieron en la celebración de reuniones entre representantes de dichas empresas, en las que estos trataron y a veces prepararon, conjuntamente, estimaciones presentadas en forma de cuadros sobre las futuras licitaciones públicas para la construcción de líneas de transporte de energía eléctrica, los precios, los márgenes de beneficios que se podrían obtener y el reparto de esas licitaciones, así como sobre la presentación concertada de ofertas en las citadas licitaciones”. En <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236423&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5190397>.

¹¹ K. KAWAI, J. NAKABAYASHI, J. ORTNER, S. CHASSANG, “Using Bid Rotation and Incumbency to Detect Collusion: A Regression Discontinuity Approach”, *The Review of Economic Studies*, Volume 90, Issue 1, January 2023, Pages 376–403, disponible en <https://doi.org/10.1093/restud/rdac013>

previamente; las ofertas de resguardo o de cobertura¹²; la presentación conjunta de ofertas¹³ entre empresas competidoras sin justificación objetiva; los intercambios de información estratégica y elaboración conjunta de las propuestas técnicas¹⁴, las repetidas subcontrataciones¹⁵ entre las mismas empresas.

6. Con carácter complementario, la Comisión Europea¹⁶ ha extraído de su experiencia investigadora un conjunto de comportamientos que podrían ser considerados como indicios de alerta de colusión. Entre las manifestaciones indiciarias se pueden citar entre otras: que un licitador haya celebrado un acuerdo de subcontratación con otro licitador del mismo procedimiento; ha encargado anticipadamente el material necesario para ejecutar el contrato en cuestión mucho antes de que haya finalizado la evaluación de las ofertas; la concurrencia de licitadores que nunca presentan una oferta en el mismo procedimiento de adjudicación o licitadores que solo presentan ofertas en determinadas regiones, zonas o para determinadas entidades públicas, etc.,

7. El objetivo de todas estas conductas o prácticas es permitir que uno o varios de los intervinientes obtengan la licitación bajo una apariencia falsa de procedimientos competitivos, abiertos y transparentes, menoscabando los principios inspiradores de la contratación pública y repercutiendo negativamente en el mercado de la contratación pública que representa en términos económicos un 14% del PIB de los 27 Estados miembros de la UE, una inversión de 2 billones de euros anuales, en cuya gestión están implicados más de 250.000 poderes adjudicadores en sus diferentes niveles (nacionales, regionales o locales)¹⁷.

8. En el caso del mercado de contratación pública en España¹⁸, el nivel de gasto público en el trienio 2021-2023 se encuentra en promedio en el 11,5% del PIB, ascendió a 202.231.275.036 euros, en el que el 70,7% de las empresas intervinientes son PYMES. Las principales prácticas colusorias detectadas en el mercado español de la contratación pública afectaban a los contratos de obra y servicios, especialmente en la ingeniería civil y la construcción de carreteras y vías férreas, puentes y túneles. En este período se impusieron 45 sanciones en el período 2020-2022, en las que se deben destacar la concurrencia de manera reiterada de un conjunto de empresas matrices o a través de sus filiales muy

¹² Véase Expediente S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimiento Industrial, Resolución de 1 de octubre de 2019, la CNMC las define como “Mediante ellas, los supuestos competidores, una vez designado el ganador para cada contrato previsto, presentan ofertas deliberadamente por encima de un determinado importe acordado y/o con condiciones peores. Se genera así la falsa apariencia de que existe competencia ya que la oferta del adjudicatario es la más competitiva, pero lo es por la concertación previa entre los oferentes. Se ha acreditado que las ofertas de cobertura se presentaban en muchos casos a cambio de compensaciones sobre la misma licitación o para ser el adjudicatario de otras futuras”. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2674747_1.pdf.

¹³ C. RITTER, “Joint Tendering Under EU Competition Law” February 1, 2017. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>

¹⁴ Expte. S/0021/20, OBRA CIVIL 2, Resolución de 5 julio de 2022, “...las principales empresas constructoras de este país formaron un Grupo de cooperación entre ellas que estuvo operativo durante 25 años (1992-2017). El Grupo fue denominado “G7” en alusión al número de empresas que lo conformaron y que se corresponden con 7 de las principales empresas constructoras de nuestro país... Las entidades comparten información comercialmente sensible sobre su posición respecto de un elevado número de licitaciones que se convocan por diversas Administraciones y se toma la decisión de compartir parte de los trabajos que formarán parte de las ofertas que cada empresa presentará a las mismas de un modo sistemático”, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s002120>.

¹⁵ R.D. ANDERSON, AND A. JONES, AND W. E. KOVACIC., “Preventing Corruption, Supplier Collusion and the Corrosion of Civic Trust: A Procompetitive Program to Improve the Effectiveness and Legitimacy of Public Procurement”, *George Mason Law Review* 1233, (2019) 26(4), TLI Think Paper 5/2019, King’s College London Law School Research Paper No. 19-14, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3289170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3289170>

¹⁶ Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)). Anexo.pto.3. pag.23.

¹⁷ Tribunal de Cuentas Europeo, Informe Especial 28/2023: Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021, disponible en https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_ES.pdf

¹⁸ Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2021, 2022 y 2023, en <https://www.hacienda.gob.es/DG-Patrimonio/Junta%20Consultiva/Informe-Trienal-2021-2022-2023.pdf>

significativas por su dimensión y cuota de mercado en España. Esta repetición de conductas colusorias por las mismas empresas indica un patrón de comportamientos en las licitaciones públicas en el mercado español merecedor no sólo de sanción administrativa sino también penal.

9. Estas prácticas colusorias, por su impacto en el mercado y en el interés público, han sido objeto de discusiones profundas a nivel internacional¹⁹ y europeo.²⁰ Estas iniciativas se han centrado en crear los mecanismos legales necesarios para actuar contra ellas, tanto a nivel administrativo como penal. Entre las acciones destacadas para ayudar a combatir los carteles en la contratación pública se encuentran: entender el mercado relevante y los proveedores potenciales; adoptar requisitos de participación de licitadores, especificaciones de licitación y criterios de selección favorables a la competencia; realizar licitaciones en formato electrónico; advertir a los licitadores de la existencia y alcance de las sanciones en caso de colusión.

10. Como se ha señalado anteriormente, el marco legal de referencia a escala europea contra los carteles en general y, en especial, las “*bid-rigging*”, se encuentra en su prohibición en el artículo 101 del TFUE y, en el caso español, en el artículo 1 de la LDC²¹. La vigilancia, garantía y aplicación de las sanciones que se deriven de la vulneración del artículo 101 del TFUE y, en su caso, del artículo 1 LDC, corresponde a la Comisión Europea o a la CNMC, como ANC, o autoridades autonómicas de competencia, según sea la dimensión geográfica de las prácticas colusorias y el impacto en el mercado interior.

11. Para el reparto de las funciones de vigilancia y sanción, se atiende a lo dispuesto en el Reglamento 1/2003²² que articula la descentralización de la aplicación de las normas de competencia en el mercado interior de la UE. En el plano interno español, la CNMC o a las entidades autonómicas de competencia, delimitan sus respectivos ámbitos de actuación en virtud de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia²³. El criterio de reparto competencial en el mercado nacional atiende a si la práctica colusoria es de alcance supraautonómico o no.

12. En el mercado español de la contratación pública, con el objetivo de lograr una mayor eficacia en la identificación, investigación y sanción de las prácticas colusorias, se refuerza la cooperación entre los poderes adjudicadores y la CNMC²⁴ o autoridades autonómicas de competencia. Esta coope-

¹⁹ En 2009, el Comité de Competencia de la OCDE adoptó las Directrices para Combatir la Colusión en la Contratación Pública (“Directrices”) para ayudar a las autoridades a prevenir prácticas colusorias o, si ocurren, identificarlas y sancionarlas. La Recomendación sobre el combate contra la colusión en procesos de contratación pública, fue adoptada por el Consejo de la OCDE el 17 de julio de 2012, en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396> y la Recomendación sobre contratación pública de 18 febrero de 2015, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>.

²⁰ Comunicación de 2017 titulada «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» COM (2017) 572, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>.

²¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con> y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261/con>.

²² Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), en <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>

²³ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/02/21/1/con>

²⁴ Como instrumento de empoderamiento de la CNMC cabe destacar la herramienta de Inteligencia Artificial “BRAVA” (*Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust*). Se trata de una herramienta de detección de colusión basada en técnicas de Inteligencia Artificial: Aprendizaje Automático (Machine Learning) de tipo Supervisado “BRAVA... uses different AI models to classify the different bids submitted to a tender as likely to be collusive or competitive. The success rates obtained when these models were tested are largely satisfactory and at least 90%. The system employs supervised learning based on input variables (from the public procurement and commercial registry databases mentioned above) and on more than 20 coded statistical screening variables (screens), some based on the most recognised international academic works, and others developed from scratch by the UIE based on its experience in corruption and collusion”, en <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LAC->

ración reforzada en el mercado español de la contratación pública se produce con la transposición que realizó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP),²⁵ de las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, sobre contratación pública, y 2014/24/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

13. En concreto, el artículo 132.3 de la Ley 9/2017 LCSP, establece la obligación para los órganos de contratación de velar por la libre competencia y notificar a las autoridades de competencia afectadas, los eventuales indicios de prácticas colusorias que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

14. En esta misma línea, las funciones de vigilancia y sanción de la CNMC o de las autoridades autonómicas de competencia, pueden ser activadas por los órganos de contratación de oficio o a instancia de las mesas de contratación, en virtud del artículo 150.1 de la Ley 9/2017 LCSP. El requerimiento a la CNMC o autoridades de competencia autonómicas, ante los indicios fundados de práctica colusoria en los procedimientos de contratación, implica la emisión de un informe en un plazo de 20 días hábiles sobre si los indicios detectados pueden ser constitutivos de práctica colusoria. La remisión a la CNMC o a las autoridades autonómicas lleva aparejada a la inmediata suspensión de la licitación, sin notificación a los licitadores para garantizar una investigación eficaz de los indicios de prácticas colusorias.

15. Una vez culminada la breve referencia al marco legal aplicable y a las autoridades competentes para garantizar la competencia en el mercado español de la contratación pública, es preciso analizar dos instrumentos con efectos en desincentivar las prácticas colusorias. En primer lugar, la implementación por las empresas licitadoras de programas de cumplimiento de Derecho de la competencia o “*compliance antitrust*” para reducir y prevenir los riesgos de incurrir en prácticas colusorias, eludiendo así las consiguientes sanciones para ellas y sus directivos responsables. En segundo lugar, el impacto de los programas de clemencia en los procesos de investigación de la existencia de prácticas colusorias en la contratación pública y su configuración como mecanismo para evitar, total o parcialmente, las sanciones económicas y las prohibiciones de contratar.

II. La implementación de un programa de “*compliance antitrust*” para las empresas participantes en la contratación pública

16. Las licitaciones públicas en España siguen siendo vulnerables a la ejecución de prácticas colusorias, especialmente, entre PYMES que, como se ha señalado, representan el 70,7% de las empresas licitadoras. Por su dimensión y recursos, pueden desconocer o minusvalorar que con la adopción de ciertas conductas empresariales están incurriendo en la vulneración del artículo 101 del TFUE o del artículo 1 de la LDC. Se hace preciso remarcar que la vulneración de estas disposiciones en el mercado español implica incurrir en una de las infracciones catalogadas como muy graves en el art.62.4 a) de la LDC.

17. La especial gravedad de la comisión de prácticas colusorias que dañan la competencia y el interés general llevan aparejadas multas²⁶ efectivas, proporcionales y disuasorias. La sanción de multa

CF(2024)8/en/pdf. Para otras experiencias de aplicaciones tecnológicas véase, SCHREPEL, THIBAUT AND GROZA, TEODORA, “Computational Antitrust Within Agencies: 3rd Annual Report”, 4 *Stanford Computational Antitrust*, 53 (2024), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4861858> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4861858>

²⁵ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>

²⁶ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (OJ L11, de 14 de enero de 2019, p.3-33), conocida como la Directiva ECN+. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>. Su artículo 13 establece: “Para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades administrativas nacionales de competencia deben tener la

puede ser de hasta el 10% del volumen de negocios total mundial de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa de conformidad con el art.63.1 c) de la LDC para las empresas, así como la responsabilidad administrativa de los directivos o representantes legales en los términos previstos en el art.63.2 de la LDC, a los que se podrá imponer multas de hasta 60.000 euros. La imposición y cálculo de las multas no siempre ha sido una cuestión pacífica en la CNMC²⁷. Sin perjuicio, de las eventuales responsabilidades penales para las personas jurídicas y sus responsables²⁸ que, en el caso que se tuvieran que dirimir, implica la prejudicialidad penal frente a la administrativa en virtud del artículo 46 de la LDC.

18. A estas graves sanciones administrativas o penales, se suma que el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), impone como consecuencia jurídica de las prácticas colusorias la prohibición de contratar²⁹ con los poderes adjudicadores, a las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Esta prohibición de carácter automático que deriva *ope legis* a raíz de la resolución de la autoridad de competencia competente, se traduce en un coste económico adicional al poder ser excluidas las empresas sancionadas de futuras licitaciones.

19. En puridad, el artículo 71.1.b) de la LCSP debería también referirse a las infracciones muy graves puesto que esta es la consideración que tiene las prácticas colusorias en las licitaciones públicas atendiendo al artículo 62.4.a) de la LDC. Sin embargo, sólo alude a las infracciones graves, entre otros ámbitos, por falseamiento de la competencia. Pese a esta divergencia o error del legislador, esta omisión en el artículo 71.1.b) de la LCSP no ha sido óbice para que la CNMC interprete³⁰ que no es obstáculo

facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas que infrinjan los artículos 101 o 102 del TFUE”.

²⁷ Expte. S/DC/0598/2016 electrificación y electromecánicas ferroviarias, Resolución de 14 de marzo de 2019, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf . p. 351 y ss. La consejera María Pilar Canedo Arrillaga emitió un voto particular discrepando de las sanciones impuestas “... Considero que, ante la gravedad de las infracciones solventemente acreditadas y el desvalor que las mismas han generado en la sociedad y en la competencia, estas resultan claramente insuficientes. La metodología empleada por la Sala para imponerlas genera una tendencia a la fijación de multas de importe reducido, en detrimento de las arcas públicas y perjudicando al contribuyente. Por ello, en opinión disidente de esta consejera, las sanciones impuestas se basan en tipos sancionadores que no reflejan la gravedad de las conductas y tienen cuantías finales en algunos casos aún más bajas. Esta tendencia es más acusada en las empresas de mayor tamaño lo que supone una discriminación. Por cuanto antecede, esta consejera considera que las multas definidas no respetan los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión exigidos por la regulación española y europea...” (negrita del texto original).

²⁸ Las implicaciones penales no son objeto de análisis en el presente artículo, aunque se debe indicar que el artículo 46 de la LDC establece la prejudicialidad penal en detrimento del proceso administrativo iniciado por la CNMC o autoridades de competencia autonómicas. Hay que señalar que el reproche penal se encuentra regulado en el Código Penal en el artículo 262 relativo a la alteración de precios en concursos y subastas públicas y en el artículo 284.1 relativo a la alteración de precios. Sobre el primero de ellos y como primer pronunciamiento sobre la excusa absolutoria ver Sentencia 5 febrero de 2025 de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el “Cartel del Fuego”, ROJ: SAN 138/2025– ECLI:ES:AN:2025:138, en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/fbeb4c70cd380ec4a0a8778d75e36f0d> . Entre 1999 y 2018, un grupo de empresarios del sector de la navegación aérea de extinción de incendios, tras concertarse para repartirse geográficamente los concursos públicos licitados a nivel nacional, se coordinó con previos pactos clandestinos y ánimo de lucro, imponiendo a las administraciones contratantes precios superiores de los que derivarían de la libre y transparente concurrencia y ello mediante el reparto fraudulento del mercado, la licitación por parte de los asociados acusados con turnos y ofertas previamente pactadas entre ellos o, mediante la concurrencia de uno solo de los concertados, al tipo o con bajas insignificantes, también mediante la utilización de mecanismos de rotación. Incluso en los pactos rotarios alcanzados, tomaron en consideración los concursos en España, Portugal y el uso de aeronaves en Italia. Dimensión geográfica que suscita si el asunto no se debería haber remitido a la Comisión Europea para su investigación administrativa.

²⁹ Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272.

³⁰ Considerandos 10-13, de la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272

para remitir la resolución sancionatoria para que la autoridad competente según la LCSP³¹ adopte el alcance y duración de la prohibición de contratar.

20. La duración y alcance de la prohibición en futuras licitaciones que, en todo caso, no puede superar los tres años, presenta una dualidad de cauces procesales de acuerdo con el artículo 72 de la LCSP.

21. Un primer cauce atiende a que la prohibición de licitar la podrá apreciar directamente el órgano de contratación si en la sentencia o resolución administrativa de la CNMC se hubiera pronunciado expresamente sobre la duración y el alcance. La CNMC atiende a los criterios clásicos de Derecho de la competencia para fijar los criterios de la duración y alcance de la prohibición, entre otros: el mercado geográfico y del producto o servicio afectado por la infracción; la duración de la infracción que en las prácticas colusorias en la contratación pública se ha acreditado que suelen ser largos períodos al amparo del secretismo; la gravedad y el grado de participación de cada uno de los intervinientes. Se excluye al primer solicitante de clemencia de la prohibición de contratar de manera automática y, de forma potestativa, a los siguientes peticionarios de clemencia. Sin descartar otros supuestos, como los acogidos a transacción o los que se comprometen a adoptar mecanismos internos de autocontrol o los previstos en el artículo 72.5 de la LCSP.

22. Un segundo cauce se activa en defecto de concreción de la prohibición de contratar en la sentencia o resolución administrativa, en cuyo caso, debe ser determinada por el Ministerio de Hacienda y Función pública a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP o el poder adjudicador autonómico competente y con los efectos estipulados en el artículo 73 de la LCSP. Las prohibiciones de contratar, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicarán sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.

23. Una solución preventiva *-ex ante-* o reactiva *-ex post-* a las consecuencias jurídicas para las empresas licitadoras y sus responsables es promover e incentivar la introducción de un programa de cumplimiento específico de competencia.³² Este programa se debe estructurar en unas directrices precisas de auto regulación, centradas en sensibilizar y comprometer a toda la estructura organizativa de las empresas licitadoras de no incurrir en prácticas colusorias o, en el caso que se detecten, denunciarlas internamente y notificarlas a las autoridades de competencia competentes.

24. La Comisión Europea³³ y la CNMC señalan que los programas de cumplimiento deben ser considerados herramientas que permitan a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación.

³¹ Sobre la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar y la autoridad competente para adoptarla, véase en el voto discrepante de la Resolución de 14 de marzo de 2019 de la CNMC, su defensa de que sea la CNMC la que adopte tales prohibiciones, cuando señala que “resulta imprescindible conceptualizar las prohibiciones de contratar como medidas sancionatorias que buscan cumplir las funciones de represión y disuasión ... De la citada conclusión se deriva que es a la autoridad de competencia a quien compete definir para cada infracción el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea. En el caso de que una reacción de tanta trascendencia como la prohibición de contratar quedara en manos de una administración diferente de la de competencia, la reacción ante la que el Tribunal Supremo denomina densidad antijurídica se vería dividida de manera artificial.”, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf . p.368.

³² P.J, WILS WOUTER, “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement” (October 31, 2012). *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013, pp. 52-81, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2176309>

³³ EUROPEAN COMMISSION, Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>, En esta misma línea, es muy completa la guía de la Cámara de Comercio Internacional, ICC (2024), Antitrust Compliance Toolkit, en <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2016/11/2024-ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-Second-Edition.pdf>

25. Como resultado de las consecuencias jurídicas y económicas descritas, las empresas que concurren a las licitaciones públicas deberían adoptar, *motu proprio*, programas de cumplimiento *ex ante* que prevengan que cualquier área de la empresa licitadora pueda recurrir a prácticas colusorias. Esta opción es preferible a un programa *ex post* que, aunque pueda atenuar las sanciones, implica que ya se ha incurrido en una práctica colusoria objeto de sanción.

26. Dentro de los programas de cumplimiento existentes es preciso abogar por la adopción de uno específico sobre normas de competencia que comprenda la especificidad de las prácticas colusorias en los procesos de contratación pública y sensibilice, haciéndolo suyo, a todos los licitadores participantes y a sus órganos de dirección.

27. Las dos referencias más relevantes en España -siguiendo el camino abierto por la Comisión Europea en 2012³⁴- para que las empresas intervinientes en procesos de contratación pública reduzcan los riesgos de incurrir en prácticas colusorias son la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento de normas de competencias de 10 de junio de 2020³⁵ y la norma UNE 19603:2023 sobre Sistemas de Gestión de *Compliance* en materia de Libre Competencia (en adelante la Norma UNE de Competencia) de 22 de noviembre de 2023³⁶.

28. Desde la perspectiva de la CNMC, la adopción de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia presenta el rasgo común que no puede por sí mismo considerarse una circunstancia atenuante pero sí, según los casos, un elemento moderador de la sanción. De hecho, los programas de cumplimiento *ex ante* presentados hasta 2020 a la CNMC no reunían los mínimos necesarios para atenuar la responsabilidad de las empresas imputadas. Los programas de cumplimiento *ex post*, han sido mejor valorados al adaptarse a las prácticas colusorias objeto de sanción de una manera más precisa.

29. Los elementos comunes a tener en cuenta en la elaboración de un programa de cumplimiento³⁷ que prevenga, detecte y gestione el riesgo de incurrir en prácticas colusorias anticompetitivas son: la creación e integración como política de las empresas licitadoras de un mapa de riesgos en el que se delimite las áreas de negocios más expuestas a incurrir en prácticas colusorias; las prácticas presumibles como propias del negocio pero que pueden dar lugar a incurrir en una práctica colusoria en una determinada licitación pública calificada como infracción con las consecuencias jurídicas y económicas para la empresa y sus directivos; implementar una matriz de control con los protocolos y mecanismos de detección y reacción, así como los canales claros y precisos de protocolos de consulta y de denuncia interna y externa disponibles, acompañados de una obligación de notificación a las autoridades de competencia responsables; la adopción de medidas disciplinarias previsibles y transparentes ante el incumplimiento del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia.

30. A pesar de que la adopción de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia sólo merece la consideración de elemento moderador de la sanción, se debe apostar por su implemen-

³⁴ Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).

³⁵ MARTÍN MORAL, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264>.

³⁶ Esta norma se basa en estándares previos, como la UNE 37301:2021 sobre sistemas de gestión de *compliance*, y la UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Su objetivo principal es mitigar los riesgos de infracciones de competencia, abordando áreas como conductas colusorias, abuso de posición dominante, actos desleales, infracciones en contrataciones, y control de ayudas de Estado. V. <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma/?c=N0072104>

³⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE, *Libro Blanco sobre la Función de Compliance*, noviembre 2024, p.25 y ss, disponible en <https://asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2024/11/LIBRO-BLANCO-SOBRE-LA-FUNCION-DE-COMPLIANCE-2024.pdf>

tación *ex ante*, no sólo por las grandes empresas,³⁸ sino, especialmente, por las PYMES que, a pesar de que cuentan con un estructura organizativa y recursos menores, son las principales intervinientes en el mercado español. Además, las consecuencias jurídicas y económicas negativas de una sanción y prohibición de contratar tienen en las PYMES un mayor impacto por su dimensión y capacidad financiera.

31. Los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia no deben ser considerados un coste sino una inversión que inspire la toma de decisiones e implique a toda la estructura empresarial. Es preciso reiterar que la existencia de estos programas de cumplimiento sirve para atenuar la responsabilidad y cuantía de las sanciones, así como exonerar de la prohibición de contratar con la Administración (art.71.1. b) LCSP), en los términos previstos en el artículo 72.5 de la LCSP³⁹, de cuya literalidad se puede interpretar o deducir que alude a la existencia de un programa de cumplimiento *ex post* al señalar la “...*adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia*”.

32. Con esta redacción, una vez más, el legislador de la LCSP carece de la precisión y rigor necesario, dando a entender que el programa de cumplimiento y el programa de clemencia son equivalentes, cuando claramente son dos cuestiones totalmente distintas y no hay referencia alguna a medidas que puedan incentivar en los licitadores la adopción de programas de cumplimiento *ex ante*.

33. La defensa y promoción activa de la generalización de los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia entre las empresas licitadoras debería ser un requisito previo a acreditar. Su implementación, por los intereses que salvaguardan con carácter preventivo, debería estar a la par que la acreditación de la solvencia económica y financiera, la solvencia técnica o profesional o la acreditación de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental, en los términos estipulados en los artículos 87 a 94 de la LCSP. Si bien, la exigencia de que no concurra prohibición de contratar del artículo 85 de la LCSP, en relación con el artículo 71 LCSP, pueda ser un incentivo indirecto para contribuir a la adopción de programas de cumplimiento *ex ante*, sería conveniente incluirlos dentro de los diferentes criterios exigidos por la LCSP, así como que se refleje documentalmente su existencia por las empresas inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE)⁴⁰.

34. En el plano interno de las empresas licitadoras uno de los elementos que pueden contribuir de manera activa al funcionamiento de los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante* -preferibles- o *ex post*, es crear un canal de denuncias interno en las empresas licitadoras garantizando el anonimato y la ausencia de represalias de toda índole. Este canal interno se ha visto complementado por un canal de denuncias externas como el que instauró la CNMC⁴¹, cumpliendo así con la

³⁸ Como ejemplos de un programa de cumplimiento de las normas de competencia haciendo frente a las actuaciones específicas en este ámbito se puede ver el de ACS, V. https://www.grupoacs.com/ficheros_editor/File/05_Compliance/Políticas/32_Política%20y%20Protocolo%20de%20cumplimiento%20en%20materia%20de%20competencia_2020.pdf, con mayor relevancia habida cuenta que ha sido objeto de varias sanciones previas por la CNMC en licitaciones públicas como en la Resolución de 14 de marzo de 2019, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias expediente S/DC/0598/2016 y en la Resolución de 17 de agosto de 2021, en el expediente S/001/19 conservación de carreteras, entre otras. También es muy preciso el programa de cumplimiento de la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), *Manual de Cumplimiento Normativo de la ANFAC en Defensa de la Competencia*, disponible en <https://anfoc.com/wp-content/uploads/2022/07/Manual-Competencia-Actualizado-ANFAC-Version-Junio-2022.2.pdf>.

³⁹ Resolución 11 de mayo 2021, expediente S/DC/0627/18 Consultoras. En el caso de la empresa Indra, se le aplicó una reducción de la multa del 10% como consecuencia de las actuaciones adoptadas en el marco de sus programas de cumplimiento normativo, mientras que en el caso de PA Consulting Services Limited Sucursal en España y uno de sus directivos se le aplicó una reducción del 40% en el importe de la multa debido a sus solicitud de clemencia, en virtud del artículo 66 de la LDC y quedó exonerada de la prohibición de contratar, v. <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc062718>, pag.284 .

⁴⁰ Regulado en los artículos 337 a 345 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁴¹ MARTÍN MORAL, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264> .El sitio web creado por la CNMC puede verse en <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/sica> , de

Ley 2/2023, de 20 de febrero⁴² que implementó en España la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁴³.

35. La existencia de canales de denuncias internos y externos son esenciales para coadyuvar a la detección de las prácticas colusorias en la licitación pública. Como acreditan las investigaciones realizadas por la Comisión Europea o la CNMC o las autoridades autonómicas de competencia este tipo de prácticas colusorias son secretas, acordadas por una serie de directivos de las empresas licitadoras, lo que dificulta su detección.

36. Una manera de desincentivar que se llegue a consolidar estas prácticas colusorias es que cualquier persona implicada o que pueda tener conocimiento de su desarrollo pueda recurrir a un canal de denuncias interno o externo. Como señala la propia Ley 2/2023, en su exposición de motivos “*Estos canales de denuncias, mediante el anonimato, han colaborado a instituir un instrumento esencial para la «compliance» de una empresa y ha sido fundamental para poder recibir denuncias graves que de otra manera las personas trabajadoras y los colaboradores no se atreverían a señalar por temor a represalias en caso de ser identificados*”.

37. El artículo 2.1 a) de la Ley 2/2023, delimita dentro del ámbito de aplicación material las acciones o infracciones del Derecho de la UE que inciden en el mercado interior, incluidas las infracciones de las normas de la UE en materia de competencia. El ámbito de aplicación personal establecido en el artículo 3 alude a los informantes del sector privado, entre los que cita a las personas del órgano de administración que como demuestra las investigaciones de las autoridades de competencia son los que al amparo de su poder de decisión deciden participar o promover prácticas colusorias en las licitaciones públicas.

38. La Ley 2/2023 establece, en los artículos 5 a 12, cómo deben configurarse los sistemas internos de información y su aplicación en el sector privado. La eficacia de estos sistemas internos de información descansa sobre la prohibición de represalias del artículo 36 y las medidas de apoyo y de protección al informante de los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2023.

39. A la luz de lo expuesto, en todo programa de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante* o *ex post* para prevenir y disuadir de prácticas colusorias en las licitaciones públicas, tanto en su vertiente de acuerdos horizontales⁴⁴ entre competidores como acuerdos verticales⁴⁵ con los proveedores,

conformidad a la disposición adicional duodécima en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para regular el canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia de la CNMC.

⁴² Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción V. <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/20/2/con>

⁴³ V, ABAZI, “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?” en *Industrial Law Journal*, Vol. 49, No.4, December 2020, pp.640-656, en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaa023> .W, VANDEKERCKHOVE, “Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblower Protection”, en *Journal of Business Ethics* (2022) 179:1–11, <https://doi.org/10.1007/s10551-021-04771-x>

⁴⁴ En el diseño del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia cuando se alude a cooperación horizontal se debe tener muy presente los límites marcados por Comunicación de la Comisión de 21 julio 2023 - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70032> . En el pto.1.2.3.2, (21), se establece que “...los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia en el mercado de referencia de varias maneras. Tales acuerdos pueden, por ejemplo, dar lugar a una colusión entre las partes o a un cierre anticompetitivo del mercado...Un acuerdo de cooperación horizontal también puede reducir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio. También puede hacer la coordinación más fácil, más estable o efectiva para partes que ya se coordinaban antes, al reforzar dicha coordinación o permitir a las partes alcanzar precios aún más elevados. La cooperación horizontal puede llevar, por ejemplo, a la divulgación de información comercial confidencial, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación”.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, *DO C 248 de 30.6.2022*, p. 1–85, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01))

se deben explicitar una serie de comportamientos taxativos de obligado cumplimiento y, en caso de omisión, promover su denuncia interna o externa, así como su notificación a las autoridades competentes de competencia:

1. No se debe participar en un proyecto o acuerdo de cooperación con un competidor en una licitación pública sin recabar previamente la autorización del órgano u oficial de cumplimiento competente interno de la empresa. Esta instancia analizará su compatibilidad con el Derecho de la competencia en atención a la naturaleza y alcance de la cooperación. En caso de que no exista este órgano por el tamaño de la empresa se debe consultar con el director jurídico o director financiero para que lo evalúen o, si tienen dudas, eleven consulta experta externa.
2. No se debe intercambiar información estratégica⁴⁶ con un competidor o ampliar el alcance de la cooperación (personal, material y temporal) más allá de lo expresamente autorizado por el órgano u oficial de cumplimiento competente. Tampoco, se puede intercambiar planes estratégicos sensibles con competidores acerca de la participación en una licitación pública con carácter previo a su adjudicación. Ello incluye, con carácter no exhaustivo, información relativa a si se va a participar o no en una licitación pública y las condiciones específicas de la oferta técnica o económica que va a presentarse. En el caso que se recurra a terceros para presentar la oferta técnica no se debe compartir la misma empresa consultora.
3. Se debe rechazar participar en acuerdos o prácticas concertadas con competidores para alterar el funcionamiento competitivo de una licitación pública, cuyo objeto o efecto sea fijar directa o indirectamente el precio; el reparto de mercados geográficos o de productos o servicios; habilitar las ofertas de coberturas o acompañamiento; generar sistemas de rotación o retiradas del proceso; la subcontratación de competidores; adoptar mecanismos de compensación; avanzar en la creación de Unión Temporal de Empresas (UTE) que no estén objetivamente justificadas, entre otras manifestaciones.
4. No se podrá acudir, o comprometerse a acudir, a una licitación pública de forma conjunta con un competidor sin un análisis previo de las implicaciones colusorias y, en su caso, someterlo a la autorización del órgano o responsable de cumplimiento o, en su defecto, del directivo responsable.
5. En los acuerdos verticales con proveedores no se podrá alcanzar acuerdos cuyo objeto directo o indirecto sea la limitación (i) del territorio en el que pueden ofrecer los bienes o servicios objeto del contrato; o (ii) de los clientes a los que se puede vender tales bienes o servicios, sin la previa autorización del órgano de cumplimiento competente.
6. No se podrá aceptar acuerdos que impongan cláusulas de no competencia, de no captación de empleados o directivos o de exclusividad, sin la previa autorización del órgano u oficial de cumplimiento competente.
7. No se podrá utilizar la relación con un proveedor para obtener o intercambiar información con competidores.

40. La implementación de programas de cumplimiento de Derecho competencia con este contenido mínimo contribuiría no sólo al interés de las empresas licitadoras, sino también a la protección del interés general, al prevenir las prácticas colusorias. Estos programas de cumplimiento de normas de

⁴⁶ Hay que señalar que existe cierto margen de maniobra respecto a los intercambios de información entre competidores, pero si afectan a datos esenciales y estratégicos deja ser un mero intercambio de información y pasa a ser un mecanismo de concertación. Como ejemplo, la CNMC en el Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles, Resolución de 23 de julio de 2015, consideró que los intercambios producidos incluyeron la comunicación a las competidoras de los planes y acciones comerciales presentes y futuros de las marcas participantes respecto a la venta y posventa a través de sus redes de concesionarios y talleres oficiales, así como las políticas retributivas a dicha red de distribución, con efecto en la homogeneización y fijación de las condiciones y planes comerciales presentes y futuros de las marcas de automóviles imputadas. Los intercambios desvelaron información confidencial y estratégica sobre la organización de las respectivas redes comerciales de las marcas, datos fundamentales para diferenciarse de sus competidores y rivalizar efectivamente en el mercado de distribución, con el consiguiente perjuicio para la competencia. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/685749_1.pdf.

competencia *ad hoc*, hoy en día, forman parte de una auto-regulación voluntaria o como una exigencia indirecta para no incurrir en una prohibición de contratar.

41. Sin embargo, como se ha defendido, para reducir las prácticas colusorias *ex ante* y sus perjuicios, debería propenderse a exigir, bien como criterios de solvencia, bien como acreditaciones previas, la existencia de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia a las empresas registradas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE).

42. Esta exigencia legal previa para empresas con más de 50 trabajadores ayudaría a evitar las prácticas colusorias al tenerlas presentes en la toma de decisiones, evitando en el plano interno las consecuencias jurídicas y económicas para las empresas y sus directivos, así como, en el plano externo, los perjuicios para el interés general, concretado en el sobrecoste para los presupuestos públicos de las administraciones públicas y, por extensión, protegiendo a los contribuyentes.

III. La clemencia como figura coadyuvante en la investigación y sanción de las colusiones por las autoridades de competencia

43. A diferencia de los programas de cumplimiento *ex ante*, las figuras⁴⁷ de clemencia - “leniency” - y de transacción implican que las empresas implicadas ya están ejecutando o han ejecutado la práctica colusoria en cualquiera de sus manifestaciones, en especial, “*bid-riding*” y el perjuicio ya se ha producido.

44. La diferencia sustancial entre una y otra figura, es que la primera se centra en la declaración a una ANC de una empresa o persona en la que descubre y describe la existencia de un cartel, su funcionamiento y las empresas implicadas. La transacción implica una declaración a la ANC, en un cartel ya en investigación, del reconocimiento de su participación y su responsabilidad en el cartel renunciando a objetar la decisión adoptada por la ANC contra la práctica colusoria en la licitación pública.

45. Por lo tanto, ambas figuras, a diferencia del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante*, no se pueden concebir como mecanismos preventivos sino como mecanismos que facilitan los complejos, largos y costosos procesos de investigación, iniciados por la Comisión o por las ANC, según sea la dimensión geográfica y afectación del mercado interior, contra las prácticas colusorias, en general y, en nuestro caso, contra los carteles secretos en la contratación pública.

46. La figura de clemencia, importada de Estados Unidos⁴⁸ por la Comisión Europea en 1996⁴⁹, se ha venido consolidando en el mercado interior desde 2006 con más de 550 solicitudes y ha permitido concluir procesos de prácticas colusorias en más de 54 casos.⁵⁰ El programa de clemencia ante la

⁴⁷ Artículo 2, pto 16 y pto. 18 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>.

⁴⁸ Since the early 1990s, the Antitrust Division has provided significant, predictable, and transparent incentives for corporations to make voluntary self-disclosures and cooperate in criminal antitrust investigations in exchange for non-prosecution protections for the corporate entity and its cooperating personnel. <https://www.justice.gov/atr/leniency-policy>

⁴⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718(01)), HINLOOPEN, J., ONDERSTAL, S. & SOETEVEENT, A. Corporate Leniency Programs for Antitrust: Past, Present, and Future. *Rev Ind Organ* 63, 111–122 (2023), disponible en <https://doi.org/10.1007/s11151-023-09913-1>

⁵⁰ Comunicación de la Comisión — Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC1208%2804%29>.

Comisión es objeto de regulación en el artículo 4 *bis* del Reglamento 773/2004⁵¹ que complementa al Reglamento 1/2003.

47. El recurso a programas de clemencia se ha extendido entre las ANC, por la descentralización⁵² de la aplicación de las normas de competencia, como es el caso de la CNMC⁵³ desde 2009. Como señala la CNMC, la clemencia tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquéllos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la CNMC y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y comportamientos investigados.

48. Los artículos 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero⁵⁴, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), permiten a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la CNMC la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tengan a su disposición.

49. La gran diferencia entre la clemencia presentada ante la CNMC y la presentada ante la Comisión Europea es que, en esta última, sólo es posible para las personas jurídicas no para las personas físicas. Tanto la Comisión como la CNMC han desarrollado plataformas electrónicas⁵⁵ que agilizan y garantizan el anonimato de los solicitantes de clemencia.

50. La solicitud de clemencia presenta dos modalidades que quedan sujetas a una prelación basada en un marco temporal y a la idoneidad de las evidencias en poder del solicitante, desconocidas por la Dirección de Competencia de la CNMC. Así, la persona jurídica o física que lo presente en primer lugar, podrá acogerse a una inmunidad total con la exención del pago de la multa (art.65 LDC y arts. 46 y 47.3 del RDC) y de la prohibición de contratar (art.65.4 LDC en relación con art.72.5 LCSP). La empresa o persona física que sea la segunda solicitante, siempre que faciliten elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo a los que ya dispone la autoridad de competencia, podrán acogerse a una inmunidad parcial con una reducción del importe de la multa (art.66 LDC y arts.49 y 50 del RDC) y de la prohibición de contratar (art.66.5 LDC en relación con art 72.5 LCSP).

⁵¹ Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Su última modificación fue mediante el Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

⁵² Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(02)), Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9022, en relación con la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-2356>.

⁵³ Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9022, en relación con la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-2356>.

⁵⁴ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261/con>.

⁵⁵ *eLeniency* es una plataforma en línea desarrollada por la Comisión que permite a los solicitantes presentar sus solicitudes de clemencia, incluidas las solicitudes de marcadores, a través de la herramienta *eLeniency*, disponible en https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/leniency/eleniency_en, en el caso de la CNMC ver <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/solicitud-de-clemencia>, que no debe confundirse con el Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA) que es el canal de denuncias, en <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/SICA>

51. La empresa o persona física primer solicitante del beneficio de exención del pago de multa debe, con carácter previo a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH) (art.47.2 RDC), aportar elementos de prueba que permitan iniciar una investigación sobre la práctica colusoria desconocida por la autoridad competencia o le permita constatar la existencia de la práctica colusoria. Como se puede observar, el elemento temporal de ser la primera solicitante del programa de clemencia es clave para recibir el beneficio de la exención del pago de la multa. Para lograr el beneficio, debe aportar pruebas que acrediten quiénes son los integrantes del cártel en la licitación pública, los objetivos, actividades, funcionamiento, duración y mercado geográfico y del producto o servicio afectados. En el caso de otorgarse, relega a cualquier otra empresa o persona física, bajo determinadas condiciones, a la situación de mero solicitante de inmunidad parcial con la reducción de la multa, aunque con el importante incentivo de poder beneficiarse de la retirada de la prohibición de contratar en futuras licitaciones públicas.

52. Al factor temporal para ser beneficiario de la inmunidad total se suma⁵⁶ que el solicitante evidencie una cooperación plena, continua y diligente a lo largo de la investigación; que ponga fin a su participación en la práctica colusoria salvo que se le inste a continuar para preservar la eficacia de la investigación; que no haya destruido pruebas ni haya revelado su condición de beneficiario de clemencia y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas en la práctica colusoria.

53. A las empresas o personas físicas que queden relegadas por el factor temporal a la condición de solicitantes de reducción del importe de la multa se les exige que faciliten elementos de prueba de la práctica colusoria que aporte un valor añadido significativo y diferencial a los que ya dispone la autoridad de competencia europea, estatal o autonómica.

54. Por lo tanto, la cuestión clave para ser beneficiario de la reducción de la multa es delimitar qué cabe entender por valor añadido significativo. Tanto la Comisión Europea como la CNMC consideran que para determinar este valor añadido significativo es preciso valorar la idoneidad intrínseca de los elementos de prueba aportados por el solicitante de reducción, por su propia naturaleza o nivel de detalle, diferentes a los que ya disponga la autoridad de competencia competente.

55. De la jurisprudencia y de la práctica de las autoridades de competencia nacional y europea,⁵⁷ se extrae como evidencias con valor añadido significativo; que la información y los elementos de prueba incriminatorios, directamente relacionados con los hechos que pueda aportar el solicitante de reducción, tengan mayor valor probatorio que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos; que los testimonios (declaraciones, grabaciones, etc.) relativos a hechos en los que ha participado el autor que acompañen su solicitud de clemencia tengan mayor valor probatorio que los testimonios indirectos que pueda aportar; que las pruebas escritas que datan del periodo en que se produjeron los hechos investigados (actas, correos electrónicos, cartas, faxes, etc.) facilitadas en su solicitud de clemencia tengan mayor valor probatorio que las datadas posteriormente.

56. El beneficiario o beneficiarios de la reducción de importe de la multa se ordenan en función del momento de recepción de la solicitud. Atendiendo a esta circunstancia, pueden recibir, por su colaboración activa y con un valor añadido significativo, una reducción de la multa que puede ser

⁵⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE) (2006/C 298/11), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), en relación con las comunicaciones mencionadas en la nota 26.

⁵⁷ Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08 Aragonesas Industrias y Energía, SAU contra la Comisión, ECLI:EU:T:2013:130, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134981&doclang=ES>. Así lo ha reconocido también la CNMC, como distintas sentencias de la AN: Sentencias de la AN de 23 y 29 de julio de 2014, dictadas en el ámbito del Expte. S/0342/11 Espuma de Poliuretano, el solicitante de reducción aportó elementos de prueba con valor añadido significativo antes incluso de que se llevaran a cabo las inspecciones en este asunto, y SAN de 25 y 29 de noviembre de 2016, y 26 de enero de 2017, dictadas en el ámbito del Expte. S/0316/13 Sobres de Papel. Referenciadas en la Resolución de 14 de marzo de 2019, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias expediente S/DC/0598/2016, p. 204.

para el primero que lo solicitó entre un 30 y 50%⁵⁸, para el segundo entre un 20% y un 30% y para los sucesivos solicitantes una reducción hasta el 20%. Un aliciente muy significativo para todos ellos es que pueden ser exonerados de la prohibición de contratar del artículo 71 de la LCSP en relación con el artículo 72.5 LCSP⁵⁹.

57. A pesar de todos los beneficios de los programas de clemencia se debe mencionar para concluir este apartado dos cuestiones. En primer lugar, que existe una tendencia descendente a instar o solicitar acogerse al programa de clemencia. La doctrina más relevante⁶⁰ e informes⁶¹ lo atribuyen al impacto que está teniendo las reclamaciones de reparación de daños al amparo de la Directiva 2014/104 que, aunque establece mecanismos de protección para las empresas acogidas al programa de clemencia⁶² y limitaciones a la revelación de pruebas⁶³, no excluye totalmente la responsabilidad frente a las acciones privadas de responsabilidad o “*private enforcement*”.

58. Esta preocupación se explicita en el considerando 4 y, especialmente, el 7 del Reglamento 2015/1348 de 3 de agosto de 2015, que modifica el Reglamento 773/2004, al señalar que “... *Con el fin de garantizar que las empresas no se vean disuadidas de reconocer voluntariamente su participación en infracciones del Derecho de la competencia de la Unión en el marco del programa de clemencia o del procedimiento de transacción de la Comisión, se dará acceso a otras partes a dicho reconocimiento mediante el acceso al expediente de conformidad con el Reglamento (CE) no 773/2004, solo a efectos del ejercicio de su derecho de defensa en el procedimiento ante la Comisión*”.

⁵⁸ Expte. S/DC/0598/2016 electrificación y electromecánicas ferroviarias, Resolución de 14 de marzo de 2019, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf, se acuerda “De conformidad con los artículos 66 de la LDC y 50 del RDC, así como con el programa de clemencia, y en atención a las consideraciones realizadas en el apartado 4.8 de los fundamentos de derecho de la presente resolución, procede aplicar a SIEMENS S.A. y a su matriz SIEMENS AG, una reducción del 45% sobre el importe de la multa... Sin embargo, En relación con la conducta de los directivos de SIEMENS que no han accedido a prestar declaración en el ámbito de la clemencia presentada por dicha empresa, dado que esta actitud no se ajusta al deber de colaboración que exige el programa de clemencia estos no pueden quedar cubiertos por el beneficio de la reducción”.

⁵⁹ Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272

⁶⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “el efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, N° 2, pp. 114-157. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2781/1559>. L. REINALDO; G. SPAGNOLO, “Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing”, *SITE Working Paper*, No. 36, 2016, Stockholm School of Economics, Stockholm Institute of Transition Economics (SITE), Stockholm, en <https://hdl.handle.net/10419/204747>.

⁶¹ The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels, OECD 2023, en https://www.oecd.org/en/publications/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-cartels_9bc9dd57-en.html

⁶² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>. La Directiva de daños y perjuicios establece que un beneficiario de inmunidad solo es solidariamente responsable ante sus clientes directos e indirectos y ante otras víctimas de cárteles si no puede obtener una compensación completa de los demás cárteles; Que los co-infractores pueden ser considerados solidariamente responsables de la totalidad del daño causado por la infracción. Se puede exigir a cada uno de ellos la indemnización íntegra del daño, y cualquier parte perjudicada tiene derecho a exigir la indemnización completa a cualquiera de ellos hasta que haya sido indemnizada en su totalidad. Este trato privilegiado para los beneficiarios de la inmunidad está protegido por una protección equivalente contra las reclamaciones de contribución de otros co-cartelistas, prohíbe la divulgación de las declaraciones de clemencia presentadas a la Comisión Europea o a una autoridad nacional de competencia en procedimientos de indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales de la UE

⁶³ Sobre la revelación de pruebas es muy interesante las reflexiones sobre la diferenciación que debe efectuarse entre el régimen previsto por la Directiva 2014/104 con la Directiva 2019/1, atendiendo a que la primera se centra en el “*private enforcement*” mientras la segunda en el “*public enforcement*”, realizadas por el Abogado General Maciej Szpunar el 24 de octubre de 2024 en el asunto C-2/23 FL Und Baugsellschaft m.b.H&Co. KG, S AG. Sobre el impacto en el uso de los programas de clemencia, el AG reitera en el pto.69 que existe un riesgo que la divulgación de documentos auto incriminatorios puede disminuir el interés de los solicitantes de clemencia. ECLI:EU:C: 2024:924, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=291568&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5763706> .

59. En segundo lugar, se debe remarcar que los programas de clemencia no deben ser confundidos con los procedimientos o solicitudes de transacción.⁶⁴ Los elementos y finalidades de ambas figuras pueden calificarse como coincidentes, es decir, ayudar a las autoridades de competencia a poner fin de manera expedita al procedimiento en curso por la práctica colusoria. De hecho, en los procedimientos abiertos por las autoridades de competencia pueden convivir simultáneamente en paralelo.

60. En la transacción se negocia desde el reconocimiento de las partes de sus respectivas responsabilidades aceptando la sanción impuesta. En el caso, que la transacción sea con las autoridades de competencia españolas, *a priori*, no hay referencia alguna a exceptuar o aminorar la prohibición de contratar. Sin perjuicio que en la capacidad negociadora de las autoridades de competencia pudiera ofrecerse la exención de la prohibición de contratar.

61. En la transacción ante las autoridades de competencia, por la aplicación del artículo 10 *bis* del Reglamento 773/2004, disfrutaban de un amplio margen discrecional para determinar en qué casos puede resultar indicado explorar el interés de las partes en entablar conversaciones con vistas a una transacción, así como para iniciar o suspender tales conversaciones o llegar a una transacción definitiva.

IV. Consideraciones finales

62. La protección de los procesos de contratación pública en la UE y en España mediante la aplicación de las normas de competencia es fundamental habida cuenta de la previsibilidad de estos que puede incitar a las empresas intervinientes a concluir carteles y, en especial, “*bid-rigging*”. El interés general protegido ha dado lugar a que se recurra a mecanismos complementarios que contribuyan bien de manera voluntaria, como es el caso de los programas de cumplimiento de derecho de la competencia, a que las empresas sean copartícipes del desarrollo de una contratación pública objetiva, transparente y abierta.

63. La implementación de estos programas de cumplimiento de derecho de la competencia en el epicentro de la toma de decisiones de las empresas es un elemento indispensable y que podría reforzarse al exigirse como criterio de valoración *ad hoc* por las Administraciones Públicas y sus organismos contratantes. Su exigencia contribuiría a que las PYMES hicieran suyo los postulados de estos programas de cumplimiento de derecho de la competencia que no debe ser concebido como un coste sino como una inversión. En especial, la adopción de la norma UNE: 19603:2023, por todas las empresas intervinientes sería un factor positivo para tener en cuenta.

64. En el plano de la garantía del mercado de contratación pública frente a las prácticas colusorias, sin lugar a duda, la inclusión de la protección de los denunciantes, con los canales de denuncia internos y externos, la posibilidad de acogerse a los programas de clemencia e, incluso, recurrir a la transacción, permite incrementar la eficiencia y reducción de plazos en los procedimientos de investigación y sanción por las respectivas autoridades de competencia.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52008XC0702%2801%29>, En concreto, se señala que “El procedimiento de transacción puede permitir a la Comisión tramitar más asuntos con los mismos recursos, lo que redundaría en beneficio del interés público en la imposición por su parte de sanciones efectivas y oportunas y al mismo tiempo potencia el efecto disuasorio general. La cooperación contemplada en la presente Comunicación es distinta de la presentación voluntaria de elementos probatorios para iniciar o acelerar la investigación de la Comisión, que está regulada en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de clemencia). Si la cooperación ofrecida por una empresa puede acogerse a ambas comunicaciones de la Comisión, podrán acumularse las recompensas correspondientes”. Comunicación de la Comisión — Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo en casos de cártel.

65. Son figuras que se pueden superponer en el tiempo generando alguna confusión, sobre todo, en el caso de personas físicas o para las PYMES. No obstante, su generalización y difusión puede ayudar a que se reduzcan las amenazas de prácticas colusorias y que las sanciones impuestas sea lo suficientemente disuasorias y eficaces.

66. La prohibición de contratar es una sanción que puede hacer efecto por la tipología de empresas que suelen intervenir de manera recurrente en la contratación pública. Además, la prohibición de contratar es un aliciente muy relevante, tanto para denunciar, como para acogerse a la clemencia e, incluso, a la transacción. Por estos efectos, se debería mejorar la redacción de las disposiciones de la LCSP para evitar interpretaciones extensivas.

Jurisdictional Boundaries of the Unified Patent Court: An analysis of the Judgment of the Düsseldorf Local Division in case UPC_CFI_355/2023

Límites jurisdiccionales del Tribunal Unificado de Patentes: Un análisis de la sentencia de la División Local de Düsseldorf en el Asunto UPC_CFI_355/2023

JACOPO GIORDANO

*PhD Candidate at the University of Valencia and
IP Legal Consultant at KPMG for EUIPO*

Recibido:07.05.2025 / Aceptado:20.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9880

Abstract: This note examines the jurisdictional architecture of the Unified Patent Court (UPC), focusing on the interaction between the Unified Patent Court Agreement (UPCA) and the Brussels I bis Regulation when asserting jurisdiction over European patents. The analysis centers on judgment UPC_CFI_355/2023 rendered by the Düsseldorf Local Division of the UPC, which raises questions about the limits of the UPC's jurisdiction, especially in cases involving infringement of European patents validated in states not party to the UPCA. Moreover, the decision sheds light on the complex issue of validity challenges under Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation in infringement proceedings, especially in view of the recent ruling of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *BSH Hausgeräte*.

Keywords: European patent, patent infringement, Jurisdiction, Unified Patent Court.

Resumen: Esta nota examina la arquitectura jurisdiccional del Tribunal Unificado de Patentes (TUP), centrándose en la interacción entre el Acuerdo del Tribunal Unificado de Patentes (UPCA) y el Reglamento Bruselas I bis al ejercer la jurisdicción sobre patentes europeas. El análisis se centra en la sentencia UPC_CFI_355/2023, dictada por la División Local de Düsseldorf del UPC, que plantea interrogantes sobre los límites de la jurisdicción del UPC, especialmente en casos de infracción de patentes europeas validadas en Estados no parte del UPCA. Además, la decisión arroja luz sobre la compleja cuestión de las impugnaciones de validez en virtud del artículo 24(4) del Reglamento Bruselas I bis en procedimientos de infracción, especialmente a la vista de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en *BSH Hausgeräte*.

Palabras clave: Patente europea, infracción de patente, competencia judicial internacional, Tribunal unificado de patente.

Summary: I. Introduction. II. The patent system in Europe. 1. The European Patent Convention and the Unitary Patent Regulation. 2. The Unitary Patent Court Agreement. III. Conflict of laws in the European patent system. 1. Jurisdiction. 2. Applicable law. IV. The judgment of the Unified Patent Court in Case UPC_CFI_355/2023. V. What are the limits of the Unified Patent Court jurisdiction after judgment UPC_CFI_355/2023. 1. The Unified Patent Court as any other court of the Member States. 2. The question of validity within infringement proceedings. VI. Conclusions.

I. Introduction

1. The establishment of the UPC marks a significant evolution in the European patent system. Designed to centralise and streamline litigation over European patents and newly introduced unitary patents, the UPC promises to unify judicial outcomes across the EU. However, the transition from a fragmented to a quasi-unified system has raised complex questions concerning jurisdiction and applicable law, given the existence of different types of patents governed by different legal regimes.

At the heart of this complexity lies the coexistence of traditional European patents, which must be validated in each state and are entirely governed by national laws, and unitary patents, which provide uniform protection across only some EU Member States (MS). The UPCA¹ and Regulation (EU) No. 1257/2012² (Unitary Patent Regulation), together with the Brussels I bis Regulation³, define the jurisdictional reach of the UPC, particularly in relation to unitary patents and “traditional” European patents with effect in UPCA Contracting States. Yet, the situation becomes more intricate when dealing with European patents validated in EU MS or third countries not party to the UPCA, such as Spain and the United Kingdom.

This paper explores the boundaries of the UPC’s jurisdiction by analysing the legal framework provided by the UPCA, the Unitary Patent Regulation, and the Brussels I bis Regulation, including its modification through Regulation (EU) No. 542/2014⁴. A central focus of the analysis is the recent case UPC_CFI_355/2023⁵, in which the Düsseldorf Local Division of the UPC addressed a jurisdictional challenge concerning infringement claims related to a European patent validated in the UK.

The decision provides a rich lens through which to examine the complex interaction between all the legal sources governing European patent litigation, while exposing the practical limitations of asserting jurisdiction over patents validated in states outside the UPCA system. Furthermore, it offers an opportunity to discuss a long-debated issue regarding the application of Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation: the consequence of raising the issue of validity during infringement proceedings concerning registered intellectual property rights (IPR) before a court of a MS other than the one where the IPR is registered. Finally, while not the main focus of this analysis, applicable law will also be addressed to provide a more comprehensive understanding of the European patents’ legal framework.

II. The patent system in Europe

1. The European Patent Convention and the Unitary Patent Regulation

2. The European patent framework consists of two parallel systems. On the one hand, the “traditional” European patent system, created by the European Patent Convention (EPC)⁶, enables an applicant to submit a single application to the European Patent Office (EPO), designating the contracting states of the EPC in which protection is sought. Upon examination, if the application meets the necessary requirements, the EPO grants a European patent. However, this patent must then be validated in each designated contracting state, where it becomes a national patent.

¹ Agreement on a Unified Patent Court, OJ C 175, 20.6.2013, p. 1-40.

² Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361, 31.12.2012, pp. 1-8.

³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012, p. 1-32.

⁴ Regulation (EU) No 542/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 amending Regulation (EU) No 1215/2012 as regards the rules to be applied with respect to the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice, OJ L 163, 29.5.2014, p. 1-4.

⁵ UPC, Düsseldorf Local Division, Judgment of 28 January 2025, case *Fujifilm v Kodak* (UPC_CFI_355/2023).

⁶ Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention) of 5 October 1973.

In essence, a single application can lead to the granting of multiple national patents for the same invention⁷. While the procedure for granting the patent is centralised, the resulting European patent is a bundle of national patents, with each EPC contracting state applying its own national law. This system streamlines the patent granting process across participating states but does not eliminate the territorial nature of patents⁸. Consequently, key aspects such as validity, scope of protection, and infringement are governed by the laws of each country where the patent is validated, making the term “European patent” potentially misleading⁹.

3. On the other hand, the European patent with unitary effect (unitary patent) provides a single patent with uniform effect across the EU MS participating in the enhanced cooperation established by the Unitary Patent Regulation¹⁰. This uniform IPR aims to follow the model set by other EU-wide rights such as the EU trade mark¹¹ and the EU design¹². Consequently, the unitary patent ensures consistent protection in all participating MS, without requiring national validation in each country.

However, it should be noted that the unitary patent is not a truly independent unitary IPR. Instead, it allows the applicant of a European patent to opt for “unitary protection” in the MS participating in the enhanced cooperation¹³. This protection is entirely subject to the national laws of those MS¹⁴, as the Unitary Patent Regulation does not contain any substantive provisions. Consequently, it has been argued that the unitary patent system leaves the EU with a more fragmented patent network than before¹⁵.

4. The EPO remains the designated authority for granting these patents, thereby assuming a dual role. It grants European patents under the framework of the EPC -an international treaty that includes both EU and non-EU MS- and it grants unitary patents pursuant to the Unitary Patent Regulation, an EU instrument applicable exclusively to EU MS. The Unitary Patent Regulation does not apply to all EU MS but only to those that have opted into the corresponding enhanced cooperation, which excludes Croatia, Poland, and Spain.

2. The Unitary Patent Court Agreement

5. The creation of a unitary patent right, which coexists with the traditional European patent, was accompanied by the establishment of the UPC. This unified court system, introduced through the

⁷ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «La patente europea con efecto unitario y su régimen jurídico», *Revista de Direito Intelectual*, 1, 2016, pp. 143-167, p. 144.

⁸ For an in-depth analysis of the European Patent Convention see SINGER, M./SINGER, R./STAUDER, D., *Europäisches Patentrecht*, 4th ed., Köln, Heymann, 2007.

⁹ M., HAEDICKE/H., TIMMANN, (eds.), *Patent Law: A Handbook on European and German Patent Law*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart, 2014, p. 951.

¹⁰ This Unitary Patent Regulation is complemented by another instrument which governs the translation arrangements for the unitary patent: Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31.12.2012, pp. 89-92. For a critical analysis of this enhanced cooperation and the CJEU’s ruling on its legitimacy, see M., LAMPING, «Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection - Testing the Boundaries of the Rule of Law», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2015, pp. 1-14.

¹¹ Established by Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification), OJ L 154, 16.6.2017, pp. 1-99. Former Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark.

¹² Established by Regulation (EU) 2024/2822 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 amending Council Regulation (EC) No 6/2002 on Community designs and repealing Commission Regulation (EC) No 2246/2002, OJ L, 2024/2822, 18.11.2024. Former Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

¹³ M., DESANTES REAL, «Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, 65(2), pp. 51-70, pp. 58-59.

¹⁴ And, as it will be seen, to arts. 25-30 of the UCPA.

¹⁵ D., TILT, «The historical contextualisation of the (failed) European Unitary Patent», in M. C., BARUFFI/ M., ORTINO, *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 543-557, p. 547.

UPCA, has exclusive jurisdiction over European patents validated by EU MS that are contracting parties to the UPCA, as well as unitary patents with effect in those contracting EU MS participating in the enhanced cooperation established by the Unitary Patent Regulation. Consequently, the European patents validated in non-EU countries and in EU MS not participating to the UPCA should, in principle, fall outside the UPC's jurisdiction.

6. Pursuant to Art. 32 of the UPCA, the following actions can be brought before the UPC: 1) Infringement or threatened infringement, including defences and counterclaims regarding licenses; 2) Declarations of non-infringement; 3) Provisional and protective measures; 4) Revocation and invalidity actions; 5) Counterclaims for revocation and invalidity; 6) Damages related to provisional protection conferred by a published European patent application; 7) Rights based on prior use; 8) Compensation for licenses; 9) Decisions of the European Patent Office under Art. 9 of the Unitary Patent Regulation.

7. It should be noted that the UPCA does not constitute an EU instrument, but rather a classic international convention, similar in nature to the 1968 Brussels Convention¹⁶. Nevertheless, similarly to the Brussels Convention, it has been regarded as a *sui generis* source of EU law¹⁷, due to its close connection with the EU legal framework. An example of this is Art. 21 of the UPCA, which mandates that the UPC cooperate with the CJEU to ensure the correct application and uniform interpretation of EU law, by requesting, where necessary, preliminary rulings, as any other national court¹⁸. It is also specified that the decisions of the CJEU are binding on the UPC.

In this regard, Art. 1 of the UPCA states that the UPC is a court common to the Contracting MS and, as such, is bound by the same obligations under EU law as any national court. This “common court” operates within the judicial system of each Contracting MS as a national court.

However, the UPC essentially falls outside the EU's legal order¹⁹, with the CJEU retaining indirect authority insofar as the UPC applies EU law. As noted earlier, the UPCA is not an EU instrument, meaning its provisions are not subject to the CJEU's jurisdiction. Among these provisions are the only substantive rules on unitary patent protection²⁰, which were originally part of the draft of the Unitary Patent Regulation but later excluded and incorporated into the UPCA. This shift was intended to prevent the CJEU from having jurisdiction over the substantive rules governing the unitary patent²¹.

Accordingly, the current Unitary Patent Regulation merely states that unitary patents provide a uniform scope of protection and limitations against third-party infringement throughout the Contracting MS, entrusting their applicable legislation with the definition of such protection and limitations²².

¹⁶ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31.12.1972, p. 32-42.

¹⁷ This special character of the 1968 Brussels Convention was emphasised by several authors. Among others, see T., BALLARINO, *La convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Angeli, Milano, 1985, pp. 51-52; F., POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3th ed., Giuffrè, Milano, 1995, p. 32.

¹⁸ M. A., GANDÍA SELLENS, «The Viability of the Unitary Patent Package After the UK's Ratification of the Agreement on a Unified Patent Court», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, 49(2), pp. 136-152, pp. 138-139.

¹⁹ M., MALAGA, «The European Patent with Unitary Effect: Incentive to Dominate? A look From the EU Competition Law Viewpoint», in J., ROSÉN, *European Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 137-163, p. 144.

²⁰ Arts. 25-30 of the UPCA.

²¹ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «La patente europea con efecto unitario y su régimen jurídico», *cit.*, p. 158. M., DESANTES REAL, «Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España», *cit.*, p. 64. However, the author points out that there is a significant link between the functioning of the UPC and EU law, which entails that the CJEU will inevitably be called upon to indirectly interpret the terms of the UPCA. M., HAEDICKE/H., TIMMANN, (eds.), *Patent Law: A Handbook on European and German Patent Law*, *cit.*, p. 955. Also Á., GARCÍA VIDAL, «La Patente Europea con Efecto Unitario (I): Aspectos básicos de la Patente Europea con Efecto Unitario», 2013, p. 4, from <https://ga-p.com/publicaciones/la-patente-europea-con-efecto-unitario-i/>.

²² Art. 5 of Regulation (EU) No 1257/2012.

III. Conflict of laws in the European Patent System

8. The rules governing jurisdiction and applicable law within the European patent system are fragmented across multiple legal instruments. The applicable provisions differ depending on whether the patent in question is a European patent or a unitary patent. This section will first examine the rules on jurisdiction, followed by a discussion of the provisions on applicable law.

1. Jurisdiction

9. Before delving into the rules governing jurisdiction of the UPC, it is important to distinguish between four different categories of patents under the European patent system²³: 1) unitary patents; 2) European patents validated in EU MS participating in the UPCA; 3) European patents validated in EU MS not participating in the UPCA and; 4) European patents validated in non-EU countries that are part of the EPC.

As outlined in the previous section, unitary patents can be granted in MS that are part of both the UPCA and the Unitary Patent Regulation. By contrast, traditional European patents can be granted in any state that is a contracting party to the EPC, including all EU MS and several third countries.

The jurisdiction of the UPC clearly covers unitary patents, as well as European patents validated in EU MS that are also part of the UPCA. Conversely, it is unclear whether the UPC have jurisdiction over European patents validated in EU MS not participating in the UPCA, such as Croatia, Poland, and Spain. Similarly, European patents validated in third countries should, in principle, fall exclusively under the jurisdiction of the respective national courts.

10. The rules of international jurisdiction for patent disputes within the EU are primarily governed by the Brussels I bis Regulation as such disputes are considered “civil and commercial matters” to which the Regulation, with some exceptions, applies. This is further confirmed by Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation, which deals with exclusive jurisdiction over the validity of patents, trade marks, designs, or other similar rights that require deposit or registration.

Hence, as a private international law (PIL) instrument designed to address cross-border litigation between MS, the Brussels I bis Regulation applies to cross-border national patent disputes. However, the unitary patent is not a national patent but rather a *sui generis* title²⁴, with its regulation divided between an EU instrument and an international agreement.

Nevertheless, PIL falls within EU’s exclusive competence²⁵, leaving the UPCA no choice but to refer to the Brussels I bis Regulation for the rules governing international jurisdictions over unitary patent disputes²⁶. Consequently, in accordance with Art. 31 of the UPCA, jurisdiction over these disputes is determined by the Brussels I bis Regulation and, where applicable, the Lugano Convention²⁷. However, once international jurisdiction is established, the provisions governing the internal distribution of cases

²³ For a thorough and critical analysis of the different categories of European patents and their legal regime, see V., DI CATALDO, «Competition (or confusion?) of models and coexistence of rules from different sources in the European patent with unitary effect: Is there a reasonable alternative?», in C., HONORATI (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Turin, G. Giappichelli, 2014, pp. 27-47, pp. 30-32.

²⁴ As observed above, it cannot be entirely defined as an EU unitary IPR but rather as a European patent that, upon an explicit additional request, grants uniform protection across the Contracting MS. This request is therefore a prerequisite for the unitary effect, see L., SANDRINI, «La convenzione di Monaco sul brevetto europeo e i suoi rapporti con il “pacchetto brevetti”», in C., HONORATI (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, cit., pp. 49-72, pp. 55-56.

²⁵ Art. 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390.

²⁶ M., DESANTES REAL, «Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España», cit., p. 64.

²⁷ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007, p. 3-41.

under Art. 33 of the UPCA come into play. The UPCA explicitly distinguishes these provisions from international jurisdiction rules by using the term “competence” in the article’s title²⁸.

11. With regard to traditional European patents, they are essentially bundles of national patents, meaning their legal regime is not different from that of patents registered directly with national Intellectual Property Offices. As such, European patents validated in MS participating in the UPCA and those validated in MS outside the Agreement are both governed by the Brussels I bis Regulation.

The key difference lies in the specific competent court: for patents validated in UPCA Contracting MS, the competent courts are part of the UPC system²⁹, meaning that they are subject to the rules concerning allocation of cases among the UPC’s divisions mentioned above. Consequently, a specific case may be assigned to a court in a different MS than the one that would have jurisdiction under a strict application of the Brussels I bis Regulation³⁰. For patents validated in MS not party to the UPCA, the Brussels I bis Regulation will apply in full, along with their domestic rules on territorial and subject matter jurisdiction.

It should be pointed out, however, that Art. 83 of the UPCA establishes a transitional regime, under which, for a period of seven years following the Agreement’s entry into force, legal actions related to European patents validated in UPCA Contracting MS can still be brought before national courts. Furthermore, European patent owners and applicants who filed for a European patent before the end of the transitional period, can permanently opt out from the exclusive jurisdiction of the UPC. As a result, these patents, although validated in MS that are part of the UPCA, are governed by the territorial and subject matter rules on jurisdictions of the state in which they have been validated, while remaining subject to the rules on international jurisdiction provided by the Brussels I bis Regulation.

Finally, disputes concerning European patents validated in third countries which are part of the EPC fall outside the scope of the Brussels I bis Regulation. Instead, jurisdiction over these disputes is determined by the national PIL rules and domestic rules on territorial and subject matter jurisdiction of the respective non-EU countries.

12. To ensure the combined and coherent application of the Brussels I bis Regulation and the specific rules contained in the UPCA³¹, on 15 of May 2014 Regulation (EU) No. 542/2014 was adopted. As outlined in the explanatory memorandum of the Commission’s proposal, this regulation serves several objectives. First, it clarifies that the UPC³² qualifies as “court” within the meaning of the Brussels I bis Regulation. In this regard, Art. 71a of Regulation (EU) No. 542/2014 defines the UPC as a “common court”, in line with Art. 1 of the UPCA, and thus equivalent to any other court of the MS when exercising jurisdiction over matters within the scope of the Brussels I bis Regulation.

This clarification was deemed necessary due to the UPC’s specific structure and internal rules for allocating proceedings among its divisions. As noted earlier, these rules may lead to an action being brought before a court other than the one that would typically have jurisdiction under the Brussels I bis Regulation³³. Qualifying the UPC as a common court ensures that Art. 71 of the Brussels I bis Regulation³⁴ does not prevent the application of these rules on the division of competence.

²⁸ P. L. C., TORREMANS, «An International Perspective II: A View from Private International Law», in J., PILA, C., WADLOW, *The Unitary EU Patent System*, Oxford, Hart, 2015, pp. 161-178, p. 163.

²⁹ Although they remain integrated into the national judicial system of the MS.

³⁰ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «Tribunal Unificado de Patentes: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2013, 13, pp. 73-99, p. 78.

³¹ Explanatory Memorandum of the Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters /* COM/2013/0554 final - 2013/0268 (COD) */.

³² Along with the Benelux Court of Justice.

³³ In this regard, coordination between Art. 33 of the UPCA and the Brussels I bis Regulation may prove challenging, see M., DESANTES REAL, «Le “paquet européen des brevets”, paradigme du chemin à rebours : de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale», *Cahiers de droit européen*, 2013, 49(3), pp. 577-670, p. 663.

³⁴ According to Art. 71 of the Brussels I bis Regulation, the Regulation takes precedence over any international agreements concluded after its adoption.

Similarly, Art. 71b(1) of Regulation (EU) No. 542/2014 confirms that, for EU-domiciled defendants, the same jurisdictional rules apply to the UPC as to any other national court. While this provision may be redundant in light of Article 71a, it reflects the Commission's commitment to ensuring transparency in the coordination between the Brussels I bis Regulation and the UPCA³⁵. In essence, the above provisions ensure that, where the Brussels I bis Regulation grants jurisdiction to the courts of a MS that is part of the UPCA, and the subject matter of the case falls within the scope of the Agreement, jurisdiction is transferred from the national court to the UPC³⁶.

13. Secondly, Arts. 71b(2) and (3) establish uniform rules for defendants domiciled in third states where the Brussels I bis Regulation, according to its Art. 6, defers to national law³⁷. Specifically, under Art. 71b(2), where the defendant is not domiciled in a MS and the Regulation does not grant jurisdiction over them based on another ground for jurisdiction³⁸, the provisions on special jurisdiction of Arts. 7 and 8 of the Brussels I bis Regulation will apply as if the defendant were domiciled in a MS³⁹. This is a logical approach, given that patent protection cannot depend on the defendant's domicile⁴⁰. The UPC may also grant provisional or protective measures, even if a third-state court has jurisdiction over the substance of the matter. Contrary to Art. 35 of the Brussels I bis Regulation⁴¹, provisional measures will be granted in accordance with the rules of procedure of the UPC⁴².

Moreover, Art. 71b(3) extends the UPC's jurisdiction over non-EU domiciled defendants in infringement disputes causing damage outside the EU, provided the UPC has jurisdiction under Chapter II⁴³ of the Brussels I bis Regulation and that part of the damage occurs within the EU. In addition, it is necessary that the defendant owns property in a MS party to the UPCA and that the dispute has a sufficient connection with that MS. An example of relevant factors that may indicate such a connection is provided in Recital 7 of Regulation (EU) No. 542/2014, which mentions the claimant's domicile or the availability of evidence in that MS. The same Recital also specifies that, when determining its jurisdiction, the UPC should consider the value of the property, which must be sufficient to enforce the judgment.

14. Thirdly, Art. 71c specifies that the rules on *lis pendens* and related actions provided in Arts. 29-32 will apply between the UPC and the courts of the MS not party to the UPCA, as well as between the UPCA and the courts of MS party to the UPCA during the transitional period referred to in Art. 83 of the UPCA.

15. Finally, Art. 71d, addresses the recognition and enforcement of judgments. It stipulates, on the one hand, that judgments of the UPC must be recognised and enforced in MS not party to the UPCA. This means that even judgments based on special jurisdiction rules for non-EU domiciled defendants must be recognised in non-Contracting MS⁴⁴. On the other hand, it states that judgments from the courts of MS not party to the UPCA must be recognised and enforced in MS that are parties to the Agreement.

³⁵ M. C. A., KANT, *Cross-Border Patent Infringement Litigation within the European Union*, Groningen, Ulrik Huber Institute for Private International Law, 2015, p. 528.

³⁶ P. L. C., TORREMANS, «An International Perspective II: A View from Private International Law», *cit.*, p. 167.

³⁷ A domicile in an EU MS is a prerequisite for the general rules of the Brussels I bis Regulation to apply. According to Art. 6 of the Regulation, defendants domiciled outside the EU are subject to the national PIL rules of the court hearing the case.

³⁸ Such as validity (Art. 22(4)) or prorogation of jurisdiction (Art. 25), which do not require the defendant to be domiciled in the EU.

³⁹ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)», in C., HONORATI (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, *cit.*, pp. 153-169, pp. 158-159.

⁴⁰ P., MANKOWSKI, «Die neuen Regeln über gemeinsame Gerichte in Artt. 71a-71d Brüssel Ia-VO» *GPR: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014, 11(6), pp. 330-342, p. 336.

⁴¹ Which establishes that national courts may grant provisional measures according to their own national rules of procedure.

⁴² M. C. A., KANT, *Cross-Border Patent Infringement Litigation within the European Union*, *cit.*, p. 533.

⁴³ For instance, under the *forum delicti commissi* rule of Art. 7(2) of the Brussels I bis Regulation.

⁴⁴ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)», *cit.*, pp. 167-168.

2. Applicable law

16. The applicable law in the European patent system primarily depends on the type of patent at issue and its corresponding legal regime. Based on the different categories of patents outlined in the Jurisdiction section, three legal regimes can be identified: 1) the regime governing unitary patents; 2) the regime applicable to European patents validated in UPCA Contracting MS and 3) the regime for European patents validated in MS not party to the UPCA, as well as in third countries that are party to the EPC.

The first two categories of patents fall under the hierarchy of legal sources set out in Art. 24(1) of the UPCA. Accordingly, the UPC must base its decision on a) EU law⁴⁵, including the Unitary Patent Regulation; b) the UPCA itself; c) the EPC; d) international agreements binding on UPCA Contracting MS; and e) national law. However, only the unitary patent is subject to the Unitary Patent Regulation. By contrast, European patents validated in MS not party to the UPCA, or in third countries that are parties to the EPC, are governed by the EPC and the national law of the state in which they have been validated.

17. As previously noted, identifying the applicable law depends on the specific category of patent and may entail engaging with all or some of the legal sources listed above. In the case of unitary patents, the analysis is particularly intricate. The key EU instrument intended to establish the core legal framework of the unitary patent, namely the Unitary Patent Regulation, does not provide for substantive provisions on patent protection⁴⁶. Instead, its Art. 5(1) merely emphasises the uniform nature of the protection and limitations of the unitary patent. However, the Regulation does provide conflict-of-law rules intended to identify the applicable substantive provisions governing both the property regime and patent infringement.

Specifically, Art. 7 of the Regulation sets out the criteria for determining the law applicable to a unitary patent as an object of property. This law will be the law of the Contracting MS in which the applicant had their residence, main place of business, or, if neither applies, any other place of business at the time of filing the application (Art. 7(1)). If no applicant has a connection to a Contracting MS, the law of the Contracting MS where the EPO has its headquarters, namely Germany, will apply (Art. 7(3)).

Similarly, Art. 5(3) of the Regulation deals with the conflict-of-law rules related to unitary patent infringement, establishing that the applicable law for infringement will be the law applied to unitary patents in the Contracting MS whose national law governs that patent as an object of property.

While the property regime of the unitary patent mirrors that of a national patent -meaning that the substantive provisions governing the property of national patents will apply directly⁴⁷- the determination of the law applicable to infringement requires a broader interpretation. Art. 5(3)⁴⁸ implies that all legal sources applicable to unitary patents in the relevant MS⁴⁹ come into play. These include the Unitary Patent Regulation itself, the UPCA, the EPC, relevant international agreements, and national law. This is consistent with the framework set forth in Art. 24(1) of the UPCA.

Nevertheless, the UPC will primarily rely on the UPCA and the national laws of the Contracting MS, as the other sources lack substantive provisions⁵⁰. The UPCA provides several substantive rules related to the *ius prohibendi* of the patent holder and its limitations (Arts. 25-27 of the UPCA), which

⁴⁵ The primacy of EU law within the hierarchy of sources is confirmed in Art. 20 of the UPCA.

⁴⁶ The lack of substantive rules in the Unitary Patent Regulation was contested by Spain in its action for annulment brought before the CJEU on March, 22 of 2013. The CJEU confirmed the validity of Regulation (EU) No 1257/2012. See CJEU, Judgment of 5 May 2015, case *Spain v Parliament and Council* (C-146/13), ECLI:EU:C:2015:298.

⁴⁷ For a critical analysis of Art. 7 of Regulation (EU) No 1257/2012 and its implications on the “right to patent”, see B., CALABRESE, «European patent with unitary effect but with variable law: regulating the right to patent for transnational inventions», *Revista Lex Mercatoria*, 2018, 8(1), pp. 29-37.

⁴⁸ Which refers to “the law applied to European patents with unitary effect in the participating Member State whose national law is applicable to the European patent with unitary effect as an object of property”.

⁴⁹ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «La patente europea con efecto unitario y su régimen jurídico», *cit.*, pp. 162-163.

⁵⁰ The EPC has limited relevance in this context. Art. 2 of the EPC, which refers to the substantive national law of the state in which the European patent has been validated, does not apply to unitary patents. Similarly, Art. 64 of the EPC, which defers infringement matters to national law, leads to the same outcome as the UPCA, since this reference includes national PIL rules, rules to which the UPCA also refers.

essentially define what constitutes an infringement of a unitary patent. However, issues such as the basis and extent of liability, remedies and damages will be dealt with by national law.

In this regard, Art. 24(2) of the UPCA provides that, to the extent that the UPC must apply national law, -including that of non-Contracting States- the applicable law will be determined as follows: a) primarily, in accordance with EU PIL rules; b) in the absence of relevant EU provisions, by reference to international PIL rules; and c) where neither EU nor international rules apply, based on the national PIL rules as determined by the UPC.

Given that the applicable national law must be determined primarily by applying the relevant provisions of EU PIL, in matters of infringement of a unitary IPR⁵¹ this should imply the application of Art. 8(2) of the Rome II Regulation⁵². Admittedly, Art. 27 of the Rome II Regulation specifies that the Regulation does not affect other EU instruments containing conflict-of-law rules for specific matters⁵³.

However, while Art. 24(2) of the UPCA may be understood as referring primarily to Art. 5(3) of the Unitary Patent Regulation, the latter in turn refers to the law applicable to unitary patents in the Contracting MS. This encompasses not only the substantive provisions of the UPCA but also the relevant national law. As confirmed by Recital 9 of the Unitary Patent Regulation⁵⁴, this reference to national law includes its PIL rules, thereby reaffirming the applicability of the Rome II Regulation⁵⁵.

18. According to Arts. 5(1) and (2) of the Unitary Patent Regulation, once the relevant national law is determined, it will confer protection on the unitary patent throughout the EU. This results in an extraterritorial extension of national patent law by virtue of EU law⁵⁶, as each unitary patent will be governed by a single national law across the territories of the Contracting MS⁵⁷. However, this also means that different unitary patents will be subject to different national laws. This system has been widely criticised as it fails to achieve true uniformity, resulting in the fragmented application of multiple national laws⁵⁸.

19. With respect to European patents validated in Contracting States of the UPCA, it has been shown that they are subject to the same sources of law as unitary patents, the sole distinction being that they do not fall within the scope of the Unitary Patent Regulation. Hence, these patents are governed first by Arts. 25-27 of the UPCA⁵⁹, which define the scope of protection.

⁵¹ Although, as pointed out earlier, the unitary nature of the unitary patent remains a subject of considerable debate.

⁵² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.7.2007, pp. 40-49. Art. 8(2) of the Rome II Regulation provides that the applicable law to non-contractual obligations resulting from an infringement of a unitary IPR is the law of the country in which the infringement is committed.

⁵³ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, «La patente europea con efecto unitario y su régimen jurídico», *cit.*, pp. 163-164

⁵⁴ Recital 9 states “The European patent with unitary effect should confer on its proprietor the right to prevent any third party from committing acts against which the patent provides protection. This should be ensured through the establishment of a Unified Patent Court. In matters not covered by this Regulation or by Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, the provisions of the EPC, the Agreement on a Unified Patent Court, including its provisions defining the scope of that right and its limitations, and national law, including rules of private international law, should apply”.

⁵⁵ With all the practical consequences that this may entail. In fact, Article 8(2) leads to the so-called “mosaic principle”, meaning the application of as many laws as MS in which the infringement occurs. This contrasts with the uniform protection that, as will be discussed shortly, Arts. 5(1) and 5(2) of the Unitary Patent Regulation confer on the unitary patent.

⁵⁶ H., ULLRICH, «Select from within the system: The European patent with unitary effect», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012, 11, pp. 1-47, p. 32.

⁵⁷ As noted above, while this is certainly the case for the legal regime of ownership, it is hard to conceive in disputes involving multistate infringement under Art. 8(2) of the Rome II Regulation.

⁵⁸ R. M., HILTY/T., JAEGER/M., LAMPING/H., ULLRICH, «The Unitary Patent Package: twelve reasons for concern», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012, 12, pp. 1-11, p. 2.

⁵⁹ Admittedly, Article 24(1) designates EU law as the primary source, which naturally excludes the Unitary Patent Regulation. Given that EU law lacks substantive rules concerning European patents, this reference may be understood as pointing directly to the EU rules on PIL, which in turn defer to national law. However, Arts. 25-27 of the UPCA, when defining the scope of protection, refer generally to “patents” without distinguishing between unitary and European patents. It must therefore be understood that these provisions apply to both. That said, this is a complex issue that falls outside the scope of the present paper.

Second, they are subject to the EPC⁶⁰, which refers to the national law of the state in which the patent has been validated. On the one hand, Art. 2 of the EPC grants European patents the same treatment as national patents, thereby implying the direct application of substantive national law⁶¹. On the other hand, for infringement matters, the reference in Art. 64 of the EPC to national law includes national PIL rules⁶². However, pursuant to Art. 24(2) of the UPCA, when the UPC bases its decision on national law, this law must first be determined through the relevant rules of EU PIL. As a result, in infringement matters, Art. 8(1) of the Rome II Regulation will apply⁶³ to all issues not expressly covered by the UPCA itself⁶⁴.

20. For the European patents with effect in MS which are not Contracting States under the UPCA, as well as those with effect in third states participating in the EPC, the determination of the applicable law is more straightforward. In both cases, the EPC applies, referring to the law of the state in which the European patent has effect. As with European patents validated in UPCA Contracting States, the substantive provisions of the applicable national law will govern directly the European patent as if it were a national patent.

With regard to infringement matters, the European patents validated in non-Contracting MS will be governed by the law determined under Art. 8(1) of the Rome II Regulation⁶⁵. However, the application of the Rome II Regulation in this case is triggered not by Art. 24(2) of the UPCA -which does not apply in this context- but directly by Art. 64 of the EPC. For European patents validated in third states, Art. 64 of the EPC applies, leading to the application of the PIL rules of those states.

21. Lastly, it is worth noting that, in contrast to the approach taken with the substantive law of the unitary patent, the UPC Statute⁶⁶, together with its Rules of Procedure⁶⁷, establishes a genuine EU Code of Civil Procedure specifically applicable to unitary and European patents in force in the Contracting States of the UPCA⁶⁸. This Code sets out detailed rules on legal capacity, party representation, evidence, written and oral proceedings, provisional measures, injunctions, appeals, and other procedural matters.

IV. The judgment of the Unified Patent Court in Case UPC_CFI_355/2023

22. In light of the intricate legal framework outlined above, the extent of the UPC's jurisdiction remains somewhat ambiguous. Admittedly, disputes concerning unitary patent should not present any difficulties, as all MS in which unitary patents are protected are indisputably subject to the UPC's jurisdiction. However, litigation involving traditional European patents may prove more complex, as a European patent can designate both UPCA Contracting and non-Contracting States⁶⁹.

⁶⁰ Which could not apply to unitary patents given the primacy of the Unitary Patent Regulation.

⁶¹ National law will thus govern matters such as validity and ownership.

⁶² Art. 64 of the EPC states that "any infringement of a European patent will be dealt shall by national law". This provision should be understood as also encompassing national PIL rules, in contrast to Art. 2 of the EPC, which provides that European patents are to be treated in the same manner as national patents.

⁶³ Admittedly, the application of Art. 24(2) of the UPCA leads to the same outcome as applying Art. 64 of the EPC, namely, the application of the Rome II Regulation.

⁶⁴ Art. 8(1) of the Rome II Regulation states that the applicable law to non-contractual obligations resulting from an infringement of an IPR is the law of the country for which protection is sought. This provision codifies the *lex loci protectionis* principle, ultimately leading to the application of the same law that would be determined under Art. 2 of the EPC.

⁶⁵ Art. 8 of the Rome II Regulation is thoroughly examined by G., PALAO MORENO, in G., PALAO MORENO «La protección de los derechos de propiedad intelectual en Europa: el artículo 8 del Reglamento Roma II», *Revista Jurídica del Deporte y Espectáculo*, 2008, pp. 557-571.

⁶⁶ Annex I of the UPCA.

⁶⁷ Rules of Procedure of the Unified Patent Court, as adopted by decision of the Administrative Committee on 8 July 2022.

⁶⁸ M., DESANTES REAL, «Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España», *cit.*, p. 65.

⁶⁹ EU MS as well as third countries.

This is evidenced by the recent judgment of the Düsseldorf Local Division of the UPC (the Court) in case UPC_CFI_355/2023, concerning a European patent owned by Fujifilm. Fujifilm initiated an infringement action against several Kodak subsidiaries regarding alleged infringing activities in both Germany and the UK. The defendants, on the one hand, filed a counterclaim for revocation of the German part of the European patent. On the other hand, they challenged the Court's jurisdiction over the infringement claims related to the UK part of the patent. This latter defence will be the focus of this analysis.

23. Specifically, the defendants maintained that the Court's jurisdiction covers solely the alleged infringement in Germany and does not encompass the UK. Among several arguments, the defendants argued that under Art. 34 of the UPCA, the UPC can only assert jurisdiction over UPCA Contracting MS. Pursuant to Art. 34, in disputes involving European patents, the decision of the UPC will cover the territory of those Contracting MS in which the patent has been validated. Given that the UK is not a party to the UPCA, the territorial scope of a UPC decision cannot extend to the UK.

Moreover, the defendants call into play Art. 71a⁷⁰ of Regulation (EU) No 542/2014, according to which the UPC has jurisdiction only "pursuant to the instrument establishing it". Similarly, under Art. 71b, the jurisdiction of the UPC is limited to matters "governed by that instrument"⁷¹. Finally, pursuant to Art. 24(4) of the ⁷², the Court lacks the authority to revoke the UK part of the European patent. Moreover, this provision precludes the claimant from bringing an infringement action over this patent, as the UK's national courts have exclusive jurisdiction.

24. Conversely, the claimant argued that the Court's jurisdiction over infringement extends to both Germany and the UK. It was argued, among other things, that Art. 34 of the UPCA should be interpreted alongside Art. 3(2) of the Unitary Patent Regulation. The latter stipulates that the unitary patent ensures uniform protection and has the same effect across all Contracting MS. By contrast, European patents lack unitary effect, which is why Art. 34 guarantees that the UPC's decisions also apply uniformly to these patents in all Contracting MS.

Art. 34 of the UPCA, therefore, does not address international jurisdiction. Instead, this falls under Art. 31 of the UPCA, which, in turn, refers to the Brussels I bis Regulation. Accordingly, the Court has jurisdiction pursuant to Art. 4 of the Brussels I bis Regulation, as all the defendants are domiciled in Germany.

Furthermore, according to the claimant, there is more evidence indicating that the UPC's jurisdiction extends to non-Contracting MS. For instance, Art. 71b of Regulation (EU) No. 542/2014 concerning the disputes involving defendants not domiciled in the EU⁷³ and Art. 24(2) of the UPCA regarding the sources of law to which the UPC can resort, which include the law of the non-Contracting MS.

Lastly, with respect to Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation, which the defendant invoked to limit the Court's jurisdiction, the claimant maintained, first, that this provision -which enshrines the CJEU's ruling in *GAT v LUK*⁷⁴- does not automatically imply that exclusive jurisdiction on validity also extends to infringement. Secondly, regarding validity itself, Art. 24(4) grants exclusive jurisdiction only to courts of EU MS, meaning that UK's courts do not have such jurisdiction, at least not under Art. 24(4).

⁷⁰ Art. 71a(1) states the following: "For the purposes of this Regulation, a court common to several Member States as specified in paragraph 2 (a 'common court') shall be deemed to be a court of a Member State when, pursuant to the instrument establishing it, such a common court exercises jurisdiction in matters falling within the scope of this Regulation".

⁷¹ Art. 71b 1) states the following: "The jurisdiction of a common court shall be determined as follows: (1) a common court shall have jurisdiction where, under this Regulation, the courts of a Member State party to the instrument establishing the common court would have jurisdiction in a matter governed by that instrument".

⁷² Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation establishes that, in matters concerning the validity of patents and, more broadly, registered IPRs, exclusive jurisdiction lies with the courts of the MS where the rights are deposited or registered.

⁷³ This, however, hardly demonstrates that the UPC's decisions can extend to states not party to the UPCA. Admittedly, as previously noticed in the analysis of Regulation (EU) No. 542/2014, Art. 71b(2) is intended to ensure that provisions such as Art. 7(2) of the Brussels I bis Regulation apply irrespective of the domicile of the defendant. In this regard, it may be argued that the objective of Art. 71b(2) is to confer jurisdiction on the UPC over non-EU domiciled defendants, provided they are sued, for instance, for infringing a European patent in an UPCA Contracting State.

⁷⁴ CJEU, Judgment of 13 July 2006, case *GAT (C-4/03)*, ECLI:EU:C:2006:457.

25. The Court rejected the preliminary objection, as, on the one hand, the action for revocation concerned only the patent's validity within a Contracting MS, namely Germany. Consequently, the Court was not required to decide on its jurisdiction to revoke patents registered in third states, such as the UK⁷⁵.

On the other hand, the Court maintained that it has jurisdiction over an infringement action concerning a European patent validated in the UK. Specifically, the Court agreed with the claimant that Art. 34 of the UPCA, invoked by the defendant to challenge the Court's jurisdiction, does not govern the jurisdiction of the UPC but rather the territorial scope of its decisions within the Contracting MS⁷⁶. This provision does not preclude those decisions from producing effects beyond their territory⁷⁷.

Jurisdiction of the UPC is, by contrast, governed by the Brussels I bis Regulation, as explicitly referenced in Art. 31 of the UPCA. As a consequence, given that all the defendants are domiciled in Germany, the Court has jurisdiction under Art. 4 of the Brussels I bis Regulation. According to the Court, this Regulation is not intended to apply exclusively to disputes concerning EU MS⁷⁸. As emphasised by the CJEU⁷⁹, the Brussels I bis Regulation may also apply in cases connected to third states⁸⁰. The Court also cited Advocate General's opinion in *BSH Hausgeräte*⁸¹, which deemed the ground for jurisdiction of Art. 4(1) Brussels I bis Regulation as "universal".

26. With respect to Arts. 71a and 71b of Regulation (EU) No. 542/2014, the Court held that these provisions do not limit the UPC's jurisdiction to patent infringement within Contracting MS. On the contrary, they clarify that all grounds of jurisdiction of the Brussels I bis Regulation applicable to national courts, along with the relevant CJEU's case law, also apply to the UPC⁸². As previously noted, Art. 4 of the Brussels I bis Regulation allows national courts to hear disputes involving third states, provided the defendant is domiciled in a MS. As a result, also the UPC can hear these disputes.

Moreover, the wording "matter governed by that instrument" of Art. 71b must not be interpreted as limiting the UPC's jurisdiction. Instead, it serves to define the specific subject matter -namely, disputes concerning European patents- for which jurisdiction is transferred from national courts to the UPC under the UPCA⁸³.

27. Another argument raised against the Court's jurisdiction over the infringement of the UK part of the European patent relied on Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation, which grants exclusive jurisdiction over validity matters to the courts of the MS in which the patent is registered. It was contended that this exclusive jurisdiction would prevent the Court from asserting jurisdiction over infringement claims concerning a European patent validated in the UK whose validity is challenged.

In line with the claimant's arguments, the Court held that when the defendant challenges validity within infringement proceedings, this does not automatically divest MS' courts of their jurisdiction over the infringement action. Accordingly, the Court remains competent to hear the case pursuant to Art. 4 of the Brussels I bis Regulation.

⁷⁵ UPC_CFI_355/2023, *cit.*, p. 21.

⁷⁶ The Court argued that "European patents are not necessarily in force in all Contracting Member States, so that Art. 34 UPCA can also be understood to clarify that, in the case of a European patent, decisions of the UPC normally cover the entire territory of the UPC, only with the exception of the territories of those Contracting Member States where that European patent is not or is no longer in force".

⁷⁷ UPC_CFI_355/2023, *cit.*, p. 23.

⁷⁸ UPC_CFI_355/2023, *cit.*, p. 22.

⁷⁹ CJEU, Judgment of 1 March 2005, case *Owusu* (C-281/02), ECLI:EU:C:2005:120, paragraphs 30-35.

⁸⁰ Specifically, the CJEU maintained that the former Art. 2 of the Brussels Convention "applies to circumstances such as those in the main proceedings, involving relationships between the courts of a single Contracting State and those of a non-Contracting State rather than relationships between the courts of a number of Contracting States".

⁸¹ AG, Opinion of 22 February 2024, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), ECLI:EU:C:2024:159, paragraph 30.

⁸² UPC_CFI_355/2023, *cit.*, p. 22.

⁸³ *Ibidem*.

The Court did not address the claimant's additional argument that Art. 24(4) of the Brussels Ibis Regulation confers exclusive jurisdiction only on courts of EU MS⁸⁴, and that, consequently, UK courts no longer benefit from such exclusive jurisdiction under that provision.

In any event, the key point, as acknowledged by the Court at the outset of its reasoning, is that the defendant did not raise any exception or counterclaim regarding the validity of the patent in the UK. Hence, the Court could have reasonably adopted a response similar to that given in relation to the defendant's objection regarding its authority to revoke the UK part of the European patent.

28. Ultimately, the Court maintained that, based on the aforementioned grounds, it had jurisdiction over the infringement of the UK part of the European patent. However, it rejected the claimant's arguments relying on Art. 24(2) of the UPCA, finding it irrelevant for establishing jurisdiction. Admittedly, while Art. 24(2) allows the UPC to apply the law of non-Contracting States, the Court stressed that jurisdiction must be distinguished from the question of applicable law. Similarly, the Court did not consider the claimant's reasoning based on Articles 71b(2) and (3), as these provisions apply to situations where the defendant is domiciled outside the EU, a matter entirely unrelated to the case at issue.

29. It should be pointed out that the Court, while acknowledging its jurisdiction, ultimately dismissed the infringement action in both Germany and the UK. The Court ruled in favour of the counterclaim for revocation of the patent in Germany. On that basis, and in the absence of any argument demonstrating that the UK patent would have withstood a validity challenge in the UK, the Court assumed that the grounds for invalidity set out in relation to the German part of the European patent also apply to the UK part of that patent⁸⁵.

V. What are the limits of the Unified Patent Court jurisdiction after Judgment UPC_CFI_355/2023?

30. From the decision and the parties' submissions, as previously analysed, two main issues emerge that warrant further discussion: 1) The scope of the UPC's jurisdiction in relation to infringement of European patents validated in non UPCA Contracting States; and 2) The interplay between infringement and validity proceedings under the Brussels I bis Regulation.

Although the Düsseldorf Local Division of the UPC did not address the second issue directly, the dismissal of the infringement action concerning the UK patent -based on the invalidity of the corresponding German patent- offers interesting insights for analysis. This becomes even more compelling in light of the recent CJEU decision in *BSH Hausgeräte*⁸⁶, in which the CJEU acknowledged that, under certain circumstances, a court of a MS hearing a patent infringement claim may assess the validity of the patent where invalidity is raised as a defence.

1. The Unified Patent Court as any other court of the Member States

31. As observed in the previous section, the Court held that Art. 34 of the UPCA does not govern the UPC's jurisdiction, but rather concerns the effects of its decisions over European patents within those Contracting MS in which the patents have been validated. As its title suggests, this provision addresses the territorial scope of UPC decisions.

Jurisdiction is instead addressed in Art. 31 of the UPC, which refers to the Brussels Ibis Regulation. Pursuant to Arts. 71a and 71b(1) of Regulation (EU) No. 542/2014, the Brussels I bis Regulation

⁸⁴ In this regard, the first sentence of Art. 24 states "The following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction, regardless of the domicile of the parties".

⁸⁵ The Court maintained that "it would have been up to the Claimant to comment specifically on the differences between the Contracting Member States and the UK and to explain why these (possibly) lead to a different assessment of the validity of the UK part of the patent in suit".

⁸⁶ CJEU, Judgment of 25 of February 2025, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), ECLI:EU:C:2025:108.

applies in full to the UPC. In essence, this means that where a national court would have jurisdiction under the Brussels I bis Regulation, the UPC also has jurisdiction, in respect of the matters falling within the scope of the UPCA, namely, unitary patents and European patents.

To fully understand the role of Arts. 71a and 71b(1) it is important to recall that jurisdiction over European patents validated in EU MS traditionally lay with national courts. This jurisdiction was exercised in the same manner as for purely national patents, *i.e.*, patents not originating from a European patent application. Despite the difference in the granting process, both are, in legal effect, national patents. The key difference introduced by the UPCA is that national patents resulting from a European patent application now fall under the jurisdiction of the UPC.

32. According to the CJEU's case-law on the Brussels I bis Regulation, MS' courts have jurisdiction over disputes which, because of their subject matter or the claimant's domicile, involve third states⁸⁷. Notably, Art. 4 of the Brussels I bis Regulation has a "universal character", as affirmed by Advocate General Emiliou⁸⁸ and confirmed by the CJEU's reasoning in *BSH Hausgeräte*⁸⁹. In particular, the CJEU stated that cases where the defendant is domiciled in a MS and the subject matter of the proceedings, such as a patent, is located in a third state, fall within the scope of the Brussels I bis Regulation⁹⁰.

In the context of cross-border European patent infringement disputes, this implies that, prior to the establishment of the UPC, a court in a MS where a defendant was domiciled could hear infringement actions relating to European patents validated both within and outside the EU⁹¹.

While European patents are now subject to the UPC's jurisdiction, the application of the Brussels I bis Regulation -and its interpretation developed by the CJEU- remains unchanged. Accordingly, when a defendant is sued before the UPC in the Contracting MS where they are domiciled⁹², Art. 4 applies just as it would if the proceedings were before a national court. Consequently, the UPC, like any other national court, has jurisdiction to hear infringement actions concerning European patents validated both within and outside the territory of the Contracting MS.

Art. 24(2) of the UPCA appears to take the above for granted, as it allows the UPC to base its decision on the law of non-Contracting states. The claimant attempted to invoke this provision to support its argument on jurisdiction. The Court, correctly, rejected this reasoning, noting that Art. 24(2) of the UPCA clearly concerns the determination of the applicable law and cannot serve as a basis for establishing jurisdiction. However, in cases where the jurisdictional framework leaves room for interpretation, rules on applicable law may serve as an interpretative instrument to clarify jurisdictional issues. While rules on applicable law cannot themselves establish grounds for jurisdiction, in some instances they presuppose them⁹³.

33. Regardless, although the Court held that the UPC may assert jurisdiction solely on the basis of the defendant's domicile being in a Contracting MS, it is a different matter whether a decision concerning an infringement committed in a third country -such as the UK- will ultimately be recognised and enforced there.

⁸⁷ CJEU, case *Owusu* (C-281/02), *cit.*, paragraphs 30-31; CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraph 70.

⁸⁸ AG, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraph 30.

⁸⁹ CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraphs 59-61 and 70.

⁹⁰ *Ibidem*, paragraphs 59-60.

⁹¹ For an analysis on the extent of the jurisdiction of the court of the defendant's domicile, see M., FRANZOSI, «GAT and Roche - idola fori, teatri, specus: Regulation 864/2007 makes cross-border patent litigation possible», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009, 4(4), pp. 247-251. The author argues that there are no explicit limitations in the Brussels I bis Regulation that prevent MS courts from ruling on the infringement of IPRs granted in third countries, p. 249.

⁹² Or before the court that would be competent as a result of the combination of the Brussels I bis Regulation with the rules on allocation of cases under the UPCA. While this court may not be located in the MS where the defendant is domiciled, for the purposes of the Brussels I bis Regulation it is considered equivalent to the court of the defendant's domicile.

⁹³ See M., FRANZOSI, «GAT and Roche - idola fori, teatri, specus: Regulation 864/2007 makes cross-border patent litigation possible», *cit.*, p. 248. The author argues that the fact that the Brussels I bis Regulation allows cross-border jurisdiction over infringement of IPRs can be inferred by the Rome II Regulation.

A claimant may, for instance, seek damages in Germany for infringement that occurred in the UK. However, there is no guarantee that an injunction ordering the cessation of infringing activities or the destruction of infringing goods will be enforceable in the UK. Since the UK is no longer an EU MS, it is not bound by the Brussels I bis Regulation in relation to proceedings initiated after the end of the transitional period provided for in the UK-EU Withdrawal Agreement.

34. While in third countries the far-reaching jurisdiction of the UPC may be considered controversial, the same cannot be said of states that, although not parties to the UPCA, are members of the EU -such as Croatia, Poland, and Spain. As EU MS, they are bound by the Brussels I bis Regulation, which constitutes secondary EU law. If the UPC can rule on the infringement of European patents validated in third countries by virtue of the universal character of Art. 4 of the Brussels I bis Regulation -despite the Regulation not being directly applicable to those states- then *a fortiori*, the Regulation should apply within the EU, including in MS that are not parties to the UPCA.

As pointed out above, if a national court of a MS could previously hear a case involving the infringement of a European patent with effect in, for example, Spain, then the UPC may now also exercise that jurisdiction under the Brussels I bis Regulation, as amended by Regulation (EU) No. 542/2014.

35. Similarly, MS that are not party to the UPCA may be affected by this instrument in other manners. For instance, defendants domiciled in Spain may be sued before a division of the UPC located in a MS different than the one that would ordinarily have jurisdiction according to the standard conflict-of-law rules of the Brussels I bis Regulation⁹⁴.

Notably, the combined application of Art. 7(2) of the latter with Art. 33(1)(a) of the UPCA -which is made possible by Regulation (EU) No. 542/2014- confers jurisdiction on the local division of the Contracting MS where the infringement occurs or on the regional division in which that MS participates. As a result, a court in a different MS from the one where the infringement truly takes place may nonetheless be competent to hear the case, thereby deviating from the jurisdictional outcome that would arise under Art. 7(2) of the Brussels I bis Regulation alone.

36. Ultimately, it may be argued that it seems unjustified that an international agreement, to which a MS like Spain is not a party, influences the operation of an EU instrument to which that state, as an EU MS, is subject. However, the jurisdictional and competence provisions contained in the UPCA should be regarded as having the same effect as EU law itself for all MS, as they are incorporated into the EU legal framework through Regulation (EU) No. 542/2014.

To further reinforce this, and to ensure that the deviation in the jurisdictional rules remains practically effective in non-Contracting MS, Art. 71d of Regulation (EU) No. 542/2014 clarifies that the recognition and enforcement rules of the Brussels I bis Regulation apply to UPC judgments as well⁹⁵. This aims at guaranteeing that these jurisdiction rules result in judgments that are recognisable and enforceable throughout the EU. Admittedly, this specification may not have even been necessary, since, as mentioned earlier, the UPC is treated as a national court of a MS, and therefore its judgments must be recognised and enforced in all MS.

37. It is worth pointing out that it remains unclear whether the opt-out mechanism provided for in Art. 83 of the UPCA implies concurrent jurisdiction between national courts and the UPC over a specific European patent, or whether opting out instead confers exclusive jurisdiction on the national courts. Should the latter be the case, it seems paradoxical that a proprietor of a European patent validated in a UPCA Contracting State can avoid the UPC's jurisdiction by opting to grant such jurisdiction to the

⁹⁴ M., DESANTES REAL, «Hacia un tribunal unificado y un efecto unitario para las patentes europeas en casi todos los estados miembros de la Unión Europea. Consecuencias de la autoexclusión de España», *cit.*, p. 68.

⁹⁵ Admittedly, Art. 71d establishes that the Brussels I bis Regulation will apply to judgments given by the UPC which are to be recognised and enforced in a MS not party to the UPCA as well as judgments given by the courts of a MS not party to the UPCA which are to be recognised and enforced in a MS party to the Agreement.

national courts of the Contracting State, while European patents having effect in states that are not, or are no longer, party to the Agreement remains subject to the UPC jurisdiction. It is true that, in the absence of an opt-out, where an infringement action is brought before national courts, those courts must decline jurisdiction in favor of the UPC, while courts in non-Contracting states like the UK and Spain are under no such obligation⁹⁶.

However, this discrepancy is particularly striking in scenarios where an infringement action concerning a European patent is brought before the UPC. In such cases, the UPC is required to decline jurisdiction if the proprietor of a European patent has opted out. However, the UPC is not required to decline jurisdiction over European patents with effect in non-Contracting states.

38. Be that as it may, with regard to MS not party to the UPCA, it has already been shown that the interplay between the Brussels I bis Regulation -as amended by Regulation (EU) No. 542/2014- and the UPCA binds them to the jurisdiction of the UPC. By contrast, the jurisdictional basis arising from the combination of these instruments may, from the perspective of third states not party to the Agreement, be legitimately viewed as an exorbitant ground of jurisdiction.

39. In this context, it should be noted that, unlike unitary patents, European patents do not automatically fall within the subject matter jurisdiction of the UPC, at least not when validated in non-Contracting states of the UPCA.

It is important to emphasise that subject matter jurisdiction can derive from the same source of law that governs the subject matter, or from different, yet coordinated, legal sources⁹⁷. For instance, a court in a given state may have jurisdiction over a specific subject matter by virtue of national law. Similarly, a national court may assert jurisdiction over a matter governed by an international or EU instrument⁹⁸.

Regarding unitary patents, they fall within the subject matter jurisdiction of the UPC due to the combined application of the Unitary Patent Regulation and the UPCA. The situation is different for European patents, where a distinction must be made between Contracting and non-Contracting States of the UPCA. In both cases, the governing legal sources for European patents are the EPC and the national law of the respective states. The EPC governs the granting process, while all other aspects -since a European patent is, in essence, a national patent- are handled by national law, including the determination of jurisdiction⁹⁹. Consequently, national law assigns subject matter jurisdiction to the national courts.

However, while the national law of the Contracting States may not directly grant jurisdiction to the UPC, by ratifying the UPCA, these states effectively transfer subject matter jurisdiction over European patents validated within their territories from the national courts to the UPC. In other words, the UPC acquires a territorially limited subject matter jurisdiction over European patents. National courts, meanwhile, retain subject matter jurisdiction over purely national patents, *i.e.*, those not originating from a European patent application.

Conversely, European patents validated in non-Contracting states, whether EU Member States or third states, do not fall within the subject matter jurisdiction of the UPC. As mentioned above, the EPC defers this issue to the national law of each state, which assigns subject matter jurisdiction to the national courts. However, unlike in the case of Contracting States, there is no international agreement that deprives the national courts of their jurisdiction. As a result, subject matter jurisdiction over all national patents -whether originating from national or European applications- remains with the national courts.

⁹⁶ The UK being neither an EU MS nor a UPCA Contracting state. Spanish courts, on the other hand, are not required to decline jurisdiction pursuant to the Brussels I bis Regulation itself. This is precisely why Art. 71d, as pointed out earlier, also ensures that judgments concerning European patents delivered by courts in MS not party to the UPCA are recognised and enforced in UPCA Contracting MS.

⁹⁷ By source of law or legal sources is meant the legal framework -national, EU, or international- from which legal instruments originate.

⁹⁸ For instance, the EU trade mark courts are national courts with jurisdiction over EU trade mark disputes.

⁹⁹ The EPC itself leaves the determination of jurisdiction to the national law of each state. See the Protocol on Jurisdiction and the Recognition of Decisions in respect of the Right to the Grant of a European Patent (Protocol on Recognition), annexed to the EPC and Art. 64 of the EPC, which states that any infringement of a European patent will be dealt with by national law.

Non-Contracting MS, therefore, are subject to the UPC's jurisdiction not on the basis of its subject matter jurisdiction but, as previously noted, solely by virtue of the operation of the Brussels I bis Regulation and its rules on international jurisdiction. In this respect, it is important to point out that, similarly to the UPC, national courts hearing infringement actions concerning patents registered in other states under Art. 4 of the Brussels I bis Regulation do not possess subject matter jurisdiction either. Nevertheless, they are competent to hear such cases based on the same international jurisdiction rules set out in the Brussels I bis Regulation.

In light of the above, it is difficult to imagine that courts in third states -which have neither transferred subject matter jurisdiction to the UPC, nor are bound by the international jurisdiction rules of the Brussels I bis Regulation- would recognise the UPC's jurisdiction over European patents validated in their territories.

Ultimately, although the UPC may assert jurisdiction over alleged infringements of such patents, the prospects for actual enforcement are minimal. It may be argued, however, that repeated damages claims relating to a third-state patent, brought before a court in a Contracting MS where the defendant is domiciled, could pressure the defendant into voluntarily withdrawing the patent in the third state.

2. The question of validity within infringement proceedings

40. As observed earlier, the defendants filed a counterclaim for revocation of the European patent in Germany and the Court ultimately found the patent to be invalid. They also pointed out that the UPC lacks jurisdiction over the validity of the UK part of the European patent. While acknowledging this, the Court held that, in accordance with the CJEU's case-law, raising the issue of validity does not entail a loss of jurisdiction over the infringement claim¹⁰⁰.

However, the infringement claim was dismissed based on the finding that the German part of the European patent was invalid. The Court reasoned that, absent compelling arguments supporting the validity of the UK part of the patent, it should be presumed to be no more valid than the German part.

This conclusion is particularly significant, as the Court has, in effect, indirectly ruled on the validity of the UK patent *inter partes*. In this regard, the exclusive jurisdiction rule enshrined in Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation -which codifies the CJEU's interpretation in *GAT v. LUK*- provides that only the courts of the MS where an IPR is registered have jurisdiction to rule on its validity, irrespective of whether the issue is raised by way of action or as a defence. This implies that courts hearing infringement actions cannot rule on validity, even if the issue is raised as a defence and the resulting decision would have effect only between the parties.

In the case at hand, however, an *inter partes* ruling on validity was permissible under Art. 24(4) itself, which confers exclusive jurisdiction only on the courts of EU MS. As a third state, the UK is no longer subject to the jurisdictional regime set out in Art. 24(4)¹⁰¹. This position was acknowledged by the CJEU¹⁰², which seems to take a contrasting approach compared to the Court's interpretation of Art. 4 of the Brussels I bis Regulation. In *BSH Hausgeräte*, the CJEU -aligning with Advocate General Emiliou's opinion¹⁰³- emphasised that the Brussels I bis Regulation establishes a jurisdictional system internal to the EU¹⁰⁴.

41. In any event, based on the wording of Art. 24(4) and the recent CJEU's case law¹⁰⁵, the conclusion is that courts of MS hearing infringement actions concerning patents registered in third states

¹⁰⁰ A clarification that, as noted above, was not necessary as to the outcome of the case, since the defendant did not challenge the validity of the UK part of the European patent.

¹⁰¹ In *Ironova* the CJEU confirmed that Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation is not applicable in relation to patents granted in third states. CJEU, Judgment of 8 September 2022, case *IRnova* (C-399/21), ECLI:EU:C:2022:648, paragraph 35.

¹⁰² CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraphs 53-76.

¹⁰³ AG, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraph 23.

¹⁰⁴ CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraph 55.

¹⁰⁵ CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraph 76.

may rule on validity with *inter partes* effect where the issue is raised as a defence¹⁰⁶. By contrast, where the challenged patent is registered in another MS, the court seised of the infringement action cannot rule on validity¹⁰⁷.

However, in denying the court hearing the infringement action jurisdiction over the validity defence, the CJEU clarified an issue left unresolved since the *GAT* judgment: whether a challenge to validity deprives the court of jurisdiction over the infringement claim. The CJEU held that raising the issue of validity in infringement proceedings does not divest the court of its jurisdiction to hear the infringement action. Instead, the court may decide to stay the proceedings where “there is a reasonable, non-negligible possibility of that patent being declared invalid by the court of that other Member State”¹⁰⁸.

42. At any rate, it is still striking that courts of MS may rule on the validity of patents -or more broadly, registered IPRs- with effects limited to the parties only when the right in question is granted in a third state. In contrast, for IPRs granted in other MS, the only available mechanism for a preliminary assessment of validity is to stay the proceedings. The resulting possibility of fragmented litigation risks undermining the effectiveness of cross-border relief in relation to IPRs registered across several MS¹⁰⁹.

This is, regrettably, the legacy of the *GAT* judgment, a precedent that has since been codified in Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation, and that fails to account for the significance of the defendant’s forum within the structure of the Regulation¹¹⁰. According to settled CJEU case law, exclusive jurisdiction rules must be interpreted restrictively, as exceptions to the general rule¹¹¹. Accordingly, the application of Article 24(4) should be limited to cases where the decision may produce *erga omnes* effects and thereby jeopardise the validity of the IPR at stake¹¹². In other words, where validity is raised by way of an action or counterclaim before a court seised under Art. 4 of the Brussels I bis Regulation, or under any jurisdictional ground other than that provided for in Art. 24(4).

VI. Conclusions

43. The European patent system is governed by a unique legal framework combining national, international, and EU legal instruments. The coexistence of unitary patents and European patents -validated across both Contracting and non-Contracting States- together with the plurality of legal sources governing jurisdiction and applicable law, results in a complex and often fragmented judicial landscape. A central aspect of this complexity lies in the challenge of integrating non-Contracting MS and third countries into a coherent litigation framework. It is within this multifaceted legal environment that the UPC_CFI_355/2023 judgment must be understood.

This judgment offers a compelling case study on the complexities of UPC jurisdiction in an increasingly pluralistic European patent landscape. The decision confirms that the UPC has the authority to hear infringement cases involving European patents validated in third states -such as the UK- provided the defendants are domiciled in a Contracting MS.

¹⁰⁶ It may be wondered what the outcome would be where validity is challenged by way of counterclaim or through separate proceedings initiated before the court of the third state in which the patent is registered. In such cases, the national court should still be permitted to continue hearing the infringement action, either by rejecting the counterclaim for lack of subject-matter jurisdiction, or by continuing the infringement proceedings where the separate invalidity action was brought after the infringement proceedings were already pending. In the opposite case, that is, where an action on validity is brought before the court of a third state prior to a court of a MS being seised with an infringement action, the latter court may stay its proceedings pursuant to Art. 33 of the Brussels I bis Regulation.

¹⁰⁷ CJEU, case *BSH Hausgeräte* (C-339/22), *cit.*, paragraphs 35-37.

¹⁰⁸ *Ibidem*, paragraphs 50-51.

¹⁰⁹ P. A., DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet* (2nd ed.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024, p. 314.

¹¹⁰ A., KUR, «A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions *GAT v. LuK* and *Roche Nederland v. Primus* and *Goldenberg*», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, 37(7), pp. 844-855, p. 848.

¹¹¹ CJEU, Judgment of 15 of November 1983, case *Duijnste* (C-288/82), ECLI:EU:C:1983:326, paragraph 23.

¹¹² P. L. C., TORREMANS, «The Widening Reach of Exclusive Jurisdiction: Where Can You Litigate IP Rights after *GAT*?» in A., NUYTS, *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 61-77, p. 76.

This reflects the universal application of Art. 4 of the Brussels I bis Regulation, a principle reinforced by the CJEU in *BSH Hausgeräte*. Nevertheless, the Court's reliance on the defendant's domicile as the key factor for asserting jurisdiction reveals a structural tension. Unitary patents and European patent with effect in UPCA Contracting States fall unequivocally within the subject matter jurisdiction of the UPC due to the combined application of the Unitary Patent Regulation, the UPCA and the EPC. However, the UPC's jurisdiction over European patents validated in non-Contracting MS and third countries is based exclusively on EU PIL rules. This does not guarantee that judgments rendered by the UPC will be recognised or enforced in those states, which are not part of the UPCA system and, thus, fall outside the UPC's territorially limited subject matter jurisdiction.

For third countries like the UK, this expansive jurisdictional approach may appear exorbitant, given that they are not bound by the Brussels I bis Regulation. For MS not party to the UPCA -like Spain-, the absence of subject matter jurisdiction is compensated by the operation of the Brussels I bis Regulation, which designates the UPC as a "common court". This legal fiction allows the UPC to assume jurisdiction over European patents validated in those MS, treating this international court as functionally equivalent to a national court. This is intended to ensure the practical effectiveness of UPC decisions involving patents validated in these territories.

Ultimately, the effectiveness of the UPC will depend not only on the strength of its legal foundations but also on the extent to which its judgments are recognised and enforced within and outside the EU. While the current framework represents a step forward for unitary protection of patents within the EU, it also highlights the unfinished nature of the integration process, one that still leaves space for fragmentation, inconsistency, and legal uncertainty.

44. The decision of the Düsseldorf local division of the UPC also provided a valuable opportunity -particularly in light of the CJEU's ruling in *BSH Hausgeräte*- to examine the impact of the exclusive jurisdiction ground under Art. 24(4) of the Brussels I bis Regulation when the validity of a registered IPR, such as a patent, is contested in infringement proceedings.

Following the *GAT* judgment and its codification in Art. 24(4), any validity challenge -whether brought as a counterclaim, a defence, or in separate proceedings- must be adjudicated by the courts of the MS in which the patent is registered. In *BSH Hausgeräte* the CJEU clarified that this exclusive jurisdiction does not deprive the court seised of the infringement claim of its authority to hear that claim. However, if the court entertains serious doubts as to the patent's validity, its only recourse is to stay the proceedings in order to obtain a preliminary assessment of validity from the competent court.

A different scenario arises when the patent in question is registered in a third state. In UPC_CFI_355/2023, the Düsseldorf Local Division of the UPC acknowledged the exclusive jurisdiction of UK courts to render judgments with *erga omnes* effect on the validity of a European patent registered in the UK. Nevertheless, it conducted an indirect, *inter partes* assessment of the UK patent's validity, based on the invalidity of the German part of the same European patent. Notably, a direct *inter partes* ruling on the validity of the UK patent would have been permissible under *BSH Hausgeräte*, where the CJEU affirmed that a court in a MS hearing an infringement action involving a patent registered in a third state may issue a decision on validity with *inter partes* effect.

The foregoing leads to an undesirable outcome. When the validity of a patent registered in a third state is at issue, a court in a MS seised of an infringement action may rule on validity *inter partes*. Conversely, where the patent is registered in another MS, Art. 24 and the relevant CJEU case law compel the court -if it deems a validity assessment necessary- to stay the proceedings until the matter is resolved by the competent court.

Control efectivo -en profundidad- del laudo arbitral: a propósito de la sentencia Royal Football Club Seraing del TJUE (C-600/23)

Effective Control -in Depth- of the Arbitral Award: The Royal Football Club Seraing Judgment of the CJEU (C-600/23)

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 03.09.2025 / Aceptado: 09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9881

Resumen: La sentencia del TJUE en el asunto *RFC Seraing* supone un paso más en la delimitación de la compleja relación entre el arbitraje y el Derecho de la UE. Dictada a partir de un supuesto en el que se planteaba el reconocimiento de un laudo TAS (arbitraje deportivo, con sede en Suiza) en un Estado miembro, el Tribunal analiza desde una perspectiva amplia la compatibilidad de ese laudo con el ordenamiento jurídico de la UE. Es muy importante destacar que el análisis en cuestión se hace desde la aplicación de normas fundamentales del Derecho de la UE: en concreto, se analiza el encaje del arbitraje en el Derecho de la UE desde el *derecho a la tutela judicial efectiva* tal y como se garantiza en los artículos 19 TUE y 47 CDFUE. A partir de aquí, el TJUE impone un control *efectivo* y en *profundidad* del laudo arbitral extranjero en sede de reconocimiento, se pronuncia sobre la eficacia del convenio arbitral y limita la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de definir la tutela cautelar.

La sentencia del TJUE tiene una relevancia capital, en particular, para los tribunales españoles. En primer lugar, porque viene a enmendar cierta jurisprudencia del TC, que no supo apreciar en su momento la relevancia del Derecho imperativo de la UE en sede de anulación del laudo arbitral. En segundo lugar, porque impone un modelo de revisión efectivo del laudo arbitral, mucho más riguroso que el que llevan a cabo nuestros TSJ por mor de una desafortunada jurisprudencia del TC. Y, en tercer lugar, porque permite avanzar el sentido de su próximo fallo en respuesta a la oportuna y certera cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid. De hecho, es tal la contundencia de esta sentencia del TJUE, que bien podría retirarse la cuestión prejudicial y resolver conforme a la misma.

Palabras clave: Laudo arbitral. Convenio arbitral. Tutela judicial efectiva. Tutela cautelar. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Abstract: The CJEU judgment in the *RFC Seraing* case represents a further step in defining the complex relationship between arbitration and EU law. Issued in the context of a case concerning the recognition in a Member State of a CAS award (sports arbitration, seated in Switzerland), the Court undertakes a broad analysis of the compatibility of that award with the EU legal order. It is very important to emphasize that this analysis is carried out applying certain fundamental rules of EU law: specifically, the compatibility of arbitration with EU law is examined in light of the right to *effective judicial protection* as guaranteed by Articles 19 TEU and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

(CFR). On this basis, the CJEU requires an *effective* and in *depth* review of the foreign arbitral award at the recognition stage, rules on the effectiveness of the arbitration agreement, and limits the parties' autonomy in defining interim relief.

The CJEU judgment is particularly significant for Spanish courts. Firstly, because it corrects certain case law of the Constitutional Court, which failed at the time to appreciate the relevance of mandatory EU law in the context of setting aside arbitral awards. Secondly, because it imposes a model of effective review of arbitral awards, much more rigorous than that currently carried out by our High Courts of Justice due to an unfortunate line of Constitutional Court case law. Thirdly, because it allows us to anticipate the direction of the forthcoming decision in response to the timely and well-founded preliminary question referred by the High Court of Justice of Madrid. In fact, the judgment of the CJEU is so forceful that the preliminary question could well be withdrawn and the case resolved in accordance with it.

Keywords: Arbitral award. Arbitration agreement. Effective judicial protection. Provisional relief. Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Sumario: I. Introducción: supuesto de hecho y estructura de la sentencia. II. El artículo 47 de la Carta: La *tutela judicial efectiva* como base jurídica del control efectivo del laudo arbitral. III. Alcance y cauces para ejercer el control *efectivo* y en *profundidad* del laudo arbitral. IV. Orden público europeo: delimitación de las normas imperativas que lo conforman. V. Efecto directo del artículo 19 TUE. VI. Tutela cautelar irrenunciable. VII. Aportaciones adicionales de la sentencia: coherencia con la jurisprudencia del TEDH y afectación al convenio arbitral. VIII. Control incidental: ¿conexidad como motivo de suspensión del reconocimiento del laudo TAS? IX. Relevancia de la sentencia para la jurisprudencia española. 1. Las desafortunadas sentencias del TC. 2. La jurisprudencia del TC es incompatible con la jurisprudencia del TJUE: aplicación inmediata de la jurisprudencia *Seraing*. 3. La oportunidad de la cuestión prejudicial presentada por el TSJ de Madrid. X. A modo de conclusión.

I. Introducción: supuesto de hecho y estructura de la sentencia

1. El **supuesto de hecho** que está en el origen de la sentencia podría resumirse así¹: *RFC Seraing*, club de fútbol belga organizado en forma de sociedad anónima (el Club), celebró dos contratos con la empresa maltesa *Doyen Sports Investments Ltd (Doyen)*. Ambos contratos tenían por objeto, en esencia, regular futuros acuerdos de financiación de jugadores y ceder a *Doyen* parte de los derechos económicos que el Club tuviera sobre determinados jugadores.

Dichos contratos fueron objeto de investigación por la FIFA. Como consecuencia de esta investigación, la FIFA incoó un procedimiento disciplinario contra *RFC Seraing* por infracción del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (Reglamento ETJ). En concreto, por infracción de sus artículos 18bis y 18ter, que imponían a clubes y jugadores la prohibición de concertar operaciones de cesión de los derechos económicos derivados del traspaso de jugadores (operaciones sobre TPOs), así como concertar operaciones con terceros que les permitieran ejercer influencia en asuntos laborales y sobre transferencias de los jugadores de los clubes de fútbol (operaciones sobre TPIs).

El Reglamento ETJ establecía, además, que la Comisión Disciplinaria de la FIFA podría imponer medidas disciplinarias a aquellos clubes de fútbol y jugadores que incumplieran las citadas prohibiciones. Tal Comisión incoó, en consecuencia, expediente disciplinario contra *RFC Seraing* y concluyó que los contratos suscritos infringían la prohibición y limitaciones en materia de operaciones sobre TPOs establecidas en el Reglamento ETJ. A resultas de esta conclusión, la FIFA impuso al Club sanciones disciplinarias, que fueron recurridas ante la Comisión de Apelación de la FIFA.

Desestimado el recurso, el Club acudió al procedimiento arbitral de apelación -obligatorio- ante el TAS, cuyo laudo confirmó, básicamente, la validez de las disposiciones sobre TPOs del Reglamento ETJ y las sanciones disciplinarias impuestas al Club. El laudo fue confirmado por el *Tribunal fédéral* suizo (TF).

¹ Para una estructurada descripción del supuesto *vid.* Conclusiones de la Abogada General Sra. Tamara Čápetka de 16 de enero de 2025, C-600/23, ECLI:EU:C:2025:24.

2. En paralelo *-rectius*, con anterioridad a la incoación del expediente disciplinario por parte de la FIFA-, *Doyen y RFC Seraing* interpusieron demanda ante los tribunales belgas frente a la FIFA, la UEFA y la URBSFA (Federación belga de fútbol). En su virtud, se solicitaba que se declarase la incompatibilidad con el Derecho de la UE de las prohibiciones de la FIFA contenidas en el Reglamento ETJ, por ser contrarias, en particular, a la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE), la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE), la libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE) y al Derecho de la competencia (artículos 101 y 102 TFUE).

El *Tribunal de Commerce* de Bruselas se declaró, en primera instancia incompetente. En segunda instancia, la *Cour d'Appel* desestimó el recurso de apelación y concluyó, además, que, tras la acción de anulación ante el TF, el laudo TAS era firme y había adquirido fuerza de cosa juzgada. Interpuesto el pertinente recurso, la *Cour de Cassation* decidió plantear la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en la sentencia objeto de comentario.

3. Sobre la **cuestión prejudicial** importa destacar que se plantea en torno a la compatibilidad del laudo suizo con tres normas fundamentales del Derecho de la UE: artículo 19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE. En efecto, lejos de plantearse la interpretación de alguna norma del Derecho derivado de la UE, la *Cour de Cassation* pregunta al Tribunal de Justicia -nada menos-: “*sobre la interpretación del artículo 19 TUE, en relación con el artículo 267 TFUE y el artículo 47 de la Carta, para poder pronunciarse sobre si estos preceptos se oponen a la aplicación, a un laudo arbitral dictado por el TAS y confirmado por el Tribunal fédéral (Tribunal Supremo Federal), por un lado, de disposiciones nacionales que reconocen a los laudos arbitrales definitivos la fuerza de cosa juzgada en las relaciones entre las partes de la controversia y, por otro lado, de una norma nacional que atribuye a esos laudos, por mor de dicha fuerza de cosa juzgada, valor probatorio frente a terceros*”. O dicho más concretamente, “*el órgano remitente pregunta, en esencia, si el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en relación con el artículo 267 TFUE y el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone, por un lado, a que se atribuya fuerza de cosa juzgada a un laudo del TAS, en el territorio de un Estado miembro, en las relaciones entre las partes de la controversia en cuyo contexto se dictó ese laudo, en caso de que la conformidad de dicho laudo con el Derecho de la Unión no haya sido controlada previamente por un órgano jurisdiccional nacional facultado para remitirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, y de que se opone, por otro lado, a que, como consecuencia de tal fuerza de cosa juzgada, se atribuya valor probatorio a ese laudo, en el territorio del mismo Estado miembro, en las relaciones entre las partes de esa controversia y los terceros.*”

4. Y la respuesta a estas dos preguntas, en interpretación de los artículos citados, ha sido particularmente contundente. En concreto, establece el Tribunal en su fallo que dichos preceptos deben interpretarse en el sentido de que **se opone** a que: (i) *se atribuya fuerza de cosa juzgada a un laudo TAS, en el territorio de un Estado miembro, en caso de que la conformidad de dicho laudo con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión no haya sido controlada previamente, de manera efectiva, por un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro facultado para remitirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial; o (ii) a consecuencia de la citada fuerza de cosa juzgada, se atribuya valor probatorio frente a terceros, en el territorio del mismo Estado miembro, a ese laudo TAS.*

5. Sea por la invocación de preceptos claves del Derecho originario de la UE, sea por la relevancia que el TJUE otorga a la cuestión, lo cierto es que, una vez más, en el concreto ámbito de la relación entre *arbitraje* y el *Derecho de la UE*, el TJUE resuelve en **Gran Sala**². Deberá convenirse, por tanto,

² También decidió en Gran Sala, entre otras sentencias que directamente afectan a la relación *arbitraje-Derecho de la UE* y mayoritariamente citadas en el fallo objeto de comentario: STJUE de 10 de febrero 2009, *Allianz*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69; STJUE de 13 de mayo de 2015, *Gazprom*, C-563/13, ECLI:EU:C:2015:316; STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158; STJUE de 2 de septiembre de 2021, *Komstroy*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655; STJUE de 26 de octubre de 2021, *PL Holdings Sàrl*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875; STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488; y, STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

que el Tribunal de Luxemburgo otorga máxima importancia a esta relación, además de perseguir un criterio de interpretación estable en el tiempo, lo que, a su vez, bien justifica la propuesta de la Comisión para regular cuestiones relativas a la relación entre arbitraje y jurisdicción (litispendencia) en el proyecto de modificación del Reglamento Bruselas I *refundido* (o Bruselas I bis)³.

6. En directa relación con la relevancia de la sentencia, conviene advertir que la sentencia presenta una **estructura** que, a mi juicio, pretende dar a entender que la solución adoptada trasciende más allá del supuesto de hecho que está en su origen (laudo arbitral TAS -arbitraje deportivo-), para extenderla también a supuestos más generales de arbitraje comercial. Así, el apartado clásico titulado *Sobre las cuestiones prejudiciales* que se ubica siempre tras la transcripción de las concretas cuestiones prejudiciales se divide, a su vez, en tres subapartados: *Cuestiones preliminares*; *Sobre la tutela judicial efectiva de los particulares en la Unión, incluyendo cuando se recurre al arbitraje*; y, *Sobre el control jurisdiccional de los laudos dictados por el TAS en controversias relacionadas con la práctica de un deporte como actividad económica en el territorio de la Unión*. Es precisamente ese segundo subapartado, dedicado a un análisis del alcance de la tutela judicial efectiva en el que incluye expresamente al arbitraje, el que, además de servir de criterio hermenéutico clave para determinar la intensidad del control judicial del laudo arbitral, sirve para fijar ya las directrices de la futura resolución que resolverá la certera cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid⁴. De ahí, la especial trascendencia de esta sentencia para el próximo desarrollo jurisprudencial de esta materia en España.

7. El primer subapartado -*Cuestiones preliminares*- merece un breve comentario, por cuanto analiza la posibilidad de integrar, en el contexto del procedimiento que resuelve la cuestión prejudicial, disposiciones del Derecho nacional no invocadas por el órgano remitente. En autos, la cuestión tenía su importancia, pues podrían invocarse disposiciones del Derecho interno en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales favorables al mismo (distintas formas de reconocimiento; como el reconocimiento incidental y el no reconocimiento). Además, se advertía al Tribunal de su vinculación con la interpretación del Derecho interno hecha por el órgano jurisdiccional remitente.

Ante estas observaciones, el TJUE se limita a reconocer que el juez nacional es competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional, así como para determinar las disposiciones nacionales aplicables al litigio principal. Configurado así el alcance de la cuestión prejudicial -es decir, no tomando en consideración aquellas disposiciones del Derecho interno que no han sido traídas al debate por el órgano jurisdiccional- procede a responder de forma conjunta las dos preguntas que componen la cuestión prejudicial.

8. El segundo subapartado -*Sobre la tutela judicial efectiva de los particulares en la Unión, incluyendo cuando se recurre al arbitraje*-, al que el TJUE dedica más de veinte párrafos y sobre el que abundaremos en los siguientes epígrafes, no solo se caracteriza por explicar con detalle la relación entre el artículo 19 TUE y el artículo 47 de CDFUE -aquél como cauce procesal para garantizar los Derechos que éste protege-, sino que sienta las bases de lo que debe ser el control *efectivo* de todo laudo arbitral (ya sea el que deriva de un arbitraje deportivo, ya sea el típicamente comercial). Se trata, en esencia, de una prolongación cartesiana de la doctrina fijada por el mismo TJUE en su sentencia *Skating*⁵, que, en virtud de este epígrafe, queda inexorablemente prolongada al arbitraje comercial.

9. El tercer subapartado -*Sobre el control jurisdiccional de los laudos dictados por el TAS en controversias relacionadas con la práctica de un deporte como actividad económica en el territorio de*

³ Vid. *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, Brussels, 2.6.2025, COM(2025) 268 final.

⁴ Auto TSJ de Madrid de 20 de marzo 2025, ECLI:ES:TSJM:2025:21A. Asunto C-244/25, *Cabify España*, DOUE, Serie C, 25.8.2025.

⁵ STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

la Unión-, si bien parece expresamente delimitado al arbitraje deportivo, además de insistir en la interpretación del artículo 19 TUE y 47 CDFUE (que, a mi juicio, bien pudiera haberse hecho en el segundo subapartado) contiene una serie de relevantes precisiones que, como desarrollaremos a continuación, también son incuestionablemente extrapolables al arbitraje comercial, siempre que –claro está– el supuesto de base esté afectado por el Derecho de la UE en tanto que derecho aplicable al fondo. Interpreto, por tanto, que, pese a la aparente especialidad de este subapartado (con expresa referencia al arbitraje TAS), su relevancia y alcance no debe constreñirse a los arbitrajes *obligatorios*. A mayor abundamiento, muchas de las manifestaciones que encierra son una mera repetición de la muy relevante sentencia *Skating*. En gráfica expresión, podría afirmarse que este tercer subapartado extiende al arbitraje deportivo (forzoso) todo lo dicho en el segundo subapartado *con mayor motivo*.

10. Visto entonces como se estructura el fallo, a continuación analizo lo que entiendo son las cuestiones más relevantes que encierra, centrándome, principalmente, en el análisis del subapartado de la sentencia que considero más relevante: el segundo.

En cualquier caso, quisiera advertir, ya desde este momento, de la profunda divergencia que hay entre la base jurídica que asume el TJUE en su resolución y la base jurídica que asume nuestro TC en resoluciones vinculadas al arbitraje: la *tutela judicial efectiva* en el primero; la *autonomía de la voluntad* en el segundo. Una grave e inconciliable divergencia que, visto el tenor de este fallo, en algún momento tendrá que corregir el TC⁶. Por lo menos, en aquellos supuestos en los que subyazca Derecho imperativo de la UE al fondo de la controversia.

II. El artículo 47 de la Carta: La *tutela judicial efectiva* como base jurídica del control efectivo del laudo arbitral

11. El punto de partida del Tribunal en su análisis sobre el control del laudo arbitral pasa por aceptar que el arbitraje es, por principio, compatible con el Derecho de la UE: “78. ... *el ordenamiento jurídico instaurado por los Tratados no se opone, por principio, a que los particulares que forman parte de ese ordenamiento jurídico a consecuencia del ejercicio de una actividad económica en el territorio de la Unión sometan a un mecanismo de arbitraje las controversias que, en el contexto de dicho ejercicio, puedan enfrentarlo*”. E insiste en su siguiente párrafo (*in fine*): “79. ... *el que los particulares recurran a un arbitraje es en principio posible*”.

12. A partir de aquí, reconoce también –como de hecho viene insistentemente reconociendo en su jurisprudencia– que: “84. ... *atendiendo a la facultad de los particulares de recurrir al arbitraje... y a las exigencias relacionadas con la eficacia del procedimiento arbitral, el control jurisdiccional de esos laudos bien puede tener un carácter limitado*”. Todo esto con cita expresa de sus bien conocidas sentencias *Eco Swiss*, *Mostaza Claro* y *Skating*.

13. Pues bien, *carácter limitado* no quiere decir, ni remotamente, *control superficial* (o por utilizar la expresión del TC, *juicio externo*). De ser así, no solo quedaría en papel mojado todo lo que precisa la sentencia *Eco Swiss*, también quedaría en el olvido lo establecido en jurisprudencia mucho más antigua (*Nordsee*) sobre la mayor o menor entidad de la revisión del laudo. En concreto: “40. ... *Ahora bien...el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado*”; y sobre la entidad o alcance de la revisión: “... *procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especial-*

⁶ Para una crítica a la jurisprudencia constitucional en relación con el arbitraje y el Derecho de la UE, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 608-610.

mente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de **mayor o menor entidad según el caso**⁷.

Tampoco lo entiende así una consolidada jurisprudencia francesa, que de forma constante viene afirmando que en la revisión del laudo en sede judicial “no existe límite alguno al poder de la jurisdicción de investigar todos los elementos de hecho o de derecho, relativos a los vicios en cuestión”⁸, aunque en el control del Derecho imperativo de la UE no siempre haya practicado un control efectivo. De forma mucho más tajante se ha manifestado la Sala del Derecho de la Competencia del TS alemán (*Kartell-senat, Bundesgerichtshof -BGH-*), en la medida en que se ha pronunciado categóricamente a favor de una intensa revisión del laudo cuando el mismo sea fruto de una controversia resuelta en aplicación de normas de Derecho de la Competencia: “El laudo arbitral es susceptible de ser sometido a un control **sin restricción por parte del tribunal de justicia en la aplicación de estas normas tanto en perspectiva del supuesto de hecho como en la aplicación del derecho**”⁹.

Tiende a olvidarse, además, que existe un interesante debate doctrinal a nivel comparado sobre el control del laudo arbitral en aplicación de normas imperativas. Así, se acepta en general que, como contrapartida a la arbitrabilidad del Derecho imperativo, una segunda revisión en sede judicial del laudo tiene sentido, en la medida en que garantiza el legítimo interés público en controlar que tales disposiciones imperativas se han interpretado correctamente en el laudo. Esta revisión de la aplicación de las normas imperativas se ha dado en denominar “*second look doctrine*”¹⁰.

14. En armonía con lo anterior, es de destacar que la todavía reciente sentencia del TJUE en el asunto *Skating* ha impuesto, dando un paso más a favor de la revisión del laudo, un “control jurisdiccional efectivo” de las normas imperativas del Derecho de la UE¹¹.

15. A la luz de todas estas manifestaciones, la interpretación más coherente de lo que el Tribunal insinúa con la posibilidad -solo posibilidad- de que el control jurisdiccional tenga carácter limitado pasa por entender -como entiende la jurisprudencia francesa- que el carácter limitado va referido principalmente al perímetro del control, pero no a su profundidad. De tal forma que cuando el control vaya referido a normas imperativas del Derecho de la UE, el control debe hacerse en profundidad.

16. En cualquier caso, estimo que la relevancia de la sentencia objeto de comentario por lo que respecta a la cuestión relativa a la intensidad del control del laudo arbitral no radica en que confirma sin ambages el control jurisdiccional efectivo del laudo arbitral consagrado ya en la sentencia *Skating*; radica, sobre todo, en que determina que la base jurídica de este control efectivo se encuentra en el artículo 47 CDFUE. En concreto, el Tribunal establece que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 47 de la Carta exige “75. ... en particular, que esos órganos jurisdiccionales puedan llevar a cabo un control judicial efectivo de los actos, medidas o comportamientos respecto de los cuales se sostiene, en un litigio determinado, que han vulnerado los derechos o las libertades que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. Esta exigencia implica, en principio, que esos órganos jurisdiccio-

⁷ Sobre esta jurisprudencia, con mayor detalle *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 604-608.

⁸ Entre otras muchas, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en el caso *Plateau des Pyramides*, *vid.* Corte de Apelación de París, (Sala 1ª Sección C) de 25 de septiembre de 2008, *Spain Arbitration Review*, 6/2009, pp. 117-127.

⁹ BGH, *Beschluss* de 27 de septiembre de 2022, ECLI:DE:BGH:2022:270922BKZB75.21.0: *Der Schiedsspruch unterliegt einer uneingeschränkten Kontrolle durch das ordentliche Gericht im Hinblick auf die Anwendung dieser Normen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.... Der Senat hält daran auch nach neuer Rechtslage fest.* Cabe destacar, además, que en su fallo, el Alto Tribunal va más allá de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa sobre el particular (de hecho, incluso la cita), lo que demuestra una disparidad de criterios sobre esta cuestión entre los tribunales de los distintos Estados miembros de la UE que, en buena lógica, a partir de la sentencia objeto de comentario debe entenderse resuelta a favor del criterio *maximalista* adoptado por el BGH.

¹⁰ P. M. BARON / S. LINIGER, “A Second Look at Arbitrability”, *Arb. Int.*, 2003, pp. 27-54; A. STONE SWEET / F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p. 178. Más recientemente, D. MISHRA, “Antitrust Arbitration: A piped Dream”, (2025) 46 *E.C.L.R.*, pp. 276-287.

¹¹ Al respecto, *vid.* S. CHAIDIN ORTELLS, “Control de laudos en aplicación del Derecho europeo de la competencia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, N° 20, 2024.

nales sean competentes para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio”.

17. Que el TJUE determine que la base jurídica de este control está en la *tutela judicial efectiva* (art. 47 CDFUE) supone tanto como situar esta cuestión en el núcleo duro de los derechos procesales más elementales del justiciable y, en consecuencia, debe entenderse que tal control es extensible a cualquier tipo de arbitraje, ya sea voluntario o forzoso. Por otro lado, demuestra también –insistimos en ello– la seria divergencia que existe con la –errónea– base jurídica adoptada por el TC para abordar esta cuestión, que la sitúa en el ámbito de la *autonomía de la voluntad* (art. 10 CE). Sobre esta cuestión volveremos más adelante, no sin antes analizar previamente hasta dónde llega o cómo debe efectuarse el control efectivo del laudo arbitral que el Tribunal de Luxemburgo reclama.

III. Alcance y cauces para ejercer el control efectivo y en *profundidad* del laudo arbitral

18. Una vez establecido que el control *efectivo* del laudo es una manifestación inherente a la *tutela judicial efectiva*, la segunda aportación relevante de esta sentencia se encuentra en la descripción que incorpora sobre cómo debe llevarse a cabo ese control. Se trata, sin duda, de una aportación que suscitará distintas y enfrentadas interpretaciones en la doctrina, por más que, en esencia, la claridad de la manifestación no admita duda alguna: guste o no, el párrafo 75 *in fine* de la sentencia dice lo que dice: “*Esta exigencia [de control efectivo] implica, en principio, que esos órganos jurisdiccionales sean competentes para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio*”. Sin paliativos. Y por si no fuera suficiente, el párrafo 86 –en su totalidad– enumera uno por uno todos los ámbitos que deben examinarse en el contexto de un control efectivo del laudo arbitral: “86. *Para que sea efectivo, ese control debe ser apto para garantizar la observancia de esos principios y disposiciones, lo que implica que debe referirse a la interpretación de los citados principios y las citadas disposiciones, a las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a estos en lo tocante a su aplicación en un caso determinado y, si procede, a la calificación jurídica, a la luz de esos principios y disposiciones, de los hechos en los términos en que han sido constatados y apreciados por el órgano arbitral*”. Bien es cierto que este último inciso (*hechos constatados por el tribunal arbitral*) podría interpretarse en el sentido de que se excluye de tal revisión a los mismos hechos constatados por los árbitros; sin embargo, esta interpretación no me parece que esté en línea con lo manifestado en el párrafo 75: “*todas las cuestiones de hecho y de Derecho*”.

En cualquier caso, lo anterior, dentro del segundo subapartado descrito, que hace expresa alusión en su tenor al arbitraje (en general).

19. Puede afirmarse, en consecuencia, que el TJUE exige un control en *profundidad* del laudo¹². Y para conciliar esta nueva afirmación con la tradicional afirmación utilizada en su jurisprudencia (control *limitado*), habrá de convenirse que, una vez delimitado el perímetro de la revisión, el control es total: alcanza –insistimos en ello– a *todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio*. Pero es que, además, si resulta que también debe controlarse la *interpretación* en sentido amplio –y el TJUE dice que así debe hacerse– debemos convenir también que no hay otra forma de controlarla sino a través de la *motivación* del laudo. Posteriormente volveremos sobre este punto, baste ahora con confirmar que, a resultas de lo expuesto, el control jurisdiccional del laudo europeo se configura como una suerte de segunda instancia sobre el perímetro limitado de la revisión.

20. Una consecuencia –a mi juicio– lógica de esta jurisprudencia es que, aún llegándose al mismo resultado del laudo por aplicación de una norma interna que por aplicación de una norma europea, el solo hecho de que no se haya aplicado la norma europea cuando debió serlo es suficiente para anular el laudo o denegar su ejecutur. En efecto, una primera aproximación a un supuesto en el que –por ejem-

¹² De hecho, este término es el que utiliza la Nota de Prensa del TJUE en el comentario a esta sentencia.

plo- se debata la aplicación de las normas internas o normas europeas del Derecho de la competencia al fondo de la controversia, debe afectar a la anulación del laudo con independencia de que el resultado al que llegue el laudo hubiese sido el mismo en aplicación de una norma u otra.

Es cierto que esta aproximación choca con la interpretación general de los TSJ en virtud de la cual, el vicio denunciado debe tener un efecto directo sobre el resultado del laudo; de tal suerte que, si no se constata el resultado determinante del vicio denunciado, el laudo puede, en principio, pervivir¹³. Pues bien, si desde una perspectiva de orden público *procesal* esta interpretación puede ser aceptable, estimo que, sin embargo, no es extrapolable a un arbitraje en el que deba ser de aplicación el Derecho de la UE. Con independencia de que el resultado al que se llegue en aplicación de uno u otro Derecho sea exactamente el mismo. Ello es así porque el mero error de ley aplicable -interna o europea- condiciona nada menos que la aplicación de la misma Carta de Derechos Fundamentales y, en consecuencia, priva al justiciable de la protección que le brinda el artículo 47 CDFUE en relación con los artículos 19 TUE y 267 TFUE. Es decir, es el mero riesgo de que el justiciable quede desprotegido por el artículo 47 CDFUE lo que puede justificar una anulación -o denegación del *execuatur*- del laudo. De hecho, este razonamiento está implícito también en la sentencia *Achmea*, donde el Tribunal optó por declarar la incompatibilidad de los artículos 267 y 344 TFUE con la sumisión a un arbitraje de inversión, pese a que el laudo de inversión afectado en el caso fuera objeto de control jurisprudencial con acceso a la cuestión prejudicial en dos momentos procesales distintos (tribunal de apelación primero y casación después).

21. En cualquier caso, esta nueva aportación del TJUE tendrá, inevitablemente, un fuerte impacto en las tradicionales concepciones teóricas sobre el alcance de la revisión del laudo: aproximación *maximalista* v. aproximación *minimalista*. Y es que, se quiera o no, la discusión doctrinal sobre la conveniencia de una y otra deja de tener sentido. En esencia, no parece adecuado mantener únicamente dos aproximaciones, pues el alcance de la revisión depende extraordinariamente del supuesto de hecho: resolución de la controversia en equidad pura, en aplicación de Derecho disponible, en aplicación de Derecho imperativo o en aplicación del Derecho de la UE¹⁴. La revisión podrá tener mayor o menor intensidad dependiendo de cada uno de los supuestos, como, por otro lado, ya estableció el TJUE en su célebre sentencia *Nordsee*¹⁵; pero, tras la sentencia objeto de comentario, queda claro que, en supuestos de *dimensión europea*, los tribunales constitucionales no pueden imponer al juez del control del laudo límite alguno -como así hizo el TC en su momento¹⁶-.

22. El criterio de control efectivo y en profundidad que ahora impone el TJUE al juez del control del laudo es también coherente con el irrelevante papel que el Tribunal otorga al árbitro en el contexto del *espacio judicial europeo*. Tal y como estableciera en su sentencia *Gazprom*, los tribunales arbitrales no se benefician en modo alguno del *principio de confianza* (como sí ocurre entre los jueces de los distintos Estados miembros)¹⁷.

23. Por fin, es evidente que este inciso de la sentencia basta -por sí solo- para convertir una parte muy relevante de la jurisprudencia del TC en materia de arbitraje en papel mojado: negar la revisión de los pronunciamientos *in iudicando* del laudo -como en su momento hizo el TC- es, sencillamente, incompatible con la imposición que el TJUE ahora impone a los jueces encargados del control del laudo: aún a riesgo de ser reiterativo, *examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes*.

¹³ Por solo citar un ejemplo reciente, STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:14663.

¹⁴ Sobre esta jurisprudencia, con mayor detalle *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 604-608.

¹⁵ STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/8, ECLI:EU:C:1982:107.

¹⁶ Sobre el error del TC en este ámbito y la necesidad de un control más intenso, así como la conveniencia de una cuestión prejudicial, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol 13, Nº 2, pp. 745-753. *Vid.* también, I. QUINTANA AGUIRRE, “Estándar de protección de los derechos fundamentales y Derecho Europeo en la revisión judicial de los laudos arbitrales”, www.almacenederecho.org

¹⁷ STJUE del 13 de mayo de 2015, *Gazprom*, C-563/13, ECLI:EU:C:2015:316.

IV. Orden público europeo: delimitación de las normas imperativas que lo conforman

24. Asentado todo lo anterior, quedaría todavía por preguntarse qué normas del Derecho de la UE tienen carácter imperativo, con vocación, por tanto, de activar la cláusula de orden público en el control del laudo y anularlo en consecuencia (en caso, por ejemplo, de no aplicación o incluso de aplicación manifiestamente errónea del Derecho de la UE).

25. A este respecto cabe apuntar lo siguiente. Tradicionalmente, el TJUE ha sido reacio a desarrollar un concepto autónomo de orden público europeo¹⁸. Por lo menos en el contexto de la interpretación de los Reglamentos de Derecho internacional privado (DIPr), el TJUE se ha limitado a establecer lo siguiente: “*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro*”¹⁹. Sin embargo, en la sentencia *Skating*²⁰ –es decir, en un contexto de arbitraje v. Derecho de la UE– el TJUE hace expresa mención a un orden público europeo, al afirmar que “*los artículos 101 TFUE y 102 TFUE son disposiciones de efecto directo... que forman parte del orden público de la Unión*”.

26. Esta primera mención al *orden público europeo* en directa relación con el arbitraje se consolida definitivamente con esta sentencia. El reconocimiento expreso de un orden público europeo se manifiesta de forma reiterada en distintos epígrafes de la sentencia. Por solo citar dos epígrafes representativos²¹: “82. ... ese mecanismo [arbitraje] debe concebirse y aplicarse de tal forma que garantice, por una parte, su compatibilidad con los principios que estructuran la configuración jurisdiccional de la Unión y, por otra parte, el respeto efectivo del orden público de la Unión”; “85. ... los particulares a los que conciernen esos laudos deben seguir teniendo, en cualquier caso, la posibilidad de obtener un control, por parte de un órgano jurisdiccional... sobre si tales laudos son compatibles con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión”.

27. Consagrado entonces un *orden público de la Unión*, queda todavía por preguntarse por su alcance, esto es, por las disposiciones que lo conforman. En este contexto, y aun reconociendo el carácter siempre abierto de la cuestión, la sentencia también arroja cierta luz al respecto. Así, el Tribunal matiza, de entrada, que el orden público se compone tanto de *principios* como de disposiciones del Derecho *primario* y disposiciones del Derecho *derivado* de la Unión que tengan carácter esencial para el ordenamiento –también de la Unión–. Por tanto, queda claro que el TJUE concibe que Reglamentos y Directivas, en tanto que Derecho derivado, puedan tener tal consideración, lo que permite presumir, a su vez, que ese orden público de la Unión estará compuesto por un abanico de disposiciones más amplio de lo inicialmente esperable. Evidentemente, será el TJUE quien vaya determinando, caso por caso, qué disposiciones conforman ese orden público; pero estimo que el punto de partida que asumirá el TJUE en este proceso de calificación será particularmente amplio: si atendemos a los principios que debe respetar el legislador de la UE (principios de *subsidiaridad* y *proporcionalidad*), el carácter esencial de la norma europea es más fácil de justificar.

28. En cualquier caso, si la sentencia *Skating* –en consonancia con la sentencia *Eco Swiss*– ya estableció que los artículos 101 y 102 TFUE forman parte del orden público de la Unión, esta sentencia da un paso más e incluye en ese selecto grupo de normas fundamentales (con efecto directo) los artículos

¹⁸ Por más que la doctrina sobre la cuestión se remonte ya a principios de los años 60: J. H. v. BRUNN, “Der europäische Ordre public”, *NJW*, 1962, pp. 985-989.

¹⁹ Entre otras muchas, STJUE de 16 de julio de 2015, C-681/13, *Diageo Brands*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471. Como uno de los últimos referentes, STJUE de 4 de octubre de 2024, *Real Madrid*, C-633/22, ECLI:EU:C:2024:843.

²⁰ STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

²¹ La mención al *orden público de la Unión* es constante a lo largo de todo el fallo: párrafos 88, 89, 91, 95, 100, 102, 106, 108, 111, 114, 115, 117, 121, 122 y 125.

45, 56 y 63 TFUE. Dice en concreto: “89. *La libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales, garantizadas respectivamente por los artículos 45 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE*”. Es decir, los tres preceptos controvertidos en el litigio principal, en tanto que disposiciones de orden público, deben ser objeto de un examen efectivo y en profundidad por el órgano judicial competente.

29. Qué duda cabe de que la lista de disposiciones enunciadas es todavía incipiente, pues el TJUE se ha limitado a calificar normas aplicables en los supuestos sometidos a su consideración. Por tanto, cabe esperar que, a medida que se vaya preguntando al Tribunal en el contexto de supuestos distintos, la lista de disposiciones imperativas, que forman parte del orden público de la Unión, irá en aumento. De momento, es incuestionable que el TJUE acepta ya la existencia de un orden público de la Unión que deberá influir decisivamente en la modulación del concepto de *orden público* de cada Estado miembro.

V. El efecto directo del artículo 19 TUE

30. La importancia capital que este precepto tiene para el TJUE ya quedó puesto de manifiesto en su sentencia *Unibet*²². Ahora, el TJUE confirma su *efecto directo* en general (lo que implica, en esencia, que el justiciable puede invocar los derechos que el precepto le confiere sin necesidad de intervención legislativa alguna por los Estados miembros) y en el contexto del arbitraje en particular. Y lo hace señalando que ni este precepto ni el artículo 47 CDFUE “76. ... *implica que los justiciables dispongan de una vía de recurso directa cuyo objeto, con carácter principal, impugnar una medida determinada, siempre que existan, por otra parte, en el sistema jurisdiccional nacional de que se trate, una o varias vías de recurso que les permitan obtener, con carácter incidental, un control jurisdiccional efectivo de esa medida y que de ese modo garanticen la observancia de los derechos y libertades que el Derecho de la Unión les reconoce*”. E insiste en esta idea en otras partes del fallo: “100. ... *debe tener la posibilidad de obtener con carácter incidental, a instancia de ellos o de oficio, de cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que en cualquier forma pueda conocer de ese laudo...*”.

31. Pues bien, sabiendo el TJUE como sabe que todo laudo extranjero tiene que ser sometido a un procedimiento de reconocimiento o exequátur conforme a lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958 (CNY) para poder desplegar efectos en el Estado miembro afectado; y sabiendo, por tanto, que todos los Estados miembros tienen un mecanismo de control del laudo a título principal (el mismo procedimiento de reconocimiento o exequátur del laudo extranjero), llama la atención la alusión insistente en la sentencia a un control *incidental*.

32. Es evidente que tal alusión puede deberse a una mera repetición -cita- de su misma jurisprudencia (lo que tiene matices, pues en *Unibet* solo se refiere al control incidental que, en ese caso, ofrecía el Derecho sueco); o puede deberse también a la alusión del Gobierno belga hecha en autos al posible reconocimiento *incidental* al que puede someterse el laudo extranjero en ese país (párrafo 63). A mi juicio, sin embargo, en la cita subyace una crítica a la incompetencia declarada por el tribunal de instancia belga al que se solicitó, entre otras cosas, un pronunciamiento mero declarativo sobre la incompatibilidad del Derecho de la UE con la prohibición de las prácticas denominadas *third-party influence* y *third-party ownership*²³; es decir, crítica al tribunal de instancia que no supiera ver el alcance del artículo 19 TUE. Y es que, es cierto que el TJUE ya estableció en su sentencia *YS* que no es exigible la existencia de un cauce autónomo para garantizar los derechos tutelados por el artículo 47 CDFUE, siempre que haya otros cauces. Con todo, se observa también que el TJUE aprueba implícitamente la existencia de ese cauce²⁴.

²² STJUE del 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163.

²³ *Vid.* párrafo 44 de la sentencia.

²⁴ STJUE de 24 de septiembre de 2024, *YS*, C-233/19, ECLI:EU:C:2020:753.

33. Pero, además, estimo que en esta insistencia por el control *incidental* -puesto en relación con los párrafos siguientes de la sentencia, que abundan en el diálogo que supone la cuestión prejudicial- subyace una invitación a conseguir un pronunciamiento de compatibilidad del laudo o del futuro laudo con el Derecho de la UE sin tener que pasar obligatoriamente por el traumático cauce de su anulación. En este sentido, el artículo 19 TUE ofrece al justiciable una vía amplia para plantear soluciones menos drásticas al control del laudo, que podrían plantearse incluso estando abierto el procedimiento arbitral. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión, baste ahora con poner de relieve la vertiente constructiva que también subyace al fallo.

VI. Tutela cautelar irrenunciable

34. Si la relevancia de todo lo hasta aquí expuesto no fuera suficiente, cabe destacar que la sentencia en cuestión también “despliega sus efectos” en el concreto ámbito de la tutela cautelar; y nada menos que para recordarnos que, también en relación con el arbitraje, en la particular *dimensión europea*, el Derecho de la Unión impone sus propios límites, que, en buena medida, pueden condicionar las soluciones previstas al respecto en los ordenamientos internos (la tutela cautelar en relación con el arbitraje basada en la autonomía de la voluntad). El hecho de que las manifestaciones del TJUE se enmarquen en el tercer subapartado de la sentencia (referido, en particular, al arbitraje deportivo -forzoso-) no debe limitar, a mi juicio, su alcance a este tipo de arbitrajes. Y es que, no se atisba argumento alguno que así lo recomiende; máxime si consideramos que la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE -plenamente aplicable al arbitraje- está en la base de esta cuestión.

35. Sin ánimo de terciar ahora en la cuestión relativa al alcance de la autonomía de la voluntad en la tutela cautelar vinculada al arbitraje, baste ahora con precisar que si el supuesto en cuestión entra dentro del ámbito de aplicación material de la CDFUE -básicamente, aplicación del Derecho UE al fondo de la controversia ex art. 51 CDFUE-, habrá de tenerse en consideración lo ahora establecido en esta sentencia, en cuya virtud: “105. ... *todo órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para conceder medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la resolución que deba adoptarse en cuanto al fondo, incluso en el supuesto de que ese órgano jurisdiccional plantee una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia y suspenda el procedimiento a la espera de la respuesta de este. Además, ese órgano jurisdiccional debe inaplicar las normas de Derecho nacional que se opongan a esa facultad...* 106. *De lo anterior se sigue, por un lado, que los particulares afectados deben tener la posibilidad de solicitar de cualquier órgano jurisdiccional ante el que se haya planteado válidamente la cuestión de si un laudo arbitral es compatible con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión que les conceda medidas cautelares a la espera de la decisión que se adopte sobre el fondo...*”.

36. Por tanto, no cabe más que concluir que cualquier pacto de las partes que constriña o impida la tutela cautelar del juez en un supuesto de aplicación del Derecho de la UE al fondo de la controversia debe considerarse nulo e ineficaz. La tutela cautelar vinculada al arbitraje en la *dimensión europea* es, por tanto, irrenunciable.

VII. Aportaciones adicionales de la sentencia: coherencia con la jurisprudencia del TEDH y afectación del convenio arbitral

37. Aunque *prima facie* pueda parecer que se trata de aportaciones menos relevantes, la sentencia en cuestión también aborda -siquiera sea incidentalmente- dos cuestiones que, a mi juicio, tienen su importancia. La primera consiste en el alineamiento que el TJUE muestra con la jurisprudencia del TEDH en el concreto ámbito del arbitraje deportivo (arbitraje forzoso). La segunda, como consecuencia de lo anterior, se plasma en el breve comentario que hace sobre la validez formal del convenio arbitral.

38. Respecto de la primera cuestión, cabe empezar destacando que la sintonía entre la jurisprudencia del TEDH y el TJUE es siempre deseable. Sin embargo, ese alineamiento entre ambas jurisprudencias no tiene que darse necesariamente. De hecho, no en todos los ámbitos es coincidente, pues el TJUE ha llegado incluso a ofrecer una concepción propia de los Derechos fundamentales, con un nivel de protección más o menos elevado²⁵. Repárese en que la difícil concurrencia de estos dos tribunales es uno de los motivos que están en el origen de que la UE no forme parte del CEDH²⁶. No obstante, el TJUE está comprometido -e insiste ahora en ello- en interpretar el artículo 47 CDFUE a la luz del artículo 6 CEDH (párrafo 80).

39. Bajo esta premisa, el TJUE asume ahora, con las implicaciones que de ello se derivan, que el sometimiento al arbitraje voluntario debe ser, siempre y en todo caso, *libre, lícito e inequívoco*. Y, en este sentido, el convenio arbitral debe ser *claro y preciso* (párrafos 80 y 81).

40. Pues bien, estas coordenadas, impuestas en aplicación del artículo 47 CDFUE y puestas en relación con las demás manifestaciones de la sentencia, además de tener alguna relevancia tanto para interpretar ciertos convenios arbitrales de redacción controvertida como sobre el principio *favor arbitri* que subyace al artículo 9 de la Ley de Arbitraje (LA), demuestran que la cuestión relativa a la eficacia del convenio arbitral en sus distintas manifestaciones (*ad ex.* extensión del convenio a no firmantes del mismo) pueden ser objeto, en caso de duda, de una cuestión prejudicial. En efecto, si se dan los requisitos de aplicación material de la CDFUE, es perfectamente posible que, en interpretación del artículo 47 CDFUE, el TJUE se manifieste sobre la posible extensión o no de un convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo.

41. Con todo, y a diferencia de las manifestaciones puestas de relieve en los epígrafes anteriores, estas dos cuestiones no deben afectar excesivamente en la práctica judicial española, pues ésta sitúa como punto central de la validez del convenio arbitral la constatación de una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje²⁷.

VIII. Control incidental: ¿conexidad como motivo de suspensión del reconocimiento del laudo TAS?

42. De la lectura de los hechos que están en el origen de esta sentencia se desprende que, con anterioridad a la incoación del expediente disciplinario por parte de la FIFA-, Doyen y el Club interpusieron demanda ante los tribunales belgas frente a la FIFA, la UEFA y la URBSFA (Federación belga de fútbol). Como hemos apuntado más arriba, en su virtud, se solicitaba que se declarase la incompatibilidad con el Derecho de la UE de las prohibiciones de la FIFA contenidas en el Reglamento ETJ. Entendemos, por tanto, que se buscaba un pronunciamiento mero declarativo del órgano judicial belga en el sentido apuntado.

43. Hemos apuntado también que el tribunal de instancia se declaró incorrectamente incompetente, pues el artículo 19 TUE en relación con el artículo 47 CDFUE “*implica que los justiciables dispongan de una vía de recurso*”, a título principal o incidental. Esa resolución fue recurrida ante la *Cour d’appel*. En ese *interim* se inicia el arbitraje en Suiza; es decir, el arbitraje se inicia después de que se presentase la referida demanda ante el tribunal de instancia (9 de marzo de 2016 como fecha de interposición del recurso ante el TAS, frente a 8 de julio de 2015 como fecha de presentación de la demanda²⁸).

²⁵ Sobre este particular, *vid.* RIPOL CARULLA, “Los Derechos Fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 74 (2023), pp. 11-28.

²⁶ De ahí que la UE no haya ratificado el CEDH. *Vid.* a este respecto el *Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014*, ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁷ Sobre esta cuestión, *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 239-254.

²⁸ *Vid.* respectivamente párrafos 26 y 44 de la sentencia.

44. Esta particular circunstancia -inicio posterior del arbitraje- plantea de inmediato la posible suspensión del exequátur del laudo suizo en un Estado miembro de la UE (una suerte de extensión de la doctrina que subyace a la jurisprudencia *London Steam* al supuesto de autos)²⁹. En este sentido, es sabido que el artículo VI CNY permite al juez del exequátur aplazar la decisión al respecto hasta que el tribunal de origen decida sobre la anulación del laudo cuyo reconocimiento se pretende. Pues bien, si asumimos -como debemos asumir- que el TJUE pretende, como mínimo, un control incidental del Derecho de la UE aplicado en el laudo, extender el ámbito de aplicación de este precepto a supuestos en los que la interpretación del Derecho de la UE aplicable al fondo se haya planteado ante la jurisdicción (ya sea en la de origen, ya sea en la de destino del laudo) es, cuanto menos, recomendable. Habrá que convenir, además, que tal forma de proceder es una buena forma de preservar la *primacía* del Derecho de la UE; una forma prudente de respetar todos los intereses en juego.

45. Aún más: la misma interpretación -buscando la compatibilidad con el Derecho de la UE- es predicable respecto de los artículos II y III CNY. De lo contrario, si en aplicación estricta de estos preceptos, se niega, burla o coarta este control, se corre el riesgo de que el TJUE declare que los artículos examinados en su resolución (19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE) “se oponen” a cualquier artículo del CNY que impida su aplicación. Estimo, de hecho, que es precisamente por eso por lo que el TJUE nos recuerda expresamente (no lo había hecho hasta ahora) que el Convenio de Nueva York “*no vincula a la Unión*” y que el control del laudo puede hacerse efectivo por aplicación de la cláusula de orden público (párrafo 116).

46. En consecuencia, podrá plantearse siempre y en todo caso ante un tribunal de un Estado miembro con competencia judicial internacional para ello una cuestión como la planteada por el justiciable en autos. Y podrá hacerse antes o después de iniciado el arbitraje, según lo prevean las normas procesales del Estado ante cuyos tribunales pretenda plantearse. El efecto directo del artículo 19 TUE y el control *incidental* que esta sentencia proclama, confirman la compatibilidad de esos cauces con el Derecho originario de la UE. Si dicha resolución judicial no fuese firme en el momento del reconocimiento del laudo, una interpretación respetuosa del artículo VI CNY con las normas citadas recomienda la suspensión del procedimiento de reconocimiento hasta que aquélla alcance firmeza. Y en caso de que la sentencia firme sea inconciliable con el laudo, deberá negarse el reconocimiento de este último.

47. No faltaran quienes vean en la interpretación así propuesta una interpretación que mine gravemente la eficacia del arbitraje internacional, en la medida en que, al menos teóricamente, un cauce judicial -en los términos descritos- puede afectar el desarrollo o eficacia del procedimiento arbitral. Pero, a mi juicio, estos supuestos serán siempre muy excepcionales; supuestos, si acaso, como el de autos: un arbitraje con sede en un Estado *no* miembros de la UE y en cuyo seno se aprecie una clara desafección hacia las normas imperativas de la UE para resolver el fondo de la cuestión, aun sabiéndose que el laudo desplegará su eficacia en un Estado miembro de la UE.

IX. Relevancia de la sentencia para la jurisprudencia española

48. La relevancia de esta sentencia entre los distintos Estados miembros va a ser muy desigual. En aquellos Estados cuyos tribunales hayan sido tributarios de un control efectivo y en profundidad del laudo que resuelve en aplicación de normas imperativas de la UE (Alemania es el mejor ejemplo), la sentencia en cuestión solo viene a confirmar su buen criterio. Por el contrario, en aquellos otros Estados cuyos tribunales hayan ejercido y ejerzan un control superficial o ligero del laudo -como lamentablemente impuso el TC en España con su “*juicio externo*”- la relevancia será capital: debe implicar, nada

²⁹ STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488. Las circunstancias son, evidentemente, muy distintas. Aquí no se da un supuesto de litispendencia ni es de aplicación el Reglamento Bruselas I *refundido*. Sin embargo, el razonamiento que subyace sí es, en cierta medida, extrapolable. Al respecto, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “*Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-Ship del TJUE (asunto C-700/20)*”, *CDT*, Vol. 14, N° 2, pp. 1088-1099.

menos, que un cambio radical del modelo de control. Por lo menos para aquellos supuestos en los que la Carta sea de aplicación; si bien tampoco sería muy entendible mantener dos tipos de control distintos dependiendo del origen de la norma imperativa (europea *v.* no europea).

1. Las desafortunadas sentencias del TC

49. La relación entre arbitraje y Derecho de la Unión Europea ha sido examinada por el TC en dos pronunciamientos recientes. El primero, particularmente desafortunado, lo constituye la Sentencia 65/2021, de 15 de marzo³⁰. El segundo, sin acabar de enmendar los errores conceptuales del primero, lo constituye la Sentencia 146/2024, de 2 de diciembre³¹.

50. El primer pronunciamiento, en su afán por enmarcar el arbitraje en la *autonomía de la voluntad* (art. 10 CE) y apartarse del marco necesario que supone la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE), ignoró un dato clave, cual era que al fondo de la controversia, resuelta en equidad, le eran de aplicación normas imperativas del Derecho de la UE: nada menos que las Directivas MIFID. Un mínimo análisis del supuesto de hecho y una mínima búsqueda en la jurisprudencia del TJUE hubiera llevado al TC a citar y resolver de acuerdo con la doctrina asentada –por lo menos– en la sentencia *Almelo*, confirmando en consecuencia la impecable sentencia del TSJ de Madrid que correctamente anuló el laudo. Sin embargo, en un alarde de falta de sensibilidad con el Derecho de la UE y haciendo gala de un desconocimiento severo de la jurisprudencia del TJUE aplicable al caso, el TC proclama una “*irrazonable extensión de la noción de orden público*” al control de la compatibilidad del laudo con las normas imperativas del Derecho de la UE. Tal cual.

51. Ni que decir tiene que tan irrazonable extensión de la noción de orden público es la que ahora exige –lo exigía ya antes, de hecho– el TJUE (*supra* 18 y 19). Se da la circunstancia, por tanto, que lo único irrazonable del caso fue la irrazonable limitación en la apreciación del orden público que el TC impuso; cometiendo, de paso, una grave injusticia (la pervivencia del laudo correctamente anulado). Ya lo advertimos en su momento: “*Por fin, tan severa es la desconexión del TC con la jurisprudencia del TJUE que cabe incluso preguntarse si el mismo Tribunal ha vulnerado el derecho del justiciable a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que no ha resuelto conforme al sistema de fuentes establecido: al supuesto le eran de aplicación los criterios que el TJUE ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia y, sin embargo, no han sido aplicados*”³².

52. Interesa destacar que, en su fallo, el TC contempló un limitadísimo examen de las normas imperativas, pero inviable en la práctica en la medida en que prohibía revisar la motivación. Afirma en este sentido el TC que la apreciación de la cláusula de orden público “*sólo puede tener por objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución anterior*”. Y, sin embargo, dijo también que “*la motivación de los laudos carece de incidencia en el orden público*”. Difícil ecuación.

53. En cualquier caso, es evidente que estas afirmaciones no se sostienen a la vista de lo dicho en el fallo objeto de comentario. Pese a haberlo señalado ya (*supra* 18, 19), insistimos de nuevo en ello, por el cambio tan drástico que la sentencia *Seraing* impone: “*Esta exigencia [de control efectivo] implica,*

³⁰ STC 65/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:65. Cabe señalar que las graves divergencias de esta sentencia con la doctrina del TJUE –en su momento denunciadas– han sido confirmadas en la sentencia objeto de comentario. Al respecto, M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol 13, N° 2, pp. 745-753.

³¹ STC 146/2024, de 2 de diciembre, ECLI:ES:TC:2024:146.

³² M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol 13, N° 2, p. 753.

en principio, que esos órganos jurisdiccionales sean competentes para **examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio**". Respecto de la motivación –que afortunadamente no se tomó a pie de la letra por ciertos TSJ³³–, también merece la pena insistir en ello: ese control alcanza a la **interpretación** de los principios y las disposiciones –en sentido amplio– del Derecho de la UE; a las **consecuencias jurídicas**; a la **calificación jurídica**; y, a los **hechos en los términos en que han sido constatados y apreciados por el órgano arbitral**. En consecuencia, es tal el alcance de la revisión que el TJUE exige, que no se aprecia otro cauce que no sea el *examen* minucioso de la motivación para cumplir con el mandato impuesto. Motivación que, al contrario de lo que estima el TC, es un derecho más cubierto por el artículo 47 CDFUE.

54. La segunda sentencia citada –que consiste, básicamente, en una extensa recopilación de su propia jurisprudencia–, si bien incluye en el “juicio externo” el control de las normas imperativas del Derecho de la UE, vuelve a considerar que el TSJ de Madrid extendió irrazonablemente la noción de orden público, ignorando con ello los límites propios de la acción de anulación. Pues bien, de nuevo, lo único irrazonable del caso es la limitación, contraria a las normas nucleares del Derecho de la UE (art. 19 TUE y 47 de la CDFUE) y a la jurisprudencia del TJUE, que impone el mismo TC a la revisión del laudo. En efecto, la sentencia del TSJ de Madrid, que está en el origen del recurso de amparo que resuelve el TC mediante su sentencia, razona de forma exquisita –cita incluida de jurisprudencia del TJUE– por qué considera que al supuesto de hecho le eran de aplicación las normas de Derecho de la competencia de la UE (lo que, a su vez, contrasta con la parquedad absoluta del laudo sobre el particular).

2. La jurisprudencia del TC es incompatible con la jurisprudencia del TJUE: aplicación inmediata de la jurisprudencia *Seraing*

55. Como de lo hasta aquí dicho puede apreciarse, es tal la divergencia existente entre la jurisprudencia del TC y la jurisprudencia *Seraing* y es de tal contundencia el alcance de esta última, que un cambio claro de criterio en la jurisprudencia española es obligado.

56. En este sentido, conviene recordar que la sentencia *Seraing* debe desplegar efectos de inmediato, por lo que, en los supuestos de *dimensión europea*, los TSJ deben –desde ya– dejar de aplicar el irrazonable canon de revisión establecido por el TC e incorporar el amplio y riguroso canon de revisión impuesto por el TJUE. Sin esperar a la –de por demás– muy previsible respuesta que el TJUE dará a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid en este sentido.

3. La oportunidad de la cuestión prejudicial presentada por el TSJ de Madrid

58. También a la luz de la jurisprudencia anterior a *Seraing*, es fácil entender la oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid³⁴. A mi juicio, el TSJ tenía la obligación de corregir una deriva jurisprudencial –la del TC– que, a luz del control tan laxo que propone de las normas imperativas del Derecho de la UE, ponía seriamente en riesgo, nada menos, que la *primacía* y el *efecto directo* del Derecho de la UE.

³³ Como jurisprudencia de los TSJ posterior a la Sentencia del TC que, con el mejor de los criterios, sí anula por falta de motivación, cabe destacar: TSJ de Galicia de 17 de marzo de 2023, ECLI:ES:TSJGAL:2023:2189; TSJ de Navarra de 26 de octubre de 2023, ECLI:ES:TSJNA:2023:517; TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:11599.

³⁴ *Vid.* nota a pie núm. 4. La cuestión prejudicial contiene un voto particular que no comparto. De entrada, no puede hablarse de acto aclarado cuando las interpretaciones de los tribunales de los Estados miembros sobre el canon de control del laudo arbitral son totalmente divergentes. Pero es que, además, resulta que la jerarquía que impone el artículo 5 LOPJ no se aplica en la *dimensión europea*. En clave europea, la jerarquía que prevé este precepto no es tal. De hecho, nada impide que un Tribunal de instancia plantee en sede de ejecución una cuestión prejudicial sobre la interpretación de una norma europea previamente hecha por un TSJ en sede de anulación. La jurisprudencia del TJUE, ignorada también por el TC, es implacable al respecto. *Vid.* como último referente, STJUE de 26 de septiembre de 2024, *Energotehnica*, C-792/22, ECLI:EU:C:2024:788.

59. En este sentido, conviene recordar, además, que el TSJ de Madrid ha basado su cuestión prejudicial sobre el canon de control del laudo arbitral a la luz de las mismas normas invocadas en su momento por la *Cour de cassation* belga en la cuestión prejudicial que ha dado lugar a la sentencia *Seraing* (artículos 19 TUE y 47 CDFUE). En concreto:

- 1) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) haya de ser puramente externo, de modo que el órgano jurisdiccional competente de acuerdo con la Ley -arts. 8.5 y 41.1 LA - no pueda revisar, con plenitud de jurisdicción y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la decisión de los árbitros de no aplicar el Derecho imperativo de la Unión?
- 2) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) haya de ser puramente externo, de modo que el órgano jurisdiccional competente de acuerdo con la Ley —arts. 8.5 y 41.1 LA— no pueda revisar, con plenitud de jurisdicción, si los árbitros han aplicado correctamente el Derecho imperativo de la Unión de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE?
- 3) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) pueda verse limitado por la doctrina y los criterios que fija la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 146/2024, de 2 de diciembre?

60. Parece bastante evidente, por tanto, que todo lo dicho por el TJUE en esta sentencia lo volveremos a leer en la resolución judicial que, a la sazón, dicte el Tribunal de Luxemburgo; resolución judicial que bien podrá revestir la forma de *auto*, habida cuenta de que, en puridad, las cuestiones planteadas por el TSJ de Madrid ya han quedado resueltas.

VII. A modo de conclusión

61. La sentencia objeto de comentario supone un importantísimo desarrollo de la jurisprudencia del TJUE en lo que respecta a la relación *arbitraje v. Derecho de la UE*. Es, probablemente, la sentencia más importante dictada por este Tribunal hasta la fecha en esta materia.

62. La sentencia establece que, por aplicación de disposiciones nucleares del Derecho de la UE (arts. 19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE), el control del laudo arbitral resolviendo disputas en aplicación del Derecho europeo, ya sea a título principal o a título incidental, debe ser efectivo y en profundidad. Alcanza -nada menos- que a *la interpretación* de los principios y las disposiciones -en sentido amplio- del Derecho de la UE, a las *consecuencias jurídicas*, a la *calificación jurídica* y a los *hechos*.

63. Lo anterior no debería limitar la eficacia del arbitraje comercial. Por ello, el TJUE se conforma con un control *incidental*; un control que no debe pasar obligatoriamente por un traumático cauce de anulación. A futuro, por tanto, habrán de concebirse e incentivarse cauces de colaboración entre la autoridad de control y los árbitros. En este sentido, se ha sugerido ya la participación de la Comisión, por invitación de las partes, en el arbitraje³⁵; también podrán adoptarse soluciones previstas en el Derecho comparado (*Arbitration Act*), consistentes en elevar el laudo a una autoridad judicial para su control antes de dictarlo.

³⁵ E. PASTOR MARTÍNEZ, “De *Nordsee* a *Seraing*: arbitrabilidad y protección del orden público europeo en materia de Derecho de Competencia”, *La Ley Mercantil*, 2025, en prensa.

64. Por fin, la sentencia en cuestión afecta totalmente a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, pues ya adelanta el sentido de la próxima resolución. En este sentido, es seguro que el TJUE declarará la incompatibilidad de la última sentencia del TC con el artículo 47 CDFUE. Este artículo de la Carta se opone a un canon de control del laudo limitado como proclama el TC. Por tanto, en la *dimensión europea*, los TSJ deben aplicar, desde ya, el canon exigido por el TJUE en sede de anulación o execuátur, dejando de aplicar el canon de “control externo” que ha configurado el TC en su jurisprudencia.

Productividad, competitividad y mercado interior: análisis crítico de los informes Letta y Draghi^{1*}

Productivity, competitiveness and the internal market: A critical analysis of the Letta and Draghi reports

CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universitat Autònoma de Barcelona

Recibido: 30.05.2025/Aceptado:30.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9882

Resumen: Enrico Letta y Mario Draghi han elaborado dos informes sobre el futuro de la Unión Europea. Afirman una preocupante pérdida de productividad y competitividad frente a los Estados Unidos y China, así como ineficiencias en el Mercado Interior. Analizan sus causas de esta situación y proponen diferentes medidas que giran alrededor de la profundización en la integración del Mercado Único, la creación de campeones europeos, el cierre de la brecha tecnológica, la conjugación de la transición verde con el aumento de la competitividad y la reducción de las dependencias respecto de terceros. Su viabilidad suscita dudas. Políticamente va a requerir consensos difíciles de conseguir. Jurídicamente se enfrenta al problema del principio de atribución de competencias. Y económicamente, la consecución de la financiación necesaria genera riesgos para la sostenibilidad fiscal.

Palabras clave: Mercado Único, autonomía estratégica abierta, transición verde y transición digital.

Abstract: Enrico Letta and Mario Draghi produced two reports on the future of the European Union. They stress a worrying decline in productivity and competitiveness compared to the United States and China, as well as inefficiencies within the Internal Market. They analyse the causes of this situation and propose measures that essentially consist of deepening in the Single Market integration, creating European champions, closing the technological gap, combining the green transition with increased competitiveness, and reducing dependencies on third parties. The viability of these measures raises doubts. Politically, achieving a consensus will be extremely difficult. Legally, it faces the problem of the principle of competence allocation. Economically, securing the necessary financing poses risks to fiscal sustainability.

Key words: Single Market, open strategic autonomy, green transition and digital transition

Sumario: I. Introducción. II. Declive económico de la UE: síntomas y diagnóstico. III. Propuestas. 1. Innovación. 2. Mercado único, tamaño empresarial y política social. 3. Energía, descarbonización y competitividad. 4. Gobernanza de la unión. 5. Seguridad y defensa. 6. Política exterior: el papel de la UE en el mundo. 7. Financiación. IV. Valoración. 1. Condicionantes. 2. Diagnóstico. 3. ¿viabilidad política de las propuestas de Letta y Draghi? 4. ¿Viabilidad jurídica? 5. ¿Viabilidad económica? 6. Cuadratura del círculo. V. Conclusiones.

¹ * Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Reorientación de los instrumentos jurídicos para la transición empresarial hacia la economía del dato”. Proyectos de Generación de Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación. PID2020-113506RB-I00 (2021-2024). El investigador principal es José Antonio Fernández Amor. En segundo término, quiero expresamente agradecer las observaciones, comentarios e ideas de mis compañeros de Facultad Rafael Arenas, Josep Cid, Josep Maria De Dios, Ricard Esteban, Enric Fossas, Noelia Igareda, Claudia Jiménez, Montse Pi y Eduardo Rojo. Y tercero, todas las páginas web que se citan se consultaron por última vez el 30 de junio de 2025.

I. Introducción

1. 2024 fue año de elecciones en Europa. Del 6 al 9 de junio los ciudadanos europeos elegimos a los diputados del Parlamento Europeo que ocuparán sus escaños durante 5 años y condicionarán nuestro futuro con su política. La preocupación sobre este último extremo llevó a varias instituciones de la Unión a encargar informes para trazar la hoja de ruta de la política europea del próximo quinquenio. Entre ellos destacan los de Enrico Letta y Mario Draghi. El 30 de junio de 2023 el Consejo Europeo urgió la elaboración de un estudio independiente de alto nivel que identificara las trabas al funcionamiento del Mercado Interior y propusiera soluciones. Tres meses más tarde la Comisión y las presidencias española y belga del Consejo encargaron su elaboración a Enrico Letta, político, politólogo y profesor de universidad, que había sido eurodiputado entre 2004 y 2006 y Presidente del Consejo de Ministros de Italia entre 2013 y 2014. El 18 de abril de 2024 presentó el documento titulado *Much more than a market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, cuyo eje rotatorio es la necesidad de más integración². La premisa de partida es que el Mercado Único constituye uno de los grandes logros de la Unión, que ha permitido el progreso actual. Se creó para reforzar la integración europea y eliminar las barreras comerciales, garantizar la competencia leal y promover la cooperación y solidaridad entre los Estados miembros. Hoy en día se enfrenta a diversos obstáculos que dificultan que sea fuente de desarrollo y riqueza, por lo que se proponen medidas para superarlos. Esencialmente consisten en profundizar en él y ampliarlo.

2. La Comisión europea solicitó a Mario Draghi su opinión sobre el futuro de la competitividad de la Unión Europea. Ursula von der Leyen comentó que existían varios riesgos que nublaban su futuro, defendió la necesidad de estimular el crecimiento económico e invitó a la industria a liderar la transición verde. El director ejecutivo del Banco Mundial entre 1985 y 1990, gobernador del Banco de Italia desde 2006 hasta 2011 y posterior presidente del Consejo de Ministros de Italia (2021-2022) cumplió su cometido y el 9 de septiembre de 2024 presentó *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*³. Está formado por dos partes. La primera tiene carácter general y en ella muestra sus ideas para aumentar la competitividad de la economía europea. Se asientan en tres pilares: la necesidad de cerrar la brecha tecnológica con nuestros rivales más potentes, conjugar la transición verde con el aumento de la competitividad, e incrementar la seguridad y reducir nuestras dependencias respecto de terceros. La segunda parte es mucho más extensa y en ella se profundiza en los problemas y se hacen propuestas en los ámbitos siguientes: energía, materias primas críticas, digitalización y tecnologías avanzadas, redes de banda ancha de alta capacidad, computación e inteligencia artificial, semiconductores, industrias intensivas en energía, tecnologías limpias, vehículos a motor, defensa, espacio, industria farmacéutica, transporte, innovación, formación, inversión sostenible, competencia y gobernanza de la Unión.

3. No fueron los dos únicos informes que se elaboraron durante esta época, sino que ha habido más⁴. Entre ellos destaca el preparado por Sauli Niinistö, presidente de Finlandia desde 2012 hasta 2024, titulado *Safer Together. Strengthening Europe's Civilian and Military Preparedness and Readiness*⁵. En respuesta al encargo que le hicieron la Comisión europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad el 20 de marzo de 2024, valora los riesgos a los que están expuestos la Unión Europea y los Estados miembros en la coyuntura geopolítica actual y hace propuestas para hacerles frente⁶. La premisa de partida es que la seguridad es el principio básico de cualquier política económica y social, por lo que es necesario tenerla en cuenta al elaborar nuevas leyes, al revisar

² <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>.

³ https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059.

⁴ Respecto de los servicios financieros, véase M. HUERTAS, “Deciphering the Draghi Report plus lessons from the Letta Report and policymakers’ responses in the context of the Single Market for Financial Services”, *Legal.pwc.de*, 10.10.2024.

⁵ https://commission.europa.eu/document/download/5bb2881f-9e29-42f2-8b77-8739b19d047c_en?filename=2024_Niinis-to-report_Book_VF.pdf.

⁶ Véase la declaración de prensa de la presidenta de la Comisión y de Sauli Niinistö de 20.3.2024, Statement/24/1602, en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_1602.

las existentes o al considerar la financiación de cualquier proyecto. Coincide con Letta y Draghi en la urgencia de instaurar un mercado único para la industria de seguridad y defensa.

4. En el presente trabajo se analizan los informes Letta y Draghi, pues van a marcar la política del Consejo Europeo y de la Comisión en los próximos cinco años. De hecho, ya están influyendo en ella. Sin ir más lejos Ursula von der Leyen ha reconocido que se ha inspirado en el último al elaborar las directrices políticas de su mandato actual y tanto la *Strategic Agenda 2024-2029* del Consejo Europeo como la *Brújula para la Competitividad* y el *Pacto para una Industria Limpia* de la Comisión recogen las sugerencias de ambos⁷. También haré alguna referencia al informe Niinistö dada su trascendencia e influencia en la configuración del mercado único y las políticas exterior y de defensa. De este modo, en el epígrafe siguiente se expone el diagnóstico que hacen de la situación actual de la Unión Europea (§2). A continuación se explica el tratamiento que proponen (§3) y luego se valoran críticamente estos dos extremos (§4), terminando con las conclusiones preceptivas (§5).

II. Declive económico de la UE: Síntomas y diagnóstico

5. Enrico Letta, Mario Draghi y Sauli Niinistö afirman que el Mundo se halla en una etapa de transición. La coyuntura en la que se había basado la prosperidad de la Unión Europea hasta hace unos pocos años ha cambiado drásticamente y ha cogido a esta asociación de países a contrapié. Necesita actualizar su modelo económico para adaptarlo a la nueva realidad y seguir prosperando.

6. El diagnóstico de los tres autores se basa en diversos síntomas, que van apareciendo a lo largo de sus informes con mayor o menor intensidad⁸. El primero es la pérdida de productividad de la industria europea, que trae causa del envejecimiento de la población, de la falta de inversión adecuada, del menor tamaño empresarial y de la excesiva carga burocrática y legislativa, según Enrico Letta. En efecto, el politólogo italiano se refiere al envejecimiento y decrecimiento de la población europea, al que suma el debilitamiento de la economía. Sustenta la última afirmación en el dato comparado del Producto Interior Bruto: mientras que entre 1993 y 2020 el PIB de Estados Unidos aumentó un 60%, el de la Unión apenas llega al 30%. A estos hechos hay que añadir la pérdida de competitividad de las empresas europeas, que cada vez tienen más difícil el acceso a terceros mercados; justo lo contrario de lo que les sucede a las empresas chinas. Mario Draghi coincide con Enrico Letta en que el gran problema es la productividad, pero sitúa en su base la tecnología. De ahí que su receta pase por reducir la brecha en innovación con los países punteros en este ámbito, como Estados Unidos y China, y en evitar que la transición verde lacere la competitividad de la industria europea.

7. El segundo elemento destacado en los tres informes es el cambio en las reglas de juego de las relaciones internacionales. Explican que el panorama ha variado, desapareciendo el paradigma en el que fructificó la Unión Europea. La globalización, el comercio libre y la cooperación internacional han dejado paso a guerras, tanto militares como comerciales, al proteccionismo, a la desconfianza, al ansia por la seguridad y al desalineamiento o realineamiento de intereses. Todos comentan las perniciosas consecuencias que está teniendo el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania. Destacan que es una de las razones de la crisis energética en la que está sumida la Unión Europea y que repercute tan negativamente en la competitividad de nuestras empresas al provocar un aumento de costes. Ha agravado las dependencias

⁷ *Statement by President von der Leyen at the joint press conference with Mario Draghi on the report on the future of EU competitiveness*, Bruselas 9 de septiembre de 2024 (Statement/24/4601); *Strategic Agenda 2024-2029*, disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/yxrc05pz/sn02167en24_web.pdf; *A Competitiveness Compass for the EU*, COM(2025) 30 final, disponible en https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2-e0ed18105a34_en y https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/clean-industrial-deal_es. Igualmente, T. RIBERA, “The Future of Competition Policy and Europe’s Strategic Autonomy: Closing Remarks at the 20th Annual GCLC Conference”, *Speech/25/1122*, 30.4.2025.

⁸ Son parecidos los riesgos a los que se refiere el Consejo Europeo en sus conclusiones de 23 de marzo de 2023 (EUCO 4/23, párrafo 13). Pueden consultarse las conclusiones en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-4-2023-INIT/en/pdf>.

tanto de nuestras empresas como de las administraciones públicas y de los Estados miembros respecto de terceros⁹.

8. Económicamente, el multilateralismo y la cooperación internacional han sido reemplazados por la alineación por bloques, el aumento del proteccionismo y la financiación pública de empresas que compiten globalmente. Esta situación es muy perniciosa para las compañías europeas pues, entre otras consecuencias, dificulta el acceso de sus productos a los consumidores de terceros países y a la adquisición de materias y materiales críticos. Existe una carrera global por el acceso a estos elementos y Europa parece haberse quedado atrás -por ejemplo, en África y Latinoamérica-.

9. El tercer síntoma es el rezago de la Unión respecto de la tecnología digital. Ha llegado tarde a la revolución tecnológica y no ha sabido sacarle provecho. Mario Draghi es muy crítico en este tema¹⁰. Afirma que uno de los grandes problemas de Europa es la brecha existente con Estados Unidos. El viejo continente no ha sabido capitalizar la transformación provocada por internet, no se han creado empresas tecnológicas y tampoco se ha incorporado la digitalización a la economía. Las razones son diversas y entre ellas destaca una inversión insuficiente, un escaso dinamismo empresarial, el insuficiente número de instituciones académicas de máximo nivel y la fragmentación del mercado. Por si fuera poco, las dependencias de proveedores externos en este ámbito son múltiples y preocupantes, ya que resulta extremadamente complicado reemplazar a los principales suministradores de infraestructuras, servicios y bienes tecnológicos a corto y medio plazo.

10. Pero la brecha tecnológica no sólo perjudica la economía europea, sino que pone en jaque los valores de la Unión. Basta señalar el daño que causa el incremento y difusión universal de las noticias falsas, del discurso del odio y de la instrumentalización de la inmigración¹¹. Aunque estas patologías han existido siempre, sus efectos nocivos se han incrementado exponencialmente con el desarrollo tecnológico al resultar cada vez más arduo separar la realidad de la ficción creada virtualmente. Estos dos factores alimentan los populismos que suponen una amenaza peligrosísima para la democracia en Europa y la unidad de los veintisiete Estados miembros.

11. Los factores anteriores incrementan los perjuicios que las dependencias de terceros entrañan. Tradicionalmente, su perniciosidad resultaba matizada por su carácter bidireccional: la parte fuerte no podía abusar demasiado de su poder debido a que resultaba perjudicada si desaparecía la relación de subordinación -por ejemplo, si la parte débil no podía continuar adquiriendo los productos o servicios de la dominante-. Con el cambio de escenario, las dependencias tradicionales han incrementado sus aspectos negativos y se han convertido en vulnerabilidades geopolíticas que la Unión no puede permitirse¹².

12. Cabe hacer una mención específica a la energía, a la que prestan gran atención los informes referidos, dada su importancia para la sociedad y la industria europeas. La guerra entre Rusia y Ucrania ha puesto de relieve los riesgos asociados a la excesiva exposición en este sector. Las empresas europeas

⁹ Igualmente aluden, aunque en mucha menor medida, a la delicada situación que atraviesa el Próximo Oriente a raíz del injustificable ataque de Hamas a Israel de 7 de octubre de 2023 y a la desmedida respuesta del Estado judío, a los ataques informáticos, así como al aumento de la tensión entre Estados Unidos y China. Este último dato presenta interés en cuanto que el país norteamericano ha dejado de ser el garante de la seguridad mundial, por lo que ahora la Unión debe velar por su propio bienestar e incrementar los recursos dedicados a seguridad y defensa.

¹⁰ M. DRAGHI, *The future of European competitiveness. Part A*, cit., pp. 19 ss.

¹¹ M. DEN HEIJER; J. RIJPMAN y T. SPIJKERBOER, "Coercion, prohibition, and great expectations: the continuing failure of the common European asylum system", *Common Market Law Review*, 53(3), 2016, pp. 607 ss.; D. THYM, "The 'Refugee Crisis' as a challenge of legal design and institutional legitimacy", *Common Market Law Review*, 53(6), 2016, pp. 1545 ss.; C. MOLINARI, "The EU and its perilous journey through the migration crisis: informalisation of the EU return policy and the rule of law concerns", *European Law Review*, 44(6), 2019, pp. 824 ss.

¹² E. LETTA, *Much more than a market*, cit., pp. 134 ss y DRAGHI, *The future of European Competitiveness. Part A*, cit., pp. 50 ss.

están pagando la energía más cara que muchos de sus rivales y eso lastra su competitividad¹³. Aunque la transición verde podría ser una solución, actualmente presenta el problema de la dependencia: muchas materias primas críticas están en manos de proveedores de terceros países, a los que están supeditados nuestros Estados y empresas. La suma de estos dos factores desincentiva la inversión, lo que complica todavía más encontrar una solución.

13. En cuanto a las causas de la crisis energética europea, Mario Draghi alude a cinco factores. El primero es la falta de recursos naturales en la Unión Europea. El segundo es que el mercado energético no funciona como es debido, lo que Letta atribuye al hecho de que la energía fue uno de los ámbitos que quedó fuera del perímetro del Mercado Único cuando se implantó, al considerarse más apropiado el control nacional. La tercera causa es la ineficiencia de la inversión en infraestructuras. Y algo parecido sucede con los procedimientos de autorización en este ámbito: son lentos e inciertos, lo que dificulta la inversión y la creación de las instalaciones y servicios necesarios. Por último, la carga tributaria es superior a otras partes del mundo, lo que castiga la competitividad y la productividad.

14. Otro de los factores que ha contribuido a la crisis actual es el déficit de financiación en la Unión Europea. Enrico Letta afirma que es menor que en otras partes del planeta sobre todo porque no se utiliza todo el potencial existente, que muchas veces acaba en manos de nuestros rivales, al ser más atractivos sus mercados o contar con medios de canalización más eficientes. Mario Draghi atribuye a tres circunstancias esta debilidad. La primera es la fragmentación de los mercados de capitales. A pesar de que se han hecho avances significativos en este ámbito, no se ha conseguido totalmente la Unión de Mercados de Capitales, ni está dando los resultados deseados. La segunda es una excesiva confianza en la financiación bancaria, que es muy reticente a apoyar la innovación disruptiva. Por último, la inversión pública resulta insuficiente dado que el presupuesto europeo es modesto, o al menos no se emplea eficientemente con vistas a conseguir un objetivo determinado y tiene aversión al riesgo.

15. También tiene un amplio margen de mejora la gobernanza de la Unión Europea. Resultan paradigmáticas las tres objeciones que hace Mario Draghi¹⁴. En primer lugar, la dispersión o carencia de una dirección única. Incluso cuando se consigue establecer unos objetivos comunes, luego no se respaldan con prioridad ni acciones coordinadas. Segundo, no se aprovechan suficiente ni adecuadamente los recursos colectivos de la Unión; en particular, su poder de gasto. La defensa y la innovación constituyen ejemplos sangrantes. Y tercero, falta coordinación en áreas clave. Las estrategias industriales de la Unión y de los veintisiete no se hallan adecuadamente conjugadas, lo que impide, o al menos dificulta en extremo, ofrecer una respuesta efectiva a los desafíos que vivimos. El autor de *The future of European competitiveness* critica la lentitud en la toma de decisiones, la fragmentación de intereses existentes y el número excesivo de autores con poder de veto.

16. Cabe referirse por último a la seguridad y defensa, pues los tres informes que comentamos afirman que existe un déficit en este ámbito, investigan sus causas y proponen diversas medidas de futuro¹⁵. Por ejemplo, Enrico Letta afirma que detrás de la debilidad europea hay cuatro factores. Primero, la escasa inversión de los veintisiete en este sector durante los últimos treinta años. Segundo, la fragmentación de la demanda que proviene de los Estados miembros. Sus consecuencias son la insuficiente agregación y coordinación del gasto público y la obstaculización al crecimiento de las empresas europeas especializadas. El tercer componente se solapa con el anterior: el politólogo italiano afirma que los diferentes momentos en que se produce la adquisición de los equipos de defensa por parte de

¹³ Así lo explica la Comisión en *The Clean Industrial Deal: A joint roadmap for competitiveness and decarbonisation*, COM(2025) 85 final, de 26.2.2025, pp. 2 s.

¹⁴ *The future of European Competitiveness. Part A*, cit., p. 4.

¹⁵ Los informes Letta y Draghi se refieren sobre todo a la defensa, aunque la ponen en relación con el espacio. Aunque alaban los logros conseguidos por Europa en este último ámbito, muestran su preocupación por el futuro debido a la pérdida alarmante de competitividad. Las razones son parecidas a las de la defensa: recursos industriales concentrados en pocos Estados y empresas, fragmentación del mercado, diversidad en las normas y falta de inversión privada.

las administraciones nacionales convierte a esos mercados en cautivos. El último factor es la falta de atención al desarrollo tecnológico¹⁶.

III. Propuestas

17. La solución a los problemas económicos de la Unión Europea pasa por aumentar su productividad y, con ello, ganar competitividad. La dificultad reside, evidentemente, en cómo conseguirlo. Letta y Draghi proponen reformas estructurales que entroncan con la idea de autonomía estratégica abierta. Debido a la voluntad de respetar los límites del encargo recibido, el primero ciñe sus propuestas al Mercado Único, al que considera imprescindible para conseguir los tres objetivos que la Unión se ha marcado: las transiciones leal, verde y digital, continuar con la ampliación y mejorar la seguridad de Europa. El segundo explica que Europa tiene los fundamentos para que su economía sea puntera, pero actualmente se halla estancada. La clave para superar los obstáculos que la atenazan reside en la competitividad, que es esencial para conseguir mayor productividad y seguir creciendo. Hoy en día aquella no se basa en los costes laborales sino en el conocimiento y las habilidades que tiene la fuerza de trabajo. Para aumentarlos, Draghi propone una nueva estrategia industrial para Europa que se basa en tres factores: i) reducir la brecha en innovación, ii) bajar el precio de la energía y aprovechar todas las ventajas de la descarbonización, y iii) aumentar nuestra seguridad y reducir nuestras dependencias.

1. Innovación

18. Una de las principales propuestas de Mario Draghi es cerrar la brecha en innovación que hay con Estados Unidos y China¹⁷. Denuncia que la estructura industrial europea ha quedado obsoleta, que pocas empresas son disruptivas y que falta de dinamismo empresarial así como inversión en investigación e innovación. El problema no reside en la falta de talento o ambición, que sí existe, sino en la dificultad de comercializar las ideas que los innovadores europeos tienen debido a las restricciones burocráticas y legislativas. Destaca que existe un círculo (vicioso) entre la baja inversión y la escasa innovación, el sistema educativo y la fuga de talento. Para los innovadores es más fácil acudir a la inversión y al mercado estadounidense que comercializar sus proyectos en casa.

19. El ex director del Banco Central Europeo establece un programa para combatir el déficit en innovación¹⁸. Pero reconoce que hay sectores que ya están perdidos, pues la Unión no puede cerrar la brecha digital, o los costes necesarios para ello son excesivos. En cambio, hay que apostar por la inteli-

¹⁶ También F. LÓPEZ VICENTE; M. RODRÍGUEZ VIVES y J. ROJAS, "El gasto público en defensa, orden público y seguridad en España y en la Unión Europea", *Boletín Económico del Banco de España 2024/T*, pp. 5 s.

¹⁷ Respecto de la innovación y el posicionamiento de los diferentes países en esta materia, véase el *European innovation scoreboard 2024*.

¹⁸ En las páginas 29 ss. propone mejorar las condiciones para la innovación disruptiva subsanando las deficiencias de los programas de I+D+i. Entre otras medidas, hay que reducir los objetivos a conseguir, pero deben ser claves, aumentar la financiación, conseguir la excelencia en la gobernanza y mejorar la coordinación de los organismos competentes de los Estados miembros. Segundo, hay que conseguir que instituciones europeas lideren la investigación a nivel mundial. Tercero, La Unión tiene que facilitar la explotación de creaciones industriales, de modo que sea fácil que los inventores se conviertan en empresarios. Así, es necesario reducir las barreras burocráticas, aminorar los costes de obtención de derechos de exclusiva a las empresas jóvenes y ofrecer a las innovadoras un nuevo estatuto legal europeo. Cuarto, debe mejorarse el entorno financiero para la innovación disruptiva y las empresas de nueva creación. Igualmente, hay que eliminar los obstáculos que impiden o lastran su crecimiento. Quinto, hay que fomentar el despliegue de la inteligencia artificial en Europa, aumentando la capacidad computacional y poniendo a su disposición una red de ordenadores de alto rendimiento. Igualmente, a fin de conseguir la mayor integración de la inteligencia artificial en la industria europea posible, Draghi sugiere promover la coordinación intersectorial, facilitar el intercambio de datos y garantizar el acceso a las tecnologías que la industria necesita. En cuanto a las telecomunicaciones, hay que conseguir que se incremente la inversión en conectividad y la consolidación de los operadores existentes. Eso sí, debe preservarse el bienestar del consumidor y la calidad del servicio. Por último, también hay medidas para el sector farmacéutico, entre las que destacan fomentar la investigación y la innovación y permitir el uso secundario de datos sanitarios con fines de investigación.

gencia artificial e integrarla en la industria europea. Subraya la necesidad de poner el foco de atención en las habilidades y competencias de los trabajadores, en sentido amplio.

20. Enrico Letta se manifiesta en la misma dirección. Advierte que la Unión se ha quedado atrás en materia de innovación e investigación y propone crear una quinta libertad -que se suma a las de mercancías, servicios, personas y capitales- para mejorar la investigación, la innovación y la educación. Para ello, aconseja instaurar ecosistemas industriales líderes, armonizar los mecanismos de intercambio de datos transfronterizos a fin de aumentar su tráfico, fomentar la movilidad intraeuropea y crear programas que mejoren las habilidades digitales de los ciudadanos. Merece destacarse su defensa de la necesidad de “democratizar” estas medidas, de modo que las personas y empresas con menos recursos también puedan beneficiarse de ellos.

2. Mercado Único, tamaño empresarial y política social

21. El segundo tema que merece una atención especial es la integración de los mercados europeos, pues sobre él pivota la propuesta de Enrico Letta. Se asienta en tres pilares: mayor integración, mayor tamaño empresarial y preservación de la política social. Mayor integración significa que hay que intensificar el Mercado Único y extender su perímetro. En la mayoría de los sectores, hace tiempo que se abandonó la idea del Mercado Común -supresión de los aranceles para facilitar la libertad de circulación- en favor de un espacio integrado, en el que se han eliminado tanto las barreras físicas como las técnicas y fiscales¹⁹. El análisis de los avances conseguidos demuestra el acierto del cambio, pero que hay margen de mejora. El que fuera primer ministro italiano en 2013 y 2014 apuesta por seguir profundizando en este ámbito para conseguir más réditos económicos. Así debe hacerse, por ejemplo, en materia de transporte. A pesar de los esfuerzos realizados y de los avances conseguidos, queda mucho por hacer, sobre todo respecto del ferrocarril, en el que no se ha conseguido un único mercado. Entre otras medidas, propone establecer una gran red paneuropea de alta velocidad que una las capitales europeas y las grandes ciudades, así como garantizar la resiliencia de la infraestructura, que está en riesgo debido al cambio climático, y conseguir que también esté al servicio de la movilidad en seguridad y defensa²⁰.

22. Hay otros sectores que quedaron al margen del Mercado Único cuando se instauró al considerarse que las políticas nacionales eran más eficientes. Es el caso de las comunicaciones electrónicas, la energía y los mercados financieros²¹. Enrico Letta propone integrarlos dentro del Mercado Único, de modo que se acabe con la fragmentación estatal. Resulta paradigmático el primer sector, puesto que, a pesar de que todavía hay veintisiete mercados nacionales de comunicaciones electrónicas, se ha conseguido que exista competencia y que los consumidores salgan beneficiados²². Sin embargo, el futuro es más que incierto para la industria europea. La razón es que resultan necesarias inversiones enormes para conseguir las infraestructuras adecuadas, impulsar la innovación y garantizar que las transiciones digital, verde y leal pueda conseguirse. En la actualidad, los operadores son pequeños y no tienen los incentivos necesarios para realizar las inversiones adecuadas. La solución, según Enrico Letta, es un mercado único integrado para las comunicaciones electrónicas, que constituya el caldo de cultivo apro-

¹⁹ Sobre la evolución del Mercado Común al Mercado Único, K. MORTELMANS, “The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what’s in a market?”, *Common Market Law Review*, 35, 1998, pp. 102 ss. También presenta interés la crítica al Acta Única Europea de P. PESCATORE, “Some critical remarks on the ‘Single European Act’”, *Common Market Law Review*, 24, 1987, pp. 10 ss.

²⁰ Respecto de los últimos avances en materia de transporte, téngase en cuenta el Reglamento 2024/1679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte, y por el que se modifican el reglamento 2021/1153 y el Reglamento 913/2010 y se deroga el Reglamento 1315/2013.

²¹ Sobre la evolución de la política energética en la Unión Europea, M.T. COSTA-CAMPI y E. JOVÉ-LLOPIS, “Marco general de la política energética europea y sus avances hacia la neutralidad climática”, *Revista de Economía ICE*, 923, 2023, pp. 35 ss.

²² Véase una muy interesante comparación de los mercados estadounidense y europeo en T. PHILIPPON, *The Great Reversal. How American Gave Up on Free Markets*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge y London, 2019.

piado para la innovación digital, que disponga de la financiación necesaria, reduzca la dependencia de las infraestructuras y de los servicios de terceros y permita a los operadores crecer lo suficiente como para conseguir esos objetivos. Todo ello, sin perjudicar la protección de los consumidores y teniendo en cuenta que la cibercriminalidad es una amenaza muy preocupante. De ahí que también sea necesario mejorar la gobernanza, que hoy en día está en manos de los Estados miembros. El informe propone la instauración de una autoridad europea que garantice la coherencia de las normas europeas y la posibilidad de servicios transfronterizos. Los aspectos y cuestiones domésticas continuarían bajo el poder de los reguladores nacionales independientes.

23. Ahora bien, no sólo es necesario profundizar en el Mercado Único, sino que la Unión precisa empresas de gran volumen. Las razones son cuatro. La primera es que el tamaño importa a efectos de competencia: sólo las grandes pueden concurrir a nivel global, lo que es esencial para que la Unión Europea mantenga su influencia en el tablero económico mundial. Segundo, pueden beneficiarse de economías de escala, lo que les permite reducir costes, aumentar eficiencia e invertir en investigación y desarrollo, lo que es imprescindible para innovar y crecer cualitativamente. Estrechamente conectada con esta razón está la tercera: las grandes compañías tienen una mayor capacidad de inversión que las pequeñas, que es justo lo que necesitan las transiciones verde y digital. Por último, el tamaño ayuda a la resiliencia y a la seguridad. Las firmas voluminosas son más autosuficientes y menos dependientes de actores externos.

24. Pero no todo deben ser grandes sociedades. Letta explica que la inmensa mayoría del tejido empresarial europeo está formado por pequeñas y medianas empresas y no es necesario que cambie. Considera que deben continuar existiendo y que la relación con las de mayor tamaño debe estar presidida por el principio de competencia leal. Ninguna compañía debe crecer a costa de conculcarlo, pues es la base de la protección del consumidor y del progreso económico. Tener grandes compañías tampoco significa apostar por los campeones nacionales, pues pueden esquilmar el mercado europeo y la lealtad concurrencial. El politólogo italiano plantea crear un entorno económico en el que las firmas europeas, independientemente de su nacionalidad, puedan ganar músculo para poder competir globalmente. Argumenta que la UE debe apoyar a las empresas que tienen el potencial de liderar en innovación y sostenibilidad, sin importar el Estado miembro de origen. Esto incluye promover políticas que faciliten la colaboración transfronteriza y la integración del mercado europeo. La idea es que, al fortalecer el mercado interior y fomentar la competitividad, las empresas europeas en su conjunto se beneficiarán, lo que a su vez fortalecerá la posición de la UE en la economía global²³.

25. El tercer pilar es el fortalecimiento de la dimensión social. La apuesta por optimizar el Mercado Único y aumentar el volumen de las compañías no implica abandonar la vertiente social que ha caracterizado el modelo europeo hasta el momento; al contrario, el politólogo italiano apuesta por su vigorización con cinco medidas²⁴. La primera es la libertad para quedarse. Constituye el contrapunto a las libertades de circulación que han caracterizado la política europea hasta el momento y significa que hay que crear las condiciones socioeconómicas necesarias para que las personas no tengan que abandonar una región o lugar si no quieren²⁵. El segundo grupo de sugerencias va dirigida a reforzar la política social de la Unión y persiguen tres objetivos: extender los beneficios del trabajo a cada vez mayor número

²³ V. POU, “Los informes de Enrico Letta y Mario Draghi sobre el mercado interior y competitividad, respectivamente, marcarán la legislatura 2024-2029 de la Comisión Europea”, *Forum Libertas*, 18.9.2024.

²⁴ En la misma dirección, pero con anterioridad, F. BERNAL SANTAMARÍA, “El pilar europeo de los derechos sociales y el Plan de Acción: por fin, ¿el modelo social europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1), 2022, pp. 47 ss. También presenta gran interés la tesis de B. DE WITTE, quien mantiene que la legislación sobre del mercado interior se está utilizando para conseguir fines de política pública no económica. Véase su “Internal Market legislation as European public policy”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 80, 2025, pp. 11 ss.

²⁵ Para ello propone diversos remedios, entre las que destacan el mantenimiento de la política de cohesión, el apoyo a las regiones en declive económico, el fomento de la cooperación interestatal e interregional, el refuerzo de las infraestructuras y habilidades digitales, el incremento de la inversión en servicios de interés general y la puesta en práctica de una política de vivienda efectiva.

de personas, evitar una carrera por reducir los costes empresariales a expensas de rebajar los estándares laborales, ambientales o de calidad, y preservar y consolidar la economía social de mercado. Entre las acciones que formula destaca el incremento del diálogo social y el aumento de la implicación de los sindicatos y de las organizaciones de trabajadores²⁶. Tercero, las pequeñas y medianas empresas deben seguir jugando un papel en la economía europea y para ello es necesario que se puedan beneficiar del Mercado Único. El inconveniente reside en que no lo perciben como una fuente de oportunidades sino de obstáculos. Para Letta el problema no es el Mercado Único en sí, sino su funcionamiento. En particular, la diversidad y variedad de prácticas contractuales, de normas jurídicas en los Estados miembros, la dificultad de acceder a la información legal y los costes de la regulación. Para sortear este obstáculo propone crear un “Código europeo de Derecho mercantil para un Mercado Único más sencillo”²⁷. No substituiría el Derecho mercantil de los Estados miembros, sino que sería un nuevo régimen jurídico que se añadiría a éstos y al que podrían someterse libremente las empresas.

26. El Mercado Interior y las empresas europeas también pueden beneficiarse de la mejora de las normas tributarias. El autor de *Much more than a Market* pone el acento en tres aspectos. El primero es la fragmentación nacional, que constituye una traba para la economía. La alineación tributaria facilitaría la libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales, promoviendo el crecimiento y la inversión privada. Segundo, hay que luchar contra la planificación fiscal agresiva, la elusión y la evasión fiscales. Y tercero, debe facilitarse el cumplimiento de las leyes tributarias.

27. El último grupo de medidas tiene por objeto a los consumidores, cuya protección considera ineludible incrementar. Para ello, propone cinco acciones. Primero, obligar a las empresas a proporcionar información clara y transparente sobre sus productos y servicios. Segundo, reforzar los derechos de los consumidores a fin de protegerles contra las prácticas comerciales desleales y abusivas. Tercero, conseguir que los productos sean más seguros, lo que implica implementar estándares más estrictos y realizar controles de calidad más rigurosos. Cuarto, facilitar el acceso a la Justicia, de modo que sea menos costoso hacer valer los derechos de los consumidores. Por último, campañas de educación y concienciación que incrementen su conocimiento sobre los derechos que tienen y las formas de ejercitarlos.

3. Energía, descarbonización y competitividad

28. Cabe hacer una mención especial al sector de la energía dada su importancia político-económica y a la atención que se le dispensa en los informes Letta y Draghi. Constituye un problema para la Unión Europea debido a la falta de recursos naturales. A diferencia de otros países y regiones, los veintisiete no son productores de energía, sino que la importan de terceros países, lo cual genera dependencias muy preocupantes y repercute negativamente en la economía: las empresas europeas pagan la energía más cara que sus rivales, lo que disminuye su competitividad²⁸.

29. Los dos autores italianos coinciden en la necesidad de continuar con la llamada transición verde debido a la obligación de combatir el cambio climático, al hecho de que la Unión Europea sea una potencia mundial en energías renovables y al ahorro de costes. Sin embargo, advierten que no va a ser fácil. Primero, su implantación es harto compleja y puede generar grandes desembolsos a corto plazo, lo que lastrará la competitividad de nuestra industria. Segundo la competencia en este ámbito cada vez es mayor y las empresas chinas van comiendo terreno a las europeas. Por último, la descarbonización exige

²⁶ J. GONZÁLEZ MÍNGUEZ (“El informe Letta: un conjunto de recetas para dinamizar la economía europea”, *Documentos ocasionales n.º 2430 Banco de España*, 2024, p. 21, nota 4) reprocha a Letta no haber tenido en cuenta las transformaciones que la revolución tecnológica tiene en el ámbito laboral. No comparto su objeción, pues el politólogo se refiere a ellas al exponer la libertad para quedarse. Aunque no descendiende a los detalles, sí que las ha tomado en consideración, plasmado en su informe y posicionado a favor de incrementar no sólo las infraestructuras sino las habilidades digitales de los trabajadores.

²⁷ *Much more than a market*, cit., pp. 107 ss.

²⁸ European Commission, *The Clean Industrial Deal*, cit., p. 2.

contar con unas materias primas y materiales críticos que no se hallan en territorio europeo, con lo que se plantea de nuevo el tema de las dependencias.

30. Draghi y Letta ofrecen varias soluciones. El primero advierte de la necesidad de armonizar la descarbonización con la competitividad de la industria europea: es preciso un plan conjunto que combine estos dos elementos²⁹. Sus principales elementos serían cinco. Primero, bajar los precios de la energía para que los consumidores finales se beneficien de la transición verde³⁰. Segundo, acelerar la descarbonización y conseguir que el viejo continente sea técnicamente neutro. Acertadamente, Mario Draghi critica la complejidad y lentitud de los procedimientos de autorización de nuevas instalaciones. Tercero, crear un mercado europeo único de la energía, con una supervisión única supraestatal. Cuarto, garantizar la existencia de cadenas de suministro, la posibilidad de que aparezcan nuevos mercados y no permitir que las ayudas estatales distorsionen la competencia³¹. Por último, hay que terminar con las servidumbres a terceros, tanto respecto del suministro de energía como del acceso a materias primas y materiales críticos.

31. Enrico Letta pone el acento en la necesidad de integrar la energía dentro del Mercado Único. Para ello es necesario que los Estados miembros cooperen y confíen unos en otros. Igualmente, hay que contar con una infraestructura que permita a las empresas europeas acceder a la energía donde quieran y cómo quieran, amén de conocer los precios de antemano. También deben aprobarse medidas para garantizar la ciberseguridad, controlar las inversiones extranjeras en sectores estratégicos e implementar una diplomacia energética que permita cooperar con terceros países en los que se pueda confiar³².

4. Gobernanza de la Unión

32. Tanto Letta como Draghi están de acuerdo en la necesidad de optimizar el marco legislativo y la gobernanza de la Unión. Consideran excesiva la carga burocrática y normativa que soportan nuestras empresas, lo que reduce su competitividad tanto frente a las firmas extranjeras como de las PYMEs respecto de las grandes compañías. Entre otros aspectos, denuncian los efectos perniciosos de la fragmentación legislativa nacional.

33. Ambos creen que hay capacidad de mejora en las principales fases de la creación y aplicación de las leyes. Así, en cuanto a las propuestas legislativas, Letta afirma que hay que optimizar los procesos de consulta y empoderar a los interesados más débiles, a los que tradicionalmente se ha prestado menos atención. Algo parecido sucede con los trabajos legislativos: sugiere reformar las instituciones europeas para superar los defectos de gobernanza actuales. En particular, adoptar un “federalismo pragmático” que permita una toma de decisiones más ágil y eficiente. También la aplicación de las normas resulta difícil,

²⁹ El 28 de junio de 2024 se publicaba en el DOUE el Reglamento 2024/1735 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas, conocido como *Net-Zero Industry Act*. Sus objetivos coinciden con las propuestas de Draghi: aumentar la producción de energías limpias, simplificar los procedimientos administrativos, fomentar la inversión en este campo, desarrollar capacidades de captura y almacenamiento de carbono e impulsar la formación y el empleo de calidad.

³⁰ A mi modesto entender, deberían proponerse rebajar los costes a las empresas, de modo que éstas puedan ser más competitivas y bajar los precios para los consumidores finales para que éstos también se beneficien de la descarbonización no sólo con un medio ambiente más sano. Esa idea está presente en *A Competitiveness Compass for the EU*, cit., p. 9.

³¹ Cabe recordar que la UE cuenta con una norma para luchar contra las ayudas públicas de terceros Estados: el Reglamento 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior.

³² Respecto del control de las inversiones extranjeras, cabe recordar la vigencia del Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión y del Reglamento 2023/2675 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países. Respecto de este último instrumento, véase C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, “El difícil camino hacia la regulación de la lucha contra la coerción económica en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 75, 2023, pp. 173 ss.

sobre todo debido a su complejidad y volumen. Las soluciones recetadas no han surtido el éxito esperado. Letta propone otras, entre las que se halla la creación de una *Single Market National Office*, a nivel nacional, y una *EU Single Market Office*, a nivel europeo. Y si el cumplimiento resulta difícil, perseguir los incumplimientos también lo es. Los recursos existentes están infrautilizados, con lo que no se alcanza la finalidad desincentivadora. Por otra parte, se hace eco de la crítica a los procedimientos existentes por no ser suficientemente transparentes, resultar excesivamente largos e imponer sanciones que no son desincentivadoras. Por eso, exhorta a simplificar la legislación europea: hay que conseguir que existan menos normas, que comporten la mínima carga posible para los administrados y, a la vez, que sean relevantes y eficientes. Para ello, entre otras iniciativas, apuesta por utilizar las tecnologías digitales.

34. El informe Draghi es más amplio y está mejor estructurado. Demanda una mejora en la gobernanza de la Unión Europea que descompone en tres medidas. La primera es perfeccionar la focalización del trabajo. Es decir, aumentar la coordinación en las áreas esenciales, pues existen instrumentos que no han sido eficaces. La segunda consiste en acelerar los trámites legislativos y aumentar las materias en que las leyes se aprueban por mayoría cualificada del Consejo en lugar de por unanimidad. Y tercero, simplificar el *acquis* legislativo. Recuerda que la Comisión lleva tiempo trabajando en esta dirección (*Better Regulation Agenda*), pero su actuación no ha sido eficaz. De ahí que proponga reducir las disposiciones a las que se encuentran expuestas las empresas, así como la carga burocrática que soportan, la creación de una vicepresidencia de la Comisión para la simplificación normativa y adoptar una metodología para calcular los costes del acervo legislativo.

5. Seguridad y defensa

35. Uno de los aspectos más interesantes de los informes Letta y Draghi es su apuesta por un mercado europeo de seguridad y defensa³³. Y a ellos cabe sumar el informe Niinistö que versa exclusivamente sobre este tema³⁴. Sin lugar a dudas, la razón del interés por esta materia se debe a los síntomas que hemos descrito antes; sobre todo, los cambios geopolíticos acaecidos recientemente y las dependencias de la Unión y los veintisiete respecto de actores externos³⁵. Pero también existen diversas circunstancias que son propias de la seguridad y que explican la preocupación actual por esta materia³⁶. La primera es la falta de inversión de los veintisiete, seguramente debido a la confianza en la OTAN y al papel que ha jugado tradicionalmente Estados Unidos como Cancero de Occidente. La segunda es la dimensión nacional de las políticas de seguridad y defensa, que explica el recelo de la Unión Europea a intervenir. Y tercero, la falta de coordinación y cooperación de los veintisiete reduce la eficacia de sus inversiones individuales, incrementa la vulnerabilidad exterior, perjudica la estandarización y compromete la interoperabilidad.

³³ En cuanto a las propuestas de Mario Draghi en materia de defensa, son muy interesantes las objeciones del Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Primero, critica la falta de detalle de las medidas de política comercial exterior. Segundo, subraya la importancia de no repetir la estrategia “extractivista” del pasado. Y tercero, considera que no se han tenido suficientemente en cuenta las particularidades del mercado de equipamientos militares. De ahí que concluya que la consecución de un mercado único exigirá una mejora sustancial de la gobernanza europea. Véase J. BORRELL, “¿Un salto adelante? El informe Draghi y el futuro geopolítico de Europa”, *European Union External Action*, 26.9.2024.

³⁴ Los análisis y las propuestas de los tres informes tienen sus antecedentes en los dos documentos siguientes, entre otros: European External Action Service, *A Strategic Compass for Security and Defence*, Bruselas 21.3.2022 y Comisión Europea y Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, *Una nueva Estrategia Industrial de Defensa Europea: lograr la preparación en materia de defensa de la UE a través de una industria de defensa europea resiliente y con capacidad de respuesta*, JOIN(2024) 10 final, Bruselas, 5.3.2024.

³⁵ Resultan significativos los datos que ofrece J.A. NÚÑEZ VILLAVARDE, “El camino equivocado de militarizar la UE”, *El País*, 28.1.2025. El 78% del material adquirido por los Estados miembros procede del exterior, siendo Estados Unidos el principal proveedor con un 63% del total. En cambio, las compras conjuntas sólo suponen el 18% del total de adquisiciones.

³⁶ La editorial de la *Common Market Law Review* (“The passion for security in European societies”, 61(2), 2024, pp. 283 ss.) denuncia la cada vez mayor sensación de inseguridad que experimenta la sociedad europea, que está llevando a la asunción de mayores prerrogativas por parte de los Estados en clave de inteligencia y vigilancia y a un recorte de las libertades básicas. Critica esta situación y exige la anteposición de los valores europeos; sobre todo, de los derechos y libertades de los ciudadanos.

36. Antes que nada, cabe identificar el objeto de análisis pues los tres informes mantienen una concepción muy amplia de “seguridad”³⁷. Por ejemplo, Letta entiende que influye en las políticas energética y financiera, incluye las ciberamenazas y condiciona las infraestructuras, la conectividad, la salud, la tecnología y el espacio. También Niinistö adopta un concepto amplísimo que comprende tanto la defensa, terrorismo incluido, como la sanidad y los desastres medioambientales. Esa visión tan vasta se confirma a lo largo de sus propuestas pues considera que la seguridad debe estar presente en todos los sectores económicos y propone vincular la sociedad civil con la administración pública. Es decir, la seguridad no debe quedar en manos exclusivamente de las fuerzas y cuerpos estatales, sino que es necesaria la comunión de los ciudadanos y empresas con las administraciones públicas para afrontar todas las contingencias posibles. De ahí que proponga que las infraestructuras, la industria y la tecnología -así como las inversiones correspondientes- sean duales, de modo que la sociedad civil pueda beneficiarse del desarrollo militar y a la inversa. Pero no se queda ahí, expone la necesidad de preparar a los ciudadanos: deben estar bien informados sobre las amenazas existentes y formarlos para que puedan hacerles frente con rapidez y eficacia. Pone el acento en la resiliencia psicológica, el bienestar mental, la capacidad a largo plazo para hacer frente a riesgos mayúsculos y la educación -por ejemplo, en relación a la desinformación, ciberseguridad y la gestión de los desastres naturales-.

37. Los tres informes proponen diversas soluciones en materia de seguridad, que tienen tanto una dimensión intraeuropea como extraeuropea. La primera consiste en crear un mercado europeo de las industrias de seguridad y defensa, así como una estrategia europea para la seguridad. Niinistö explica que ésta consiste, esencialmente, en definir las funciones vitales para la sociedad y el gobierno de la Unión que deban ser aseguradas para su continuidad³⁸. Pone el acento en la necesidad de prepararse conjuntamente para los peores escenarios, lo que significa anticipar los riesgos, prevenirlos, crear estrategias de resistencia y adoptar las medidas para poder responder adecuadamente. Asimismo subraya la necesidad de que los Estados miembros actúen conjuntamente frente a las amenazas, tanto individuales como colectivas, pues los actores malignos aprovecharán cualquier discrepancia interna. De ahí la importancia de la confianza entre los veintisiete, del intercambio de información transfronteriza y de una legislación adecuada. En segundo lugar, la Unión debe tener competencias en esta materia y hay que acabar con la fragmentación nacional: todos los Estados miembros deben cooperar, agregar su capacidad de gasto y coordinar las adquisiciones de material de defensa además de su política³⁹. Respecto de la acción exterior, la clave está en acabar con las dependencias y recuperar la libertad de la Unión Europea, para lo que deviene clave la alianza con socios estratégicos.

38. Las instituciones europeas ya han empezado a implementar estas recomendaciones. La Comisión y la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad han presentado el *White Paper for European Defence Readiness 2030*, que constituye la hoja de ruta para reforzar la capacidad de defensa de la Unión Europea. Sus tres objetivos básicos son reducir la dependencia de los

³⁷ Al respecto J. HUYSMANS, “Security! What do you mean? From Concept to Thick Signifier”, *European Journal of International Relations*, 4(2), 1998, pp. 226 ss.

³⁸ Téngase en cuenta que antes de los tres informes, ya se habían aprobado la Directiva 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión (Directiva NIS2); la Directiva 2022/2557 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a la resiliencia de las entidades críticas y el Reglamento 2024/795 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de febrero de 2024, por el que se crea la Plataforma de Tecnologías Estratégicas para Europa (STEP). Con la primera norma se busca armonizar las medidas de ciberseguridad en todos los Estados miembros a fin de conseguir un entorno seguro para las infraestructuras digitales. El objetivo principal de la segunda norma es conseguir que éstas puedan continuar prestando servicios esenciales incluso en situaciones de peligro. En cuanto al Reglamento 2024/795, su finalidad es reforzar la soberanía estratégica, la seguridad económica y la resiliencia industrial de la Unión Europea en sectores clave -sobre todo, respecto de las transiciones verde y digital. En la doctrina, C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La creciente necesidad de legislación contra las amenazas cibernéticas, fuentes de graves daños transnacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 2022, pp. 10 ss., en particular 22 ss.

³⁹ En el mismo sentido, F. LÓPEZ VICENTE *et al.*, *loc. cit.*, pp. 9 ss., quienes proponer la reasignación, coordinación y adición de los gastos nacionales en materia de defensa para ganar eficiencia económica. Sin embargo, va a ser muy difícil llevar a cabo este tratamiento si los veintisiete siguen pensando que los grandes beneficiados de esta política son Alemania, Francia e Italia, como explica J.A. NÚÑEZ VILLAVARDE, *loc. cit.*

aliados externos, movilizar recursos significativos y apoyar a Ucrania. Para ello se propone incrementar la compra conjunta de material de defensa, fomentar la innovación tecnológica y crear un mercado único. En segundo término, la Comisión ha presentado una propuesta de Reglamento del Consejo para establecer la Acción de Seguridad para Europa (SAFE, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo es financiar el desarrollo de la industria de defensa europea⁴⁰. Esencialmente se concederán préstamos a los Estados miembros para que apoyen las inversiones en defensa, se simplificarán y acelerarán los procedimientos de adquisición conjunta de material y se mejorará la disponibilidad y entrega oportuna de productos de defensa. Por último, la Comisión ha publicado la Comunicación *Accommodating increased defence expenditure within the Stability and Growth Pact*, donde invita a los Estados miembros a incrementar su gasto y les explica cómo hacerlo sin infringir las normas fiscales de la UE⁴¹.

6. Política exterior: el papel de la UE en el mundo

39. El análisis de los síntomas de la pérdida de poder de la Unión Europea y de sus empresas en el mundo explica que las recetas propuestas por Enrico Letta y Mario Draghi en política exterior giren alrededor de dos objetivos: la autonomía estratégica y la recuperación de la influencia internacional. En efecto, el primer grupo de sugerencias persiguen acabar o reducir nuestras sumisiones respecto de terceros. Mario Draghi propone desarrollar una genuina política económica exterior, que asegure el acceso a recursos esenciales y el aprovechamiento de los propios de la Unión. De ahí la importancia de promover el reciclaje y la innovación para encontrar materiales alternativos. En concreto, sugiere las siguientes cuatro medidas: financiar la innovación y establecer laboratorios en centros de excelencia; crear incentivos fiscales para las empresas que se dediquen al diseño de chips y segmentos estratégicos; apoyar el potencial innovador de los chips; y coordinar los esfuerzos en los envoltorios 3D, materiales avanzados y procesos de finalización. Igualmente, estima crucial la protección de nuestras infraestructuras, recursos e industrias estratégicas, evitando que caigan en manos de terceros.

40. El problema de estas propuestas es que puedan resultar excesivamente proteccionistas y provocar un desalineamiento de intereses. Por eso Enrico Letta advierte que es necesario encontrar el equilibrio entre dos prioridades: preservar una economía abierta y dinámica, de un lado, y proteger los intereses económicos de la Unión, de otro. Aconseja cuatro acciones. La primera es proteger las tecnologías clave. Actualmente la atención se ha puesto en los semiconductores, la inteligencia artificial, la computación cuántica y la biotecnología; pero el político italiano considera que hay que ir más allá. Segunda, controlar las exportaciones para evitar que salgan de la Unión recursos esenciales⁴². En tercer lugar, mejorar la resiliencia de las cadenas de suministro⁴³. Y cuarto, delinear un perímetro de cooperación internacional, adaptable en función de las fluctuaciones geopolíticas, desarrollado con los aliados tradicionales y dentro de los marcos multilaterales existentes.

41. En cuanto a la influencia de la Unión y de las empresas europeas en el mundo, Letta explica que los cambios en la coyuntura internacional han diluido el “efecto Bruselas” y que es necesario trabajar para recuperar la influencia que teníamos⁴⁴. De ahí que deba llevarse a cabo una política comercial

⁴⁰ COM(2025) 122 final, Bruselas 19.3.2025.

⁴¹ C(2025) 2000 final, Bruselas 19.3.2025.

⁴² A lo que habría que añadir el control de la inversión extranjera para evitar que infraestructuras clave escapen al control de la Unión o de los veintisiete. Véase la nota 30.

⁴³ Téngase en cuenta que ya se ha aprobado el Reglamento 2024/2747 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2024, por el que se establece un marco de medidas relativas a una emergencia del mercado interior y a la resiliencia de dicho mercado. Pensado para incrementar la resistencia de la UE ante futuras crisis, entre sus objetivos se halla salvaguardar las cadenas de suministro críticas.

⁴⁴ Al respecto A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, OXP, New York, 2020. Opinaba que la crisis económica de la Unión Europea no afectaba a su liderazgo internacional, puesto que mantenía su influencia gracias a la eficacia mundial de sus normas y a su protagonismo en la cooperación internacional (pp. 7 ss.). Sin embargo, en la actualidad se están materializando los riesgos que la autora consideraba que podían poner en peligro ese liderazgo: la merma de

activa, basada en la cooperación, en normas comerciales justas y en la protección de la propiedad intelectual. En otras palabras, hay que fomentar una diplomacia económica que coordine las políticas comercial y exterior, de modo que se utilice el poder de mercado para influir en las relaciones con nuestros socios, que deben basarse en la sostenibilidad y la responsabilidad social.

42. La ampliación de la Unión merece mención especial. Enrico Letta considera que sigue siendo un objetivo deseable dados los beneficios que ha reportado en el pasado y que puede generar en el futuro. Sin embargo, advierte acerca de sus peligros, entre los que destaca que puede provocar la desunión de los veintisiete, impedir o romper consensos, generar crisis migratorias y desafíos geopolíticos -sobre todo, vista la agresión de Rusia a Ucrania-. Para neutralizarlos, conviene poner mucha atención en los métodos y tiempos de la expansión, exigir que los países candidatos cumplan los criterios de Copenhague para convertirse en Estados miembros, conseguir financiación para compensar los desequilibrios y que la integración sea fluida, y comprobar que los nuevos miembros disponen de instituciones y mecanismos que garanticen que los fondos que reciben van a ser utilizados de forma óptima⁴⁵.

43. Por último, la política exterior también tiene gran importancia para la seguridad, pues buena parte de las amenazas a las que se ve expuesta la Unión no sólo provienen del exterior sino que tienen una dimensión transnacional o global. De ahí que Sauli Niinistö proponga utilizar la diplomacia y colaborar estrechamente con otros países y regiones; sobre todo, con aquéllos que se ven expuestos a los mismos riesgos. La idea es conseguir alianzas fuertes que nos permitan hacer frente a las amenazas con mayores garantías de éxito y buscar la resiliencia mutua.

7. Financiación

44. La implementación de las sugerencias de Letta y Draghi va a necesitar una inversión enorme, tal como ellos mismos reconocen. El primero explica que el principal obstáculo para conseguir los objetivos de la Unión Europea -las transiciones leal, verde y digital, la ampliación a nuevos países y la mejora de las facultades de defensa- no es la ideología sino los costes⁴⁶. El último calcula que será necesario pasar del 22% del PIB actual al 27%, lo cual comporta el riesgo del aumento de la inflación, con los consabidos miedos y reticencias⁴⁷.

45. Letta dedica una parte importante de su informe a la financiación y propone una actuación en tres fases: movilizar el capital privado, redefinir las ayudas de Estado y conseguir inversión pública paneuropea. El objetivo inicial debe ser activa la inversión privada, pues es uno de los grandes hándicaps de la UE frente a otras potencias globales. En Europa no se utiliza todo el potencial existente, que muchas veces se desvía a otras partes del mundo -sobre todo a los Estados Unidos- donde hay menos cargas burocráticas y más querencia por el riesgo y el emprendimiento. Para revertir esta situación, e incrementar nuestro atractivo como destino preferido de los inversores, el político italiano sugiere la

la globalización, la posibilidad de adaptar la producción a las particularidades de cada región gracias al desarrollo tecnológico y la desunión interna (pp. 265 ss.).

⁴⁵ En sentido parecido se pronuncia la editorial de *Common Market Law Review*, “Another “Big Bang” enlargement? Three candid suggestions to start preparing”, *Common Market Law Review*, 61(4), 2024, pp. 901 ss. En primer lugar, exige un mayor compromiso tanto de las instituciones europeas como de los Estados miembros con los valores de la Unión; en particular, con el estado de Derecho y la democracia. Segundo, deben cooperar plena y lealmente en la implementación de las decisiones estratégicas de la Unión Europea; sobre todo, respecto de la ampliación. Y tercero, es necesaria la implicación de los Estados candidatos en la gobernanza de la Unión -aún antes de que se produzca la adhesión.

Ahora bien, no se trata de una cuestión nueva, sino que las anteriores ampliaciones de la Unión Europea se han hecho en base a una estrategia pre-ampliación. Al respecto, M. MARESCEAU, “Preaccession”, en M. CREMONA (Ed.), *The Enlargement of the European Union*, OUP, Oxford, 2003, pp. 9 ss.

⁴⁶ *Much more than a market*, cit., p. 26.

⁴⁷ *The future of European competitiveness, Part A*, cit., p. 59.

creación de la Unión de Ahorros e Inversiones sobre la incompleta Unión de Mercados de Capitales⁴⁸. Existen varias formas de canalizar el ahorro de las familias hacia las empresas y emprendedores. La más utilizada en el viejo continente es la bancaria, que es más propicia para las grandes firmas ya que cuentan con activos que respaldan sus proyectos. Otra vía es utilizar los mercados de capitales, que resultan más adecuados para las pequeñas y medianas empresas al ser más proclives a invertir en innovar, lo que no es del agrado de las entidades de crédito, tan reacias al riesgo que la innovación entraña⁴⁹. Pero los mercados de capitales no habían tenido tanta relevancia como los bancos en la Unión, debido a su fragmentación nacional y a su modesto tamaño. Para solucionar estos problemas la Comisión Junkers propuso la creación de la Unión de los Mercados de Capitales en 2015⁵⁰. Se implementó y empezó a funcionar, modificándose más tarde al ver que la propuesta inicial resultaba insuficiente e ineficaz. A pesar de los esfuerzos hechos, no se ha completado⁵¹. Según Letta, una de las razones ha sido la falta de un elemento que la estimule y cree haberlo encontrado en las transiciones verde, digital y leal. Propone convertir la Unión de Mercados de Capitales en la Unión de Ahorros e Inversión, cuyo objetivo principal será canalizar el ahorro familiar y minoritario hacia la economía real. Para ello sugiere diversas acciones para incrementar el suministro de capital, su demanda y crear el marco institucional y de gobernanza necesarios a esos efectos⁵².

46. La segunda propuesta es revisar el régimen de las ayudas públicas para que pueda impulsar la industria europea⁵³. Letta afirma que, a pesar de su movilización, el capital privado va a ser insuficiente para conseguir los objetivos que persigue la Unión, razón por la cual es necesario contar con financiación pública. A esos efectos, se refiere a dos fuentes. La primera son las ayudas públicas, que sugiere poner al servicio de la industria europea. La segunda es crear activos públicos paneuropeos. En cuanto a aquéllas, conviene recordar que el art. 107.1 TFUE prohíbe las ayudas públicas cuando son selectivas, distorsionan la competencia y afectan al comercio entre Estados miembros⁵⁴. Sin embargo, se pueden

⁴⁸ A. BERGES LOBERA y E. ONTIVEROS BAEZA, “De la Unión Bancaria a la Unión de Mercado de Capitales”, *ICE, Revista de Economía*, 902, 2018, pp. 95 ss.; D. BUSCH, “A Capital Markets Union for a Divided Europe”, *SSRN*, 31.12.2016; N. VERON y G.B. WOLFF, “Capital Markets Union: A vision for the long term”, *Bruegel Policy Contribution*, 2015/05, 2015 y K. LANNON, “Which Union for Europe’s Capital Markets?”, *CEPS Policy Brief*, 2015.

Draghi también aborda este punto y considera que es necesario finalizar tanto la Unión de Mercados de Capitales como la Unión Bancaria, a fin de incrementar la capacidad financiera de las entidades de crédito europeas.

⁴⁹ A. THOMADAKIS, “Developing EU Capital Markets for SMEs: Mission impossible”, *European Capital Markets Institute, ECMI Commentary*, núm. 46, 2017.

⁵⁰ Véase la Comunicación de la Comisión titulada *Action Plan on Building a Capital Markets Union*, Brussels 30.9.2015, COM(2015) 468 final.

A. BERGES LOBERA y E. ONTIVEROS BAEZA (*loc. cit.*, pp. 96 ss.) explican que la principal diferencia entre la Unión Bancaria y la Unión de Mercados de Capitales reside en sus objetivos. La primera surgió para poner fin a la fragilidad de los sistemas bancarios en la eurozona, con las negativas consecuencias que comporta para las finanzas públicas. El origen de la última reside en la excesiva dependencia de la financiación bancaria y en su inadecuación para las pequeñas y medianas firmas así como para el apoyo a la innovación.

⁵¹ M. HUERTAS (*op. cit.*) afirma que una de las razones del fracaso de la Unión de los Mercados de Capitales es la excesiva confianza de los europeos en el sistema bancario.

⁵² A esos efectos, apuesta por atraer a los inversores institucionales y a los ahorradores minoritarios, así como facilitar las garantías prestadas por el sector público y la asociación con el privado. En cuanto al incremento de la demanda, considera imprescindible crear un único punto de acceso a los mercados de capitales para las pequeñas y medianas compañías, incrementar la información sobre los beneficios de esos mercados, mejorar la educación financiera, promover esa cultura en el tejido empresarial europeo y crear un mercado secundario especializado para la alta tecnología. Por último, aconseja incrementar y ampliar la supervisión europea de los mercados de financieros, así como aumentar la armonización de la interpretación de las leyes y del Derecho concursal a fin de mejorar el marco institucional y su gobernanza. Véase las páginas 30 ss. de su informe.

⁵³ La Comisión ya ha empezado a intervenir en el asunto y ha anunciado su decisión de simplificar las normas sobre las ayudas públicas en relación con el pacto verde industrial. A esos efectos ha abierto un periodo de consulta para que los interesados puedan manifestar sus opiniones. Véase https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2025-cisaf_en.

Sobre la política industrial y las ayudas públicas, J. PIECHUCKA; L. SUARI-ROMERO y B. SMULDERS, “Industrial Policies, Competition and Efficiency: The Need for State Aid Control”, *Journal of Competition Law and Economics*, 19:4, 2023, pp. 503 ss., quienes mantienen que la política industrial debe ir destinada a solucionar fallos de mercado y estar sometida al control de las ayudas públicas.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, *Pearle y otros*, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, párr. 33 y de 21 de octubre de 2020, *Eco TLC*, C-556/19, ECLI:EU:C:2020:844, párr. 18.

considerar autorizadas cuando cumplen determinados requisitos (apartados 2.º y 3.º de la norma citada); de ahí que se hayan utilizado en la política industrial⁵⁵. Letta sugiere movilizarlas a favor de iniciativas de interés paneuropeo de carácter estratégico. Sugiere canalizar la inversión estatal hacia objetivos vitales de la Unión. Pero reconoce que tiene el peligro de fraccionar el Mercado Único y alterar la lealtad concurrencial que debe reinar en él. De ahí que sea imprescindible consensuar los requisitos que deben reunir las ayudas públicas, los límites que deben imponerseles y la estructura gubernativa dirigida a identificar, desarrollar, implementar y evaluar eficazmente los proyectos existentes.

47. La tercera fase del plan Letta es la inversión pública europea⁵⁶. Hay que desarrollar una estrategia industrial competitiva capaz de contrarrestar los instrumentos utilizados en otras partes del mundo -por ejemplo, la *Inflation Reduction Act* estadounidense-. Para ello, sugiere crear activos públicos paneuropeos. En la actualidad, los mercados financieros de nuestro continente dependen de los bonos soberanos nacionales como activos de referencia. Colocar en el centro del sector activos emitidos por la Unión, calificados con la triple A, proporcionaría una gran estabilidad a los mercados financieros, una mayor integración, reforzaría la innovación y estimularía el crecimiento. “Making such issuances fully homogeneous would provide a liquid risk-free collateral and allow diversification of exposures”⁵⁷.

48. Enrico Letta añade otras medidas para aumentar la eficiencia de la inversión europea. Se refiere a la economía circular, a la contratación pública y a la capacidad administrativa. La primera palía el problema de la ausencia de recursos naturales en el territorio europeo y nuestra dependencia respecto de terceros proveedores. En cuanto a la contratación pública, la mejora de los procesos puede permitir conseguir inversiones más eficientes y efectivas, promoviendo proyectos que contribuyan al crecimiento económico y a la sostenibilidad ambiental. En la actualidad es excesivamente lenta y costosa, lo que desincentiva a las PYMEs y provoca que la competencia sea escasa y, consecuentemente, poco eficiente. Por último, la capacidad administrativa se refiere a la habilidad de las instituciones públicas para gestionar y ejecutar políticas y proyectos de manera eficiente. Letta sugiere fortalecerla, de modo que las administraciones puedan implementar mejor las inversiones, asegurando que los fondos se utilicen de manera óptima y que los proyectos se completen a tiempo y dentro del presupuesto⁵⁸.

IV. Valoración

1. Condicionantes

49. El primer tema que merece reflexión es el grado de libertad que tuvieron Enrico Letta y Mario Draghi al elaborar sus informes. A pesar de que gozan de un prestigio indiscutible y que sus trayectorias profesionales están al alcance de muy pocas personas en este mundo, existen tres circunstancias que pudieron condicionar su trabajo. En primer lugar, sus propuestas no son totalmente novedosas sino que se inscriben dentro la corriente institucional que propugna la “autonomía estratégica abierta” de

⁵⁵ En particular, alude al Reglamento General de Exención por Categorías (Reglamento 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108) y a los proyectos importantes de interés común europeo (véase la Comunicación con los criterios para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas para fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo, 2021/C 528/02). Respecto este último extremo, véase la STGUE de 19 de septiembre de 2018, *HH Ferries y otros / Comisión*, T-68/15, ECLI:EU:T:2018:563, párrs. 190 ss.

⁵⁶ En sentido parecido, aunque con anterioridad, M.D. GADEA RIVAS y C. MARTÍNEZ MONGAY propusieron prorrogar los fondos *Next Generation* de la Unión Europea para financiar la lucha contra el cambio climático. Véase su “La Europa del futuro: ¿del *Next Generation* a un plan para las futuras generaciones?”, *Papeles de Economía Española*, 177, 2023, pp. 18 ss.

⁵⁷ *Much more than a market*, cit., p. 36. Draghi se orienta en la misma dirección. Considera que hay que reforzar el presupuesto de la Unión y dirigirlo a apoyar la inversión privada. Propone que la Unión emita activos que permitan financiar proyectos de inversión conjunta. Respecto del ámbito de la defensa y seguridad, L. SCAZZIERI y S. TORDOIR, “European common debt. Is defence different?”, *Centre for European Reform*, 2024.

⁵⁸ *Much more than a market*, cit., pp. 47 ss.

la Unión Europea⁵⁹. “Autonomía” significa que la UE debe tener capacidad para establecer sus leyes y vivir conforme a ellas, velando por su eficacia. Tiene una versión externa que comporta su participación en un orden internacional basado en normas que ella ha contribuido a crear. Lleva implícita la idea de “resiliencia económica”, según la cual Europa no debe quedarse atrás en la carrera económica y tecnológica que la enfrenta con Estados Unidos y China *-rectius*, con el sudeste asiático-. Debe poder garantizar a sus ciudadanos una vida de acuerdo con los estándares fundamentales de prosperidad, seguridad, salud y bienestar general, manteniendo a su vez la idea de apertura y el compromiso de la Unión con un comercio abierto, leal y sostenible. Para ello debe utilizar una panoplia de instrumentos relativos a políticas y medidas diferentes⁶⁰. Se espera que su resultado sea el reforzamiento del liderazgo internacional de la Unión a la par que la reducción de las dependencias de actores externos y de las vulnerabilidades en áreas clave⁶¹. El adjetivo “abierta” niega la voluntad de “autarquía”. Pese a defender a ultranza los valores, principios e intereses europeos, la Unión apuesta por colaborar con otros Estados y regiones, siempre que se muestren dignos de su confianza, y relacionarse con ellos de forma leal y honesta.

50. Este movimiento no es reciente, sino que lleva inspirando la política europea desde 2013⁶². Se originó en el ámbito de la política exterior y de ahí pasó a las políticas comercial e industrial, intensificándose a partir de 2022⁶³. Sus defensores se basan en el art. 21.2.a) Tratado de la Unión Europea (TUE), de modo que la combinación de políticas que promueve debe tener por finalidad que, al relacionarse globalmente, la Unión pueda defender sus valores e intereses fundamentales, garantizar su integridad y seguridad, y actuar con independencia⁶⁴. De ese modo, debe esforzarse por encontrar soluciones multilaterales en el mapa internacional, pero cuando sea necesario debe poder adoptar medidas unilaterales para salvaguardar sus principios y valores.

51. La segunda circunstancia relevante es la alineación de las propuestas de Letta y Draghi con las prioridades políticas expuestas por el Consejo Europeo y la Comisión al efectuar los encargos.

⁵⁹ Esta concepción ya estaba presente en la Comunicación de la Comisión, *Informe sobre prospectiva estratégica de 2021. La capacidad y libertad de actuación de la UE*. COM(2021) 750 final. En la doctrina, B. SMULDERS, “The New Geopolitical Dimension of the EU Competition and Trade Policies: Towards a Greater Strategic Autonomy”, en *The new geopolitical dimension of the EU competition and trade policies. The XXX FIDE Congress in Sofia, 2023 - Congress publications. Vol. 2*, Ciela Norma, Sofía, 2023, pp. 143 s. y Editorial Comments, “Keeping Europeanism at bay? Strategic autonomy as a constitutional problem”, *Common Market Law Review*, 59, 2022, pp. 314 s. También C. CAGNIN; S. MUENCH; F. SCAPOLO; E. STÖRMER y L. VESNIC-ALUJEVIC, “Shaping & securing the EU’s open strategic autonomy by 2040 and beyond”, Joint Research Centre Science for Policy Report - Publications Office of the European Union, 2021.

La editorial de *Common Market Law Review* (“Keeping Europeanism at bay? Strategic autonomy as a constitutional problem”, cit., pp. 317 ss.) advierte acerca de los riesgos de esta corriente. En particular, señala tres extremos que pueden generar conflictos. En primer lugar, su “constitucionalidad”, pues algunos de sus instrumentos pueden chocar con las normas de la Organización Mundial del Comercio, de la que forma parte la Unión, o con el Derecho Internacional Público. Otro tema conflictivo es la competencia de la Unión para adoptar cualquier medida al amparo tan solo de su inclusión dentro de la autonomía estratégica abierta. Igualmente, puede vulnerar derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea; en particular, los de personas jurídicas que son nacionales de un tercer Estado.

En sentido parecido, N. KOENIG (“The ‘geopolitical’ European Commission and its pitfalls”, *Policy Brief Hertie School Jacques Delors Centre*, 2.12.2019, p. 3/4) señala tres grandes dificultades para conseguir la “autonomía estratégica abierta”: los costes económicos, la necesidad de contar con poder suficiente, lo que no ocurre siempre, y la exigencia de una coordinación intensa entre las instituciones, los Estados miembros y entre ambos.

⁶⁰ V. ANGHEL y E. JONES, “Is Europe really forged through crisis? Pandemic EU and the Russia-Ukraine war”, *Journal of European Public Policy*, 30:4, 2023, pp. 3 ss.

⁶¹ S. ANGHEL; B. IMMENKAMP; E. LAZAROU; J.L. SAULNIER y A.B. WILSON; “On the path to ‘strategic autonomy’. The EU in an evolving geopolitical environment”, *European Parliamentary Research Service. PE 652.096*, 2020, pp. 7 ss.

⁶² Sobre su origen y evolución, F. HOFFMEISTER, “Strategic autonomy in the European Union’s external relations law”, *Common Market Law Review*, 60(3), 2023, pp. 668 ss.

⁶³ En relación a la política industrial, D. BOHLE; B. GRESKOVITS y M. NACZYK, “The Politics of Europe’s Rule of Law Crisis” *CEU Democracy Institute Working Papers No. 4*, 2023.

⁶⁴ F. HOFFMEISTER, *op. cit.*, p. 673. C. MARTÍNEZ SAN MILLÁN explica que la política exterior de la Unión ha cambiado, en el sentido de que inicialmente promovía el comercio y desarrollo sostenible y hoy en día los impone a través de sanciones. Véase su “Cambio de rumbo en la política comercial común de la Unión Europea: de la promoción a la condición”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 76, 2023, pp. 185 ss.

En sus conclusiones de 29 y 30 de junio de 2023⁶⁵, el primero reclamó la profundización del Mercado Único, advirtió acerca de la necesidad de reducir las dependencias estratégicas de la Unión y de reducir las cargas administrativas de las empresas, y sugirió apostar por el desarrollo de la inteligencia artificial y aumentar la resiliencia económica. También aludió a la seguridad, respecto de la que predicó la necesidad de reforzar su base tecnológica e industrial a fin de conseguir que la Unión sea más innovadora, competitiva y resiliente. Y en cuanto a las relaciones exteriores, pidió combatir el cambio climático, las crisis medioambientales y el aumento de las desigualdades, así como proteger las cadenas de suministro.

52. Respecto de la Comisión, resulta relevante el discurso de Ursula von der Leyen sobre el Estado de la Unión de 2023, en el que refirió que había encargado a Mario Draghi un informe sobre la competitividad y la productividad de la Unión⁶⁶. En su intervención, afirmó que el Pacto Verde iba a ser una fuente de prosperidad económica e instó a la industria europea a abrazarlo. Denunció que las ayudas públicas que nuestros rivales otorgaban a sus empresas distorsionaban la competencia y debían tomarse medidas en contra. Subrayó que los tres principales retos de la industria europea eran la escasez de mano de obra cualificada, la inflación y las cargas burocráticas y legislativas que soportaban las empresas; de ahí que considerara necesario acelerar en la transición verde, invertir en energías renovables, mejorar el acceso a las tecnologías clave e incrementar las fuentes de financiación empresarial. Igualmente, defendió la necesidad de permanecer unidos y apostó por la ampliación de la Unión a 30 Estados o más. Como es fácil de comprobar las consideraciones anteriores aparecen recogidas en las propuestas de los informes Letta y Draghi.

53. Por último, la forma en que fueron designados ambos autores contribuye a las dudas sobre su independencia. Se les hizo un encargo *intuitu personae*, con un contenido muy claro y sin llevar a cabo un concurso o procedimiento abierto que permitiera seleccionar a la persona o al equipo con los mayores conocimientos, experiencia y criterio para la tarea. Esta manera de proceder es habitual en el contexto en que se produjo y es comprensible que los altos cargos políticos prefirieran contar con personas de su confianza. Sin embargo, no significa que no hubiera sido preferible un procedimiento meritocrático, que asegurara la máxima competencia y legitimidad en la toma de decisiones. Sobre todo, teniendo en cuenta que el encargo se realizó antes de las elecciones europeas de 2024 y que los informes actuarían como la espada de Damocles de los vencedores en esos comicios.

2. Diagnóstico

54. El diagnóstico de la coyuntura europea que hacen los tres informes resulta acertado. El paradigma económico y geopolítico en el que se desarrolló lleva mutando desde casi hace una década. El conflicto entre China y Estados Unidos por el liderazgo tecnológico empezó ya en 2013, cuando Huawei ganó contratos para desarrollar redes 5G en Asia, África y Europa. Poco tiempo después, Estados Unidos mostró su preocupación respecto del uso de infraestructura china en redes de telecomunicaciones debido a los riesgos de ciberespionaje y de control tecnológico. La consecuencia fue que varios países europeos excluyeron formalmente a Huawei de sus redes 5G⁶⁷. En 2019, la pandemia del covid-19 evidenció las dificultades de la Unión para mantener su independencia en los ámbitos tecnológico e industrial. Y la invasión de Ucrania por Rusia demostró su debilidad en materia energética y de defensa. Por otra parte, durante todo este tiempo partidos euroescépticos y de extrema derecha se han ido consolidando no sólo en los Estados miembros, sino incluso en el Parlamento Europeo, ocupando en la actualidad el 37% de sus escaños⁶⁸.

⁶⁵ EUCO 7/23, Bruselas 30.6.2023.

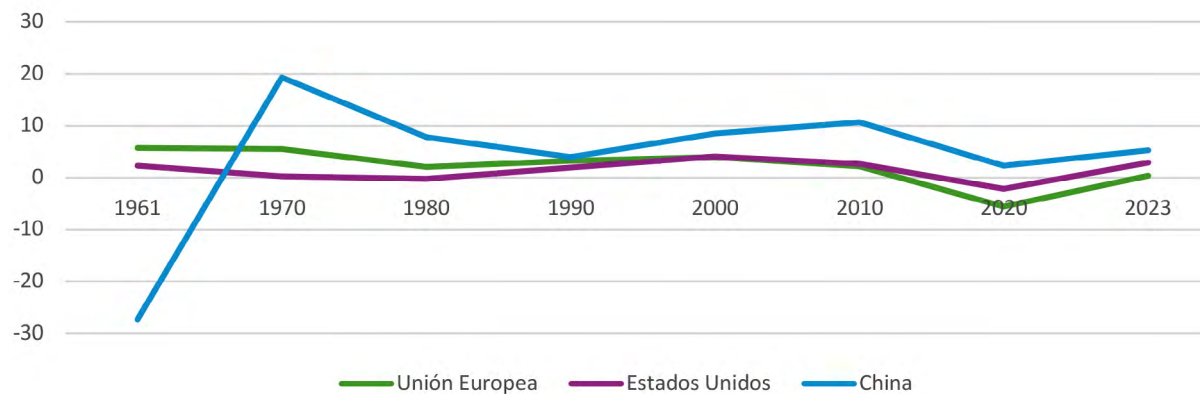
⁶⁶ Estrasburgo, 13.9.2023.

⁶⁷ K. FRIIS y O. LYSNE, "Huawei, 5G and Security: Technological Limitations and Political Responses", *Development and Change*, 52(5), 2021, pp. 1174 ss.

⁶⁸ K. LLANERAS; B. ANDRINO y J.A. ÁLVAREZ, "¿Qué fuerza tienen los partidos de extrema derecha en Europa?", *El País*, 6.6.2024.

55. Si nos centramos en el ámbito estrictamente económico, el examen de los datos al uso evidencia la pérdida de poder de la Unión Europea respecto de sus rivales; sobre todo, de los Estados Unidos y China. Así lo plasma la evolución del PIB, como demuestra la gráfica siguiente:

Crecimiento del PIB (%) anual.



Fuente: Banco Mundial⁶⁹

56. El análisis de las empresas con mayor capitalización bursátil es igual de deprimente⁷⁰. Las diez primeras están ubicadas en Estados Unidos (JPMorganChase, Berkshire Hathaway, Bank of America, Amazon, Microsoft y Alphabet), Arabia Saudí (Saudi Aramco) y China (ICBC, China Construction Bank y Agricultural Bank of China). La primera firma europea es TotalEnergies en el puesto vigésimo quinto. La misma impresión genera el examen de las tecnológicas más grandes, atendiendo a su capitalización (véase el gráfico *infra*), y el análisis de los indicadores de innovación⁷¹. A pesar de que la Unión ha progresado en los últimos años, continúa siendo superada por Australia, Estados Unidos, Canadá y Corea del Sur. China está por debajo, pero avanza con gran celeridad.

57. También resulta convincente la enumeración de las causas de la coyuntura actual de la Unión Europea: pérdida de productividad de la industria europea, cambio en las reglas de juego en las relaciones internacionales, brecha tecnológica, crisis energética, incremento de los efectos perniciosos de las dependencias, déficit de financiación, deficiencias en la gobernanza y, respecto de la defensa, escasa inversión de los Estados miembros, fragmentación de la demanda, falta de sincronía en las adquisiciones públicas y no atención al desarrollo tecnológico. Ahora bien, también debería incluirse el bréxit. La salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea ha perjudicado a ambas partes. La última ha perdido una potencia económica -eso sí, en declive- y una democracia consolidada que, aunque siempre se había mostrado reticente sobre su implicación europea, servía de contrapeso a otras potencias e impulsaba determinados sectores. Por ejemplo, el Reino Unido contaba con el mayor mercado de capitales del continente europeo, con lo que el bréxit afectó negativamente al desarrollo de la Unión de Mercados de Capitales⁷². Por otra parte, el proceso de retirada exigió un gran esfuerzo político por parte de los principales actores, con el desgaste correspondiente y la distracción respecto de otros temas que, a la larga, se han revelado muy importantes.

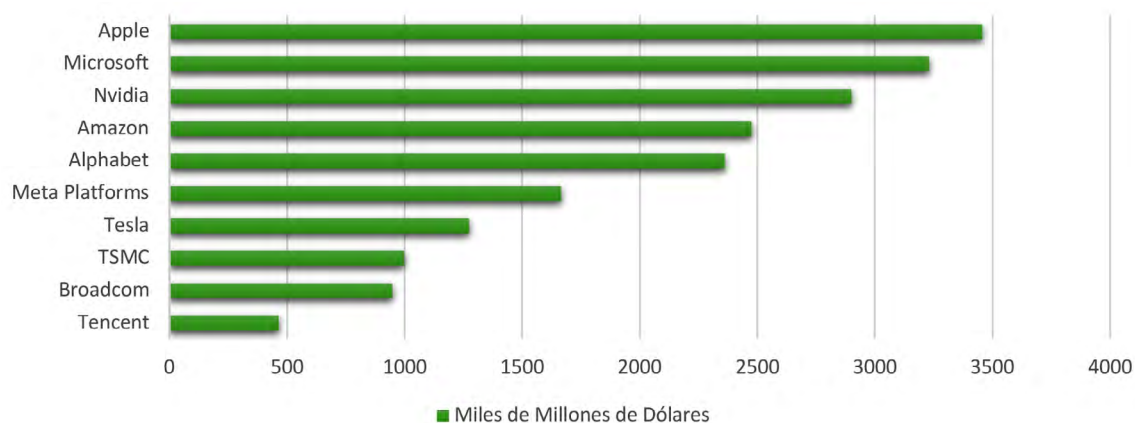
⁶⁹ <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2023&locations=US-CN-EU&start=1993&view=chart>. En sentido parecido, P. L'HOTELLERIE-FALLOIS, *El Informe Draghi: un plan para el futuro económico de Europa*, Banco de España, 2.12.2024, basándose en el crecimiento medio anual del PIB entre 2002 y 2023.

⁷⁰ <https://www.forbes.com/lists/global2000/>.

⁷¹ Véase los datos publicados en Comisión Europea, *European Innovation Scoreboard 2024*, Publications Office of the European Union, 2024, pp. 52 ss.

⁷² P. STÄNDER, "What will happen with the Capital Markets Union after Brexit?", *Jacques Delors Institut Policy Papers 181*, 19.12.2016. También A. BERGES LOBERA y E. ONTIVEROS BAEZA, obra citada, p. 102.

Mayores empresas tecnológicas.



Fuente: Statista.

3. ¿Viabilidad política de las propuestas de Letta y Draghi?

58. La implementación de las propuestas de los informes Letta y Draghi va a ser muy difícil. Políticamente, va a requerir un compromiso altísimo, una gran determinación para plasmar las propuestas en acciones y normas jurídicas, una estrecha colaboración entre los Estados miembros, además de una gran generosidad por parte de todos y el sacrificio de políticas nacionales importantes para los gobernantes de los veintisiete. Más todavía, si tenemos en cuenta la coyuntura política actual y la brevedad de los plazos que manejan los informes de los dos políticos italianos. Por ejemplo, algunas de las medidas financieras que sugiere Letta deberían materializarse en 2025 y estar todas listas en 2027⁷³.

59. Sin embargo, podría parecer que vamos por buen camino, pues tanto el Consejo como la Comisión han empezado a implementar las sugerencias de los informes objeto de nuestro estudio. La primera institución las ha plasmado en su *Strategic Agenda (2024-2029)* y lo mismo puede decirse de la Comisión Europea⁷⁴. Tanto las Directrices políticas de Ursula Von Der Leyen como la *Brújula para la Competitividad* y el *Pacto para una Industria Limpia* están basadas en el informe de Mario Draghi⁷⁵. Con todo, hay que tener en cuenta que se trata de documentos políticos, cargados de muy buenas intenciones, pero hechos con brocha gorda, sin las precisiones que exige su puesta en práctica.

60. Y aquí aparecen dos de las críticas más certeras que se han hecho a los informes comentados: la falta de concreción y de novedad de sus propuestas⁷⁶. En efecto, se ha reprochado a sus autores que no detallan suficientemente las medidas que deben adoptarse para salir del *impasse* actual. No comparto esa objeción puesto que la función de los informes no es establecer los actos políticos y legislativos que deben adoptar las instituciones europeas, sino ofrecer propuestas generales que fijen el rumbo del proyecto europeo. Es decir, no establecen puntos de llegada sino de partida para el debate y posterior trabajo de los organismos que se los encargaron⁷⁷.

61. En cuanto a la falta de novedad, es cierto que muchas de las sugerencias ya se habían planteado con anterioridad y nunca se consiguió el consenso necesario para aprobarlas⁷⁸. Sin ir más lejos,

⁷³ Esta celeridad aparece confirmada por las propuestas de *A Competitiveness compass for the EU* y de *The Clean Industrial Deal*. El primer documento identifica treinta y ocho iniciativas que deben adoptarse entre 2025 y 2026 y el segundo treinta y nueve, también para el mismo bienio, salvo la última cuya fecha es el tercer cuatrimestre de 2027.

⁷⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/strategic-agenda-2024-2029/>

⁷⁵ *A Competitiveness Compass for the EU*, cit. y *The Clean Industrial Deal*, cit.

⁷⁶ Por ejemplo, J. GONZÁLEZ MINGUEZ, *loc. cit.*, p. 8; J. BORRELL, *loc. cit.*, 2024; M. HUERTAS, *loc. cit.* y A. BERG y Z. MEYERS, “Enrico Letta’s report: more than a market, but less than an agenda”, *Cer.eu.*, 23.4.2024.

⁷⁷ J. GONZÁLEZ MINGUEZ, *op. cit.*, 2024, p. 30.

⁷⁸ Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Unión ya había adoptado normas para conseguir algunos de los objetivos

en materia de innovación. La Estrategia de Lisboa del año 2000 quería que Europa tuviera la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo en 2010. Y algo parecido puede decirse de la reducción de la carga burocrática y legislativa, que ya predicaba el informe Monti en 2010 e incluso antes -Plan de Acción de la Comisión de 1996-⁷⁹. Por no hablar de seguridad, que constituía una de las reivindicaciones del informe Tindemans de 1976. De ahí que quepa legítimamente preguntarse por qué ahora va a ser diferente.

62. Las críticas anteriores son más que razonables. Parece muy difícil que se reúnan los consensos y que se hagan los sacrificios necesarios para implementar las medidas comentadas. O que ahora se aprueben normas que fracasaron en el pasado debido a la disparidad de opiniones o intereses. Pero también resulta impensable que Enrico Letta, Mario Draghi y Sauli Niinistö no fueran conscientes de esta realidad. Unos políticos de su talla, con una trayectoria profesional al alcance de muy pocas personas en este mundo, que han analizado la coyuntura actual de Europa de manera certera y han elaborado unos informes serios y documentados, no pueden desconocer la extrema dificultad de conseguir que sus propuestas surtan eficacia. La explicación es otra. Quizás han querido emitir una señal de alerta a fin de que las instituciones europeas, los Estados miembros, las administraciones nacionales y la sociedad civil reaccionen en apoyo de la Unión. O también es posible que coincidan con Albert Einstein en que “hay una oportunidad en cada crisis” y que los avances de Europa se han forjado en épocas de dificultades⁸⁰. Sea cual sea la explicación, resulta innegable que la implementación de las propuestas de los informes analizados va a exigir grandes sacrificios y renunciaciones, esfuerzos mayúsculos y dejar de lado los egoísmos. Pese a ello, ahora es el momento, porque están en juego no sólo la productividad y los valores de la Unión Europea, sino también el bienestar de los nacionales y residentes de los veintisiete, pues es difícil que un único Estado miembro y sus empresas puedan hacer frente a los gigantes que dominan la economía y la política mundiales. Y quizás sea ésta la razón que consiga que se aprueben leyes y políticas que fracasaron en el pasado; no sólo porque existe la posibilidad sino porque deviene imprescindible.

63. La implementación de las propuestas de Letta y Draghi requerirá la adopción de nuevas ideas, instituciones y normas que chocarán con las formas tradicionales de integración. Hemos entrado en un periodo de transición que generará conflictos entre las nuevas formas de operar, necesarias para abordar los problemas que enfrenta Europa, y los principios, políticas y leyes que han estructurado la Unión durante todos estos años. Esta reordenación exigirá una nueva distribución de los derechos y obligaciones de los Estados miembros, así como de las ventajas y cargas que conlleva pertenecer a esta comunidad plurinacional⁸¹. Es evidente que esta nueva distribución implica no solo retos enormes, sino también peligros significativos, entre los que destaca la polarización de la sociedad, que tan bien alimentan nuestros rivales. Sin duda, será una fuente importante de conflictos⁸². Su resolución debe realizarse internamente, dentro de los mecanismos previstos en el ordenamiento europeo, que permiten a los Estados exponer sus intereses, quejas y reivindicaciones, y llegar a acuerdos, generalmente a través de una transacción⁸³. Para que funcione, será crucial la convicción de que las medidas adoptadas beneficiarán a todos; tanto a los que protestan como a aquéllos que consideran beneficiados. Y éste es otro gran

que reivindican Letta, Draghi y Niinistö. Así sucede, por ejemplo, respecto de la necesidad de reducir o eliminar las dependencias de terceros: Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión; Reglamento 2023/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de semiconductores (*European Chips Act*); Reglamento 2023/2675 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países; Reglamento 2024/1252 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco para garantizar un suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales (*Critical Raw Materials Act*), entre otras.

⁷⁹ Véase K. MORTELMANS, *op. cit.*, pp. 114 y 119 s.

⁸⁰ F.M. FERRARA y H. KRIESI, “Crisis pressures and European integration”, *Journal of European public Policy*, 29(9), 2022, pp. 1351 ss. Se muestran reticentes V. ANGHEL y E. JONES, obra citada, pp. 766 ss.

⁸¹ Editorial comments, “A jurisprudence of distribution for the EU”, *Common Market Law Review*, 59, 2022, pp. 957 ss.

⁸² M. PACHECO, “The Draghi EU competitiveness report – the reactions”, *Euronews*, 11.9.2024.

⁸³ Editorial comments, “A jurisprudence of distribution for the EU”, *cit.*, p. 961.

desafío, ya que las crisis atacan principalmente esta convicción. Cuando estallan, surgen discusiones sobre la desigualdad y la distribución de las cargas. Será importante recordar a todos que sus quejas y reivindicaciones deben plantearse dentro del sistema institucional; que, a pesar de las apariencias, todos hacen sacrificios y deben dejar sus egos de lado; que la integración europea es beneficiosa para todos, y que fuera de ella, la supervivencia es muy complicada, como demuestra el bréxit⁸⁴. De ahí que sea un acierto que los informes examinados reivindiquen la primacía de los valores europeos, que prediquen el mantenimiento -incluso reforzamiento- de la política social y exijan no dejar a nadie atrás⁸⁵.

4. ¿Viabilidad jurídica?

64. La viabilidad jurídica de las propuestas de Letta y Draghi presenta una gran dificultad debido a la necesidad de que la Unión tenga competencias para adoptar todas las normas que plasman sus sugerencias⁸⁶. Dificultad que aumenta en los casos de paquetes de políticas (*policy packages*), como el que nos ocupa⁸⁷. La razón es que el sistema jurídico de la UE gira alrededor del principio de atribución: las competencias de la UE se basan en la relación entre cada acción individual de la Unión, de un lado, y la supuesta base legal conforme a los Tratados, de otro⁸⁸. Así lo plasma el art. 5.2 TUE: la Unión sólo puede actuar en los ámbitos en los que Estados miembros le han atribuido competencias y para conseguir los objetivos establecidos en los Tratados. Toda la lógica del sistema se basa en verificar si un determinado acto jurídico de la Unión está respaldado por una competencia. De ahí que todas las normas jurídicas europeas deban especificar la base legal que las sustenta. Si no se respeta este principio, la disposición jurídica en cuestión es nula, lo que puede generar problemas, no sólo por la necesidad de realizar todos los trámites legislativos de nuevo, sino porque puede deteriorar las relaciones entre los Estados o entre los Estados y la Unión o entre las instituciones de ésta última.

65. Aunque el principio de atribución es adecuado para situaciones normales, en las que se valora la legitimidad de actos legislativos singulares, genera problemas cuando la realidad es mucho más compleja y se deben afrontar cuestiones globales, transversales y multisectoriales que comportan múltiples iniciativas legislativas, negociaciones multilaterales que se superponen y compromisos interrelacionados que conducen a conjuntos legislativos plurales, multifacéticos e integrados⁸⁹. Es decir, en

⁸⁴ Véase el número especial de 2025 de *National Institute Economic Review*. R. DAVIES y J. HELINGS (“Britain’s trade challenge: tracking the costs in real time”) explican que el precio de los alimentos ha aumentado un 30 %. S. MILLARD, A. NICOLAE y M. NOWER (“Understanding the effects of brexit on UK productivity”) destacan que la productividad ha descendido, aunque no tanto como se esperaba. B.H. CASEY y K. MAYHEW (“The labour market implications of Brexit: a Beveridge curve analysis”) afirman que ha aumentado mucho el número de vacantes respecto del de desempleados. A. KAYA, I. LIADZE, H. LOW, P. SANCHEZ JUANINO y S. MILLARD (“Business investment, productivity and Brexit”) comentan que también ha disminuido la inversión y la productividad, aunque los datos pueden estar afectados por la pandemia del COVID-19 y la invasión de Ucrania por Rusia. Por último, J. PORTES (“Unintended consequences? The changing composition of immigration to the United Kingdom after Brexit”) examina cómo han cambiado los flujos migratorios y concluye que han tensionado el mercado laborado y afectado negativamente a la planificación de las políticas públicas.

⁸⁵ En la misma dirección se expresó Ursula Von Der Leyen en el discurso que hizo durante la presentación del informe de Draghi el 9 de septiembre de 2024 (STATEMENT/24/4601). Sobre la importancia de los valores en el Derecho y, sobre todo, la jurisprudencia europeos J.A. GUTIÉRREZ-FONS, “El Tribunal de Justicia y la Unión Europea como ‘una unión de valores’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 76, 2023, pp. 11 ss.

⁸⁶ Así lo reconoce Sauli Niinistö cuando admite que la defensa y la seguridad militar son, en gran medida, competencia de los Estados miembros y se hallan aisladas de otras políticas europeas. Por ejemplo, *Safer together. Strengthening Europe’s Civilian and Military Preparedness and Rediness*, cit., p. 45.

⁸⁷ A título de ejemplo, en relación con la transición verde, véase N. DE SADELEER, “La armonización de legislaciones, mercado interior y medio ambiente: los retos del Pacto Verde”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1), 2022, pp. 150 ss.

⁸⁸ L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus estados miembros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 73 ss. y A. DASHWOOD, “The limits of European Community powers”, *European Law Review*, 21(2), 1996, pp. 113 ss. En la jurisprudencia, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022, *Polonia / Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, párrs. 145, 146 y 260.

⁸⁹ M. DOUGAN, “EU Competences In An Age of Complexity And Crisis: Challenges And Tensions In the System of Attributed Powers”, *Common Market Law Review*, 61(1), 2024, pp. 103 y 109 s.

los casos de paquetes de políticas, como los que se adoptaron para dar respuesta a la crisis financiera de 2008 y posterior crisis de la deuda soberana, a la oleada de la inmigración (irregular) en masa de 2015, a la pandemia del covid-19 que estalló en 2020 o a la invasión de Ucrania por Rusia en 2022⁹⁰. Cada uno de los actos que conforman un paquete legislativo necesita poseer su propio fundamento jurídico, con requisitos sustantivos y procedimentales propios. Ahora bien, estos actos son producto de un cúmulo de negociaciones conjuntas a nivel político, que han exigido consensos, renunciadas, acuerdos y sacrificios. No hay previsión específica en el principio de atribución que permita una excepción para los paquetes de políticas. Por lo tanto, obliga a una aproximación puntual, fragmentada y atomizada a las medidas legislativas que conforman el conjunto de políticas acordado para hacer frente a una crisis determinada.

66. Es cierto, empero, que el poder judicial europeo ha tomado en consideración el hecho de que un acto legislativo forme parte de un paquete de políticas al evaluar la legitimidad de su base jurídica. Así ha sucedido en los casos *Ship Source Pollution* y *Pringle*⁹¹. Sin embargo, se trata de supuestos aislados que no provocan la quiebra del principio de atribución⁹². En muchas otras ocasiones, los tribunales europeos no han valorado la pertenencia de un acto a un marco de actuación plural.

67. En esta coyuntura, el Tribunal de Justicia se enfrenta al dilema de realizar un ejercicio de interpretación creativa y expansiva a favor de los poderes de la Unión o mantenerse fiel a la letra de los Tratados y anular el acto en cuestión, contribuyendo a la crisis jurídico-política que puede derivar de ello⁹³. Esta última solución tiene consecuencias muy negativas, ya que puede entorpecer o imposibilitar la negociación política, romper compromisos delicados y forzar a adoptar soluciones que no son todo lo óptimas que pudieran ser. En cambio, la primera posibilidad -interpretación expansiva de las competencias de la Unión- entroncaría con las propuestas de Letta y Draghi. Sin embargo, no parece fácil que la institución judicial europea se sienta forzada a implementarlas si no hay reformas legislativas que le obliguen a abandonar su doctrina tradicional.

5. ¿Viabilidad económica?

68. Resulta obvio que la recuperación de la Unión Europea va a precisar una inversión descomunal y que exigirá esfuerzos y sacrificios enormes. El propio Mario Draghi explica que será preciso incrementar la financiación entre 750 y 800 mil millones de euros para impulsar la competitividad de la Unión -entre el 4,4 y el 4,7% del PIB de la UE- y dedicar aproximadamente el 3% del PIB anual en investigación y desarrollo para mantener y mejorar su competitividad. Tanto él como Enrico Letta formulan diversas sugerencias en sus informes, que han suscitado mucho interés y récelo, siendo objeto de diversas críticas, entre las que destacan tres. La primera es la oposición de las autoridades nacionales: será necesaria mucha mano izquierda para que se muestren dispuestas a renunciar a sus cometidos actuales y contribuir a conseguir que las medidas propuestas surtan efectos⁹⁴. La segunda objeción es la

⁹⁰ Respecto de los retos que plantearon estas crisis F. BIGNAMI (Ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge et al., Cambridge University Press, 2020; L.N. GONZÁLEZ ALONSO, “La Unión Europea frente al desafío de la guerra en Ucrania: ¿la ansiada epifanía de su política exterior y de seguridad común?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 75, 2023, pp. 35 ss. y C. HERNÁNDEZ SASETA y D. BÁEZ SEARA, “El Banco Central Europeo, una institución en adaptación constante al contexto económico cambiante: de la Unión Monetaria a la Unión Bancaria”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 80, 2025, pp. 131 ss. Para una perspectiva económica, C. TAMARIT, “La Unión Europea: tres crisis y un destino”, *Papeles de Economía Española*, 177, 2023, pp. 2 ss. También tiene interés el artículo de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Regulación jurídica internacional de los mercados financieros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 2022, pp. 533 ss.

⁹¹ STJUE 23.10.2007, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625, párr. 70, y STJUE 27.11.2012, *Thomas Pringle contra Government of Ireland y otros*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, párrs. 72, 105, 158 y 164.

⁹² M. DOUGAN, *loc. cit.*, 113 ss.

⁹³ Véase S. WEATHERHILL, “Competence Creep and Competence Control”, *Yearbook of European Law*, 23(1), 2004, pp. 1 ss.

⁹⁴ Editorial Comments, “A jurisprudence of distribution for the EU”, *cit.*, pp. 957 ss.

falta de detalle⁹⁵. Por ejemplo, se recrimina a Letta no explicar cómo conseguir que la Unión de Ahorros e Inversión tenga éxito. Y esa falta de detalle puede provocar el rechazo de los Estados miembros que tienen mercados de capitales nacionales potentes para su tamaño. El tercer reproche reside en la dificultad de conseguir los objetivos propuestos en el plazo tan corto que prevén los informes⁹⁶. Letta sugiere que varias medidas deberían materializarse en 2025 y todas ellas estar listas en 2027⁹⁷.

69. Compartimos algunas de esas críticas. Primero, no va a ser sencillo que triunfe la Unión de Ahorros e Inversiones sobre las bases de una incompleta Unión de Mercados de Capitales⁹⁸. Entre otras razones, porque habrá que convencer a los inversores de que confíen en los mercados de capitales europeos, que se han mostrado hasta ahora menos eficientes que sus rivales, si éstos continúan con la trayectoria que han llevado hasta ahora.

70. También suscita inquietud su sugerencia de modificar el régimen de las ayudas públicas para impulsar la política industrial europea⁹⁹. Y no porque no se haya utilizado con anterioridad, pues siempre se han reconocido excepciones a la prohibición del art. 107 TFUE a esos efectos¹⁰⁰. Ahora bien, éstas deben regirse por los principios de necesidad, efecto incentivador, proporcionalidad y equilibrio¹⁰¹. Primero, deben ir dirigidas a reparar fallos de mercado específicos. Segundo, deben conseguir la modificación de la estructura y comportamiento de las empresas, de modo que sin esa acción no se hubiera producido el cambio, o al menos no con la intensidad deseada. Tercero, la forma y el alcance de la acción analizada deben ser las más adecuadas para conseguir los efectos deseados y, a la vez, provocar las mínimas distorsiones en las condiciones de competencia existentes. De ahí que, en caso de que tengan diversos destinatarios, los beneficiados deben ser los estrictamente necesarios. Por último, es imprescindible que los efectos positivos de la(s) medida(s) en cuestión, superen los negativos. Es decir, los beneficios que genera la subsanación de los fallos de mercado deben imponerse sobre las distorsiones de la competencia consustanciales a las ayudas públicas y sobre las afectaciones negativas al bienestar de los consumidores. Estos requisitos conforman el régimen del control de las ayudas públicas (art. 107 TFUE). Prescindir de ellos puede generar agravios comparativos de difícil aceptación y distorsiones de la competencia inaceptables en una coyuntura como la actual en que la evolución tecnológica está desenfrenada y es fácil que se produzcan tensiones políticas entre los Estados miembros.

71. Por otra parte, ni todos los problemas de la industria europea se resuelven con dinero, ni todos los países disponen de la misma capacidad de inyectar fondos públicos a proyectos de su interés. Su disparidad puede causar agravios, recelos y una escalada de ayudas con terceros países que comporte un despilfarro de recursos públicos al no conseguirse las eficiencias deseadas o ser éstas muy limitadas. Consecuentemente, todos resultaríamos perjudicados, salvo los destinatarios de las ayudas públicas¹⁰². Y cabe recordar que la Unión no sólo se ha lamentado de los subsidios concedidos por terceros países, sino que aprobado diversas leyes para hacerles frente¹⁰³. Es fácil que sea tachada de demagoga si decide hacer lo mismo que critica a sus rivales y trata de impedir.

⁹⁵ A. BERG y Z. MEYERS, *loc. cit.*

⁹⁶ J. GONZÁLEZ MÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 14.

⁹⁷ J. GONZÁLEZ MÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 38.

⁹⁸ De ahí que N. MOLONEY reclame más implementación y menos legislación o política. Véase su “Capital Markets Union: the lure of grand designs and a call for modesty”, *European Law Review*, 50(1), 2025, pp. 21 ss.

⁹⁹ Editorial comments, “The passion for security in European societies”, *cit.*, pp. 6 ss.

¹⁰⁰ Y precisamente A. BORONAT (“IPCEI: a market design tool for pro-competitive industrial policies in Europe?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15(8), 2024, pp. 526 ss.) nos recuerda que los IPCEI aparece incluidos en la letra b) del apartado 3.º del art. 107 TFUE.

¹⁰¹ J. PIECHUCKA *et al.*, *loc. cit.*, p. 10/19. En la jurisprudencia, a título de ejemplo, STJUE de 5 de marzo de 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172.

¹⁰² J. PIECHUCKA *et al.*, *loc. cit.*, pp. 2 y 8/19.

¹⁰³ *Supra* notas 29 y 30.

72. En cuanto a la emisión de deuda conjunta, ha sido uno de los primeros temas en generar rechazo. Se utilizó por primera vez para crear el fondo de recuperación Next Generation EU en respuesta a la crisis generada por la pandemia covid-19¹⁰⁴. Fue una decisión histórica que obligó a los Estados miembros a endeudarse, pero permitió financiar la recuperación económica, que fue bien recibida por los mercados y redujo los riesgos de las economías más sensibles¹⁰⁵. A pesar de su éxito, varios países del norte de Europa y académicos han manifestado su oposición. Las razones son varias: el aumento de la presión sobre el presupuesto europeo, el riesgo de que comprometa la sostenibilidad fiscal a largo plazo, el conflicto con principios básicos del derecho presupuestario de la Unión Europea (unidad, universalidad y equilibrio) y el peligro de que se convierta en una práctica habitual que diluya la responsabilidad fiscal individual de los Estados miembros¹⁰⁶. También suscita dudas en clave jurídica, pues su base es el art. 122 TFUE, al que una parte de la doctrina concibe como un recurso de urgencia exclusivamente¹⁰⁷.

73. Por último, tan importante es obtener la financiación necesaria para realizar los cambios que la UE precisa como saber gestionarla adecuadamente. Y es que muchas veces la clave no reside tanto en el montante como en la administración de los recursos existentes, como reconocen Enrico Letta y Mario Draghi. La seguridad y la defensa nos sirve de ejemplo. Si analizamos el presupuesto de los principales actores internacionales comprobaremos que Estados Unidos es la potencia que más invierte en este ámbito (alrededor de 886,3 mil millones de dólares, aproximadamente un 3,4% del PIB¹⁰⁸) y que la diferencia con los demás es muy grande. Pero China (aproximadamente 231,4 mil millones de dólares, lo que vendría a representar un 1,7 del PIB¹⁰⁹) y Rusia (117 mil millones de dólares, aproximadamente un 7,1% del PIB¹¹⁰) no destinan una cifra mayor que la suma de los veintisiete Estados miembros (326 mil millones de euros, equivalente a 352 mil millones de dólares, que representa un 1,9% del PIB¹¹¹). Por lo tanto, el problema no reside tanto en el montante de la inversión como en su gestión¹¹².

6. Cuadratura del círculo

74. No existen incoherencias evidentes entre los tres informes, ni dentro de cada uno de ellos. Sin embargo, hay propuestas que parecen aspirar a la cuadratura del círculo. Señalamos tres. La primera es la consecución de grandes empresas europeas sin destruir el conjunto de pequeñas y medianas compañías que habitan los mercados de la Unión en la actualidad, preservando además la competencia leal. Enrico Letta defiende a las primeras porque, entre otras razones, sólo ellas pueden competir globalmente y su capacidad financiera les permite afrontar las inversiones necesarias para innovar. Estoy de acuerdo con la primera de estas razones, puesto que resulta harto complicado que las PYMEs europeas puedan plantar

¹⁰⁴ L. SCHRAMM; U. KROTZ y B. DE WITTE, "Building 'Next Generation' after the pandemic: The implementation and implications of the EU Covid Recovery Plan", *Journal of Common Market Studies*, 60, 2022, pp. 114 ss.

¹⁰⁵ L. PANCOTTO; O. GWILYM y P. MOLYNEUX, "Deal! Market reactions to the agreement on the EU Covid-19 recovery fund", *Journal of Financial Stability*, 67, 2023 y A. OLESTI RAYO, "El programa Next Generation EU y el presupuesto de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73, 2022, pp. 727 ss.

¹⁰⁶ D. ŁUKOWIAK, "Combating the COVID-19 Crisis within the European Union: A Critical Assessment of the 'Next generation EU' in the Context of the Budgetary Balance", *Utrecht Law Review*, 19(1), 2023, pp. 53 ss.; M. RODRÍGUEZ-VIVES, "Towards a Common EU Debt: Where Do We Stand?", *Intereconomics*, 58(6), 2023, pp. 305 ss.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en 2024 se revisó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y se acordó seguir con la ortodoxia fiscal y no se avanzó en una política fiscal común. Así J.M. PORRAS RAMÍREZ, "La reforma del marco de gobernanza económica y presupuestaria de la Unión Europea: ¿una revisión realista del Pacto de Estabilidad y Crecimiento?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 79, 2024, pp. 143 ss.

¹⁰⁷ M. CHAMON, "The non-emergency economic policy competence in Article 122(1) TFEU", *Common Market Law Review*, 61(6), 2024, pp. 1501 ss.; D. ŁUKOWIAK, obra citada, p. 57.

¹⁰⁸ [https://en.wikipedia.org/wiki/National_Defense_Authorization_Act_for_Fiscal_Year_2024#:~:text=The%20National%20Defense%20Authorization%20Act,DOD\)%20for%20fiscal%20year%202024.](https://en.wikipedia.org/wiki/National_Defense_Authorization_Act_for_Fiscal_Year_2024#:~:text=The%20National%20Defense%20Authorization%20Act,DOD)%20for%20fiscal%20year%202024.)

¹⁰⁹ [https://thedefensepost.com/2024/03/05/china-2024-defense-spending/.](https://thedefensepost.com/2024/03/05/china-2024-defense-spending/)

¹¹⁰ <https://tass.com/defense/1697255.>

¹¹¹ [https://www.consilium.europa.eu/es/policies/defence-numbers/.](https://www.consilium.europa.eu/es/policies/defence-numbers/)

¹¹² En sentido parecido J.A. NÚÑEZ VILLAVARDE, *loc. cit.*

cara a gigantes tecnológicos como Google y Tesla; sobre todo si cuentan con el favor de su Gobierno. Sin embargo, es muy difícil que las pequeñas y medianas compañías puedan sobrevivir en el mismo mercado que una grande, pues ésta es su depredador natural. En segundo lugar, es cierto que ni el Derecho europeo de la competencia ni las leyes nacionales prohíben la detentación de una posición de dominio; sólo está vetado su abuso (art. 102 TFUE y 2 Ley de Defensa de la Competencia). De ahí que sea posible compatibilizar un gran tamaño empresarial y la existencia de competencia leal¹¹³. No obstante, es muy complicado conseguir que una gran firma responda de sus abusos dado que las diferencias en los recursos económicos de que disponen dificulta que tanto los consumidores como las pequeñas y medianas sociedades, e incluso las autoridades de la competencia, puedan hacerles frente. La necesidad de aprobar una norma específica para frenar los abusos en los mercados digitales es buena prueba de ello (Reglamento 2022/1925), así como los casos *Intel*, *Qualcomm* y *Google Ad Sense*¹¹⁴. Igualmente, la existencia de grandes firmas que dominan un mercado genera riesgos de ineficiencia, de oligopolio y de colusión, como nos recuerda la doctrina económica¹¹⁵. Además, el hecho de que una empresa tenga mucho poder en Europa no significa que vaya a tener éxito en otros mercados o en el plano internacional, pues influyen múltiples factores¹¹⁶. Por último, la capacidad de competir no es sólo una cuestión de tamaño y de inversión, sino que también importa la existencia de un marco institucional, regulatorio y cultural de apoyo y facilitación del emprendimiento y la innovación¹¹⁷. A mi modesto entender, también debería ponerse el acento en esta cuestión; es decir, en cambiar la cultura económica presente en Europa, tanto en las administraciones públicas como en la ciudadanía, para favorecer la mentalidad empresarial e innovadora.

75. Por otra parte, es difícil que las grandes compañías sean disruptivas, que es uno de los déficits del tejido empresarial europeo según Mario Draghi. Ninguna duda cabe de que tienen más capacidad de inversión en investigación e innovación que las pequeñas. Sin embargo, cuando dominan un mercado, acostumbran a perder su capacidad disruptiva al dedicar sus esfuerzos a satisfacer las necesidades existentes de los consumidores que a innovar y crear productos revolucionarios¹¹⁸. De ahí que resulte difícil conciliar el impulso del tamaño empresarial con el anhelo de la disrupción. Por estas razones, solamente debería fomentarse la existencia de campeones europeos en mercados globalizados, en los que las pequeñas y medianas firmas no tuvieran nada que hacer, y exigirles además que destinen buena parte de su inversión a la innovación¹¹⁹.

¹¹³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche / Comisión*, Asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, párr. 38; de 6 de septiembre de 2017, *Intel / Comisión*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, párr. 133; de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, párr. 126 y de 10 de septiembre de 2024, *Google Shopping*, C-48/22P, ECLI:EU:C:2024:726, párr. 163.

¹¹⁴ Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea de 26.1.2022, *Intel Corporation Inc. contra Comisión Europea*, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 y de 15.6.2022, *Qualcomm, Inc. contra Comisión Europea*, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358, en las que se anularon las Decisiones de la Comisión por no documentar adecuadamente entrevistas informales, entre otras razones, y de 18.9.2024, *Google Ad Sense*, T-334/19, ECLI:EU:T:2024:634, donde se reprocha a la Comisión no haber examinado todos los contratos de servicios de intermediación publicitaria -carga que se nos antoja difícilmente asumible si es cierto que, como advirtió la Comisión, eran cientos y cientos-. En la doctrina, por ejemplo A. ZURIMENDI ISLA, "La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 2022, pp. 900 ss. Respecto de la insuficiencia de las norma tradicionales de la competencia y la necesidad de aprobar el Reglamento de Mercados Digitales, I. ALTZELAI ULIONDO, "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 2023, pp. 147ss.

¹¹⁵ J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge et al., The MIT Press, 1988, pp. 76 s. y M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 39 ss.

¹¹⁶ Editorial Comments, "Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions", *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 334.

¹¹⁷ Y así lo reconoce el propio E. LETTA, *Much more than a market*, cit., pp. 50 ss.

¹¹⁸ C. CHRISTENSEN, *The Innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Harvard Business Review Press, 1997. También Editorial Comments, "Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions", cit., pp. 332 s.

¹¹⁹ Editorial Comments, "Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions", cit., pp. 332 y 334.

76. El segundo caso de cuadratura del círculo es el cambio en la aplicación de las normas sobre ayudas públicas. La propuesta de Enrico Letta de ponerlas al servicio de la política industrial europea -en particular, para fomentar el *Plan Industrial del Pacto Verde*- puede colisionar con los principios de apertura y no intervención de los Estados miembros que presiden el Mercado Único, además de incrementar los recelos entre éstos debido a su diversa capacidad de financiación¹²⁰. Y lo que puede tener mayor trascendencia práctica, puede chocar con la jurisprudencia europea en la materia, que ha mantenido que las excepciones a la prohibición de las ayudas públicas deben regirse por los principios de necesidad, efecto incentivador, proporcionalidad y equilibrio¹²¹. Ahora bien, también es verdad que el régimen de las ayudas públicas ha evolucionado mucho, pasando de una prohibición rígida para evitar las distorsiones del mercado hasta una mayor flexibilidad en apoyo de la política industrial de la Unión Europea¹²². Baste recordar que la creación de instrumentos como el Reglamento General de Exención por Categorías o los Proyectos Importantes de Interés Común Europeo (IPCEI por sus siglas en inglés) para poner las ayudas públicas estatales al servicio de objetivos y prioridades europeos¹²³. De ahí que pueda considerarse que, tanto actualmente como en el futuro, las ayudas públicas son una herramienta más de la política industrial europea. Ahora bien, a fin de conseguir su plena eficacia y evitar distorsiones de la competencia indeseables, debe exigirse el máximo consenso respecto de la nueva política, que estén nítidamente perfilados y acordados los objetivos que se persiguen y que se plasmen en normas positivas que vinculen al poder judicial europeo. Parece ser la línea que está siguiendo la Comisión en el proyecto de marco normativo sobre ayudas estatales a las industrias limpias, que desarrolla el Plan citado anteriormente¹²⁴.

77. El tercer y último ejemplo afecta a la lucha contra la excesiva carga regulatoria y legislativa que soportan las empresas europeas. Estoy totalmente de acuerdo con el diagnóstico de Letta y Draghi de que esta situación lastra la competitividad de la industria europea; a lo que añadiría que también perjudica la eficacia de nuestras administraciones públicas y desespera a la ciudadanía. Sin embargo, no parecen acertados algunos de los remedios que propone el primero de los autores. En particular, crear un *European Code of Business Law for a Simpler Single Market*, que sustituiría a las leyes nacionales en determinados extremos, pero en otros las complementaría, de modo que los empresarios europeos podrían optar por seguir sometidos a su normativa nacional o regirse por esta vigésimo octava legislación¹²⁵. Además de la extrema dificultad de conseguir las mayorías necesarias para aprobar esta disposición, no creo que la manera de luchar contra el exceso de legislación sea sancionar más normas jurídicas sin derogar o simplificar las existentes. Algo parecido cabe decir respecto de la sugerencia de Letta de crear una *Single Market National Office* en cada Estado miembro y una *EU Single Market Office*, a nivel europeo, para facilitar el cumplimiento de la normativa europea. La instauración de nuevos organismos, con sus procedimientos, normas, funciones, etc., no es una manera eficiente de reducir la carga burocrática.

¹²⁰ Editorial Comments, “The EU’s integrated policy approach towards competitiveness: The interplay between State aid control and industrial policies”, *Common Market Law Review*, 61, 2024, p. 3. También resulta interesante la reflexión de E. GARCÍA COSO en “Derecho de la competencia de la UE y mercado interior de la energía”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 16(1), 2024, pp. 226 ss., donde reivindica la aplicación del Derecho de la competencia para conseguir que el mercado energético funcione eficientemente.

En cuanto a los formas de financiar la política industrial en el pasado y los problemas que se pueden presentar en el futuro, Editorial Comments, “Paying for the EU’s industrial policy”, *Common Market Law Review*, 60, 2023, pp. 617 ss. Y respecto al impacto de los diversos instrumentos públicos en la política industrial, C. CRISCUOLO; N. GONNE; K. KITAZAWA y G. LALANNE, “Are industrial policy instruments effective? A review of the evidence in OECD countries”, *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, No. 122, 2022.

¹²¹ *Supra* nota 99.

¹²² Al respecto, L. HORNKOHL y D. PELEKIS, “State Aid Control as a Coordinating Instrument for EU Industrial Policy in the Internal Market”, *SSRN*, 16.2.2025.

¹²³ Reglamento 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

¹²⁴ Puede consultarse el proyecto de Comunicación titulado “Framework for State Aid measures to support the Clean Industrial Deal” en https://competition-policy.ec.europa.eu/about/contribution-clean-just-and-competitive-transition/draft-clean-industrial-state-aid-framework-cisaf_en.

¹²⁵ E. LETTA, *Much more than a market*, cit., pp. 107 ss.

78. Por otra parte, la Comisión no parece hacer caso a la sugerencia comentada; está haciendo justo lo contrario. *A Competitiveness Compass for the EU* contiene treinta y ocho medidas legislativas y *The Clean Industrial Deal: A joint roadmap for competitiveness and decarbonisation* treinta y nueve, la inmensa mayoría de las cuales deberán aprobarse entre 2025 y 2026. Es posible que todas estas medidas sean necesarias para conseguir la autonomía estratégica que anhela la Unión. Sin embargo, creemos que deberían ir acompañadas de una reducción y simplificación de la legislación europea y de un aligeramiento de la carga burocrática que soportan tanto las empresas como los ciudadanos. Debería aprovecharse los procesos de adhesión de nuevos Estados miembros para racionalizar el *acquis* comunitario y -continuando con la utopía- la carga burocrática tanto europea como nacional.

V. Conclusiones

79. Enrico Letta y Mario Draghi afirman que el modelo económico europeo está en crisis y que es necesario adoptar medidas para actualizarlo. Las causas son la pérdida de productividad respecto de nuestros rivales, el cambio de la coyuntura económica en que se basaba el comercio internacional, el retraso de la Unión respecto de la tecnología digital, la intensificación de las dependencias con terceros, la crisis energética, una financiación insuficiente y un déficit en seguridad y defensa.

80. La solución a los problemas europeos pasa por incrementar nuestra productividad y, con ello ganar, competitividad. Para ello proponen diversas medidas que pueden agruparse en siete objetivos. Primero, cerrar la brecha tecnológica con nuestros rivales. Segundo, aumentar la integración del Mercado Único y conseguir grandes empresas, preservando el tejido empresarial y la política social. Tercero, conjugar la transición verde con el aumento de la competitividad de las firmas europeas. Cuarto, mejorar la gobernanza de la Unión y reducir las cargas legislativa y burocrática. Quinto, crear un mercado europeo de las industrias de seguridad y defensa. Sexto, respecto de la política exterior, realizar la autonomía estratégica y recuperar la influencia internacional de la Unión y de sus empresas. Por último, conseguir la financiación necesaria para implementar estas medidas a través de la movilización del capital privado, la redefinición de las ayudas de Estado y la emisión de deuda pública paneuropea.

81. Las propuestas de Letta y Draghi no suponen ninguna novedad. No sólo se alinean con las prioridades políticas que el Consejo Europeo y la Comisión les anunciaron al encargarles los informes, sino que se enmarcan en la “autonomía estratégica abierta” que lleva inspirando la política europea desde 2013. Si a esta circunstancia le añadimos que los encargos fueron realizados *intuitu personae*, con unos objetivos bastante bien definidos y sin llevar a cabo un concurso abierto, surgen dudas acerca de la libertad de la que disfrutaron.

82. El diagnóstico de la coyuntura actual de la Unión Europea que realizan los tres informes resulta acertado. Igual sucede con la exposición de las causas que han llevado a la crisis de productividad y competitividad que atravesamos. Ahora bien, debería añadirse el bréxit. La retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea privó a ésta de una potencia económica y una democracia consolidada y exigió un gran esfuerzo político que distrajo la atención respecto de temas muy importantes.

83. La implementación de las sugerencias de Enrico Letta y Mario Draghi va a ser muy difícil de conseguir. Políticamente va a requerir grandes dosis de compromiso, determinación y generosidad. Es cierto que va a ser muy difícil que se reúnan los consensos y se hagan los sacrificios necesarios; pero también que los autores de los informes debían ser conscientes de estas exigencias. De ahí que deba considerarse su diagnóstico y propuestas como una llamada a la acción en un momento particularmente crítico. Resulta evidente que surgirán tensiones y conflictos. Y cuando aparezca, habrá que recordar que todas las quejas, peticiones y reivindicaciones deben canalizarse a través de los mecanismos y procedimientos previstos en el ordenamiento europeo, por el bien de todos.

84. La viabilidad jurídica de las propuestas de Draghi y Letta también va a suscitar problemas, pues el principio de atribución exige que todos los actos jurídicos que se adopten tengan una base jurídica legítima. Esta imposición resulta especialmente exigente en el caso de los paquetes de políticas, obligando a la Justicia europea a elegir entre interpretar extensivamente los poderes de la Unión o anular determinadas normas por falta de competencia.

85. Desde el punto de vista económico, las propuestas de Letta y Draghi también suscitan recelos. Va a ser muy difícil conseguir toda la financiación que su implementación necesita. Los desafíos de la Unión de Mercados de Capitales y de la Unión Bancaria hacen dudar acerca de la posibilidad de movilizar el capital privado. La modificación de la política de ayudas públicas puede generar tensiones entre los Estados miembros. Y la emisión de activos públicos paneuropeos va a generar rechazo.

86. Por último, algunas propuestas parecen demasiado optimistas. Es el caso de la consecución de campeones europeos sin perturbar el tejido empresarial europeo, compuesto sobre todo por pequeñas y medianas firmes, o la lealtad concurrencial. Y también de la reducción del acervo legislativo y de la carga burocrática. Aunque son deseables *-rectius*, imprescindibles- no parece que ni los autores ni las instituciones europeas sean conscientes de sus implicaciones, vistas las medidas que proponen y que han empezado a implementar.

¿Justicia con ánimo de lucro?¹ La cesión de los derechos de indemnización o *assignment model*

Justice for profit? The transfer of claims or assignment model

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil (acreditada a Catedrática)
Universidad de Valladolid*

Recibido:03.07.2025 / Aceptado:27.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9883

*“Ganamos justicia más rápidamente si hacemos justicia a la parte contraria”
Mahatma Gandhi*

Resumen: El ejercicio de una acción individual resarcitoria puede ser poco eficaz en determinados escenarios, como en el caso de daños masivos y dispersos derivados de una misma conducta. Para hacer frente a sus limitaciones se están articulando distintas soluciones en la práctica, tanto de naturaleza procesal como sustantiva. El objetivo del presente trabajo es el examen de una de estas soluciones: la cesión contractual de derechos de indemnización a un demandante profesional o vehículo de litigación, evaluando su admisibilidad e implementación en el marco europeo, así como el papel que desempeña o podría desempeñar en el futuro para resolver los problemas de acceso a la justicia de las víctimas de prácticas anticompetitivas u otras conductas ilícitas.

Palabras clave: Acceso a la justicia, acciones colectivas, cesión de reclamaciones, financiación de litigios.

Abstract: The exercise of an individual claim for compensation may be ineffective in certain scenarios, such as in the case of massive and dispersed damages arising from a single conduct. To address its limitations, various solutions are being developed in practice, both procedural and substantive. The objective of this paper is to examine one of these solutions: the contractual assignment of compensation rights to a professional claimant or litigation vehicle, assessing its admissibility and implementation within the European framework, as well as the role it plays or could play in the future in resolving problems of access to justice for victims of anticompetitive practices or other unlawful conduct.

Keywords: Access to justice, class actions, assignment model, litigation funding

Sumario: I. Panorámica: de cesiones, acciones colectivas y financiación II. El derecho a ser resarcido y el problema de acceso a la justicia. 1. Sobre las barreras de acceso a la justicia. 2. Distintas soluciones para facilitar el acceso a la justicia. III. La cesión de reclamaciones: una solución de Derecho privado. 1. Descripción y función económica: ¿acciones colectivas de facto? 2. Valoración crítica del modelo: defensores y detractores. 3. La cesión en la práctica: reconocimiento legal y judicial en el marco del Derecho comparado. A) La cesión en el Derecho de la Unión Europea. B) Juris-

¹ Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación: “La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados” del Ministerio de Ciencia e Innovación. PID2022- 139741OB-C21

dicciones favorables: Holanda, Finlandia, Austria. C) Alemania: un camino largo y accidentado. D) Países del *common law*: dificultades asociadas a las doctrinas de *maintenance*, *barretry* y *champerty*. E) la viabilidad del modelo de cesión en España. IV. Algunas reflexiones finales

I. Panorámica: de cesiones, acciones colectivas y financiación

1. El TJUE resolvió el 28 de enero de 2025 una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Regional de Dortmund en el marco del cártel de la madera tronzada (*round Wood*)², en la que se planteaba la valoración de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de algunos aspectos de la Ley alemana de servicios jurídicos que limitan o impiden la cesión de las reclamaciones por los daños causados por prácticas anticompetitivas. El planteamiento de esta cuestión había generado una gran expectativa dado que sometía el mecanismo de cesión de créditos derivados de los daños causados por prácticas anticompetitivas a la lente del principio europeo de efectividad.

2. En marzo de 2025, regresó al Congreso de los Diputados por vía de urgencia, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Este proyecto que obedece a la necesidad de transposición de la Directiva sobre acciones de representación de 2020³ ya había iniciado con anterioridad, su tramitación parlamentaria y sus medidas estaban contenidas en el marco global de la actual Ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, pero, en noviembre de 2024, se decidió retirar las propuestas referentes a las acciones colectivas para que fueran objeto de valoración separada. Este peregrinaje parlamentario y el largo retraso ya acumulado en la transposición de la norma europea⁴, ponen de manifiesto la dificultad y complejidad de conciliación de los distintos intereses implicados en los procedimientos colectivos y la fuerte resistencia del sector empresarial a su implantación.

3. Recogiendo una preocupación ya expresada en el artículo 10 de la Directiva sobre acciones de representación, pero con un alcance más amplio, el Parlamento europeo adoptó en septiembre de 2022, una Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación responsable de litigios⁵. Más recientemente, a finales de 2024, el Instituto Europeo de Derecho (ELI) publicó un informe en el que recoge una serie de principios para tratar de mejorar y armonizar las prácticas en materia de financiación de litigios por parte de terceros⁶. En mayo de 2025, el *Competition Appeal Tribunal (CAT)* británico aprueba el acuerdo transaccional acordado en el célebre y mediático caso *Merricks v. Mastercard*⁷, intentando delimitar los planos de intereses afectados en los procedimientos colectivos (miembros de la clase, abogados y financiadores) y su prelación.

4. Estos hechos, pese a su aparente inconexión o carácter aislado, tienen un punto o base común: la cesión de reclamaciones, las acciones colectivas o representativas y los acuerdos de financiación de litigios describen mecanismos jurídicos desconocidos o poco utilizados, hasta el momento, en nuestro ordenamiento jurídico y, con carácter general, en los ordenamientos jurídicos continentales, que están incrementando progresivamente su presencia en la legislación y práctica europea y que buscan dar respuesta a una preocupación actual: la inoperatividad o escasa efectividad, en determinados escenarios, del modelo clásico de proceso instrumentado a través de la acción individual como meca-

² Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2025, Asunto C-253/23, *Land Nordrhein-Westfalen v. ASG 2*.

³ Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 *relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*.

⁴ El plazo de transposición de la Directiva, conforme a su artículo 24, venció el 25 de diciembre de 2022.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2022, *con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable* (2020/2130/INL).

⁶ *Principles Governing Third Party Funding of Litigation*, disponibles en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_Governing_the_Third_Party_Funding_of_Litigation.pdf

⁷ [2025] CAT 28.

nismo para dirimir los conflictos y que los agraviados puedan realizar los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

5. Diversos factores que tendremos ocasión de examinar con más detenimiento como, por ejemplo, los costes de la litigación o la complejidad técnica de los procesos, acrecentada con la globalización, están en la base de esta inoperatividad que está generando dos escenarios muy problemáticos y, lamentablemente, muy actuales.

6. Por una parte, no todos los casos sobre los que debería litigarse llegan a serlo. Existe una “infralitimación” en el sentido de que numerosas víctimas de infracciones jurídicas desisten, no interponen las acciones para la tutela de su derecho, provocando así una situación de injusticia material, la no reparación del perjuicio causado y la impunidad de los infractores.

7. Por otra parte, las víctimas o agraviados que deciden acudir a los tribunales, al no contar con mecanismos apropiados, no lo hacen de forma adecuada o solvente, dando lugar a avalanchas de pleitos, en muchas ocasiones deficientemente planteados o sin base suficiente (por ejemplo, con informes periciales de baja calidad) que saturan los tribunales y dificultan o impiden la correcta administración de justicia. Son numerosos los ejemplos de este tipo de “pleitos masa” en los tribunales españoles, recordemos las cláusulas suelo, o las reclamaciones derivadas de los cárteles de camiones⁸ o de coches. Una multitud de reclamaciones sobre los mismos hechos ante una pluralidad de tribunales genera, además, el riesgo de soluciones contradictorias con la consiguiente lesión de la seguridad jurídica. Nos encontramos con una doble afectación, por tanto, los intereses y derechos particulares de las víctimas y el interés general en la garantía de la seguridad jurídica y en una correcta y ordenada administración de justicia.

8. Cesión de créditos, acciones colectivas y financiación de litigios constituyen intentos recientes de solventar las disfunciones de la acción individual en determinadas áreas en las que existe una falta de armonía o complementariedad entre el derecho sustantivo y el proceso. Principalmente, como tendremos ocasión de examinar a lo largo del presente trabajo, mediante la participación y entrada en el proceso de un tercero extraño al habitual esquema “perjudicado frente a causante del perjuicio”. Este tercero puede tratarse del cesionario de la reclamación, una entidad representativa de una clase de perjudicados o un fondo de inversión que asuma los gastos de financiación del procedimiento.

9. El objetivo del presente artículo es analizar las soluciones de Derecho privado que están arbitrándose desde la práctica para intentar solventar las disfuncionalidades del proceso en determinados supuestos. Para ello, se examinan en primer lugar, algunos de los factores que condicionan y dificultan el acceso efectivo a la justicia y se repasan las principales respuestas orientadas a hacerles frente.

II. El derecho a ser resarcido y el problema del acceso a la justicia

1. Sobre las barreras de acceso a la justicia

10. El despertar de las preocupaciones del Estado social o Estado del bienestar determinó una ruptura de los principios liberales decimonónicos y de la vieja máxima “a la igualdad por la libertad”, produciéndose una reconsideración del papel de los poderes públicos en la estructuración de las relaciones entre particulares y la exigencia de su intervención para garantizar el reequilibrio de las posiciones contractuales a fin de conseguir una ordenación y resolución de intereses justa. En este sentido, desde

⁸ Es buena muestra de la saturación de los tribunales con reclamaciones derivadas de unos mismos hechos ilícitos, la existencia de más de cinco mil sentencias de Audiencias Provinciales españolas resolviendo apelaciones contra sentencias de juzgados mercantiles que resuelven acciones indemnizatorias de daños por el cártel de camiones. Vid., en detalle, F.MARCOS: “De cinco mil sentencias de apelación al 5%”, disponible en: <https://almacenederecho.org/de-5-000-sentencias-de-apelacion-al-5>.

mediados del siglo XX se ha venido armando a los individuos con nuevos derechos sustantivos en sus posiciones como consumidores, trabajadores, arrendatarios, asegurados e incluso ciudadanos. El reconocimiento de estos derechos constituyó un significativo avance frente a la situación de indefensión que las premisas liberales estaban generando. Ahora bien, la protección pretendida deviene inviable si este reconocimiento no se acompaña de los medios necesarios para hacerlo efectivo en el caso de que el derecho reconocido sea conculcado o lesionado.

11. El éxito de cualquier régimen de derecho sustantivo depende necesariamente de la calidad del régimen procesal correspondiente. Si no se puede confiar en que el litigio aplique el derecho con precisión a los hechos relevantes, entonces no importa lo cuidadosamente que hayan sido elaboradas las normas de derecho sustantivo. Los objetivos del derecho sustantivo, como la disuasión, la compensación y la justicia retributiva, no pueden lograrse si los demandados terminan pagando cantidades diferentes a las que el derecho sustantivo les obliga a pagar, o si los demandantes terminan recibiendo cantidades diferentes a las que el derecho sustantivo les da derecho a recibir. Precisamente, un objetivo del procedimiento civil —de hecho, el objetivo principal— es la aplicación precisa del derecho a los hechos.

12. El proceso judicial, instrumentado a través de la acción individual, es el instrumento clásico de resolución de conflictos. Colocando frente a frente a infractores y agraviados busca, precisamente, partiendo del reconocimiento de igualdad de armas y partes, que el resultado último dependa solo de los méritos relativos de las posiciones enfrentadas, independientemente de diferencias diversas o extrañas al mérito de su reclamación⁹.

13. No obstante, es frecuente que aparezcan en la práctica barreras o situaciones de diversa naturaleza que impiden ese ideal paritario y que cuestionan la aptitud del proceso individual para proteger a las víctimas de infracciones.

14. En este sentido, los costes de los procedimientos judiciales tienden, especialmente, en determinadas jurisdicciones, a ser muy elevados. Sin perjuicio de la capacidad de los Estados de asumir algunos de ellos¹⁰, en su mayoría van a recaer en los patrimonios de los litigantes, especialmente los costes de los servicios legales y de los informes técnicos y peritajes¹¹. La entidad de los costes puede suponer, en el caso concreto, que estos superen a la propia *cuota litis*, eliminando todo incentivo del presunto agraviado de buscar resarcimiento¹².

15. Igualmente, el sistema de asignación de costas también puede ejercer, desde una perspectiva financiera, un importante efecto disuasorio a la interposición de una reclamación, especialmente en los ordenamientos que contemplan un sistema de condena en costas (*loser pays rule*) que determina que el perdedor en un juicio ha de sufragar además los gastos de la parte ganadora, lo que incrementa notablemente el riesgo de la litigación¹³.

⁹ Vid. G.M.SOLAS: *Third Party Funding. Law, Economics and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 103. “El equilibrio de poder en los litigios significa que tanto el demandante como el demandado tienen los mismos derechos, obligaciones y posibilidades en general, que los riesgos del litigio son iguales para ambas partes y que la posibilidad de éxito ante el tribunal no depende de la riqueza de las partes”.

¹⁰ Una parte de los costes de la administración de justicia, como el pago de los salarios o retribuciones de jueces y magistrados y personal de los juzgados, así como de los edificios y emplazamientos en los que se desarrollan los procesos, son asumidos por el Estado.

¹¹ G.M.SOLAS: *Third Party Funding. cit.*, pp. 130-131, señala como la globalización, con el incremento de las posibilidades de negociación transfronteriza y, consiguientemente, de la aplicación de diversas normativas nacionales, ha determinado un incremento de la complejidad de los litigios y con ello de sus costes.

¹² Los costes procesales que requiere un procedimiento ordinario individual son desorbitados y la *cuota litis* suele ser superior a la cantidad reclamada. Así se reconoce expresamente por algunos magistrados, *vid.ad.ex*: Sentencia de 29 de enero de 2024, del JM 2 Valladolid.

¹³ Vid. B.FITZPATRICK: *The Conservative Case for Class Actions*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 2019; B.G.GARTH/M.CAPPELLETTI: “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, *Articles by Maurer Faculty*. 1142, 1978, disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>, pp. 187 y ss.

16. No solo los costes financieros suponen un obstáculo a un efectivo acceso a la justicia. También los costes temporales, derivados de la dilación en el tiempo de los procesos, pueden generar reticencias a la interposición de la acción¹⁴. Ya en el siglo XVII, el escritor y moralista francés, Jean de la Bruyère, defendió que: “una cualidad de la justicia es hacerla pronto y sin dilaciones; hacerla esperar es injusticia”. El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 6, reconoce que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”.

17. Los costes del proceso, económicos o temporales, unidos a la existencia de diferencias en la capacidad de las partes (financieras, intelectuales o derivadas de la mayor experiencia en litigación¹⁵) pueden disuadir a las víctimas de acudir a los tribunales a solicitar la reparación del perjuicio causado¹⁶. MOLOT señala tres factores que pueden dar lugar a una discordancia entre las normas sustantivas y los resultados del proceso: el conocimiento que tengan las partes del mérito o base de su reclamación, la aversión al riesgo y su capacidad financiera para asumir los costes de la litigación¹⁷.

18. Estos problemas de acceso a la justicia se manifiestan con especial intensidad en determinados ámbitos. Este es el caso de las infracciones de las normas de tutela de los consumidores, especialmente en los supuestos de lesiones de escasa cuantía, pero masivas derivadas de una misma práctica o conducta¹⁸. En estos escenarios de daños dispersos y difusos, puede ocurrir que las víctimas carezcan individualmente de incentivos racionales para solicitar un resarcimiento, dado que ninguna de ellas se sentirá lo “suficientemente” dañada como para interponer la acción, dando lugar a una situación de desinterés o apatía racional. La capacidad económica del infractor y su fuerza relativa frente al consumidor puede jugar también un importante efecto disuasorio. Por tanto, el freno a la reclamación puede obedecer tanto a que el daño individual sea muy pequeño como a que el demandado sea muy grande. Los consumidores pueden encontrar dificultades para interponer acciones resarcitorias, pese al reconocimiento normativo de su derecho a la indemnización en ámbitos como la responsabilidad derivada de productos defectuosos o, especialmente, como pone de manifiesto el escaso número de resoluciones judiciales existentes, en el marco de las prácticas desleales específicamente dirigidas a los consumidores, introducidas con la reforma de la LCD de 2009¹⁹, como las prácticas agresivas y las prácticas engañosas.

19. Un escenario en el que se manifiesta de forma clara la dificultad de acceso a los tribunales para el ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico lo encontramos en el marco de la aplicación privada del derecho de la competencia, concretamente, en el ejercicio del derecho a ser resarcido por los daños patrimoniales derivados de una conducta o práctica anticompetitiva²⁰. Afectados por estas conductas²¹ pueden ser tanto las empresas como los consumidores, ya sea directamente, por

¹⁴ Para una valoración de la duración media de los distintos procedimientos en España, puede consultarse: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales/>

¹⁵ M. STEINITZ: “Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding”, 95, *Minnesota Law Review*, 2010-2011, pp. 1300 y ss., señala las diferencias entre los denominados *one shot litigants*, demandantes ocasionales y los *repeat players*, que participan repetida y frecuentemente en procedimientos similares, contando con numerosas ventajas derivadas de esta mayor experiencia frente a los primeros. Vid., igualmente, B.G.GARTH/M.CAPPELLETTI: “Access to Justice:...”, *cit.* pp. 193 y ss.

¹⁶ Vid. B.G.GARTH/M.CAPPELLETTI: “Access to Justice...”, *cit.* pp. 190 y ss.

¹⁷ Vid. J.T. MOLOT: “Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem”, *Georgetown Law Journal*, VOL. 99, 2010, pp. 75 y ss.

¹⁸ VID. J. DE MOT/M. FAURE/L.VISSCHER: “Third Party Financing and its Alternatives: An Economic Appraisal”, 2016, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2747277>, p. 2.

¹⁹ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

²⁰ Vid. G. AFFERNI: “La cessione del credito risarcitorio per violazione del diritto antitrust”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 4, 2017, p. 910.

²¹ Las dificultades para acceder a los tribunales y obtener resarcimiento de los daños derivados de prácticas anticompetitivas, en el marco de la llamada aplicación privada del Derecho de la competencia, son especialmente acusadas en el caso de que las víctimas sean consumidores. Vid., al respecto el exhaustivo estudio llevado a cabo por M.SOUSA FERRO, en 29 países de 2020 a 2022, en el que se evidencia la ausencia de compensación significativa de los consumidores por daños *antitrust*, M.

ejemplo, por la presencia de un cártel de productos de consumo, ya sea indirectamente, como consecuencia de la repercusión del daño a lo largo de las distintas fases del proceso productivo.

20. Los obstáculos a los que pueden enfrentarse las empresas (sobre todo pymes) y los consumidores a la hora de hacer valer su derecho son de diversa naturaleza. Uno de los principales, reconocido por los propios tribunales, reside en las dificultades de cuantificación del daño. Para las reclamaciones por daños contra cárteles, a diferencia de, por ejemplo, las reclamaciones de indemnización por vuelos retrasados, no existe ninguna regulación, baremo o fórmula fija para determinar el valor monetario de una reclamación específica. El demandante tiene que demostrar y probar los efectos perjudiciales sobre los precios de la infracción del Derecho de competencia que le causa daño. El análisis económico y la cuantificación de los daños antimonopolio, incluida la causalidad, normalmente requieren datos e información de todo el mercado, que idealmente abarquen el mercado afectado antes, durante y después de la infracción. Esa cuantificación plausible del efecto negativo del cártel es el principal obstáculo para obtener una compensación y una empresa individual, utilizando únicamente sus propios datos, normalmente no podrá realizar un análisis econométrico sólido con el mismo estándar. Es más, la dificultad de prueba se acentúa por la existencia de importantes asimetrías de información respecto de los infractores, así como por la falta de pruebas debido al carácter secreto de, en particular, los cárteles.

21. Precisamente por las complejidades técnicas asociadas a la prueba de daños, estos procedimientos comportan, generalmente, unos costes muy elevados (por ejemplo, abogados, peritos económicos, uso de recursos internos) que podrían incluso superar el daño individual. Esto es aún más relevante porque los cárteles conducen a una asimetría entre costes y riesgos por su propia naturaleza, ya que el demandante puede enfrentarse a todos los miembros del cártel que de ese modo multiplican el riesgo de costes adversos del demandante, mientras que pueden compartir sus propios costes²². Las dificultades técnicas, legales y económicas comportan habitualmente un gran riesgo de litigios duraderos²³.

22. En el caso de que las víctimas de las conductas anticompetitivas sean empresas que mantienen relaciones comerciales o financieras con los infractores, especialmente en situaciones de dependencia económica, el temor a represalias -por ejemplo, finalizaciones de contrato o interrupciones en las entregas-, puede disuadir de la interposición de las reclamaciones por los daños causados.

23. Los problemas de acceso a la justicia se acrecientan en los mercados digitales dadas sus especiales características estructurales y de funcionamiento. Así, especialmente en áreas que pueden afectar a derechos fundamentales (privacidad, igualdad de trato, salud y seguridad de los productos...), las infracciones de las normas regulatorias, como en el caso europeo, el *Reglamento General de Protección de Datos* (RGPD)²⁴ o el *Reglamento de Inteligencia Artificial*²⁵, pueden resultar en daños materiales para los consumidores, pero también daños inmateriales, que al no poder medirse con precisión en términos monetarios y precisar necesariamente de estimación judicial, son más complicados de probar

SOUSA FERRO: "Consumer antitrust private enforcement in Europe: as complete as possible", 2022, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4223770

²² Es una práctica común en los litigios antimonopolio que los demandados establezcan comités de defensa conjuntos para agrupar todos sus recursos y conocimientos. Vid. C. KRÜGER: "La cesión de las acciones de daños derivadas de ilícitos concurrenciales", 2024, disponible en <https://almacenederecho.org/la-cesion-de-las-acciones-de-danos-derivados-de-ilicitos-concurrenciales>.

²³ En el marco de la aplicación privada del Derecho de la competencia y la Directiva de daños, una buena muestra de la dilación en el tiempo de los procesos, la encontramos en el cártel de los camiones, en relación al cual se han planteado numerosas cuestiones prejudiciales al TJUE que, necesariamente, alargan el tiempo de resolución.

²⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (*Reglamento general de protección de datos*).

²⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial* y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (*Reglamento de Inteligencia Artificial*).

en una acción resarcitoria²⁶, lo que determina en muchos casos que éstas no se interpongan. Además, el daño por persona afectada puede no ser lo suficientemente significativo como para justificar el coste, el tiempo y la energía negativa del litigio. La dificultad de prueba y cuantificación también está presente en otros daños, de carácter difuso, que pueden derivarse de **prácticas** ilícitas en estos mercados, como lesiones a la innovación o reducción de la capacidad de elección de los consumidores.

24. La conformación estructural de gran parte de los mercados digitales repartidos entre pocas empresas de gran tamaño: las grandes plataformas tecnológicas, genera situaciones de David contra Goliat, en las que la gran dificultad entre las partes en conflicto desalienta la interposición de acciones, tanto por parte de los consumidores como por parte de las empresas, dado que la presencia de pocos operadores en los mercados, muchas veces actuando como guardianes de acceso o *gate keepers*, acentúa las situaciones de dependencia económica²⁷.

2. Distintas soluciones para facilitar el acceso a la justicia

25. Los obstáculos o barreras generales identificados de acceso a la justicia se irán paulatinamente afrontando desde distintas vías: facilitando sufragar el proceso y sus costes a través de mecanismos asistenciales como la justicia gratuita; reduciendo los costes temporales y económicos mediante mecanismos alternativos al proceso, más rápidos y menos costosos, como el arbitraje o la mediación, o permitiendo técnicas indirectas de financiación de los procesos, como, por ejemplo, el reconocimiento de la validez de los pactos de cuota litis (*contingency fees*) o la contratación de seguros.

26. Si bien estas soluciones consiguen resolver de forma puntual o específica algunos de las dificultades señaladas de acceso a la justicia, no consiguen evitar las barreras identificadas en los casos en que existe una colectividad de afectados, subsistiendo numerosos problemas, sobre todo de iniciativa para reclamar en el caso de daños de escasa o reducida cuantía y de financiación en procesos más complejos y costosos.

27. Para afrontarlos e intentar restablecer el equilibrio de poderes y la igualdad entre las partes procesales, dos soluciones están actualmente adquiriendo mucha fuerza y espacio, una de naturaleza procesal, la acción colectiva o de representación²⁸ y otra de carácter sustantivo, mediante el recurso a instrumentos contractuales, la cesión de créditos o reclamaciones a una entidad especializada o vehículo de litigación.

28. Las acciones colectivas implican el reconocimiento de una legitimación extraordinaria ya que permiten trasladar el ejercicio de la acción a un sujeto que no es el titular de los derechos o intereses lesionados por la infracción, pero que se considera adecuadamente representativo *lato sensu* de dichos

²⁶ Vid. L.HORNKOHL: "Damages in digital single market law: definition of damages, scope of damages, damage items and methods of calculating damages", *Schadensersatz im digitalen Binnenmarktrecht: Schadensbegriff, Schadensumfang, Schadensposten und Schadensberechnungsmethoden* in BAUERMEISTER/SCHWAMBERGER (eds): *Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt*, Mohr Siebeck, 2025, pp. 85-101.

²⁷ Un ejemplo de ese problema lo encontramos en las dificultades que los vehículos de litigación estaban encontrando para vencer la resistencia de los hoteles a ceder sus posibles reclamaciones contra Booking, sancionada, entre otras prácticas, por el uso de cláusulas de paridad por parte de la CNMC (Resolución de 29 de julio de 2024, S/0005/21, *Booking*). La anticompetitividad de las cláusulas de paridad de tarifas ha sido corroborada por el TJUE en su Sentencia de 19 de septiembre de 2024, *Booking.com BV y Booking.com (Deutschland) GmbH contra 25hours Hotel Company Berlin GmbH y otros*.

²⁸ Las acciones colectivas no constituyen la única solución procesal arbitrada para hacer frente a la avalancha de demandas individuales derivadas de un hecho o causa común. Precisamente, en España, para hacer frente a la litigación masiva por cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria, con millones de afectados, y ante la escasa efectividad del régimen de la acción colectiva resarcitoria del artículo 11 LEC, se recurrió a otros mecanismos procesales, como la concentración de las demandas en juzgados especializados o la implementación del juicio testigo. Vid., *in extenso*, M. ORTELL RAMOS: "Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa", *Revista General de Derecho Procesal*, núm.54, 2021, pp. 1 y ss.

derechos o intereses. Los regímenes disponibles para acciones colectivas o de grupo se dividen, en general, en dos categorías: (1) el régimen de adhesión voluntaria (*opt-in*), en el que la demanda se interpone únicamente en nombre de los demandantes identificados en el procedimiento que autoricen dicha interposición y (2) el régimen de exclusión voluntaria (*opt-out*), en el que la demanda se interpone en nombre de todos los que pertenecen a un grupo definido de demandantes, a menos que adopten medidas positivas para excluirse, no siendo necesario que los miembros individuales del grupo se identifiquen ni que autoricen que se interponga la demanda en su nombre.

29. El mecanismo de la cesión de créditos o reclamaciones o, en su terminología anglosajona, *assignment model*, posibilita que un tercero, el cesionario, adquiera la titularidad de los derechos de los afectados por prácticas ilícitas por una suma fija o un porcentaje de la eventual indemnización y los ejercite ante los tribunales (o extrajudicialmente) en nombre propio.

30. En cualquier caso, aunque estos dos supuestos pueden resolver los problemas de falta de iniciativa, que va a ser asumida por un tercero, en muchos casos, a menos que la entidad representativa o el cesionario cuenten con los recursos propios suficientes, no solucionan los problemas de financiación²⁹, lo que puede determinar la intervención de un tercero más en el proceso: el financiador. La financiación de litigios constituye un mercado en continua y creciente expansión. Con carácter general, el financiador se refiere a cualquier entidad que se haga cargo profesionalmente de los costes de otras disputas a cambio, solo en el caso de estimación de la pretensión, de una parte de la recuperación financiera esperada.

31. En este trabajo nos centraremos más detenidamente en la cesión de derechos de indemnización como estrategia de litigación colectiva, sin perjuicio de que, como indicamos en apartados previos, existe un nexo funcional común entre estos supuestos, de creciente uso y que, poco a poco van abriéndose paso, no sin obstáculos y resistencias, en los distintos ordenamientos jurídicos. Este punto de conexión determina que muchos de los problemas y soluciones, beneficios y peligros del modelo de cesión puedan ser trasladados, con más o menos matices, a la financiación de litigios y a las acciones colectivas.

III. La cesión de reclamaciones: una solución de Derecho privado

1. Descripción y función económica: ¿acciones colectivas de facto?

32. El mecanismo de la cesión de reclamaciones intenta solventar los problemas de la litigación cuando existe una pluralidad de afectados recurriendo a mecanismos de derecho privado, concretamente y, sobre la base del principio de libertad contractual y general transmisibilidad de los derechos, a través de un contrato de cesión, por el que los afectados por una conducta ilícita transmiten sus derechos a reclamar a una entidad o compañía especializada. Esta adquiere la titularidad de los derechos a cambio de un precio que puede consistir en una cantidad fija inicial³⁰ o, lo más habitual, en un porcentaje de los resultados del proceso (similar a una *cuota litis*) y los ejercita ante los tribunales o extrajudicialmente en nombre propio. La sociedad actúa como un vehículo de litigación o *claimant vehicle*, asume todos los costes de la litigación y, al ser titular de todos los derechos, los agrupa en un único proceso³¹.

²⁹ Precisamente, en relación con el ejercicio de acciones colectivas, GASCÓN INCHAUSTI, señala la insuficiencia de la regulación legal, con independencia de su cuidado y detalle y alude gráficamente a la necesidad de afrontar el problema del “elefante en la habitación”, que es lo que determinará en la práctica el éxito o el fracaso del sistema, las posibilidades de financiación del proceso colectivo. Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI: “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores>.

³⁰ El modelo de cesión de créditos con pago inicial es analizado por A. PINNA: “Financing Civil Litigation. The Case for the Assignment and Securitization of Liability Claims”, en M. TUIL/L. VISSCHER (ed.): *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, pp. 109 y ss.

³¹ En el Derecho español el litigio, desde una perspectiva procesal, se articula mediante una acumulación de acciones, regulada en los artículos 71 y ss. de la LEC. Puede ser objetiva, uniendo todas las que tenga un demandante contra un demandado

33. El modelo de cesión abre una vía para que las partes perjudicadas agrupen *de facto* sus reclamaciones por daños a nivel de derecho material y dentro del sistema de acciones legales individuales. Concretamente, se pretende evitar las cuestiones y problemas que derivan de la existencia de una pluralidad de demandantes al ceder todos los afectados sus reclamaciones a un cesionario/tercero que las ejercerá en su propio nombre, existiendo, consiguientemente, un único demandante.

34. Este tercero puede ser creado *ad hoc* para un caso concreto³² o, por el contrario, tratarse de un prestador especializado en la cesión de reclamaciones, como es el caso de las empresas Cartel Damages Claims (CDC), myRight, flightright, TransAtlantis, etc. Habitualmente, este tercero será una empresa privada, sin perjuicio de que en la práctica podamos encontrar otro tipo de cesionarios, como empresas públicas, como es el caso de la entidad pública alemana Deutsche Bahn o, incluso, si bien es mucho menos habitual, asociaciones de consumidores, a las que los consumidores ceden sus derechos a reclamar, por ejemplo, Que Choisir? en Francia o VKI en Austria.

35. La empresa recopila pruebas relacionadas, evalúa los méritos de las reclamaciones en cuestión y comercializa sus servicios a titulares de reclamaciones individuales. Se encarga, además, de seleccionar a los abogados litigantes y a los expertos económicos. Los cedentes reciben el importe que finalmente se recupera, menos una parte previamente acordada por el cesionario. En cualquier caso, los cedentes no soportan ningún coste (*no win, no fee*), ni son parte en el litigio. El demandante financia el caso con sus propios activos o con un financiador de litigios externo que asume todo el riesgo del coste del litigio a cambio de un porcentaje de la participación del demandante en el montante recuperado.

36. La operatividad de este modelo depende de la existencia de un número significativo de cesiones. De hecho, una de sus principales dificultades reside en el *book building* o formación de la cartera de empresas o consumidores afectados, que resulta más problemática en el caso de los consumidores, tanto por su identificación como por la mayor dificultad de vencimiento de la resistencia a reclamar³³, lo que explica que, al menos en el marco del Derecho de la competencia, haya resultado, hasta el momento, más interesante u operativo en el caso de que las víctimas sean empresas³⁴. No obstante, recientemente, este panorama está empezando a cambiar gracias al surgimiento del “legal tech”. Las posibilidades de contacto que ofrecen las redes sociales facilitan la publicidad y la búsqueda de consumidores. La digitalización, por su parte, permite la rápida conclusión de los contratos y ayuda a la aportación de documentación³⁵.

siempre que sean compatibles entre sí, o subjetiva, que tenga uno contra varios o varios contra uno, siempre que entre estas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. La empresa puede acumular objetivamente todas las acciones que le correspondan contra cualquiera de las empresas que formaron parte de la conducta ilícita, por ejemplo, un cártel, adquiridas en los diversos contratos de cesión de acciones, ya que entre ellas no hay ninguna incompatibilidad (de hecho, proceden todas del mismo título: infracción de las normas de competencia) y puede acumular subjetivamente las acciones que le corresponden contra los distintos responsables de la práctica ilícita. Vid. *in extenso*, sobre la acumulación subjetiva y objetiva de acciones, A. DE LA OLIVA SANTOS: *Derecho Procesal Civil (El proceso de declaración)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 165-167; J. MONTERO AROCA: *El Proceso Civil (Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución)*, 2.º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 585.

³² La constitución *ad hoc* del demandante para la gestión y reclamación de los daños derivados de un ilícito concreto es frecuente en algunos Estados, como Holanda, tanto recurriendo al mecanismo de cesión de reclamaciones, por ejemplo, los casos de Stitching Cartel Compensation y Equilib Netherlands, personas jurídicas constituidas con la finalidad de concentrar y gestionar las reclamaciones por daños y perjuicios derivadas del cártel del transporte aéreo, como en el marco de las acciones colectivas mediante la creación ex profeso de una *stichting* o fundación, por ejemplo, la Diesel Emissions Justice Foundation, creada en 2020, para reclamar los daños y perjuicios causados a los consumidores como consecuencia del caso Dieselgate.

³³ La gran mayoría de las infracciones masivas de consumo causan un daño muy pequeño por consumidor, lo que hace que la creación de carteras sea económicamente inviable en la práctica y genera una apatía racional para ceder el crédito o para optar expresamente por la participación en la acción en el caso de una acción colectiva opt-in.

³⁴ Sin perjuicio de que el modelo de cesión sí sea usado frecuentemente en otras áreas de protección del consumidor, como productos defectuosos, control de alquileres, mercados de capitales, protección de datos y derechos de los pasajeros. En general, en el caso de los consumidores y lesiones de escasa cuantía la operatividad del modelo exige que la base de la reclamación y el cuántum indemnizatorio puedan determinarse con facilidad, sin necesidad de incurrir en complejos y costosos peritajes y análisis.

³⁵ Vid. C.KRÜGER/A.WEITBRECHT: “Bundling of Claims by way of Assignment in Germany”, *Mass Claims* 2021-2, pp. 5 y ss.

37. Este problema de identificación y formación de la cartera de sujetos afectados es compartido con las acciones colectivas *opt-in*. De hecho, a esta cesión de reclamaciones se le ha llamado “acciones colectivas de facto,” o alternativa privada a las acciones colectivas *opt-in*³⁶ dada la existencia de numerosos rasgos comunes que determinan no solo parámetros similares de operatividad, sino también, como tendremos ocasión de examinar en el siguiente apartado, críticas y recelos compartidos.

38. La principal similitud entre estas dos fórmulas de resarcimiento colectivo es funcional. La transferibilidad del derecho a una indemnización por daños y perjuicios permite la acumulación en una única acción judicial de múltiples reclamaciones de indemnización derivadas de una única infracción. De hecho, un mismo sujeto puede convertirse en cesionario de múltiples reclamaciones de indemnización y promover una única acción contra el autor o los autores de la infracción. En este sentido, la transferibilidad de la reclamación de la indemnización permite la realización de la misma función de economía procesal que normalmente se reconoce a la acción colectiva. Más precisamente, la transferibilidad de la reclamación facilita, al igual que la acción colectiva, la indemnización de daños y perjuicios, incluso de pequeña cuantía, sin un aumento correspondiente de la actividad procesal, ya que todas estas reclamaciones de indemnización se resuelven al final de un único juicio. Ambos mecanismos intentan resolver los problemas de litigación masiva, aunque este objetivo se concrete a través de técnicas procesales distintas.

39. Una diferencia que suele apuntarse entre estos mecanismos radica en los sujetos, víctimas de prácticas ilícitas, a los que van dirigidos, centrándose las acciones colectivas en la tutela de los consumidores y usuarios y la cesión de reclamaciones o créditos preferentemente en las empresas. Esta afirmación general es susceptible, no obstante, de matización, dado que no es exacta en todas las jurisdicciones ni en todos los mercados. En este sentido, si bien es cierto que algunos ordenamientos jurídicos como el español, tanto en su normativa vigente como proyectada, limitan el ejercicio de acciones colectivas a los consumidores, en otros ordenamientos la clase puede estar formada tanto por consumidores como por empresas, y la legitimación reconocerse a los miembros y a asociaciones representativas de los intereses de ambos. Este es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos, Alemania y Bélgica, que reconocen a las pymes la posibilidad de recurrir a esta forma de tutela colectiva, de Portugal, en relación solo al Derecho de la competencia³⁷ y, muy especialmente, de los EE.UU. Por lo que a la otra cara de la afirmación inicial planteada se refiere, que la cesión de créditos es utilizada prioritariamente por empresas, ya hemos señalado anteriormente que no puede generalizarse, dependiendo de los distintos mercados o sectores afectados cuyas características y regulación determinarán la mayor o menor operatividad de la cesión de créditos por parte de los consumidores, más sencilla en algunas áreas como transporte y derechos de los pasajeros y más compleja en otras como el Derecho de la competencia.

40. Más significativo que a quién protege cada uno de estos mecanismos es, a nuestro juicio, que ambos, cesión de reclamaciones y acciones *opt-in*, presentan dificultades operativas en el mismo tipo de escenarios, en los que pueden reproducirse, incluso en esta dimensión colectiva, las disfunciones del proceso individual entre los costes de litigación y el resarcimiento previsto. En primer lugar, este sería el supuesto en el caso de daños de escasa cuantía, en los que no puedan establecerse fácilmente la base de la reclamación y el quantum indemnizatorio, por ejemplo, daños inmateriales derivados de la vulneración de la normativa de protección de datos o daños derivados de la infracción de la normativa de protección medioambiental (por ejemplo, el caso Dieselgate). Un segundo escenario, en el que podrían producirse situaciones en las que los costes de litigación sobrepasan o se acercan mucho al resarcimiento previsto colectivamente, puede plantearse también con lesiones de mayor entidad en el caso de daños de difícil y costosa prueba y procesos con costes temporales elevados, por ejemplo, en el marco de acciones de daños derivadas de la infracción de las normas de competencia.

³⁶ Vid. C.KRÜGER: “La cesión de acciones por daños derivados de ilícitos antitrust”, 2024, disponible en <https://almacende-derecho.org/la-cesion-de-acciones-por-danos-derivados-de-ilicitos-antitrust>

³⁷ Vid. M.J.AZAR-BAUD: “Implementation of the Representative Actions Directive across the European Union: state of play”, *Civil Justice Quarterly*, 2025, 44(2), pp. 128 y ss.

41. Precisamente para hacer frente y dar respuesta a estos casos donde el modelo *opt-in* no llega, ya sea en su articulación procesal por medio de acciones colectivas o en su dimensión sustantiva, mediante la concentración a través de la cesión de todas las reclamaciones en un único demandante, tiene sentido abandonar en cierto modo, con el vértigo que ello implica, el concepto de compensación individual y buscar otras alternativas para evitar el enriquecimiento injusto de los infractores y facilitar el resarcimiento de las víctimas, aunque sea parcial o incompleto, como el modelo *opt-out* de acciones colectivas.

2. Valoración crítica del modelo: defensores y detractores

42. Este mecanismo de transferencia de la reclamación cuenta con *numerosos aspectos positivos o ventajas*. En primer lugar, la cesión de derechos de indemnización con la introducción en el proceso de un demandante profesional favorece la resolución de los problemas de falta de iniciativa o abandono de la actuación judicial, facilitándose las reclamaciones y la reparación de daños que, de otro modo, no se producirían³⁸. La presencia de una entidad especializada con experiencia en el tipo de reclamaciones en causa y el aumento de los datos disponibles y de los recursos facilitan además la prueba del daño. Se reestablece, aunque sea parcialmente, el equilibrio que el proceso “individual” no consigue, nivelándose las posiciones de las partes, tanto judicial como en su caso, extrajudicialmente, ampliándose las posibilidades de llegar a un acuerdo transaccional³⁹. En definitiva, facilita que las víctimas de una infracción o ilícito sean resarcidas, acaba con el enriquecimiento injusto de los infractores y, si el sistema de resarcimiento funciona de manera eficiente, también cabe esperar que cumpla mejor su función derivada o colateral de disuasión o *deterrence*.

43. Otras ventajas relacionadas, dado que, en último término, favorecen que tenga lugar la interposición de las acciones, venciendo la resistencia a demandar y garantizando el acceso a la justicia son el acceso a financiación profesional y la desvinculación, al menos parcial, de las relaciones comerciales del litigio en curso. En relación con el primer aspecto, el volumen conseguido gracias a la agrupación de los derechos de reclamación permite al cesionario la celebración de contratos de financiación de litigios con fondos profesionales en condiciones atractivas. Por lo que al segundo aspecto positivo se refiere, es probable que la cesión del derecho a indemnización por daños y perjuicios pueda, al menos, mitigar el riesgo de comprometer las relaciones comerciales entre la víctima de la infracción y la empresa demandada en el procedimiento. La cesión del derecho a la indemnización evita un enfrentamiento directo entre las empresas y puede incluso justificarse desde la perspectiva de imposibilidad de continuación de las relaciones comerciales de no satisfacerse la reclamación por posibles responsabilidades frente a los accionistas o a terceros acreedores⁴⁰.

44. Finalmente, atendiendo al interés general, la centralización de acciones en un vehículo de litigación, evita (o aminora) el bombardeo de acciones individuales, en muchas ocasiones deficientemente articuladas y la saturación de los tribunales, minimizando el riesgo de soluciones contradictorias y favoreciendo una adecuada administración de justicia.

45. No todo son bondades. Obviamente, este modelo novedoso también tiene sus detractores y no ha escapado a las críticas, muchas de ellas, como indicamos, compartidas con las acciones colectivas y con los acuerdos de financiación de litigios. Si bien es cierto que los peligros que se achacan a estos nuevos elementos disruptivos con respecto al proceso tradicional, son de distinta naturaleza y han de

³⁸ Señala KRÜGER que la Comisión estimó ya en 2012, el daño que las víctimas de infracciones de la legislación de competencia de la UE dejan de reclamar, y al que, por lo tanto, renuncian (en beneficio de los infractores), entre 5,7 y 23,3 mil millones de euros cada año. Vid. C.KRÜGER: “La cesión de acciones por daños derivados de ilícitos antitrust”, *cit.* p.20.

³⁹ Vid. B. FITZPATRICK: “The conservative case...”, *cit.*, pp. 64 y 65.

⁴⁰ Vid. G. AFFERNI: “La cessione del credito risarcitorio per violazione del diritto antitrust...”, *cit.* p.913.

ser sopesados cuidadosamente, es preciso, a nuestro juicio, mantener una cierta actitud de cautela en relación al origen de muchas de las críticas planteadas, ya que, en muchas ocasiones, estas atienden fundamentalmente a los intereses de las empresas demandadas o que temen la demanda, es decir, de los beneficiarios de la infracción.

46. Una de las críticas más extendidas tiene un cariz “ético”. Este sistema es acusado de promover una mercantilización de la justicia mediante la introducción de un elemento capitalista y de mercado, el ánimo de lucro, en la resolución de los conflictos. La cesión se proyecta como un instrumento que posibilita la creación de mercados secundarios en los que se comercializan los derechos de indemnización. Este argumento engloba distintas perspectivas y variantes, desde la condena del envilecimiento de la justicia que se deriva de la interposición del beneficio en el proceso, a la denuncia de que realmente las víctimas no son resarcidas, dado que los principales beneficiarios del sistema son los vehículos de litigación (o, en su caso, los fondos de litigación o, por ejemplo, en el marco de las acciones colectivas en EE.UU., los abogados del demandante⁴¹).

47. Coincidimos con estas críticas en que sería deseable que, con las únicas armas de la ley y el proceso contradictorio, sin recurrir a intereses o criterios de mercado, pudieran resolverse las controversias. Ojalá existiera una efectiva igualdad entre las partes procesales que garantizara que ningún elemento ajeno a los méritos de las pretensiones pudiera condicionar la interposición o el resultado de la acción. Pero esta situación no existe en la práctica, al menos, en los escenarios identificados anteriormente, en los que está presente “un fallo de mercado”, una desigualdad de base que puede conducir a un mero reconocimiento formal de derechos sin ninguna efectividad práctica. La introducción del interés económico de un tercero en el proceso, el del cesionario y, en su caso, el del fondo de litigación, que permita resolver las disfunciones económicas facilitando la financiación del proceso no constituye tampoco una absoluta novedad que ya estaba presente, por ejemplo, en la compleja discusión sobre la validez de los pactos de *cuota litis* o *contingency fees*, generalmente reconocidos, en España desde la STS de 4 de noviembre de 2008. Estas no dejan de ser una forma de financiación que, por un beneficio el abogado va a utilizar para intentar vencer la resistencia a demandar del agraviado y también fueron (o son) acusadas de implicar una especulación y, por tanto, de inconsistencia con la dignidad de la profesión. Pero la introducción de este criterio de mercado facilita realmente el acceso a la justicia, permite la interposición de reclamaciones que, en su ausencia, no se hubieran llevado a cabo, lo que nos obliga a replantearnos qué es lo que más preocupa, la pureza formal del proceso o el objetivo que este ha de cumplir de realización de los derechos sustantivos.

48. La posibilidad de que en el marco de los contratos celebrados (cesión de los créditos o contratos de financiación del litigio) puedan producirse abusos en detrimento de los intereses de los perjudicados por la infracción, no puede, por supuesto, ser obviada. Esto no significa, a nuestro juicio, que hayan de prohibirse estos acuerdos con carácter general, sino que estos, además de estar sujetos a las normas generales sobre validez de los contratos, incluidas las normas sobre condiciones generales de la contratación y, en su caso, cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pueden ser objeto, especialmente los de financiación, de supervisión o control judicial que, con mayor o menor alcance, vele por asegurar la proporcionalidad de la remuneración esperada por el fondo.

49. Una crítica muy extendida, relacionada o derivada de la anterior, es el temor a que la búsqueda de beneficios pueda dar lugar a un incremento excesivo de la litigación. La ampliación del círculo de posibles demandantes a profesionales del litigio, eliminándose la exclusividad de la víctima, corre el riesgo de desatar una litigación excesiva, una avalancha de demandas frívolas e infundadas que resulten tan costosas para el demandado que este se vea obligado a llegar a acuerdos transaccionales aun cuando las reclamaciones carezcan de mérito (*nuisance settlements*⁴²).

⁴¹ Vid. B. FITZPATRICK: “The conservative case...”, *cit.*, pp. 85 y ss.

⁴² Vid. B. FITZPATRICK: “The conservative case...”, *cit.*, pp. 49 y ss.; pp. 73 y ss.

50. Este argumento resulta, a nuestro juicio, especulativo y su base poco sólida, dado que ignora la alineación de intereses entre el vehículo de litigación y los perjudicados por un acto ilícito. La remuneración del cesionario depende, en la mayoría de los casos, del éxito del juicio, por lo que deberá, en su propio interés y dado que asume los riesgos del proceso, seleccionar cuidadosamente los casos y analizar minuciosamente las estrategias más adecuadas de litigación. El riesgo de forzar a demandados a acuerdos carentes de mérito no tiene, a nuestro juicio, mucho recorrido, al menos en nuestra práctica judicial, donde se observa, en muchos casos, precisamente la situación contraria: el alargamiento injustificado -desde la perspectiva de la viabilidad de la reclamación- de los procesos (por ejemplo, en el marco de los daños derivados del cártel de camiones) y la negativa del demandado a llegar a un acuerdo, pese a tratarse de daños acreditados o de probable acreditación deducible de la jurisprudencia en asuntos idénticos o análogos. Es más, quienes alertan de este peligro de proliferación de demandas no meritorias parecen desconocer el papel del juez para bloquear demandas infundadas y la existencia de mecanismos que permiten conjurar ese riesgo como las normas sobre abuso de procedimiento o litigación temeraria. En nuestra opinión, estamos aún muy lejos de ese escenario apocalíptico. Recordemos que partimos de la situación contraria, “infralitimación” en la que reclamaciones con bases muy sólidas no llegan a los tribunales o se eternizan en dilatadísimos procedimientos.

51. A la cesión de reclamaciones a una entidad especializada también se vinculan problemas de profesionalidad que podrían derivarse de la intervención en el proceso de un prestador de servicios en adición a los abogados (preocupación que, como tendremos ocasión de examinar, está muy presente en Alemania), o problemas de eventuales conflictos de intereses, entre cedentes y cesionarios, entre cedentes entre sí, por ejemplo, en el caso de pretensiones heterogéneas o, incluso, en los casos en los que exista un acuerdo de financiación, entre estos y el fondo. Son argumentos que, sin duda, exigen la necesidad de un control y de la exigencia de un elevado grado de transparencia en la celebración de los contratos, especialmente en el caso de que se recurra a la financiación de un tercero, para evitar un eventual conflicto de intereses, pero que ni son consustanciales al modelo ni, en ningún caso, revisten la suficiente gravedad o entidad para rechazarlo (o prohibirlo) con carácter general.

3. La cesión en la práctica: reconocimiento legal y judicial en el marco del Derecho comparado

52. La cesión de derechos de indemnización cuenta con una mayor trayectoria y difusión en algunos Estados europeos que en otros, en los que constituye un fenómeno relativamente novedoso, como es el caso de España. Como punto de partida, que tendremos ocasión de desarrollar en los siguientes apartados del trabajo, podemos partir de dos afirmaciones iniciales. En primer lugar, el visto bueno de las autoridades europeas a este mecanismo de litigación colectiva, con una orientación cada vez más abierta o favorable. En segundo término, si bien es cierto que existen divisiones entre los distintos sistemas europeos sobre la legalidad de estas relaciones contractuales, con modelos más o menos permisivos, se observa, no obstante, una tendencia aperturista. Así, este mecanismo va abriéndose paulatinamente camino hasta en los ordenamientos inicialmente más reticentes, como, por ejemplo, el alemán.

A) La cesión en el Derecho de la Unión Europea

53. En relación con el Derecho de la competencia se ha ido produciendo un progresivo reconocimiento y una actitud receptiva, desde las distintas instituciones comunitarias, en relación con este mecanismo de cesión de los derechos resarcitorios. En este sentido, el estudio del Parlamento europeo, “Collective Redress in Antitrust” de 2012, reconoce la utilidad de la transferencia de créditos a un tercero para minorar el problema de la falta de incentivos de los sujetos perjudicados para interponer una reclamación⁴³. En la Directiva de daños se contempla expresamente la posibilidad de que las acciones

⁴³ Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas de la Unión, Tognoni, M., Carpagnano, M., Ciari, L., Buccirrossi, P., et al., *Collective redress in antitrust*, Publications Office, 2012, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/19434>

de daños derivados de conductas anticompetitivas sean ejercitadas por terceros a los que la víctima ha transmitido su acción⁴⁴.

54. Pero, principalmente, serán los tribunales de justicia europeos los que irán delimitando el encaje de esta forma de litigación colectiva para el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. El TG y el TJUE han ido reconociendo progresivamente la admisibilidad del modelo de cesión de derechos reconocidos por el ordenamiento europeo, de forma contundente y vinculado al propio principio de efectividad en áreas como la cesión de reclamaciones de pasajeros de transporte aéreo (asunto *Eventmedia*) y de forma, hasta el momento, menos explícita en el marco del Derecho de la competencia, en asuntos como *Peróxido de Hidrógeno*⁴⁵ o en el cártel del transporte aéreo (*Stichting Cartel Compensation* y *Equilib Netherlands*⁴⁶) o, más recientemente en el cártel de la madera tronzada (*round wood*).

55. El asunto *Eventmedia* y el asunto ASG-2 (madera tronzada), en los que se realiza una valoración de la cesión de reclamaciones desde la lente del principio de efectividad, serán desarrollados en el marco del análisis de las jurisdicciones de las que parten las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a estos pronunciamientos, la española y la alemana respectivamente.

B) Jurisdicciones favorables a este modelo. Holanda, Finlandia, Austria

56. La cesión de reclamaciones, pese a carecer de una regulación específica se ha difundido, al amparo de los principios de libertad contractual y general transmisibilidad de los derechos, en la práctica de varios Estados miembros de la UE, como Holanda, Finlandia o Austria, en los que los tribunales se han pronunciado reiteradamente sobre su legalidad y sobre la importante función que puede cumplir para facilitar el acceso a la justicia en áreas complejas, como el Derecho de la competencia.

57. En este sentido, en Holanda, una de las jurisdicciones más favorable a la litigación colectiva, es jurisprudencia consolidada que las víctimas de cárteles pueden ceder sus reclamaciones a un demandante profesional. El Tribunal de Distrito de Ámsterdam ha reconocido la legalidad del modelo de cesión en los casos *Air Cargo* y *Sodium Chlorate*, en los que las demandas agrupan reclamaciones derivadas de los cárteles en el sector del transporte aéreo de carga y del clorato de sodio respectivamente. Concretamente, establece que las cesiones no infringieron el requisito de determinabilidad, la moral pública ni la prohibición de transferencia fiduciaria de la propiedad. En la sentencia del 27 de julio de 2022, en el marco del cartel de camiones, el Tribunal de Distrito de Ámsterdam reconoció el modelo de cesión y abordó explícitamente las posibles limitaciones de la Ley de servicios jurídicos alemana y de la doctrina inglesa de *champerty* y *maintenance*. Incluso en supuestos más complejos, como la demanda interpuesta por la empresa pública alemana, Deutsche Bahn contra los intervinientes en el cártel

⁴⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones de indemnización por daños y perjuicios con arreglo al Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*. En su artículo 2, al definir «acción de indemnización por daños y perjuicios», se establece que se refiere a: «una acción con arreglo al Derecho nacional mediante la cual se interpone una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional nacional por una presunta parte perjudicada, o por alguien que actúe en nombre de una o más presuntas partes perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevea dicha posibilidad, o por una persona física o jurídica que haya sucedido a la presunta parte perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la reclamación». Igualmente, en el artículo 7, apartado 3, en relación con el acceso a pruebas, se establece que: “3. Los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación”.

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-352/13, *CDC Peróxido de Hidrógeno*.

⁴⁶ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 201, Asunto C-819/19, *Stichting Cartel Compensation* y *Equilib Netherlands BV contra Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV* y otros.

del acero de pretensados, que agrupa reclamaciones de afectados en distintos niveles de la cadena de distribución, tanto compradores directos como indirectos, se consideró por el Tribunal de Apelación de Hertogenbosch que era una estrategia de litigación perfectamente válida⁴⁷.

58. El Tribunal de Distrito de Helsinki reconoció la validez de las cesiones de varias empresas a CDC en el asunto del peróxido de hidrógeno⁴⁸. En Austria, finalmente, el propio Tribunal Supremo ha reconocido el modelo de acumulación de demandas asignadas en virtud de los principios generales del Derecho civil y procesal, facilitando incluso la financiación del litigio por parte de un tercero, como la denominada acción colectiva austriaca que es utilizada en diversas áreas del Derecho, incluida la defensa de la competencia.

C) Alemania: un camino largo y accidentado⁴⁹

59. Alemania es la jurisdicción en la que se plantea la cuestión prejudicial en el caso de la madera tronzada y una de la que más restricciones impone a las distintas formas de litigación colectiva, incluido el modelo de cesión o *assignment*. A este son de aplicación, no solo las normas civiles sino también las normas de regulación de la prestación de servicios jurídicos, lo que va a dar lugar a un *mare magnum* judicial con posturas contradictorias que, no obstante, van a ir orientándose progresivamente al reconocimiento de este modelo y de su plena operatividad, especialmente en el marco del Derecho de la competencia. De hecho, a él se ha recurrido para ejercitar acciones resarcitorias en los cárteles del cemento, productos químicos blanqueadores, madera, azúcar, tarifas aéreas o camiones.

60. Ahora bien, esta apertura es el resultado de un largo y accidentado camino. Inicialmente, los tribunales, especialmente los tribunales inferiores, se mostraron muy reticentes a la aceptación del modelo de cesión de derechos, negándose la validez de estos contratos y, por tanto, la legitimación activa del cesionario con arreglo a distintos preceptos del Derecho alemán, como la Ley de Servicios Jurídicos o el propio Código Civil (BGB).

61. Así, el Tribunal Regional de Dusseldorf en una sentencia de 2015⁵⁰ declaró nula la adquisición de los derechos de reclamación de los daños derivados del cártel del cemento por un abuso de derecho del demandante y cesionario, la empresa belga, Cartel Damages Claims. Concretamente, consideró que la cesión era contraria a la moral y a lo establecido en el parágrafo 134 en relación con el artículo 138.1 BGB, porque se violaba el derecho de la contraparte a obtener el abono de los gastos en los que pudieran incurrir ya que, en el supuesto, de que la empresa cesionaria fuera condenada a pagar las costas del procedimiento no contaba con los fondos suficientes para abonar esos gastos.

62. En realidad, esta objeción no afectaba a la esencia del modelo sino, en su caso, a la capacidad financiera de las partes y podía solventarse fácilmente ofreciendo las garantías financieras pertinentes. De hecho, salvando este primer caso, la mayoría de las objeciones se han planteado por una aplicación restrictiva de la Ley de Servicios Jurídicos (*Rechtsdienstleistungsgesetz*, RDG) que exige la tenencia de una licencia para que un tercero no abogado pueda ejecutar un crédito ajeno a cambio de una participación en los beneficios, es decir, dicho tercero debe estar oficialmente autorizado para la recaudación de

⁴⁷ Sentencia de 30 de enero de 2024 y de 20 de julio de 2021.

⁴⁸ Sentencia de 4 de julio de 2013, No. 6492, ref 11/16750, *Helsingen käräjäikeus*.

⁴⁹ Vid. C.KRÜGER/A.WEITBRECHT: "Bundling of Claims by way of Assignment in Germany", *cit.*; C.KRÜGER: "La cesión de acciones por daños derivados de ilícitos antitrust", *cit.*; M.SEEGERS/C.KRÜGER: "Effective Enforcement of Cartel Damage Claims Through the Assignment Model: The Preliminary Ruling Procedure Before the CJEU in Case C-253/23 (ASG)", 2023, disponible en <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/08/25/effective-enforcement-of-cartel-damage-claims-through-the-assignment-model-the-preliminary-ruling-procedure-before-the-cjeu-in-case-c-253-23-asg-a-comment/>

⁵⁰ *OLG Dusseldorf*, Sentencia de 18 de febrero de 2015 VI-U (Kart) 3/14.

deudas o impagados⁵¹. Así, fundamentalmente los tribunales regionales inferiores (Munich y Hannover principalmente) rechazaron la validez de las cesiones por inaplicación de la licencia de recaudación con arreglo a distintos argumentos: la licencia de recaudación no cubría reclamaciones extrajudiciales, ni reclamaciones tan complejas como las derivadas del Derecho de la competencia; existencias de conflictos de intereses entre los cedentes con pretensiones heterogéneas entre sí (especialmente en el caso de acuerdos transaccionales) o en el caso de recurso a un financiador externo⁵².

63. Una consecuencia muy perniciosa de esta actitud restrictiva judicial era que, como conforme al Derecho alemán la ausencia de legitimación activa implica que las acciones interpuestas no son aptas para suspender la prescripción, las víctimas de los ilícitos cuyos negocios de cesión habían sido considerados nulos, se encontraban con que sus acciones, en el momento de la desestimación de la acción, a menudo habían prescrito.

64. Esta situación comenzará a cambiar a partir de 2021, abriéndose simultáneamente vías, tanto legales como judiciales, especialmente por parte de los tribunales federales (y el tribunal regional de apelación de Munich), de reconocimiento de la legitimidad de este modelo.

65. Por una parte, se acomete una Reforma de la Ley de Servicios Jurídicos clarificando su alcance y los términos de su aplicabilidad a los vehículos de litigación⁵³ y, por otra, se modifica el BGB, invalidando las cláusulas contractuales que prohíban a los consumidores la cesión de sus derechos de reclamación⁵⁴.

66. Por lo que se refiere a la labor de los tribunales en áreas como como derechos de los pasajeros, rentas, o en el caso Diesel, el Tribunal Federal de Justicia se irá pronunciando (LexFox⁵⁵, Financialright⁵⁶, AirDeal⁵⁷), rectificando la jurisprudencia de instancia en dos aspectos. En primer lugar, mediante el reconocimiento de una mayor capacidad de actuación a los vehículos de litigación inscritos: por ejemplo, la capacidad para reclamar en juicio y, en segundo lugar, suavizando las posibilidades de recurrir a fondos de financiación al rechazar la existencia de un conflicto de intereses natural o inherente en estos supuestos y abrir la puerta a un análisis caso por caso.

67. Si bien indirectamente estas resoluciones también van a afectar a la cesión de reclamaciones derivadas de prácticas anticompetitivas, las limitaciones impuestas por la licencia de recaudación en este ámbito serán consideradas en dos niveles. Por una parte, la importante decisión del Tribunal Regional Superior de Munich de 28 de marzo de 2024⁵⁸, en la que anula la decisión de instancia que invalidaba la transferencia de reclamaciones a Financial Right en el cártel de los camiones y afirma la plena operatividad y legalidad en Alemania de la cesión de créditos por los daños causados por prácticas contrarias a la competencia a una entidad especializada, considerándola comprendida en la licencia de recaudación

⁵¹ La Ley de Servicios Jurídicos solo permite la prestación de servicios jurídicos por parte de personas o entidades distintas de abogados o bufetes de abogados bajo ciertas condiciones y en ciertas áreas o servicios, para proteger la calidad y la fiabilidad del asesoramiento jurídico en general. Estas condiciones suelen ser menos estrictas que para los abogados, sujetos a normas regulatorias de la profesión más exigentes. Una razón por la que los proveedores de servicios jurídicos alternativos están activos en el mercado es que pueden obtener financiación de terceros con mayor facilidad y sus modelos de remuneración son más flexibles. En particular, pueden acordar honorarios de contingencia (*cuota litis*) y beneficiarse de la financiación activa de litigios.

⁵² *LG Munich I*, Sentencia de 7 de febrero de 2020 (37 O 18934/17); *LG Hannover*, Sentencia de 4 de mayo de 2020 (18 O 50/16); *LG Hannover*, Sentencia de 1 de febrero de 2021 (18 O 34/17).

⁵³ Entre otras cuestiones, se reconoce que los prestadores de servicios de reclamación de deudas están habilitados para demandar en juicio, utilizar sistemas de cuota litis, recurrir a financiación externa y agrupar o acumular acciones.

⁵⁴ Vid. *in extenso*, C.KRÜGER/A.WEITBRECHT: “Bundling of Claims by way of Assignment in Germany”, *cit.*, pp. 9 y ss.

⁵⁵ Sentencia de 27 de noviembre de 2019, VII ZR 285/18, NJW 2020, 208, *LexFox*.

⁵⁶ Sentencia de 13 de junio de 2022, VIa ZR 418/2, NJW 2022, 3350, *Financialright*.

⁵⁷ Sentencia de 13 de julio de 2021, II ZR 84/20, NZG 2021, 1175, *AirDeal*.

⁵⁸ OLG Munich, 29 U 1319/20 Kart.

y destacando la importancia de estos modelos para asegurar el acceso a la justicia, el resarcimiento de las víctimas y la pérdida de impunidad de los infractores.

68. En segundo lugar, y en paralelo, se produce el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Regional de Dortmund en el asunto ASG 2. Treinta y dos aserraderos del norte de Europa pretendían reclamar daños contra el Estado alemán de Renania del Norte-Westfalia por una conducta de homogeneización de precios contraria al artículo 101 del TFUE y cedieron sus reclamaciones a ASG2, un proveedor de servicios jurídicos registrado para servicios de cobros de deuda. El Tribunal consideró, siguiendo la jurisprudencia restrictiva mencionada previamente, que la transmisión no era válida con arreglo a la Ley de Servicios Jurídicos, distinguiendo, además, a este respecto entre acciones *follow-on* y *stand-alone* y decide plantear una petición de decisión prejudicial, para valorar si esta (supuesta) prohibición del modelo de cesión (denominada también acción colectiva de cobro en el Derecho alemán) en virtud de la legislación nacional en esta situación es contraria o no al Derecho de la UE⁵⁹.

69. El 19 de septiembre de 2024 se presentan las conclusiones del Abogado General MACIEJ SPUZNAR⁶⁰. El análisis es complejo y muy apegado a los hechos del litigio. Sin embargo, el razonamiento del Abogado General es claro en que, si bien las normas procedimentales son materia de los Estados miembros, una normativa nacional que exija requisitos complejos o excesivos que pongan en peligro el derecho al efectivo resarcimiento es contraria al Derecho europeo, concretamente al principio de efectividad, en relación al artículo 101 TFUE y al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, referido al derecho a la tutela judicial efectiva. En otras palabras, una normativa muy exigente que haga excesivamente difícil la cesión de créditos en el ámbito del Derecho de la competencia podría ser contraria a Derecho europeo si esa excesiva dificultad en la práctica obliga a los reclamantes a desistir de ejercitar sus acciones.

70. Este caso, que anunciaba la posibilidad y consecuencias de enjuiciar el modelo de cesión de derechos de indemnización bajo la óptica del principio de efectividad, generó muchas expectativas, proyectadas incluso a otras instituciones, como los acuerdos de financiación o incluso, las acciones colectivas. El 28 de enero de 2025 se publica el fallo del TJUE⁶¹ y, como tendremos ocasión de valorar, estas expectativas solo se han cumplido parcialmente.

⁵⁹ Concretamente, el tribunal alemán eleva las tres siguientes cuestiones al TJUE:

1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 101 TFUE, el artículo 4 TUE, apartado 3, el artículo 47 de la Carta y los artículos 2, punto 4, y 3, apartado 1, de la Directiva [2014/104] en el sentido de que se opone a una interpretación y una aplicación del Derecho de un Estado miembro en virtud de las cuales se deniega al posible perjudicado por una infracción del artículo 101 TFUE (constatada con carácter firme con arreglo al artículo 9 de la Directiva [2014/104] o a las disposiciones nacionales que lo transponen) la posibilidad de ceder sus derechos (en particular, en caso de perjuicios colectivos o dispersos) a título fiduciario a un proveedor de servicios jurídicos autorizado para que este los ejerza conjuntamente con los derechos de otros presuntos perjudicados mediante una “follow-on action”, cuando no existen otras opciones legales o contractuales equivalentes de agrupación de pretensiones indemnizatorias, especialmente porque no dan lugar a sentencias condenatorias o no son factibles debido a otras razones procesales o no son objetivamente razonables debido a razones económicas, lo cual hace, en particular, en particular, prácticamente imposible o, en todo caso, extremadamente difícil la reclamación de daños y perjuicios de cuantía reducida?

2) ¿Debe interpretarse en todo caso el Derecho de la Unión de la forma referida cuando los derechos indemnizatorios de que se trata se han de ejercitar sin una decisión previa y vinculante, en el sentido de las disposiciones nacionales basadas en el artículo 9 de la Directiva [2014/104], adoptada por la Comisión Europea o por las autoridades nacionales en relación con la presunta infracción (“stand-alone action”), cuando no existen otras opciones legales o contractuales equivalentes de agrupación de pretensiones indemnizatorias para su ejercicio en un procedimiento civil debido a las razones mencionadas en la primera cuestión y, en particular, cuando, de no ser así, no sería posible actuar en modo alguno contra una infracción del artículo 101 TFUE mediante “public enforcement” ni mediante “private enforcement”?

3) En caso de respuesta afirmativa a por lo menos una de las dos cuestiones anteriores, ¿deben quedar sin aplicación las disposiciones correspondientes del Derecho alemán cuando no sea posible una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, de manera que en todo caso bajo este punto de vista sean válidas las cesiones de derechos y sea posible un ejercicio efectivo de estos?

⁶⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62023CC0253>

⁶¹ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=294715&pageIndex=0&doclang=E&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=26389296>

71. La primera cuestión es inadmitida por el Tribunal al considerar que la acción planteada en el litigio no es una acción *follow-on* sino una acción *stand alone*, centrándose, por tanto, en las dos siguientes cuestiones.

72. El Tribunal basa su análisis en el principio de efectividad del Derecho europeo en el contexto del artículo 101 TFUE que sanciona los acuerdos colusorios y del que se deriva el derecho a la indemnización de los perjudicados por estas conductas y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

73. En primer lugar, si bien reconoce el valor del modelo de cesión para facilitar el efectivo ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños derivados de conductas anticompetitivas, expresamente rechaza su obligatoriedad, recordando que la determinación de la forma de ejercer el derecho, corresponde a los ordenamientos nacionales respetando los principios de equivalencia y efectividad, y que la Directiva de daños no impone ni el mecanismo de cesión ni ningún otro instrumento de litigación colectiva. Es más, expresamente rechaza que la complejidad y los costes inherentes a las acciones por daños permitan excluir, con carácter general y absoluto, que el ejercicio del derecho resulte imposible o excesivamente difícil en el marco de una acción individual, siendo necesario un análisis, en cada caso, de los elementos fácticos y jurídicos particulares, para llegar a tal conclusión.

74. En relación con el análisis de la Ley de Servicios Jurídicos alemana en cuestión (o, más concretamente con la interpretación de esa ley alegada por el Tribunal regional de Dortmund) y su compatibilidad con el principio de efectividad, el Tribunal responde de forma deliberadamente ambigua. Concretamente, considera que una interpretación de la Ley de Servicios Jurídicos en el sentido de excluir de oficio el recurso al mecanismo de la acción colectiva de cobro en materia de Derecho de la competencia (una interpretación cuya realidad el propio TJUE, en función de las alegaciones realizadas en el juicio, parece cuestionar) se opone al Derecho comunitario si se cumplen tres condiciones: es la única interpretación posible; no hay otros mecanismos de litigación colectiva alternativos y el ejercicio de la acción individual en el caso concreto resulta imposible o excesivamente difícil para los perjudicados.

75. ¿Qué aporta esta sentencia? Realmente la resolución descansa en hipótesis y condiciones cuya verificación compete a los tribunales nacionales alemanes⁶². No hay un pronunciamiento claro sobre la conexión entre el modelo de cesión y el principio de efectividad, sino un llamamiento al análisis del caso concreto. En nuestra opinión, el deficiente planteamiento de la cuestión prejudicial no ha facilitado precisamente respuestas de largo alcance. El Tribunal regional parte de una interpretación restrictiva de la Ley de Servicios Jurídicos ya superada jurisprudencialmente como hemos tenido ocasión de examinar y que, por tanto, no se corresponde con la realidad. En esencia, se pregunta si el Derecho de la UE se opone a una interpretación de la ley que ya ha sido desautorizada en el marco nacional por instancias judiciales superiores. Si nada se opone a la validez de la cesión de créditos en el caso concreto, el resto de cuestiones devienen superfluas.

76. En segundo lugar, la sentencia del TJUE no resuelve todas las cuestiones polémicas o dudosas, aún abiertas, en relación a la Ley de Servicios jurídicos alemana y los límites que de esta se derivan para la validez del modelo de cesión, como la existencia de eventuales conflictos de intereses entre las partes (incluido, en su caso, el fondo de litigación) o el abuso de la habilitación para prestar servicios, por ejemplo, en los casos en los que el vehículo de litigación, debido a la complejidad de los asuntos cedidos, carezca de la experiencia o conocimientos necesarios. Cuestiones que, previsiblemente, irán siendo progresivamente resueltas por los tribunales nacionales, especialmente por la Corte Federal de Justicia.

⁶² La doctrina ha intentado responder a estas tres condiciones establecidas por el TJUE conforme al ordenamiento jurídico alemán. Vid. en este sentido, L. HORNKOHL/N. IMGARTEN: “Das Sammelklage-Inkasso im Kartellschadensersatzrecht (zugleich Besprechung von EuGH v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG 2 (Rundholz))”, *LTZ*, 2025, pp. 120 y ss.

D) Países del common law: dificultades asociadas a las doctrinas de *maintenance*, *barretry* y *champerty* y a la prohibición de transferencia de derechos o “*choses in action*”⁶³

77. Siguiendo en el orden de mayor a menor permisividad, en los países del *common law* pueden plantearse restricciones o dificultades a la cesión de créditos y otras formas de financiación de los procedimientos derivadas de la aplicación de las doctrinas medievales de *maintenance*, *barretry* and *champerty*⁶⁴ que implican la prohibición de cualquier forma de financiación de las partes sometidas a un juicio⁶⁵.

78. A esta prohibición general, se acompaña además otra restricción histórica para evitar precisamente el tráfico de litigios y el abuso del sistema: la prohibición de la transferencia de derechos a reclamar o *choses in action* a un tercero. La transferencia de un mero derecho a demandar (un derecho de acción sin un interés preexistente) se consideraba que podía facilitar precisamente situaciones de *maintenance* o *champerty*.

79. Estas doctrinas medievales parten de que hay algo repugnante y poco ético en que se permita a un tercero que no está involucrado en una disputa legal beneficiarse de ella. Inicialmente, los fundamentos de esta doctrina tenían una doble naturaleza.

80. En primer lugar, en un momento en el que la administración de la justicia pública era débil y corrupta, se buscaba evitar el abuso y desvirtuación del proceso por parte de los grandes señores feudales como medio para intentar aumentar sus dominios territoriales, adquiriendo “pretendidos derechos” sobre tierras de terceros y ejerciendo todo su poder e influencia contra los poseedores de las tierras. Poder que podía ser ejercido incluso a través de juicios por combate u ordalías, aprovechándose de la fuerza física y vendiendo los derechos a campeones de lucha. Estas prohibiciones, por tanto, buscaban proteger a los más débiles de “las espadas de los barones”. Su introducción es uno de los primeros intentos de garantizar la integridad del sistema de justicia y permitir la reivindicación de los derechos sin temor ni favoritismo.

81. En segundo lugar, esta prohibición se irá manteniendo apoyada en la existencia de un rechazo social a la litigación, en la limitación de todo tipo de juicio, meritorio o no, por contrario a la doctrina cristiana del perdón. La vejación consistía no sólo en utilizar el proceso legal injustificadamente, sino también en usarlo excesivamente, incluso cuando estaba justificado, o en utilizarlo en absoluto excepto bajo la presión de la necesidad.

82. Estas motivaciones irán paulatinamente perdiendo su razón de ser, deviniendo claramente obsoletas en la actualidad. Actualmente la litigación no es un mal sino una forma socialmente útil de resolver las disputas. Además, con el robustecimiento del sistema judicial ira produciéndose la paradóji-

⁶³ Vid. *in extenso*, sobre estas doctrinas: A. DOBNER: “Litigation for Sale”, 144 *U. Pa. L. Rev.* 1996, pp. 1529 y ss.; D. NEUBERGER: “From Barretry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding”, Harbour Litigation Funding First Annual Lecture, 8 mayo 2013, disponible en: <https://searchworks.stanford.edu/view/10153251>; M. RADIN: “Maintenance by Champerty”, 24, *California Law Review*, núm.1, 1935, pp. 48-78; G.M.SOLAS: *Third Party Funding.cit.*, pp. 24 y ss.; M. STEINITZ: “Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding: 95, *Minnesota Law Review*, 2010-2011, pp. 1268 ss.

⁶⁴ *Maintenance*, *champerty* y *barretry* son conceptos relacionados con la intervención de terceros en litigios, pero cada uno tiene una connotación diferente. La primera sería la categoría general y las segundas, formas específicas y agravadas. *Maintenance* se refiere a la asistencia de un tercero a un litigante sin interés legítimo en el caso. *Champerty* es una forma agravada de *maintenance*, donde el tercero apoya el litigio a cambio de una parte de las ganancias o resultados del caso. Finalmente, *barretry* se refiere a la práctica persistente y continuada de cometer *maintenance* o *champerty*, o a la instigación de pleitos de manera abusiva.

⁶⁵ El recelo frente a la entrada de un tercero en un proceso ajeno también está presente en las primeras jurisdicciones de *civil law*. Así, en los Derechos griego y romano, existían prohibiciones, *sykophanteia* y *calumnia*, respectivamente, que intentaban reaccionar contra las personas que promovían litigios infundados para obtener una ganancia. Vid. *in extenso*, A. DOBNER: “Litigation for Sale”, *cit.*, p. 1543; G.M.SOLAS: *Third Party Funding.cit.*, pp. 18 y ss.

ca situación de que lo que en un momento dado se instituyó para proteger al débil, en la práctica estaba produciendo el efecto contrario. Al incrementarse el coste de los litigios se denunció como, las prohibiciones estaban colocando la justicia fuera del alcance de la mayoría de las personas en la sociedad y tenían como principal efecto dar a la riqueza el monopolio de la justicia contra la pobreza.

83. Las doctrinas de *maintenace* y *champerty* han ido perdiendo su fuerza en algunas jurisdicciones, bien mediante su derogación expresa, su inaplicación en la práctica o su interpretación restrictiva, así en Australia, en Reino Unido y en algunos Estados estadounidenses⁶⁶. No obstante, estas doctrinas se mantienen formalmente o son activamente aplicada en otras, y su permanencia y razón de ser es objeto de debate, buscándose eso sí justificaciones más actuales en su defensa. Estas nuevas justificaciones reproducen los temores y críticas a la ruptura del esquema del proceso tradicional mediante la introducción de un tercero que hemos ya analizado: desalentar los litigios frívolos, miedo a permitir que personas no profesionales se dediquen a la práctica no autorizada del derecho, temor a que los acuerdos de financiación perjudiquen a los clientes al crear conflictos de intereses y amenacen la independencia del juicio profesional de los abogados, a que los abogados o los clientes puedan compartir información confidencial con el tercero y, finalmente, a que los terceros puedan controlar efectivamente el litigio.

84. En relación con la prohibición de la cesión de *choses of action* o derechos a reclamar, si bien ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, desarrollándose determinadas excepciones que permiten, bajo ciertas condiciones, la transferencia de ciertos tipos de derechos, como las deudas contractuales, la restricción se aplica rigurosamente en relación a deudas extracontractuales (*torts*)⁶⁷ lo que dificulta, el recurso al mecanismo de cesión de reclamaciones en Reino Unido, donde, no obstante, la flexibilización paulatina de la prohibición de *maintenance* sí ha favorecido la posibilidad de financiación por parte de terceros en otros mecanismos de litigación colectiva, como las *class actions*.

E) La viabilidad del modelo de cesión en España

85. En España, el recurso a este mecanismo es más reciente, encontrándose diversos casos de cesión de derechos indemnizatorios en el marco de los seguros⁶⁸, el transporte aéreo de pasajeros (cancelaciones, *overbooking*, retrasos, ...) y, más recientemente, el Derecho de la competencia, con la admisión a trámite de las demandas entabladas por CDC en relación con el cártel de los coches.

86. En nuestro ordenamiento jurídico, la base legal para articular la transmisión de la reclamación es el contrato de cesión de créditos regulado en los artículos 1526 y ss. CC. De cualquier acto ilícito nace un derecho de crédito del perjudicado a exigir el resarcimiento del daño causado. Este derecho es esencialmente transmisible con arreglo al artículo 1112CC (*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiera pactado lo contrario*) a través de la institución de la transmisión de créditos. Se trata de un negocio jurídico bilateral por virtud del cual el acreedor cedente transfiere por actos *inter vivos* la titularidad de un crédito a un tercero (cesionario) quien se subroga en su posición. Esto significa que el cesionario no adquiere solo el derecho del cedente como víctima de unas prácticas a ser resarcido, sino el de impetrar el amparo de los tribunales

⁶⁶ En EE.UU., la mayoría de Estados mantienen la doctrina que aplican con distintos grados o intensidades de celo. Así, por ejemplo, Minnesota o Delaware aplican la prohibición, Nueva York la ha suavizado y otros Estados (la minoría) la han abandonado, como Massachusetts o Carolina del Sur. Vid. para una evolución de estas prohibiciones en los ordenamientos de common law: J. LYON: "Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation", *UCLA Law Review*. 58, 2010, pp. 571 y ss.; D.E. NEUBERG: "From Barretty, Maintenance and Champerty to Litigation Funding", *Harbour Litigation Funding First Annual Lecture*, 2013, disponible en: https://www.harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2015/09/lord_neuberger_harbour_annual_lecture_8_may_2013.pdf

⁶⁷ Vid. G.M.SOLAS: *Third Party Funding*, cit., pp. 20 y ss.; A. PINNA: "Financing Civil Litigation...", cit. pp. 6 y ss.

⁶⁸ Sentencia de la AP Almería 67/2009 de 28 de abril de 2009; Sentencia de la AP Lugo de 14 de junio de 2016; STS 1138/1994 de 17 de diciembre

para conseguir su efectividad, demandando si fuera preciso a los responsables, con todas las facultades y accesorios que sean precisos para ello.

87. En el marco del Derecho de la competencia, la posibilidad de que este negocio pueda ser utilizado para llevar a cabo la cesión de créditos relativos a las acciones resarcitorias derivadas de la infracción de las normas de competencia se contempla expresamente en la Disposición Adicional 4.3.1. LDC que, a la hora de definir las acciones por daños hace referencia a que dichas acciones se puedan ejercitar por los presuntos perjudicados “incluida la persona que haya adquirido la acción”, supuesto que inequívocamente se refiere a la cesión de los créditos correspondientes a esas acciones. Además, el artículo 283 bis j.3 LEC señala que las pruebas obtenidas exclusivamente por el acceso a un expediente de una autoridad de competencia, solo podrán ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, *incluida la persona que haya adquirido su reclamación*.

88. El argumento invariable de la parte demandada frente a estas reclamaciones ha partido de cuestionar el negocio de transmisión de la reclamación o derecho de crédito, alegando la falta de legitimación activa del vehículo de litigación o empresa demandante. ¿Cuál ha sido la postura de los tribunales? En el marco de las reclamaciones por retrasos o cancelaciones de vuelos encontramos resoluciones contradictorias, si bien la postura que tiene mayor respaldo es la que tiende a desestimar la falta de legitimación activa por entender válida la cesión del derecho a reclamar.

89. Esta postura ha resultado expresamente corroborada por el TJUE y considerada una exigencia del principio de efectividad del Derecho europeo en la sentencia en el caso *Eventmedia Soluciones*⁶⁹. Seis pasajeros afectados por la cancelación de un vuelo con origen en Bolivia y destino Madrid, cedieron a la sociedad mercantil Eventmedia, sus créditos frente a Air Europa por la compensación obtenida. Esta rechazaba la legitimación activa de la sociedad porque en los contratos de transporte celebrados se incluía una cláusula de prohibición de cesión de los derechos derivados del Reglamento. El TJUE considerará que dichas cláusulas son inadmisibles por impedir el ejercicio de un derecho reconocido por la normativa europea. En este sentido, la sentencia es importante porque la inadmisibilidad se extiende no solo a las limitaciones que se refieran directamente al derecho (su reconocimiento o extensión) sino también las que restrinjan significativamente las condiciones o forma de ejercicio de ese derecho. Se parte de una idea fundamental, la libertad del titular de derecho y la necesidad de garantizar que el afectado elija la manera que le resulte más conveniente de defenderlo, que puede consistir, si está previsto en el derecho nacional, en ceder su crédito a un tercero para soslayar dificultades y costes, que puedan disuadirle de tomar personalmente medidas. El alcance de esta sentencia se limita a la posibilidad de establecer restricciones por vía contractual a la cesión, partiendo de la admisibilidad de la misma en el ordenamiento nacional, pero no entra a valorar el posible conflicto cuando es la ley nacional la que restringe la cesión de un derecho europeo, que constituye precisamente el objeto de la cuestión prejudicial del Tribunal Regional de Dortmund, cuyo desenlace, un tanto incierto, ya ha sido objeto de valoración.

90. Otros fallos, frecuentemente citados por los detractores de este mecanismo, evidencian alguno de los problemas de caracterización de la figura o de su configuración en la práctica. Así, la sentencia de la AP Granada de 29 de septiembre de 2023, en el marco del cártel de la leche ha sido utilizada como presunto reconocimiento judicial de la inoperatividad del modelo de cesión de reclamaciones derivadas de prácticas anticompetitivas en nuestro ordenamiento. No obstante, en este caso, el rechazo de la legitimación activa del demandante (SAT) se debió, realmente, no a la inoperatividad de la cesión, sino a la naturaleza del negocio celebrado entre los socios y la sociedad que no consistía propiamente en la cesión del crédito sino de la gestión del ejercicio de ese derecho, dado que la sociedad, de manera muy confusa, reclamaba tanto en nombre propio como en nombre de los socios (lo que no tiene sentido en un negocio de cesión dado que en esos supuestos el cesionario adquiere la titularidad del derecho y lo ejerce

⁶⁹ Sentencia del TJUE de 29 de febrero de 2024, caso *Eventmedia soluciones*, Asunto C-11/2023.

en nombre propio). En este caso se estaba realmente en presencia de un mandato, realizando además el tribunal una interpretación muy restrictiva de la legitimación extraordinaria del representante⁷⁰.

91. En definitiva, en España es un mecanismo que está siendo objeto de una introducción progresiva, a mi juicio con pleno respaldo legislativo y una recepción mayoritariamente favorable por parte de jueces y magistrados.

IV. Algunas reflexiones finales

92. El Estado ha ido interviniendo a lo largo de la historia para corregir situaciones de desigualdad que no pueden resolverse desde la libertad, imponiendo obligaciones y reconociendo imperativamente derechos (trabajadores, consumidores...). Ahora bien, esta intervención puede resultar poco eficaz en determinadas situaciones o escenarios y desembocar en un mero reconocimiento formal de derechos sin posibilidad real de hacerlo efectivo en la práctica, lo que no solo carece de valor, sino que perpetua situaciones de injusticia, solo formalmente abordadas. Es preciso tomar en consideración que, en escenarios como los identificados en este trabajo pueden producirse desequilibrios entre los potenciales litigantes que impidan o dificulten el acceso a la justicia, y que reclaman que sean reevaluados los rígidos principios procesales que informan muchos ordenamientos y que, al igual que ocurre con otras regulaciones puede perder su carácter de tutela del interés general y operar solo en beneficio o en interés de unos pocos.

93. Nuevas vías se están ensayando en la práctica para hacer frente a esa situación de impunidad de las empresas que, parapetadas tras el muro de los costes del proceso, no tienen que hacer frente a los daños que puedan derivarse a terceros de sus conductas ilícitas. Una de esas vías se articula haciendo uso de mecanismos contractuales, mediante la cesión del derecho a la indemnización a un tercero.

94. El modelo de cesión cuenta con el respaldo de las autoridades europeas y es visto como un instrumento eficaz para facilitar el acceso a la justicia en distintos sectores, como el Derecho de la competencia o el transporte aéreo. Los riesgos del modelo, sin perjuicio de que requieran -como todos los contratos- un control o supervisión, no son de tal envergadura como para prohibirlo o desconfiar de él. Inspirado en postulados esenciales de los ordenamientos jurídicos como la libertad de empresas, la propiedad privada, la libertad contractual y el derecho fundamental de acceso a la justicia, sus peligros o inconvenientes han de regularse, pero si volvemos a las ideas de partida los aspectos positivos superan con creces a los negativos. La actividad de estos vehículos de litigación puede conducir a una mayor efectividad de las normas, a partir del momento en que los potenciales infractores vayan tomando conciencia de que desconocer las prohibiciones, por ejemplo en el marco del Derecho de la competencia, no solo puede acarrear, como hasta ahora, consecuencias en forma de multa, sino la consecuencia ineluctable de compensar los daños que ocasionen a los perjudicados, cuya acción individual se ha visto hasta ahora obstaculizada, sea por la falta de incentivos, sea por la de recursos para litigar contra empresas, que como las cartelistas tienen en muchos casos, poder de mercado y recursos sobrados para defenderse, sea por ambas cosas a la vez.

95. En definitiva, se trata de conseguir un bien general: facilitar el acceso a la justicia y garantizar la efectiva tutela -no solo nominal- de los consumidores y de otros sujetos que hayan sufrido daños como consecuencia de prácticas ilícitas. En el caso de que los derechos hayan sido reconocidos por el Derecho europeo, es preciso, además, una actitud de especial cautela y regular (o interpretar) con cuidado cualquier medida que pueda impedir su ejercicio efectivo o cuestionar su efectividad.

⁷⁰ Habitualmente, la gestión de cobros implicará también la facultad de reclamación del crédito mediante el ejercicio de acciones judiciales en nombre del mandante o comitente (es decir, una cesión de acciones). En estos casos, el titular del derecho o relación jurídica no se corresponde con el sujeto que formula la pretensión, lo que ha ocasionado algunas discrepancias doctrinales y judiciales sobre la eventual legitimación activa del mandatario. Mientras que algunos tribunales, en una interpretación muy restrictiva, han rechazado la posibilidad de una legitimación extraordinaria por representación, alegando que esta solo cabría si así lo establece una ley, la jurisprudencia mayoritaria, si reconoce la posibilidad de legitimación activa extraordinaria en supuestos de apoderamiento voluntario.

El euro digital y su tributación: entre la trazabilidad, la privacidad y la armonización fiscal europea

Digital euro and its taxation: between traceability, privacy, and european fiscal harmonization

PEDRO JESÚS JIMÉNEZ VARGAS

Profesor contratado doctor de Derecho internacional privado

Universidad Internacional de La Rioja

ORCID: ID: 0000-0002-1184-7288

Recibido:09.06.2025 / Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9884

Resumen: El euro digital es una nueva forma de dinero que el Banco Central Europeo está desarrollando para adaptarse a la era digital. Este trabajo explora qué es exactamente, cómo se diferencia del dinero que usamos hoy (como el efectivo o el dinero bancario) y por qué su impacto podría ser tan importante. También se analiza cómo afectará a los impuestos: desde cómo se declara, hasta qué implicaciones puede tener para el IVA, el IRPF o el Impuesto sobre el Patrimonio. Además, se abordan desafíos como la protección de la privacidad, la trazabilidad de los pagos o las dificultades en la gestión tecnológica. Finalmente, se plantean posibles usos futuros y cómo podrían armonizarse las normas fiscales en Europa.

Palabras Claves: euro digital, fiscalidad, trazabilidad, privacidad, armonización europea.

Abstract: The digital euro is a new form of money being developed by the European Central Bank to adapt to the digital age. This paper explores what it actually is, how it differs from the money we use today (such as cash or bank deposits), and why its impact could be significant. It also analyzes how it may affect taxation from how it should be reported to its implications for VAT, personal income tax, or wealth tax. In addition, it addresses challenges such as privacy protection, payment traceability, and technological management difficulties. Finally, it outlines possible future uses and how tax regulations could be harmonized across Europe.

Key words: digital euro, taxation, traceability, privacy, european harmonization

Sumario: Introducción. 1.1. ¿Qué es el euro digital? 1.2. Contexto económico y digital. 1.3. Importancia del enfoque fiscal. II. Naturaleza jurídica y económica del euro digital. 2.1. Definición técnica y jurídica. 2.2. El euro digital: diferencias clave con el dinero bancario o efectivo y los criptoactivos. 2.3. Objetivos del BCE con el euro digital. III. Principios generales del euro digital. 3.1. Principios fiscales aplicables. IV. Retos y desafíos fiscales del euro digital. 4.1. Falta de educación fiscal y digital. 4.2. Trazabilidad Vs. Privacidad. 4.3. Fiscalidad transfronteriza. 4.4. Implicaciones del euro digital para el IVA, IRPF, IS, Impuesto sobre el Patrimonio y los propios ciudadanos. V. El futuro del euro digital. 5.1. Perspectiva futura y propuestas de armonización. 5.2. Posibles escenarios de uso y tributación. 5.2.1. El euro digital: implicaciones fiscales de una nueva era monetaria. 5.2.2. Pagos públicos más rápidos, transparentes y eficientes. 5.2.3. La rentabilidad del euro digital: implicaciones económicas y fiscales. VI. Conclusiones.

*Esta publicación se enmarca en el trabajo realizado durante mi estancia de investigación en la Universidad de Granada, y fue aceptada por la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Universidad Carlos III de Madrid).

1. Introducción

1. La transformación digital que vive nuestra economía está llevando a los bancos centrales a replantearse cómo debería ser el dinero en esta nueva era. En este marco, el Banco Central Europeo (BCE) está trabajando en el desarrollo del euro digital: una versión electrónica del euro, emitida directamente por el propio BCE. Esta nueva forma de dinero, conocida como moneda digital de banco central (o CBDC, por sus siglas en inglés), no busca reemplazar al efectivo, sino complementarlo, ofreciendo una alternativa pública, segura y adaptada al mundo digital frente al avance de las criptomonedas y otros medios de pago privados.

2. Pero la llegada del euro digital no está exenta de retos. Más allá de los desafíos tecnológicos o legales, hay una dimensión fiscal que no puede pasarse por alto. ¿Cómo se gravará el uso del euro digital? ¿Qué obligaciones tendrán los ciudadanos y las empresas en relación con su posesión o los posibles beneficios que genere? Aunque el BCE ha dejado claro que esta moneda no está pensada como una herramienta de inversión, su uso generalizado podría influir notablemente en la forma en que los Estados gestionan la recaudación de impuestos, supervisan los flujos económicos y combaten el fraude fiscal.

3. Por eso, los países de la zona euro tendrán que revisar y adaptar sus normativas tributarias para incorporar esta nueva forma de dinero de forma coherente y efectiva. Temas como la obligación de declarar saldos, el seguimiento de las transacciones, su tratamiento en el Impuesto sobre la Renta o la prevención de usos indebidos del euro digital, se convierten en aspectos clave que requerirán una regulación clara y equilibrada.

4. Este trabajo se propone analizar los principales retos fiscales que plantea la implantación del euro digital, comparando su posible tratamiento tributario con el de otras formas de dinero ya existentes. Además, se explorará cómo esta innovación podría influir en la gestión y el control fiscal por parte de los Estados miembros, en un contexto en el que lo digital está transformando no solo la forma de pagar, sino también la forma de recaudar.

1.1. ¿Qué es el euro digital?

5. El euro digital es una nueva forma de dinero electrónico que está siendo desarrollada por el Banco Central Europeo (BCE) con la intención de ofrecer una versión digital del efectivo tradicional, accesible en toda la eurozona. Según la Unión Europea «un medio de pago electrónico disponible gratuitamente para todos. Al igual que el efectivo en la actualidad, podría utilizarse en cualquier lugar de la zona del euro y ofrecería seguridad y privacidad»¹. A diferencia del dinero que tenemos en nuestras cuentas bancarias en entidades comerciales, el euro digital estará directamente respaldado por el BCE, lo que le otorga un nivel de seguridad y confianza comparable al de las monedas y billetes que llevamos en el bolsillo.

6. Según la Comisión Europea presentó una propuesta legislativa para establecer el marco jurídico del euro digital. «El euro digital debe ser complementario a los billetes y monedas denominados en euros y no un sustituto de las formas físicas de la moneda única»². El efectivo seguirá existiendo y podrá seguir usándose como siempre, pero el euro digital ofrecerá una alternativa moderna y segura, especialmente útil en un mundo cada vez más digital. Una de sus características más destacadas es su enfoque inclusivo: podrá ser utilizado por cualquier persona o empresa dentro de la eurozona, incluso

¹ Banco Central Europeo. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/html/index.es.html?utm_source=chatgpt.com

² Propuesta de Reglamento relativo a la instauración del euro, COM (2023) 369] Considerado 6º Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0369>

sin conexión a internet o sin una cuenta bancaria tradicional. Esto lo convierte en una herramienta poderosa para fomentar la inclusión financiera.

7. Además, el euro digital funcionará sobre una infraestructura pública diseñada para garantizar altos niveles de seguridad y privacidad en todas las transacciones. A diferencia del dinero que se guarda en los bancos comerciales, el euro digital no estará sujeto al riesgo de quiebra bancaria, ya que será dinero emitido directamente por el banco central. Esto significa que los usuarios podrán confiar plenamente en su valor y disponibilidad, incluso en tiempos de incertidumbre económica. Según PARRONDO TORT. (2024, p.30)³, «las decisiones de diseño concretas determinarán la base legal para la emisión del euro digital, y existen diferentes escenarios legales según cómo se implemente y se acceda a este euro digital. Estas consideraciones son esenciales para garantizar que el euro digital cumpla con todas las regulaciones y leyes aplicables».

8. Actualmente, el proyecto se encuentra en una fase de preparación que abarca desde 2023 hasta 2025. Durante este periodo, se están estudiando a fondo los aspectos técnicos, legales y económicos necesarios para que el euro digital pueda funcionar de forma segura, eficiente y beneficiosa para la sociedad en su conjunto. Para que llegue a ponerse en marcha, será imprescindible contar con la aprobación de las instituciones legislativas de la Unión Europea, asegurando así que su implementación esté en línea con las leyes y objetivos comunes del bloque europeo.

9. En un mundo cada vez más digitalizado, el Banco Central Europeo (BCE) ha planteado la necesidad de crear un euro digital como una forma de adaptarse a los nuevos hábitos de pago y garantizar la estabilidad del sistema financiero. Esta iniciativa no solo busca modernizar el dinero público, sino también responder a desafíos globales y promover una economía más inclusiva. Según el BCE, el euro digital tendría tres grandes objetivos: reforzar el papel del dinero público como ancla monetaria, fortalecer la autonomía estratégica de Europa y fomentar la inclusión financiera en toda la eurozona.

10. En cuanto al primero de los objetivos, el Banco Central Europeo (BCE) considera que, en un contexto donde el uso de efectivo en tiendas está disminuyendo y surgen nuevas formas digitales de pago, es crucial proteger el papel del dinero público como base del sistema monetario. Si desaparece el efectivo, la capacidad del BCE para garantizar la estabilidad financiera podría verse en peligro. Por eso, adaptar el dinero del banco central al entorno digital no solo es razonable, sino necesario.

11. La idea es que el euro digital funcione como una extensión del efectivo, o un medio de pago seguro y confiable que mantenga la relevancia del dinero público, según MUÑOZ et al., (2024)⁴, «que sirva de palanca para la creación de nuevos medios de pagos a nivel europeo. Aunque la propuesta resulta atractiva, puede argumentarse también que es una situación de suma cero, en la que el euro digital no va a aumentar el volumen total de pagos y la irrupción de un nuevo medio se hará en detrimento de otros, aunque esos otros puedan ser extranjeros». Esto permitiría que las personas y empresas sigan teniendo la opción de utilizar una forma de dinero del banco central, aunque sea en versión digital. Así, el euro seguiría siendo la unidad de cuenta y el medio de intercambio común en toda la eurozona.

12. El segundo de los objetivos fortalecer la autonomía estratégica de Europa, con el avance de otras regiones en la creación de monedas digitales propias y la expansión de soluciones privadas como las criptomonedas o las stablecoins, el BCE ve necesario tomar medidas. El objetivo es proteger el papel del euro y garantizar que el ecosistema de pagos europeo no dependa demasiado de actores externos. Desde esta perspectiva, el euro digital serviría para: I. Reforzar la presencia del euro en las transaccio-

³ Vid. L. PARRONDO TORT (2024). “El Euro Digital: beneficios, riesgos y potencial diseño”. Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 37, pp. 23-33.

⁴ Vid. J.B. MUÑOZ, A.J. PRADO, & M. RODRÍGUEZ, (2024). *El sistema financiero español ante la potencial emisión del euro digital*. AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, (148), 23–26.

nes internacionales y prepararse ante posibles desequilibrios causados por otras monedas digitales. II. Ofrecer una alternativa pública frente a las monedas digitales privadas que puedan alterar el equilibrio del sistema financiero. III Reducir la dependencia europea de redes internacionales de tarjetas en operaciones entre países de la UE⁵; por lo tanto, el euro digital se perfila como una herramienta clave para preservar la soberanía monetaria de Europa en un entorno financiero global cada vez más digitalizado.

13. Finalmente, con el tercer objetivo promover la inclusión financiera, desde el principio, el BCE ha tenido en cuenta la inclusión financiera como uno de los pilares del euro digital. La idea es garantizar que todas las personas, sin importar su nivel de ingresos, situación personal o ubicación, puedan acceder a servicios financieros básicos —como pagos, cuentas, crédito o seguros— que sean útiles, asequibles y seguros, «podría aumentar la eficiencia del procesamiento de pagos para los participantes del sistema y contribuir a una mayor inclusión financiera. Reducir las barreras entre los sistemas de pago puede contribuir a la creación de ecosistemas de pago eficientes, rentables e innovadores que beneficien a los usuarios finales y digitalicen aún más la economía, tanto en el contexto nacional como transfronterizo» (Banco Mundial, 2021)⁶.

14. En palabras de THOMADAKIS et al., (2023, p.25)⁷, «La inclusión financiera podría verse obstaculizada por la exclusión digital y la falta de voluntad o incapacidad para utilizar pagos digitales. Por ejemplo, algunas personas (por ejemplo, aquellas con ingresos más bajos, grupos vulnerables o migrantes) pueden no tener las habilidades digitales o el acceso a la tecnología adecuada necesaria para navegar y acceder a servicios y productos financieros, como la banca o los pagos en línea». Esta situación resalta la importancia de abordar no solo la disponibilidad de servicios financieros digitales, sino también las barreras estructurales que impiden su uso efectivo. La brecha digital, alimentada por factores como la falta de conectividad, dispositivos adecuados o educación tecnológica, profundiza la desigualdad económica al dejar fuera a quienes más podrían beneficiarse de una mayor inclusión financiera. Por ello, cualquier estrategia de digitalización financiera debe ir acompañada de políticas públicas que promuevan la alfabetización digital y el acceso equitativo a la tecnología.

15. El euro digital podría marcar la diferencia gracias a su facilidad de uso, ya sea a través de una app o una tarjeta física, y su disponibilidad en toda la eurozona, incluso sin conexión a internet. Además, sería gratuito para usos básicos. Este nuevo instrumento también podría ayudar a llegar a quienes hoy están fuera del sistema financiero, como personas sin cuenta bancaria, o a quienes tienen necesidades especiales. En conjunto con otras iniciativas, el euro digital podría ser una opción más que ayude a construir un sistema financiero más justo y accesible para todos.

1.2. Contexto económico y digital

16. En los últimos años, la transformación digital ha revolucionado la manera en que personas y empresas gestionan el dinero. El auge de los pagos electrónicos, la digitalización de los servicios financieros y la aparición de criptomonedas privadas han llevado a los bancos centrales a explorar nuevas formas de dinero público. En este contexto, el Banco Central Europeo (BCE) ha impulsado el desarrollo del euro digital, una versión electrónica del efectivo, respaldada por el propio BCE. Se trata de una moneda digital de banco central (CBDC) que busca complementar, no sustituir, al efectivo tradicional.

⁵ Banco Central Europeo: “Informe sobre un euro digital” (2020) disponible en: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.es.pdf

⁶ Banco Mundial (2021), Interoperabilidad en sistemas de pago rápido – Parte del programa de pagos rápidos del Banco Mundial *kit de herramientas*, *Focus Note*, *septiembre*. Disponible en: https://fastpayments.worldbank.org/sites/default/files/2021-10/Interoperability_in_FPS_Final.pdf

⁷ Vid. A.THOMADAKIS, K. LANNOO, & F. SHAMSAKHR, F. (2023), *A digital euro beyond impulse – think twice, act once*, CEPS-ECMI-ECRI Study, Centre for European Policy Studies, Brussels.

17. En el contexto económico y digital actual, el desarrollo del euro digital está impulsado por varios factores clave. En primer lugar, la digitalización acelerada ha transformado la manera en que las personas y las empresas gestionan sus finanzas. La pandemia de COVID-19 aceleró esta tendencia, impulsando el uso de pagos digitales y reduciendo considerablemente el uso del efectivo. Esta transformación ha facilitado la inclusión financiera, permitiendo que sectores de la población que antes no tenían acceso a servicios bancarios puedan ahora realizar transacciones digitales de manera sencilla y segura. Además, el avance tecnológico en áreas como la telefonía móvil, las billeteras electrónicas y la inteligencia artificial ha creado un ecosistema favorable para la adopción masiva de nuevos medios de pago.

18. En segundo lugar, la proliferación de criptoactivos privados como Bitcoin, Ethereum o stablecoins ha generado importantes desafíos para los sistemas financieros tradicionales. Según DISSAUX, & KALINOWSKI (2023, p.96)⁸, «estos criptoactivos han recibido la mayor atención pública y también han alimentado debates sobre el futuro del dinero y el sistema monetario. Sin embargo, estos debates, a menudo impulsados con un entusiasmo exuberante, idealismo y un fervor casi religioso, revelaron rápidamente que es improbable que los criptoactivos triunfen como dinero de emisión privada»⁹.

19. Aunque estas monedas digitales ofrecen ventajas como la descentralización y la rapidez en las transferencias, también conllevan riesgos significativos. En este contexto el informe sobre estabilidad financiera realizado por Financial Stability Board al G-20 (2022)¹⁰, destaca su alta volatilidad, el uso en actividades ilícitas y la dificultad para ser reguladas amenazan la estabilidad financiera y ponen en riesgo la soberanía monetaria de los Estados¹¹. La creciente circulación de estas monedas digitales privadas puede debilitar el control que los bancos centrales ejercen sobre la política monetaria y el suministro de dinero. En este sentido, el euro digital aparece como una alternativa oficial y regulada que busca ofrecer la seguridad y confianza del dinero público, combinando las ventajas de la digitalización con un marco regulatorio sólido.

20. La competencia internacional es otro factor determinante en el impulso del euro digital. Países como China han avanzado significativamente en el lanzamiento de su moneda digital, el yuan digital, implementándolo en varias ciudades y sectores comerciales, lo que les otorga una ventaja estratégica en el sistema financiero global. Otros países como Estados Unidos, Japón y Reino Unido también exploran activamente sus propias monedas digitales para no perder terreno en esta nueva era financiera.

21. La competencia internacional en torno a las monedas digitales ha cobrado gran relevancia en los últimos años, con varios países adoptando estrategias activas para posicionarse en el nuevo entorno financiero global. En este contexto, China ha sido pionera en el desarrollo de una moneda digital de banco central (CBDC), con la implementación del yuan digital (e-CNY). Desde 2020, el Banco Popular de

⁸ Vid. T. DISSAUX, & W. KALINOWSKI, (2023). *A digital euro for a better monetary system: The case for a public option*. Veblen Institute for Economic Reforms.

⁹ Para ambos autores No se espera que sustituyan al dinero convencional en su forma actual por diversas razones. Generalmente no se aceptan como pago de bienes y servicios, son altamente volátiles, presentan problemas técnicos de escalabilidad, desperdician enormes cantidades de energía y, quizás lo más importante, carecen de un emisor responsable y que rinda cuentas. Para los bancos centrales y los gobiernos, los mercados de criptomonedas han representado hasta ahora un mayor desafío potencial para la estabilidad financiera, dado su enorme crecimiento y sus progresivas interrelaciones con el sistema financiero tradicional. Vid en: T. DISSAUX, & W. KALINOWSKI, (2023). *A digital euro for a better monetary system: The case for a public option*.

¹⁰ Informe “Evaluación de riesgos para la estabilidad financiera de los criptoactivos” Financial Stability Board (G-20) disponible en: <https://www.fsb.org/2022/02/assessment-of-risks-to-financial-stability-from-crypto-assets/>

¹¹ El informe destaca diversas vulnerabilidades asociadas a los mercados de criptoactivos. Estas incluyen la creciente vinculación entre estos mercados y el sistema financiero regulado; el desajuste de liquidez, los riesgos crediticios y operativos que hacen que las monedas estables sean susceptibles a retiradas repentinas y disruptivas de sus reservas, con el potencial de extenderse a los mercados de financiación a corto plazo; el mayor uso del apalancamiento en las estrategias de inversión; el riesgo de concentración de las plataformas de negociación; y la opacidad y la falta de supervisión regulatoria del sector. El informe también señala preocupaciones más amplias de política pública relacionadas con los criptoactivos, como el bajo nivel de comprensión de los inversores y consumidores sobre estos activos, el blanqueo de capitales, la ciberdelincuencia y el ransomware. Fuente: Informe “Evaluación de riesgos para la estabilidad financiera de los criptoactivos” Financial Stability Board.

China ha llevado a cabo pilotos en más de una veintena de ciudades, integrándolo en pagos de transporte público, comercio minorista y subsidios sociales. El enfoque chino destaca por su naturaleza centralizada, permitiendo al Estado un alto grado de control sobre los flujos de dinero y las transacciones, lo cual se enmarca en una estrategia geopolítica más amplia: reducir la dependencia del dólar estadounidense, incrementar la soberanía tecnológica y aumentar su influencia en el sistema financiero global.

22. Por su parte, Estados Unidos ha adoptado un enfoque más cauteloso. La Reserva Federal ha publicado diversos documentos exploratorios como el “*A High Performance Payment Processing System Designed for Central Bank Digital Currencies*” (2022)¹², y junto con el MIT (Instituto Técnico de Massachusetts), ha desarrollado el denominado *Proyecto Hamilton*¹³, una prueba técnica para evaluar la viabilidad de un dólar digital. No obstante, aún no se ha tomado una decisión formal sobre su emisión. Las autoridades estadounidenses han manifestado su preocupación por cuestiones relacionadas con la privacidad, la estabilidad del sistema bancario y los impactos sobre la intermediación financiera. Aun así, existe un consenso creciente en torno a la necesidad de modernizar el sistema de pagos y preservar el liderazgo del dólar ante la competencia de monedas digitales extranjeras y privadas.

23. En Japón, el Banco de Japón (BoJ) ha completado una primera fase de pruebas técnicas sobre un eventual yen digital y actualmente se encuentra en fase piloto, trabajando con bancos y empresas del sector privado. El enfoque japonés es especialmente conservador, en parte porque el efectivo sigue siendo un medio de pago ampliamente utilizado y valorado por la población. Aun así, el banco central japonés reconoce la importancia de avanzar en este terreno, especialmente para garantizar la inclusión financiera, la eficiencia en los pagos digitales y la resiliencia del sistema ante catástrofes naturales. Además, el BoJ busca asegurar que cualquier implementación futura respete la privacidad de los usuarios y mantenga la estabilidad del sistema financiero.

24. Según CHILIMA (2023, p.42)¹⁴, «la inclusión financiera es, en realidad, una de las dos razones principales por las que los bancos centrales de todo el mundo están [...]. El otro es la exploración de las CBDC, y la otra es la estabilidad del sistema financiero y monetario». El documento del Banco de Japón sobre el enfoque de las CBDC no aborda explícitamente la inclusión financiera; tal vez, como lo expresó SHIRAI (2023)¹⁵, «los japoneses tienen un acceso prácticamente universal a los sistemas bancarios, de modo que promover la inclusión financiera nunca ha sido un tema político importante. Otros piensan lo contrario, quizás porque la inclusión financiera abarca más que el simple acceso a un sistema de pagos». El BoJ ha dejado claro que no tomará una decisión final sin un amplio consenso político y social.

25. Finalmente, el Reino Unido ha intensificado sus esfuerzos en esta materia a través de una colaboración entre el Banco de Inglaterra y el Tesoro británico. En 2023, se abrió una consulta pública sobre la posible creación de una libra digital, también conocida como “*Bitcoin*”. Aunque su emisión

¹² El documento “*A High Performance Payment Processing System Designed for Central Bank Digital Currencies*” describe la arquitectura y diseño técnico del sistema desarrollado en el marco del Proyecto Hamilton. El enfoque principal del diseño es asegurar un alto rendimiento en el procesamiento de transacciones, comparable al de los sistemas de pago tradicionales, pero con las ventajas de la tecnología digital, como la trazabilidad y la reducción de intermediarios. Para ello, el sistema utiliza tecnologías avanzadas que permiten manejar grandes volúmenes de operaciones simultáneas sin sacrificar la seguridad ni la privacidad de los usuarios. Fuente: *A High Performance Payment Processing System Designed for Central Bank Digital Currencies*. Recuperado en: <https://eprint.iacr.org/2022/163>

¹³ El *Proyecto Hamilton* es una iniciativa conjunta entre la Reserva Federal de Estados Unidos y el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) que busca explorar la viabilidad técnica de un dólar digital. Este proyecto se centra en desarrollar un prototipo de infraestructura que permita emitir y gestionar una moneda digital de banco central (CBDC) de forma segura, eficiente y escalable. *Proyecto Hamilton* disponible en: Banco de la Reserva Federal de Boston y el Instituto Tecnológico de Massachusetts publican una investigación tecnológica sobre una moneda digital del banco central. <https://www.bostonfed.org/news-and-events/press-releases/2022/frbb-and-mit-open-cbdc-phase-one.aspx>

¹⁴ Vid. Y. CHILIMA, I. (2023). *An examination of the case for a Bank of Japan digital yen*. *Yokohama Journal of Social Sciences*, 28 (2).

¹⁵ Vid. S. SHIRAI, (2023). *Central bank digital currency cast aside as cash reigns king in Japan*. Australia-Japan research Centre, Australian National University.

definitiva podría postergarse hasta bien entrada la década de 2030, el objetivo del Reino Unido es preparar el terreno para una infraestructura de pagos moderna, eficiente y segura. La libra digital buscaría complementar el efectivo, no reemplazarlo, y su distribución estaría a cargo de entidades privadas autorizadas. Además, se contempla la posibilidad de imponer límites de tenencia por usuario para mitigar los riesgos asociados a la desintermediación bancaria. En este contexto como señala MILNE (2023, p.15)¹⁶, «existe una tensión en el diseño de la libra digital para que esta sea atractiva; por un lado, a la hora de asegurar una masa crítica de adopción tanto en el suministro de servicios de libra digital como en las tenencias de las mismas; y por otro lado al limitar el atractivo de las libras digitales como protección contra la inestabilidad financiera de cara a proteger los modelos de negocio y los bancos comerciales».

26. En conjunto, estos enfoques reflejan las distintas prioridades nacionales en torno a las monedas digitales: mientras China avanza con rapidez para ganar liderazgo geopolítico, Estados Unidos y Japón optan por la prudencia y el análisis técnico, y el Reino Unido busca una solución intermedia que equilibre innovación con estabilidad. Para Europa, estas dinámicas internacionales representan un incentivo adicional para avanzar en el desarrollo del euro digital y no quedar rezagada en la transformación del sistema monetario global.

27. Para la Unión Europea, desarrollar y adoptar el euro digital no solo responde a necesidades internas de modernización y eficiencia, sino que también es crucial para mantener su soberanía monetaria y su liderazgo económico en un mundo cada vez más digital y competitivo. Para la Unión Europea, desarrollar y adoptar el euro digital no solo responde a necesidades internas de modernización y eficiencia, sino que también es crucial para mantener su soberanía monetaria y su liderazgo económico en un mundo cada vez más digital y competitivo. En un entorno global donde otras potencias están avanzando con rapidez en la emisión de monedas digitales propias, la UE no puede permitirse quedar rezagada, especialmente si desea que el euro mantenga su papel como una de las principales monedas de reserva y de intercambio internacional.

28. El euro digital permitiría a la eurozona reducir su dependencia de sistemas de pago y tecnologías financieras controladas por actores no europeos, muchos de los cuales tienen sede en Estados Unidos o China. Esto cobra especial relevancia en un contexto donde la autonomía estratégica europea se ha convertido en una prioridad política, no solo en el ámbito económico, sino también en términos tecnológicos y de ciberseguridad. Además, contar con una infraestructura propia de pagos digitales podría fortalecer la resiliencia del sistema financiero europeo frente a crisis externas, ataques informáticos o interrupciones en las cadenas de suministro globales.

29. Asimismo, el euro digital contribuiría a consolidar un mercado único digital más sólido e inclusivo, facilitando la innovación en los servicios financieros, la interoperabilidad transfronteriza y el acceso equitativo al dinero digital para todos los ciudadanos y empresas. En definitiva, su implementación estratégica no es solo una cuestión técnica o económica, sino una decisión política de gran alcance que marcará el futuro del papel de Europa en la nueva arquitectura monetaria global.

1.3. Importancia del enfoque fiscal

30. La implementación del euro digital no solo supone una innovación tecnológica y financiera, sino que también trae consigo importantes implicaciones fiscales y tributarias. Por esta razón, el enfoque fiscal debe ser considerado como un elemento central en el diseño y desarrollo de esta nueva forma de dinero. Una adecuada integración fiscal permitirá aprovechar las ventajas del euro digital para fortalecer la transparencia, eficiencia y equidad del sistema tributario.

¹⁶ Vid. A. MILNE (2023). *The Digital Pound: A plan designed to fail?* The Journal of FinTech, 3(01-02), DOI: <https://doi.org/10.1142/S2705109924500019>

31. La adecuada integración fiscal del euro digital no solo facilitará su adopción por parte de ciudadanos y empresas, sino que también será clave para prevenir riesgos tan serios como la evasión fiscal, el lavado de dinero y otras prácticas ilícitas. Es fundamental que este nuevo instrumento de política monetaria se construya con una visión amplia, que contemple desde el inicio su interacción con los sistemas fiscales, tanto a nivel nacional como europeo. Una arquitectura bien pensada debe garantizar la trazabilidad de las transacciones, sin poner en riesgo los principios de privacidad que protegen a los usuarios, pero tampoco debilitando la capacidad de los Estados para llevar a cabo una fiscalización efectiva.

32. Más aún, el diseño del euro digital debería incluir herramientas que permitan, por ejemplo, la retención automática de impuestos y el reporte fiscal en tiempo real. Esto no solo ayudaría a simplificar trámites para los contribuyentes, sino que también reduciría los costos administrativos que enfrentan las autoridades fiscales. En este sentido, el uso de tecnologías como la identidad digital, la facturación electrónica o los contratos inteligentes puede ser un aliado poderoso para lograr una mayor eficiencia y un cumplimiento tributario más eficaz.

33. Pero para que todo esto funcione de manera coherente y equilibrada, no basta con avanzar en lo tecnológico, sino que se necesita también un marco regulatorio claro, coordinado y con perspectiva fiscal. En palabras de GRÜNEWALD (2024, p.450)¹⁷, «el equilibrio necesario para establecer dicho nivel corresponde, en principio, a los legisladores de la UE. Implica una evaluación integral de los derechos y libertades de los usuarios del euro digital, por un lado, y de los riesgos para la integridad del ecosistema del euro digital, por otro, ya que podría utilizarse indebidamente con fines delictivos, como el blanqueo de capitales». Por lo tanto, esta regulación debería estar alineada a nivel europeo, de manera que se garantice una implementación homogénea, justa y sin lagunas que puedan ser explotadas.

34. La llegada del euro digital representa, en definitiva, una oportunidad única no solo para modernizar el sistema financiero europeo, sino también para fortalecer y actualizar los mecanismos fiscales que lo sostienen. Si bien es cierto que la atención pública suele centrarse en los aspectos técnicos o en el impacto para la banca comercial, debemos tener presente que las implicaciones fiscales son igualmente profundas. Según el Banco Central Europeo, (2021)¹⁸, «para que el euro digital funcione como equivalente funcional del efectivo, debe contar con características similares a las del efectivo, también en lo que respecta a la privacidad. Siguiendo el principio fundamental de protección de datos desde el diseño y por defecto», el BCE ha procurado integrar las preocupaciones sobre la privacidad en su propio trabajo exploratorio sobre el diseño del euro digital y ha experimentado con técnicas de mejora de la privacidad». Una integración bien planificada puede ayudarnos a avanzar hacia un sistema tributario más justo, más eficiente y más transparente.

35. Desde su concepción, el euro digital debería incorporar funcionalidades fiscales que respondan a las necesidades reales de los Estados miembros. Solo así podrá convertirse en una herramienta eficaz para mejorar la gestión tributaria y combatir de forma más efectiva la evasión, el fraude y el uso indebido de fondos públicos. A continuación, examinaremos algunas de las ventajas más relevantes que podría aportar esta integración fiscal, tanto en el corto como en el largo plazo

36. En primer lugar, el euro digital ofrece un gran potencial para la lucha contra la evasión fiscal y la economía sumergida. Gracias a su naturaleza digital y trazabilidad, los pagos realizados con esta moneda podrán ser monitoreados con mayor precisión, facilitando el control de ingresos y gastos que antes podrían haber quedado fuera del radar de las autoridades fiscales. No obstante, este mayor control

¹⁷ Vid. S. GRÜNEWALD (2024). *Digital euro and accountability of the European Central Bank*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 30 (4), pp. 438-454.

POI: <https://doi.org/10.1177/1023263X231224733> (Original work published 2023)

¹⁸ BCE, «Informe del Eurosistema sobre la consulta pública sobre un euro digital» (abril de 2021), pp. 10-17. Más información sobre la consulta pública en la sección 4. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Eurosistem_report_on_the_public_consultation_on_a_digital_euro%7E539fa8cd8d.en.pdf

debe equilibrarse cuidadosamente con la protección de la privacidad de los usuarios, asegurando que los mecanismos de supervisión no comprometan derechos fundamentales ni generen desconfianza en el uso de la moneda digital.

37. En segundo lugar, el euro digital permitirá una recaudación fiscal mucho más eficiente. La posibilidad de realizar transacciones instantáneas y mantener registros automáticos reducirá la burocracia y facilitará la gestión de impuestos indirectos, como el IVA. Además, el euro digital puede ser la base para implementar sistemas de retención automática o fiscalidad en tiempo real, simplificando el cumplimiento tributario tanto para contribuyentes como para las administraciones públicas y disminuyendo significativamente los costos administrativos asociados.

38. Por otro lado, la introducción del euro digital podría tener un impacto relevante en la política monetaria y fiscal. Por ejemplo, si se decidiera remunerar el euro digital con intereses, esto podría modificar los patrones de ahorro y consumo de los ciudadanos, afectando a su vez la recaudación tributaria y el gasto público. Además, esta nueva forma de dinero digital abriría nuevas vías para la realización de transferencias fiscales directas, tales como ayudas públicas o subsidios entregados de forma rápida y eficiente a los hogares, potenciando la capacidad del Estado para responder a necesidades sociales y económicas de manera más ágil. «La evidencia empírica muestra que los tipos de interés negativos sobre los depósitos de las empresas estimularon la economía, ya que estas redujeron sus depósitos e invirtieron en activos alternativos, incluida la formación de capital» (ALTAVILLA et al., 2022)¹⁹.

39. Si la oferta de un euro digital no remunerado fuera muy elástica, los bancos se mostrarían aún más reticentes a reducir el tipo de interés de los depósitos por debajo de cero por temor a una salida de fondos provenientes de depósitos. Cuando hablamos de que la oferta de euro digital no remunerado sea muy elástica, nos referimos a que si la gente o las empresas pueden convertir fácilmente sus depósitos bancarios en euros digitales (que no generan intereses), entonces una pequeña reducción en el interés que pagan los bancos por los depósitos podría hacer que mucha gente saque su dinero del banco para pasarlo a euros digitales.

40. Según BINDSEIL & PANETTA (2020)²⁰, «una moneda digital de banco central (CBDC) con intereses, posiblemente negativos, podría superar el límite inferior efectivo de los tipos de interés»²¹. Por eso, si los bancos bajan mucho los tipos de interés de los depósitos (especialmente poniéndolos negativos, es decir, cobrando por tener el dinero depositado), los clientes podrían retirar su dinero y pasarlo a euros digitales, porque estos no cobran intereses ni generan beneficios, pero tampoco tienen costo. Esto crea un problema para los bancos: si pierden muchos depósitos, les cuesta más financiar sus actividades y prestar dinero. Por eso, para evitar una fuga masiva de depósitos hacia el euro digital, se propone limitar la cantidad de euros digitales que un hogar o empresa puede tener.

41. Finalmente, la adopción del euro digital subraya la necesidad de avanzar hacia una mayor armonización fiscal en la Unión Europea. Para evitar discrepancias y competencia fiscal desleal entre los países miembros, será fundamental coordinar las políticas tributarias y los mecanismos de control relacionados con la moneda digital. Esto no solo garantizará un terreno de juego equitativo, sino que también fortalecerá la integración económica y financiera dentro del bloque europeo.

¹⁹ Vid. C. ALTAVILLA, L. BURLON, M. GIANNETTI, & S. HOLTON (2022). *¿Existe un límite inferior cero? Los efectos de las tasas de interés negativas en bancos y empresas*, Journal of Financial Economics 144 (3), pp. 885-907.

²⁰ Vid. U BINDSEIL, & F. PANETTA (2020). *Remuneración de la moneda digital del banco central en un mundo con tipos de interés nominales bajos o negativos*, Vox EU, 5 de octubre. Disponible en: <https://cepr.org/voxeu/columns/central-bank-digital-currency-remuneration-world-low-or-negative-nominal-interest>

²¹ Sin embargo, para que esto sea así, se requieren dos condiciones adicionales. En primer lugar, para eliminar por completo las restricciones del límite inferior, sería necesario eliminar gradualmente el efectivo, algo que ya han descartado los principales bancos centrales (véase Grupo de Bancos Centrales, 2020).

2. Naturaleza jurídica y económica del euro digital

42. El euro digital es una respuesta del Banco Central Europeo (BCE) a los cambios profundos que está viviendo el mundo de los pagos. Cada vez usamos menos efectivo y más medios digitales para comprar, pagar servicios o enviar dinero. En este contexto, el euro digital busca ser una versión digital del dinero en efectivo, emitida por el propio BCE, lo que significa que estaría respaldado por una institución pública y sería completamente seguro.

43. A diferencia de las criptomonedas como el Bitcoin, que no tienen respaldo oficial ni garantía de valor, el euro digital estaría regulado y protegido por la legislación de la Unión Europea. Su objetivo sería ofrecer a los ciudadanos una alternativa digital para pagar, tan fiable como los billetes y monedas que usamos desde siempre. Para que esto funcione, es necesario establecer unas reglas claras: cómo se emite, cómo se usa, quién lo gestiona y qué derechos tienen los usuarios. Además, sería fundamental garantizar la protección de la privacidad, cumpliendo con las leyes europeas sobre datos personales²². En algunos casos, como en los pagos offline, podría incluso haber cierto grado de anonimato.

44. Desde un punto de vista económico, el euro digital como ya hemos comentado no pretende sustituir al efectivo ni a los bancos tradicionales, sino complementarlos. Se trata de asegurar que, en un mundo cada vez más digital, todas las personas sigan teniendo acceso a una forma de dinero público y segura. Además, al ofrecer una alternativa propia, la Unión Europea busca reducir la dependencia de empresas extranjeras que actualmente dominan el mercado de los pagos digitales, como Visa, Mastercard o PayPal. También serviría para estar preparados ante la posible llegada de monedas digitales emitidas por otras potencias o por grandes empresas tecnológicas. Por otro lado, el euro digital podría convertirse en una herramienta útil para aplicar la política monetaria, aunque su diseño debe ser cuidadoso. Por ejemplo, para evitar que la gente saque todo su dinero de los bancos y lo guarde en euros digitales, podrían establecerse límites sobre cuánto se puede tener o incluso aplicar intereses negativos si se acumula demasiado. Por último, este nuevo instrumento también podría facilitar el acceso a los pagos digitales a personas que hoy en día tienen dificultades para hacerlo, como quienes no tienen cuenta bancaria o viven en zonas poco conectadas, favoreciendo así la inclusión financiera.

1.1. Definición técnica y jurídica

45. Para entender bien qué es el euro digital, es importante verlo desde dos ángulos: cómo funciona técnicamente y qué dice la ley sobre él. Técnicamente, el euro digital es una versión electrónica del euro, creada por el Banco Central Europeo para complementar el dinero en efectivo, ofreciendo una forma segura y moderna de hacer pagos. Desde el punto de vista legal, su existencia y uso están respaldados por normas y tratados de la Unión Europea que le dan el mismo valor y reconocimiento que el dinero físico en todos los países que usan el euro. En una economía cada vez más digital, garantizar el buen funcionamiento del sistema de pagos también implica contar con una solución armonizada a nivel europeo para las transacciones en los puntos de interacción (como los puntos de venta o plataformas de comercio electrónico) y entre ciudadanos. Introducir un euro digital permitiría integrar estrechamente la economía real con la economía digital, al tiempo que se preservan algunas características del efectivo, como la libertad total para usarlo en toda la zona euro y su aceptación obligatoria

46. Técnicamente hablando el euro digital «se concibe como una moneda digital de los bancos centrales (CBDC por sus siglas en inglés), equivalente al efectivo en formato digital, destinada a com-

²² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos anterior) Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

plementar, no sustituir, el dinero en efectivo. Su diseño permite realizar pagos electrónicos de forma segura, rápida y fiable, tanto en línea como sin conexión a internet, garantizando la privacidad del usuario y la interoperabilidad con el sistema financiero existente» (Banco Central Europeo, 2020)²³. Según SCOTTI (2024, p.4)²⁴, «también sería una oportunidad para asegurar que el sistema monetario europeo siga a la vanguardia de la innovación y sea competitivo a nivel global. Ayudaría a preservar la soberanía monetaria de Europa en un momento en el que las infraestructuras de pago en otras regiones del mundo están avanzando con rapidez».

47. La definición jurídica del euro digital aún está en proceso de construcción y consolidación en la Unión Europea; sin embargo, con base en los documentos oficiales del Banco Central Europeo (BCE) y los avances legislativos de la Comisión Europea, se podemos ofrecer una definición jurídica preliminar. El euro digital es una versión digital del euro, emitida por el Banco Central Europeo o por los bancos centrales de los países que usan esta moneda. Al igual que las monedas y billetes tradicionales, el euro digital sería dinero oficial, con el respaldo del banco central, y tendría validez legal en todos los países de la zona euro. A diferencia del dinero que usamos en cuentas bancarias privadas, este sería una forma de dinero público, segura y garantizada por el Estado. Como señalan RODRÍGUEZ & FERNANDEZ (2021, p.27)²⁵, «al no haber obstáculo legal para que la UE pueda emitir una moneda en formato digital de curso legal, los usuarios la podrán aceptar sin cortapisas como instrumento de pago».

48. Su base legal se encuentra en los tratados de la Unión Europea, especialmente en el artículo 128 del Tratado de Funcionamiento de la UE²⁶ y en los estatutos del Banco Central Europeo, que le dan la autoridad para emitir moneda. En junio de 2023, la Comisión Europea propuso una nueva ley, el Reglamento COM (2023) 369 final²⁷, para sentar las bases del euro digital, una versión electrónica del euro emitida por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de la zona euro. El objetivo es que este euro digital funcione como complemento al dinero en efectivo, con el mismo estatus legal conforme al Artículo 128 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y que cualquier persona en la eurozona pueda usarlo para pagar de forma segura y sencilla.

49. La idea es que sea un medio de pago moderno, fácil de usar, gratuito para operaciones básicas, y con un alto nivel de privacidad, aunque no totalmente anónimo como el efectivo. Todavía no está en circulación, pero las instituciones europeas están sentando las bases legales para que, en un futuro cercano, podamos usar el euro digital de forma segura y confiable en nuestra vida diaria. Según esta propuesta, los ciudadanos tendrían derecho a utilizar el euro digital sin coste para operaciones básicas como abrir o cerrar una cuenta, hacer pagos o consultar su saldo. Además, se garantiza un

²³ Banco Central Europeo. (2020). *Informe sobre un euro digital*. Recuperado en: https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/report/html/index.es.html

²⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ LÓPEZ, & J. FERNÁNDEZ VILAS (2021). *Euro Digital (CBDC-€): Impacto en las entidades de crédito, ¿oportunidad, riesgo o indiferencia?* Cátedra AECA-Abanca, IESIDE, Universidad de A Coruña.

²⁵ Vid. C. SCOTTI (2024). *Digital euro: One for all and all for one* [Discurso]. Universidad de Florencia, acto conmemorativo en honor a Gaetano Colicigno. Banca d'Italia

²⁶ Vid. Artículo 128 (antiguo artículo 106 TCE) 1. «El Banco Central Europeo tendrá el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión. El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales podrán emitir billetes. Los billetes emitidos por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales serán los únicos billetes de curso legal en la Unión».

2. «Los Estados miembros podrán realizar emisiones de moneda metálica en euros, para las cuales será necesaria la aprobación del Banco Central Europeo en cuanto al volumen de emisión. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, podrá adoptar medidas para armonizar los valores nominales y las especificaciones técnicas de todas las monedas destinadas a la circulación en la medida necesaria para su buena circulación dentro de la Unión». Fuente:

Unión Europea. (2012). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (versión consolidada). Diario Oficial de la Unión Europea, C 326, 26 de octubre de 2012, pp. 47–390. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

²⁷ Comisión Europea. (2023). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital* (COM (2023) 369 final; SEC (2023) 257 final; SWD (2023) 233 final; SWD (2023) 234 final). Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2023:369:FIN>

alto nivel de protección de datos, especialmente en pagos offline, con un nivel de privacidad similar al del efectivo.

50. Para garantizar la inclusión financiera, quienes no tengan cuenta bancaria podrán acceder al euro digital a través de entidades públicas, como las oficinas de correos. La propuesta también establece límites a la cantidad de euros digitales que una persona puede mantener para proteger la estabilidad financiera y evitar grandes desplazamientos de depósitos bancarios. Esta iniciativa forma parte de un paquete legal más amplio que incluye también el Reglamento COM (2023) 364 final²⁸, que refuerza el estatus del efectivo como medio de pago con curso legal y asegura la convivencia armoniosa entre el dinero físico y digital. Aunque el euro digital aún no está en circulación, estas normas marcan un paso clave para su posible adopción en los próximos años, bajo la supervisión del Banco Central Europeo y la aprobación del Parlamento Europeo y el Consejo.

1.2. El euro digital: diferencias clave con el dinero bancario o efectivo y los criptoactivos

51. Vivimos en una época en la que todo, desde nuestras compras hasta la forma en que pagamos, se está volviendo cada vez más digital. En este contexto, el Banco Central Europeo (BCE) está trabajando en la creación del euro digital, una nueva forma de dinero pensada para adaptarse a estos tiempos. La idea es ofrecer una opción de pago moderna, segura y fácil de usar, que complemente al efectivo y responda a las necesidades de una sociedad cada vez más conectada. Pero, ¿qué lo hace diferente del dinero que tenemos en el banco, del efectivo de toda la vida o de los criptoactivos como el Bitcoin? Para entender bien qué es el euro digital y por qué es importante, vale la pena compararlo con estas otras formas de dinero. Así podremos ver con claridad qué lo hace especial, qué ventajas ofrece y cómo podría cambiar la manera en que usamos el dinero en nuestro día a día.

52. Aunque hoy en día estamos acostumbrados a pagar con tarjeta, transferencias o incluso desde el móvil, el origen del dinero que usamos en los bancos tiene una historia mucho más antigua y curiosa. Todo empezó en la Europa medieval, cuando los orfebres (los artesanos que trabajaban el oro y la plata) ofrecían a la gente un lugar seguro donde guardar sus metales preciosos. A cambio, entregaban un recibo de depósito que, con el tiempo, se volvió tan confiable que comenzó a utilizarse como medio de pago entre comerciantes, sin necesidad de mover el oro físicamente. Con el tiempo, estos orfebres se dieron cuenta de algo importante: no todos los clientes retiraban su oro al mismo tiempo. Eso les permitió prestar una parte de esos depósitos a otras personas, iniciando así un sistema que hoy conocemos como banca de reserva fraccionaria. Fue el primer paso hacia el tipo de dinero que usamos a diario.

53. Más adelante, ya en el siglo XVII, surgieron los primeros bancos tal como los entendemos hoy. Por ejemplo, el Banco de Ámsterdam, fundado en 1609, o el Banco de Inglaterra, en 1694. Estos bancos empezaron a emitir billetes respaldados por oro o plata y a conceder préstamos, no solo a comerciantes, sino también a los gobiernos. Fue una forma ingeniosa de multiplicar el dinero disponible en la economía, sin necesidad de aumentar la cantidad de oro real. Durante los siglos XIX y XX, con el desarrollo de los sistemas bancarios modernos, el dinero que guardamos en cuentas corrientes, es decir, lo que hoy llamamos depósitos a la vista, se convirtió en un medio de pago común y aceptado por todos. Los bancos comenzaron a crear dinero al conceder préstamos, esto es, cuando prestan a alguien, ese dinero no viene de una caja fuerte, sino que se genera al depositarlo directamente en su cuenta. Este proceso es la base del dinero bancario moderno, que ya no necesita estar respaldado por metales preciosos, sino que se sustenta en algo aún más poderoso: la confianza. Confianza en que los bancos, supervisados por bancos centrales y autoridades financieras, cumplirán con sus compromisos.

²⁸ Comisión Europea. (2023). *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al estatuto del efectivo* (COM (2023) 364 final). Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2023:364:FIN>

54. Actualmente el dinero bancario es el dinero que tenemos en nuestras cuentas en los bancos comerciales, los depósitos que usamos para pagar con tarjeta o hacer transferencias. La gran diferencia con el euro digital está en quién lo respalda. El dinero bancario es un compromiso del banco con sus clientes, lo que significa que, si el banco tuviera problemas financieros, ese dinero podría estar en riesgo. En cambio, el euro digital sería emitido directamente por el Banco Central Europeo (BCE), lo que lo convierte en un dinero mucho más seguro, porque estaría respaldado por una institución pública sólida y no dependería de la situación financiera de ningún banco en particular. Esto da mucha más tranquilidad, sobre todo en momentos de incertidumbre o crisis. Además, mientras que para tener dinero bancario necesitas abrir una cuenta en un banco y depender de su infraestructura, el euro digital permitiría un acceso más directo. Esto podría ayudar a personas que hoy no tienen una cuenta bancaria o que viven en zonas donde los servicios financieros son limitados. En ese sentido, también puede ser una herramienta para fomentar la inclusión financiera.

55. En cuanto al dinero efectivo, todos estamos acostumbrados a usar billetes y monedas. Son tangibles, se pueden usar sin conexión a internet y permiten cierto nivel de anonimato. Son muy útiles para pagos pequeños o en situaciones donde la tecnología no está a nuestro alcance. El euro digital, aunque también sería dinero de curso legal y tendría el respaldo del BCE, funcionaría de forma diferente, ya que éste sería completamente digital. En principio el euro digital está diseñado para facilitar pagos rápidos y seguros desde dispositivos electrónicos, adaptándose a una economía cada vez más digital. No busca reemplazar al efectivo, sino complementarlo, ofreciendo una alternativa más moderna para quienes prefieren o necesitan pagar de forma digital.

56. Finalmente, los criptoactivos son monedas como Bitcoin o las stablecoins. Aunque también son digitales, tienen diferencias importantes. Los criptoactivos son creados y gestionados por entidades privadas (o incluso de forma descentralizada), y no están respaldados por ningún gobierno o banco central. Su valor puede subir o bajar bruscamente dependiendo de lo que el mercado decida, lo que los hace bastante inestables. El euro digital, en cambio, tendría el respaldo del Banco Central Europeo, lo que le daría estabilidad y reconocimiento legal. Además, estaría regulado para proteger a los usuarios, prevenir fraudes y garantizar que su uso sea seguro, algo que muchas criptomonedas todavía no ofrecen. Por ello, mientras los criptoactivos representan una innovación financiera, el euro digital busca combinar la tecnología con la confianza institucional.

57. Según DOMÍNGUEZ FLORES (2023, p.341)²⁹, «otro de los principales desafíos de los criptoactivos es su escalabilidad a la que define como Este concepto puede definirse como la capacidad de expandir la adopción de un medio de pago sin que esto genere un incremento desproporcionado en el costo de las transacciones»³⁰. Esta característica resulta crucial para que los criptoactivos puedan competir con los sistemas de pago tradicionales a gran escala. Si no se resuelve adecuadamente, la escalabilidad limitada podría restringir su utilidad en contextos de uso masivo, afectando su viabilidad como alternativa eficiente y accesible dentro del sistema financiero.

58. El euro digital se presenta como una opción distinta y novedosa frente al dinero que usamos hoy en día. A diferencia del dinero bancario tradicional (esos depósitos que guardamos en cuentas de ahorro o corriente en bancos comerciales), el euro digital no dependería de la salud financiera de ningún banco. En cambio, estaría directamente respaldado por el Banco Central Europeo, lo que lo convierte en

²⁹ Vid. C. DOMÍNGUEZ FLORES (2023). *Criptoactivos: Conceptos básicos, posibles beneficios y riesgos potenciales*. Estudios Económicos CNBV, 5, 321–385.

³⁰ Según el autor «en el caso de la red Bitcoin, su propio mecanismo de consenso limita esta capacidad ante el elevado costo de generar confianza sin contar con una autoridad de contraparte. Por ejemplo, para mantener el control del flujo de transacciones, se requiere un tiempo de espera promedio de 10 minutos, lo que podría ser considerado muy largo para compras de mercancías de bajo costo o de consumo rápido». Vid en: C. DOMÍNGUEZ FLORES (2023). *Criptoactivos: Conceptos básicos, posibles beneficios y riesgos potenciales*.p.342.

una forma de dinero público y totalmente segura. Esto quiere decir que, pase lo que pase con los bancos, quienes tengan euros digitales podrían confiar en que su dinero está protegido y siempre disponible. En resumen, el euro digital ofrece una alternativa moderna, segura y confiable para realizar pagos en el día a día, con la garantía de una institución pública detrás.

59. Además de esta mayor seguridad frente al dinero bancario, el euro digital también aporta beneficios frente a otros medios de pago existentes. En comparación con el efectivo físico, mantiene su carácter de dinero de curso legal, pero suma ventajas prácticas como la posibilidad de realizar pagos digitales rápidos, instantáneos y seguros, incluso sin conexión constante a internet. Esto lo hace especialmente útil en un entorno cada vez más digitalizado. Al mismo tiempo, puede contribuir a la inclusión financiera, llegando a personas que hoy no utilizan o no tienen acceso a efectivo o a servicios bancarios tradicionales. Y si lo comparamos con criptomonedas como Bitcoin o stablecoins, el euro digital se diferencia por estar regulado y respaldado por un banco central, lo que garantiza una mayor estabilidad, seguridad y aceptación general en toda la economía.

60. A diferencia de muchos criptoactivos, que pueden presentar alta volatilidad, una volatilidad definida por BOURI et al., (2018)³¹, como «la fluctuación del precio de un activo en relación con su valor promedio durante un período determinado», y otros riesgos asociados a la falta de supervisión, el euro digital proporciona confianza y cumple con los estándares regulatorios, contribuyendo a la estabilidad financiera y a la protección del consumidor. En suma, el euro digital combina lo mejor de los mundos físico y digital: la seguridad y respaldo del dinero público con las ventajas tecnológicas de la era digital. Su implementación permitirá modernizar el sistema monetario europeo, ofreciendo una alternativa fiable y eficiente frente a otros instrumentos monetarios que, aunque útiles, presentan limitaciones en términos de seguridad, inclusión o regulación.

61. En este contexto, es importante destacar la diferencia fundamental que existe con respecto al dinero bancario tradicional, como los depósitos en cuentas corrientes o de ahorro que mantienen particulares y empresas en bancos comerciales. Estos fondos están sujetos al riesgo de insolvencia del banco; por ejemplo, si una entidad financiera enfrenta problemas económicos, aunque existen sistemas de garantía de depósitos, el acceso inmediato a ese dinero podría verse afectado. En cambio, el euro digital es emitido y respaldado directamente por el Banco Central Europeo (BCE), lo que implica que es dinero de curso legal, seguro y sin riesgo de contrapartida. Así, quienes posean euros digitales no dependerán de la solvencia de un banco privado para disponer de su dinero, lo que les ofrece mayor seguridad y tranquilidad.

62. Por último, existen otros instrumentos de dinero electrónico ofrecidos por entidades privadas, como monederos digitales o aplicaciones de pago (por ejemplo, PayPal o Apple Pay). Estos funcionan sobre dinero bancario y dependen de las instituciones financieras y proveedores tecnológicos que los respaldan. Aunque facilitan pagos digitales, no son dinero público y están sujetos a las políticas y riesgos de dichas entidades. El euro digital aporta la ventaja de ser una forma de dinero oficial, con respaldo estatal, accesible para todos sin intermediarios privados que puedan restringir su uso. A diferencia de estos instrumentos privados, el euro digital garantizaría estabilidad, confianza y neutralidad en el ecosistema de pagos. Al ser emitido por el Banco Central Europeo, ofrecería un medio de pago universalmente aceptado, libre de intereses comerciales y con reglas claras orientadas al interés público. Esto lo convierte en una herramienta clave para reforzar la soberanía monetaria europea y la inclusión financiera en la era digital.

³¹ Vid. E. BOURI, R. GUPTA, C.K. LAU, D. ROUBAUD, & S. WANG, (2018). *Bitcoin and global financial stress: A copula-based approach to dependence and causality in the quantiles*. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 69, 297-307. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.qref.2018.02.004>

1.3. Objetivos del BCE con el euro digital

63. El Banco Central Europeo (BCE) desempeña un papel central en la estabilidad y el desarrollo económico de la eurozona, cumpliendo una misión definida por el Tratado de la Unión Europea y orientada por una serie de objetivos fundamentales que guían su política monetaria y las innovaciones que impulsa, como el euro digital. Este último, concebido como una forma moderna de dinero público, refleja y refuerza estos objetivos en distintos niveles, con el fin de adaptarse a los retos y oportunidades de la economía digital del siglo XXI. El objetivo principal del BCE es mantener la estabilidad de precios, lo que significa garantizar que el valor del dinero permanezca relativamente constante a lo largo del tiempo, evitando tanto la inflación excesiva como la deflación.

64. Esta estabilidad es esencial para que los ciudadanos puedan planificar sus gastos con confianza, ahorrar sin temor a perder poder adquisitivo y para que las empresas puedan tomar decisiones de inversión seguras. El euro digital, al estar completamente controlado y respaldado por el BCE, puede constituir una herramienta adicional para reforzar esta estabilidad monetaria. A diferencia de los criptoactivos, que suelen presentar alta volatilidad y carecen de regulación, el euro digital sería una forma de dinero estable, cuya emisión y circulación estarían estrictamente alineadas con la política monetaria del banco central. Esto permitiría, incluso, la aplicación de estrategias monetarias más innovadoras e inclusivas en tiempos de crisis, como la posibilidad de realizar transferencias directas a la población, mejorando la eficacia de las políticas públicas y garantizando una rápida respuesta ante situaciones adversas.

65. Otro de los objetivos esenciales del BCE es apoyar las políticas económicas generales de la Unión Europea, siempre y cuando no comprometan la estabilidad de precios. Estas políticas incluyen la promoción de un crecimiento económico equilibrado, el fomento del pleno empleo, el impulso de la cohesión social y territorial, la protección del medio ambiente, y la mejora continua del nivel de vida de los ciudadanos europeos. El euro digital puede contribuir activamente a estos fines. Por ejemplo, al facilitar los pagos electrónicos, incluso en zonas con limitada infraestructura bancaria, puede dinamizar el consumo y la actividad económica local, promoviendo un desarrollo más equilibrado entre regiones. Asimismo, al ofrecer una forma de dinero accesible sin necesidad de cuentas bancarias tradicionales, puede favorecer la inclusión financiera, permitiendo que personas que históricamente han quedado al margen del sistema bancario puedan participar plenamente en la economía digital. Desde el punto de vista ambiental, el euro digital también presenta ventajas significativas, ya que, al reducir la dependencia del efectivo físico y los costos logísticos asociados a su manejo, podría disminuir el impacto ambiental vinculado al sistema monetario tradicional, contribuyendo a una economía más sostenible.

66. El Banco Central Europeo (BCE) no solo garantiza la estabilidad monetaria, sino que también tiene la responsabilidad de asegurar el buen funcionamiento del sistema de pagos, un componente esencial para una economía moderna y eficiente. Actualmente, opera infraestructuras clave como TARGET2 y TIPS, que permiten transferencias interbancarias rápidas y seguras. Sin embargo, estas plataformas están principalmente orientadas a grandes instituciones financieras, dejando un espacio para soluciones que atiendan directamente a ciudadanos y empresas. En este contexto, el euro digital surge como un instrumento complementario, diseñado para facilitar pagos cotidianos de forma segura, rápida y sin intermediarios. Esta innovación no solo mejora el acceso al dinero digital, sino que también refuerza la resiliencia del sistema financiero, al permitir que los pagos puedan seguir realizándose incluso ante fallos en la infraestructura bancaria o tecnológica tradicional.

67. No obstante, como en palabras de PARRONDO TORT (2024, p.28)³², «su introducción plantea también desafíos para la estabilidad financiera. Un incremento generalizado de los costes de financiación en la banca comercial podría reducir la oferta de crédito, afectando a la inversión y el con-

³² Vid. L. PARRONDO TORT (2024). *El Euro Digital: beneficios, riesgos y potencial diseño*. Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 37, pp. 23-33.

sumo. Además, en contextos de crisis, si los depositantes pierden la confianza en el sistema bancario, podrían transferir de forma masiva sus activos líquidos al euro digital (considerado más seguro al estar respaldado por el BCE). Este comportamiento podría intensificar la fuga de depósitos, aumentar el riesgo de corralitos y debilitar aún más la estabilidad del sistema financiero, precisamente en los momentos de mayor tensión».

68. En cuanto a la supervisión del sistema bancario y la preservación de la estabilidad financiera, el BCE ejerce esta función a través del Mecanismo Único de Supervisión (MUS)³³, que vigila la solvencia y gestión de riesgos de las principales entidades bancarias de la eurozona. Esta supervisión busca proteger los depósitos de los ciudadanos y evitar crisis financieras que puedan afectar a la economía en general. En este contexto, el euro digital desempeña un papel complementario importante. A diferencia de los depósitos en bancos comerciales, que están sujetos a riesgos como la insolvencia o restricciones temporales de acceso, el euro digital es un activo sin riesgo de contrapartida, respaldado directamente por el BCE. Esto significa que representa una forma segura y confiable de dinero público, ofreciendo a los usuarios una alternativa sólida que puede ayudar a contener y mitigar crisis de confianza en el sistema bancario. Su existencia no pretende reemplazar a las instituciones financieras privadas, sino complementar su función, garantizando que las personas tengan acceso a dinero seguro y accesible independientemente de la salud financiera de los bancos.

69. Además, el BCE gestiona las reservas oficiales de divisas, interviene en los mercados cambiarios y vela por la estabilidad externa del euro en el ámbito internacional. Estas acciones son esenciales para mantener la confianza global en la moneda europea y asegurar que el euro mantenga su competitividad frente a otras divisas internacionales. Aunque el euro digital no está directamente involucrado en estas funciones, su desarrollo tecnológico y su potencial uso futuro fuera de la eurozona pueden reforzar la posición del euro como moneda internacional. Una infraestructura digital avanzada, segura y ampliamente aceptada proyecta a la eurozona como un actor financiero moderno y tecnológicamente puntero, lo que puede favorecer la internacionalización del euro, facilitando su uso en comercio exterior, remesas y transacciones globales.

70. El Banco Central Europeo (BCE) tiene la responsabilidad de recopilar, analizar y publicar datos estadísticos y monetarios que resultan fundamentales para la toma de decisiones, la transparencia y la rendición de cuentas ante la ciudadanía. En este contexto, el euro digital podría aportar nuevas fuentes de datos agregados y anonimizados, ofreciendo información valiosa sobre hábitos de consumo, flujos monetarios y dinámicas económicas locales. Esta información permitiría al BCE mejorar la precisión de sus análisis, anticipar problemas económicos y evaluar con mayor detalle el impacto de sus políticas. De esta forma, el euro digital no solo representaría una innovación tecnológica, sino también una herramienta estratégica para fortalecer la capacidad del BCE de gestionar la economía europea con mayor eficacia y adaptabilidad.

71. Sin embargo, este aprovechamiento de datos debe ir acompañado de un firme compromiso con la protección de la privacidad. Según BRUNNERMEIER & LANDAU (2022, p.24)³⁴, «Pagar es uno de los actos más frecuentes en la vida cotidiana, y en sociedades autocráticas, la vigilancia de los

³³ El Consejo Europeo de 19 de octubre de 2012 consideró que el proceso hacia una mayor unión económica y monetaria debe basarse en el marco institucional y jurídico de la Unión y, además, debe caracterizarse por condiciones de apertura y transparencia para los Estados miembros cuya moneda no es el euro y por el respeto a la integridad del mercado interior. En este contexto se determinó que debía crearse una unión bancaria en la Unión, sustentada por un código normativo único, integral y detallado para los servicios financieros del conjunto del mercado interior y que comprenda un MUS y nuevos marcos de garantía de depósitos y de resolución. Fuente: Consejo de la Unión Europea. (2013, 15 de octubre). *Reglamento (UE) n.º 1024/2013, por el que se encomiendan tareas específicas al Banco Central Europeo en relación con políticas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito* (DOUE L 287, pp. 63–89). Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1024>

³⁴ Vid. M. K. BRUNNERMEIER, & J. P. LANDAU (2022). *The digital euro: policy implications and perspectives*. European Union.

pagos puede convertirse en una forma privilegiada de monitorear las interacciones privadas y sociales. Por ello, existe una lógica fundamental en la exigencia de privacidad en los pagos; las personas desean proteger su historial de transacciones no solo del Estado, sino también de terceros con los que interactúan, así como de las entidades que gestionan los pagos». Este historial revela información sensible sobre hábitos, preferencias, estado de salud y estilo de vida, lo cual justifica plenamente el deseo de resguardar dicha información. En consecuencia, el diseño del euro digital debe garantizar el equilibrio entre la utilidad de los datos para fines macroeconómicos y la protección efectiva de la privacidad de los usuarios. Solo así podrá consolidarse como una herramienta de valor tanto para la gestión económica como para la defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

72. En conclusión, el desarrollo del euro digital no es simplemente una iniciativa tecnológica, sino una respuesta estratégica integral a los objetivos fundamentales del Banco Central Europeo. Busca fortalecer la estabilidad monetaria, promover la inclusión financiera, garantizar la seguridad y resiliencia del sistema de pagos, y modernizar el marco económico europeo. Al ofrecer una forma de dinero pública, accesible y segura, el euro digital puede convertirse en un pilar clave del sistema financiero europeo en el siglo XXI, siempre y cuando se mantenga un equilibrio adecuado entre innovación, protección al usuario y estabilidad económica. Su éxito dependerá de la capacidad del BCE para gestionar estos objetivos de forma coherente, garantizando que el euro digital sea una herramienta efectiva y confiable para todos los ciudadanos y agentes económicos de la eurozona.

3. Principios generales del euro digital

73. El euro digital no solo es una innovación tecnológica dentro del sistema de pagos europeo, sino también una propuesta que plantea nuevas preguntas sobre cómo debe ser tratado desde el punto de vista fiscal. A medida que esta forma de dinero digital cobra forma, resulta clave preguntarse cómo se aplicarán las normas fiscales existentes y qué principios deben guiar su uso dentro de los sistemas tributarios. Entender estos principios fiscales básicos es fundamental para asegurar que el euro digital funcione de manera justa, clara y eficiente para todos. Al mismo tiempo, no está del todo claro si el euro digital debe considerarse únicamente un medio de pago, como el efectivo o las transferencias bancarias, o si, en ciertos casos, podría llegar a comportarse como un instrumento financiero, con implicaciones adicionales. Esta diferencia es importante porque afecta directamente su tratamiento legal y fiscal. Por eso, es necesario explorar ambas perspectivas para tener una visión completa del impacto que esta nueva forma de dinero puede tener tanto en la vida de los ciudadanos como en el trabajo de las autoridades fiscales.

1.1. Principios fiscales aplicables

74. La llegada del euro digital no solo representa un avance en términos tecnológicos, sino que también abre una serie de interrogantes importantes sobre su integración en el sistema fiscal de la eurozona. Para que esta nueva forma de dinero funcione de manera justa, clara y eficiente, es imprescindible tener en cuenta una serie de principios fiscales que orienten su uso y regulación. Estos principios están profundamente relacionados con los valores que defiende la Unión Europea, especialmente en el ámbito económico y tributario. Entre ellos, sobresalen cinco pilares fundamentales: neutralidad, transparencia, eficiencia, equidad y cooperación, todos esenciales para que el euro digital se integre sin sobresaltos en el sistema actual.

75. *Neutralidad fiscal:* La introducción del euro digital debe basarse en una serie de principios fundamentales que garanticen la equidad, la seguridad jurídica y la eficiencia en el mercado de pagos de la eurozona. Uno de estos principios es la neutralidad fiscal, lo que implica que el euro digital no debe conferir ventajas ni desventajas tributarias en comparación con el efectivo o los depósitos bancarios

tradicionales. Su uso no debe ser utilizado como mecanismo para evadir impuestos ni alterar artificialmente la carga fiscal entre agentes económicos, asegurando así un entorno fiscal equilibrado.

76. «Asimismo, en vista del surgimiento de nuevos instrumentos de pago y de las incertidumbres jurídicas que estos generan, resulta necesario precisar con mayor claridad qué se entiende por «instrumento de pago». Esta definición debe tener en cuenta el principio de neutralidad tecnológica, garantizando que ningún método de pago sea favorecido o discriminado por razones tecnológicas»³⁵. En consonancia con lo anterior, la legislación de la Unión en materia de servicios financieros debe regirse por los principios de misma actividad, mismos riesgos, mismas normas y, nuevamente, por el de neutralidad tecnológica³⁶. Este enfoque promueve un mercado justo, competitivo y armonizado dentro de la eurozona, en línea con los objetivos de la Unión Europea.

77. Desde el punto de vista tributario, las operaciones realizadas con euro digital deben recibir el mismo tratamiento que aquellas efectuadas con dinero en efectivo o mediante cuentas bancarias tradicionales, garantizando así la neutralidad fiscal. Por ejemplo, si una transacción realizada en efectivo está sujeta al pago de IVA o a la declaración de una renta, el mismo criterio debe aplicarse a una operación equivalente efectuada con euros digitales.

78. Este principio encuentra respaldo en la jurisprudencia del TJUE, en particular en el caso *Skatteverket contra David Hedqvist*³⁷, donde se interpretó el artículo 135.1.e)³⁸ de la Directiva del IVA. En dicho fallo, el Tribunal sostuvo que deben eximirse del IVA las operaciones de cambio entre monedas legales y medios de pago “puros” como el bitcóin, por cuanto cumplen funciones similares en el tráfico económico. El objetivo de esta exención es evitar distorsiones fiscales que obstaculicen la circulación fluida de pagos en el mercado interior. Ambos enfoques confluyen en un principio común como es garantizar que las operaciones funcionalmente equivalentes tributen de manera igualitaria, en línea con el principio de igualdad de trato y la neutralidad fiscal, pilares fundamentales del derecho tributario de la Unión Europea. «Aunque estos medios de pago puros no estén legalmente garantizados ni supervisados, a efectos del IVA cumplen la misma función que los medios legales de pago, de manera que, conforme al principio de neutralidad fiscal en su concreción como principio de igualdad de trato, en principio deben ser tratados igual» (MIRAS MARÍN, 2017, p.121)³⁹.

79. Por otra parte, en relación e la neutralidad, no debería haber beneficios fiscales específicos por usar una modalidad u otra, ya que eso podría alterar las decisiones económicas de empresas y con-

³⁵ Vid. Considerando 10. Fuente: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios de pago y los servicios de dinero electrónico en el mercado interior COM (2023) 366 final. La propuesta COM (2023) 366 final tiene como objetivo modernizar el marco normativo de los servicios de pago y dinero electrónico en la UE. Para ello, propone fusionar y actualizar la normativa vigente, derogando la Directiva PSD2 y la Directiva 2009/110/CE. Además, busca reforzar la seguridad frente al fraude, abrir el mercado a nuevos proveedores, mejorar la protección al consumidor y fomentar la inclusión financiera, garantizando el acceso a servicios de pago seguros, eficientes y transparentes para todos los ciudadanos. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e09b163c-1687-11ee-806b-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF

³⁶ Vid. Considerando 9. Fuente: Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos. (Reglamento MiCA) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32023R1114>

³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 22 de octubre de 2015, dictada en el asunto C-264/14 *Skatteverket / David Hedqvist*. Disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150128es.pdf>

³⁸ Artículo 135, apartado 1, letra e) “Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes:(...) e) Las operaciones, incluida la negociación, relativas a divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección, es decir, oro, plata u otro metal o billetes que no se utilicen normalmente como medio legal de pago o que tengan un valor numismático;” Fuente: Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32006L0112>

³⁹ Vid. N. MIRAS MARÍN (2017). El régimen jurídico-tributario del bitcóin. *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, (406), 101–136. DOI: <https://doi.org/10.51302/rcyt.2017.4351>

sumidores. Además, este principio también busca evitar que el euro digital se convierta en un canal para estrategias agresivas de planificación fiscal o esquemas sofisticados de evasión, aprovechando vacíos legales en su implementación inicial. Para prevenir este tipo de situaciones, es esencial que tanto el diseño regulatorio como el tecnológico del euro digital se desarrollen de forma anticipada y coordinada entre todos los países de la eurozona.

80. Al mismo tiempo, la neutralidad fiscal podrá garantizar que la competencia entre bancos, empresas tecnológicas y otros actores del ecosistema financiero se mantenga equilibrada, sin que el euro digital interfiera de manera artificial en las dinámicas de mercado. En resumen, este principio no solo salvaguarda el sistema tributario, sino que también fortalece la confianza en la equidad del entorno económico en el que participan ciudadanos y empresas.

81. Transparencia: En segundo lugar, la transparencia. El formato digital del euro digital abre nuevas posibilidades para mejorar el control de las transacciones y combatir el fraude o la evasión fiscal. No obstante, esta capacidad de trazabilidad debe gestionarse con mucho cuidado para no poner en riesgo la privacidad de las personas. El Banco Central Europeo (BCE) en su informe sobre el euro digital (2020)⁴⁰ señala que: *«la confianza de los usuarios en el modelo de privacidad del sistema digital subyacente del euro podría reforzarse mediante auditorías realizadas por terceros independientes. Finalmente, las transacciones digitales en euros podrían ser totalmente transparentes para el operador de la infraestructura, quien, no obstante, debería garantizar la protección de datos, como suele ocurrir actualmente con los pagos electrónicos»*.

82. No obstante, en el mismo informe BCE recoge que la implementación de un euro digital minorista inevitablemente tendría un impacto importante en el sistema de pagos actual. Por ello, su diseño debe centrarse en complementar y fortalecer el funcionamiento del ecosistema financiero, en lugar de entorpecerlo. El objetivo central es reforzar la confianza en el euro y apoyar una economía de mercado moderna y eficiente. Uno de los principales desafíos será equilibrar su introducción con el papel que desempeñan los bancos comerciales y los proveedores de servicios de pago. El Eurosistema —es decir, el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de la zona euro— deberá evitar desplazar o dificultar otras soluciones existentes que también persigan los mismos objetivos.

83. Su papel, por tanto, debe limitarse a lo estrictamente necesario para garantizar el correcto funcionamiento del euro digital. Esto incluye supervisar la base monetaria, asegurar la estabilidad y seguridad de las transacciones, y velar por que los proveedores de servicios estén debidamente regulados. Además, debe garantizar que esta nueva forma de dinero sea eficiente y fácil de usar, prestando atención a aspectos como la infraestructura tecnológica, la atención al usuario, la innovación y la personalización. Además de garantizar eficiencia, seguridad e innovación tecnológica, el euro digital debe construirse sobre una base sólida de confianza del ciudadano. En este sentido, la protección de los datos personales es clave. Por lo tanto, estos deben estar salvaguardados conforme a las normativas de la Unión Europea, en particular el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁴¹, que protege nuestros derechos respecto al uso de la información personal. Solo así podrá ganarse la aceptación del público y fomentar un uso responsable y generalizado del euro digital.

⁴⁰ El informe examina la emisión de una moneda digital de banco central —el euro digital— desde la perspectiva del Eurosistema. Este euro digital puede entenderse como dinero de banco central ofrecido en formato digital para que los ciudadanos y las empresas lo utilicen en sus pequeños pagos. Complementaría la oferta actual de efectivo y depósitos mayoristas de los bancos centrales. Fuente: «Informe sobre un euro digital (2020, 2 de octubre)». Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.es.pdf

⁴¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos anterior) Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

84. La transparencia es por tanto uno de los elementos más prometedores del euro digital. Su carácter completamente digital permite registrar las transacciones de forma precisa y segura. Esta trazabilidad puede convertirse en una herramienta muy útil para las autoridades fiscales, facilitando la identificación de operaciones sospechosas, reduciendo el tamaño de la economía sumergida y mejorando la lucha contra el fraude fiscal y la evasión. Sin embargo, esta capacidad de rastrear debe equilibrarse cuidadosamente con el derecho a la privacidad. La Unión Europea mantiene un compromiso firme con la protección de los datos personales, por lo que el euro digital debe diseñarse de manera que la información de los usuarios esté protegida y solo se utilice con fines legítimos, como la prevención de delitos o la supervisión fiscal dentro del marco legal. No se trata de que el Estado tenga acceso ilimitado a los movimientos financieros de los ciudadanos, sino de encontrar un punto medio que combine un control efectivo con el respeto a los derechos fundamentales.

85. En este sentido, es probable que se establezcan diferentes niveles de privacidad según el tipo de transacción. Por ejemplo, los pagos de pequeño valor podrían permitir un grado de anonimato similar al del uso del efectivo, mientras que las operaciones de alto importe o recurrentes podrían estar sujetas a un mayor nivel de supervisión. Esta posibilidad ya ha sido contemplada por el Banco Central Europeo en sus estudios sobre el diseño del euro digital, por ejemplo, en su informe sobre el euro digital de 2020⁴². Además, la transparencia también puede traer beneficios para los propios usuarios, al ofrecerles un historial claro y detallado de sus transacciones, lo que les facilita la organización de sus finanzas y la preparación de sus declaraciones fiscales. Incluso podría ayudar a simplificar trámites como la devolución del IVA o la emisión de comprobantes digitales automáticos.

86. *Eficiencia administrativa:* La eficiencia administrativa es otro elemento clave. El euro digital tiene el potencial de facilitar notablemente los procesos fiscales, al permitir la automatización de tareas, la reducción de costes y la disminución de la carga burocrática tanto para ciudadanos como para administraciones. Este principio se alinea con los esfuerzos de la UE por digitalizar y modernizar los servicios públicos, con el fin de hacer los trámites más simples, rápidos y accesibles para todos, más concretamente con Estrategia de Digitalización de la Administración Pública Europea, que forma parte del Plan de Acción de la UE para la Administración Digital y está alineada con el Programa Europa Digital. Este enfoque conjunto impulsa una transformación profunda hacia una administración más eficiente, transparente y centrada en las necesidades de la ciudadanía.

87. La eficiencia administrativa del euro digital encaja perfectamente con la estrategia de la Unión Europea para digitalizar y modernizar los servicios públicos. Esta iniciativa, que forma parte del Plan de Acción para la Administración Digital y el Programa Europa Digital⁴³, busca hacer que los trámites sean más fáciles y rápidos, mejorar la conexión entre las distintas administraciones, reducir papeleo y costes, y asegurarse de que todos tengan acceso a los servicios digitales. Así, el euro digital

⁴² En su informe de 2020 sobre el euro digital, el Banco Central Europeo analiza varias opciones para su diseño. Entre ellas, destaca la elección entre un modelo basado en cuentas, similar a las cuentas bancarias tradicionales, o un modelo basado en tokens, que funcionaría como efectivo digital. También se considera el nivel de anonimato, permitiendo privacidad en pagos pequeños, pero aplicando mayor supervisión en operaciones de alto valor para prevenir fraudes. Otro aspecto clave es decidir si el euro digital será remunerado o no, para no afectar la política monetaria. Además, se plantea si la distribución debería ser directa desde el Eurosistema o a través de intermediarios supervisados. Para equilibrar privacidad y seguridad, se propone un sistema de privacidad selectiva que combine anonimato en pagos pequeños con trazabilidad en pagos mayores. Finalmente, se evalúa la infraestructura tecnológica más adecuada, garantizando eficiencia, seguridad y rapidez en las transacciones. Todas estas opciones buscan crear un euro digital confiable, eficiente. Fuente: «Informe sobre un euro digital (2020, 2 de octubre)». Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.es.pdf

⁴³ El Programa Europa Digital (DIGITAL) proporciona financiación estratégica para responder a estos retos, apoyando proyectos en ámbitos de capacidad clave como: supercomputación, inteligencia artificial, ciberseguridad, capacidades digitales avanzadas y garantía de un amplio uso de las tecnologías digitales en toda la economía y la sociedad. Apoya a la industria, las pequeñas y medianas empresas (pymes) y la administración pública en su transformación digital con una red reforzada de centros europeos de innovación digital (EDIH). Fuente: Programa Europa Digital. Disponible en:

⁴⁴<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/activities/digital-programme>

ayudaría a simplificar los procesos fiscales y administrativos, apoyando que los servicios públicos sean más accesibles y útiles para todos.

88. Actualmente, muchos procedimientos fiscales —como la declaración de impuestos, la emisión de facturas, el registro de operaciones— exigen documentación, comprobaciones y validaciones que implican tiempo y esfuerzo, además de un uso significativo de recursos humanos y materiales. El euro digital podría transformar estos procesos, haciendo que muchas de estas gestiones sean automáticas, casi instantáneas y con menor margen de error. Para ciudadanos y empresas, esto significaría menos papeleo, menor carga administrativa y más claridad en sus obligaciones fiscales. Imaginemos, por ejemplo, que ciertos pagos o retenciones se realicen automáticamente en el momento de la transacción, o que el sistema genere en tiempo real informes fiscales listos para ser presentados. Esto no solo ahorra tiempo, sino que también reduce la posibilidad de errores y evita sanciones por incumplimientos involuntarios.

89. Desde el punto de vista del Estado, una mayor eficiencia administrativa implica una gestión más eficaz de grandes volúmenes de información, un mejor aprovechamiento de los recursos públicos y una capacidad de fiscalización más robusta sin necesidad de ampliar las estructuras existentes. También permite una reacción más rápida ante posibles casos de fraude fiscal o movimientos financieros irregulares, lo que refuerza la confianza de la sociedad en el sistema. Este principio, además, está en plena consonancia con las políticas de transformación digital de la Unión Europea, que promueven una administración moderna, interoperable y centrada en el ciudadano. Bien implementado, el euro digital puede convertirse en un aliado clave para avanzar hacia ese objetivo común y contribuir a la construcción de un sistema tributario más eficiente, transparente y adaptado al siglo XXI.

90. *Equidad fiscal:* La equidad fiscal es otro de los pilares esenciales. Es crucial que el uso del euro digital no provoque desigualdades entre quienes adoptan esta nueva herramienta y quienes siguen utilizando medios de pago más tradicionales. Todos debemos contribuir de forma justa, y el diseño del sistema debe asegurar que nadie se quede atrás. Este principio responde al firme compromiso de la Unión Europea con la justicia social y la cohesión económica. La equidad fiscal garantiza que todos los ciudadanos, independientemente del método de pago que utilicen, participen de manera proporcional en el sostenimiento del sistema tributario. Si el euro digital ofreciera ventajas fiscales que no estuvieran disponibles para quienes usan efectivo o dinero en cuentas bancarias, esto podría generar no solo una percepción de injusticia, sino también una realidad discriminatoria. Este riesgo afecta especialmente a personas mayores, habitantes de zonas rurales o personas con menos acceso a la tecnología, que podrían quedar rezagadas frente a quienes adoptan con rapidez las innovaciones digitales. Esta desigualdad atentaría contra los valores de justicia social, inclusión y cohesión territorial que promueve la UE.

91. Según MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2015, p.21)⁴⁴, «la equidad en la carga tributaria puede resumirse muy sintéticamente en un principio que persigue dar un tratamiento igual a los que se encuentran en la misma situación (equidad horizontal) y desigual a los que están en situaciones diversas (equidad vertical)». Por ello, el sistema fiscal debe tratar de la misma forma a todos los contribuyentes, sin importar si usan billetes, tarjetas o euros digitales desde sus teléfonos. Además, la equidad no se limita al trato fiscal: también implica garantizar que todos tengan acceso justo a los beneficios del nuevo sistema. Esto requiere acompañar el lanzamiento del euro digital con políticas de inclusión digital, formación tecnológica e infraestructuras accesibles. Así se asegura que cualquier persona, sin importar su edad, nivel económico o lugar de residencia, pueda participar plenamente en esta transformación.

92. La equidad del euro digital es un aspecto fundamental para garantizar que esta nueva forma de dinero emitida por el Banco Central Europeo sea accesible e inclusiva para toda la población. El euro digital busca complementar el efectivo tradicional con una moneda digital segura, fácil de usar y

⁴⁴ Vid: C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2015). *Fiscalidad: eficiencia y equidad*. En *Dossieres EsF*, (Nº 20, invierno 2015). Economistas sin Fronteras.

disponible para todos, sin importar su nivel socioeconómico, edad o ubicación geográfica. Para lograr esta equidad, es imprescindible que el acceso al euro digital sea universal, de modo que ninguna persona quede excluida por falta de recursos tecnológicos o habilidades digitales.

93. Además, el euro digital debe promover la inclusión financiera, ayudando a quienes actualmente no tienen acceso pleno a servicios bancarios o financieros. Otro aspecto crucial es la protección de la privacidad y la seguridad de los usuarios, manteniendo la confianza en el sistema financiero y evitando cualquier tipo de discriminación o desigualdad en el acceso y uso del euro digital. El Banco Central Europeo (BCE) ha publicado diversos documentos académicos que abordan la equidad y la inclusión financiera en el contexto del euro digital. Uno de los más relevantes es el Working Paper titulado: “*Demanda del euro digital: diseño, preferencias de pago de los individuos y factores socioeconómicos*” (2024)⁴⁵. Este estudio aplica un modelo estructural de demanda a datos de encuestas a nivel de consumidor en la zona euro para evaluar cómo diferentes opciones de diseño de la Moneda Digital del Banco Central (CBDC), combinadas con preferencias individuales, influyen en la demanda potencial de un euro digital.

94. Otro estudio importante es el Working Paper titulado “*Actitudes de los consumidores hacia una moneda digital del banco central*”, publicado en 2025⁴⁶. En este documento se exploran las opiniones de los ciudadanos europeos sobre la posible llegada del euro digital. Los resultados muestran que cuando a las personas se les explica brevemente, incluso con un video, cómo funciona y cuáles son sus ventajas, la probabilidad de que lo adopten aumenta en un 12% en comparación con quienes no reciben esa explicación. Sin embargo, también se descubrió que una parte considerable de los consumidores prefiere seguir usando sus métodos de pago habituales y no está dispuesta a cambiar al euro digital, por más que se les informe sobre él. Esto demuestra que la aceptación del euro digital no dependerá solo de la tecnología, sino también de la confianza y los hábitos consolidados de los usuarios.

95. Finalmente, para asegurar la equidad, el diseño del euro digital debe ser sencillo y accesible, con interfaces intuitivas y soporte adecuado para personas con distintos niveles de alfabetización digital, garantizando así que todos puedan beneficiarse por igual de esta innovación financiera. Además, es fundamental que se implementen medidas específicas para incluir a los colectivos más vulnerables, como personas mayores o con discapacidad, de manera que nadie quede excluido del acceso a los beneficios que ofrece el euro digital. Solo así se podrá promover una verdadera inclusión financiera y fortalecer la cohesión social.

96. Cooperación fiscal: Por último, la cooperación entre países es indispensable. Como el euro digital será válido en todos los países de la eurozona, es necesario que exista una coordinación fiscal efectiva entre los Estados miembros. Si cada país decidiera aplicar reglas distintas, surgirían problemas de competencia fiscal desleal y confusión normativa, lo que pondría en riesgo el buen funcionamiento del sistema. Una estrategia fiscal armonizada entre los Estados miembros no solo garantizaría una implementación coherente del euro digital, sino que también evitaría desequilibrios entre países, fortalece-

⁴⁵ Banco Central Europeo. Documento: Working Paper Series N°. 2980, titulado: “*Demanda del euro digital: diseño, preferencias de pago de los individuos y factores socioeconómicos*”. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2980~5f64961c8f.en.pdf>

⁴⁶ Este estudio tiene una relación directa con la equidad del euro digital, ya que revela que no todas las personas reaccionan igual ante esta nueva forma de dinero. Para que el euro digital sea realmente inclusivo y accesible para todos, es fundamental diseñar campañas educativas y herramientas que faciliten su comprensión y uso, especialmente para quienes tienen menos experiencia tecnológica o muestran desconfianza hacia lo digital. Además, el hecho de que una explicación sencilla aumente la intención de adopción subraya la importancia de la comunicación clara y efectiva para evitar que ciertos grupos queden excluidos. En definitiva, este análisis ayuda a identificar las barreras culturales, tecnológicas y sociales que podrían impedir un acceso equitativo, y destaca la necesidad de abordarlas para garantizar que el euro digital beneficie a toda la población, promoviendo así la inclusión financiera. Fuente: Banco Central Europeo. Documento: Working Paper N°. 3035, titulado “*Actitudes de los consumidores hacia una moneda digital del banco central*” (2025, 12 de marzo). Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb~cde4bd616e.wp3035en.pdf>

ría la transparencia y fomentaría una mayor confianza por parte de ciudadanos y empresas en esta nueva forma de dinero digital a nivel europeo.

97. El alcance transfronterizo del euro digital lo distingue del dinero en efectivo —que circula físicamente— o del dinero bancario —que suele operar en sistemas nacionales—. El euro digital permitirá que una persona en España pague en Alemania o en Italia con la misma facilidad que lo haría en su propio país. Pero este potencial también plantea riesgos si no existe una armonización fiscal. Diferencias entre países en impuestos, controles o criterios de fiscalización podrían dar lugar a vacíos legales, evasión o desplazamiento artificial de actividades económicas. Por eso, es esencial que los países de la eurozona trabajen en conjunto para establecer normas fiscales comunes relacionadas con el euro digital. Esto no implica imponer un sistema impositivo único, pero sí definir principios compartidos que garanticen coherencia, transparencia y previsibilidad en toda la región. La Unión Europea recoge la cooperación internacional sobre el euro digital en varios documentos y acuerdos importantes. Primero, en su Estrategia Digital y en la Estrategia para crear un sistema de pagos seguro y eficiente, la UE destaca lo importante que es trabajar con otros países para desarrollar tecnologías digitales y formas de pago como el euro digital.

98. También hay leyes y normas europeas que se centran en proteger la seguridad, evitar el lavado de dinero y cuidar los datos personales, para que el euro digital sea confiable y fácil de usar en toda Europa. Además, la UE participa en grupos internacionales, como el Consejo de Estabilidad Financiera, el Banco de Pagos Internacionales y el G20, donde se hablan y coordinan las mejores ideas para las monedas digitales de bancos centrales y los pagos digitales en todo el mundo. El Banco Central Europeo, que es el encargado del euro, también insiste en la importancia de colaborar con otros países para que el euro digital funcione bien y sea seguro en el ámbito global. Por último, la Comisión Europea fomenta el diálogo con diferentes países para crear reglas claras y comunes que ayuden a que las monedas digitales sean usadas de manera segura y ordenada. En resumen, la UE trabaja mucho con otros para que el euro digital sea un éxito y beneficie a todos de manera justa y segura.

99. Esta cooperación refuerza uno de los grandes logros de la UE como el mercado único, que busca eliminar barreras, facilitar el comercio y asegurar condiciones equitativas para ciudadanos y empresas en toda la zona euro. En cambio, una coordinación adecuada permitirá que el euro digital funcione de manera ordenada, justa y eficaz, beneficiando a todos los países por igual y fortaleciendo la unión económica y monetaria. Para lograrlo, es fundamental según HERNÁNDEZ DE COS (2023, p.7)⁴⁷, «establecer canales de interlocución con los ciudadanos y comercios para poder conocer las carencias que observan en el mercado de pagos actual y las características que desearían tuviera un euro digital».

100. Con reglas claras y compartidas, y teniendo en cuenta las necesidades reales de los usuarios, el euro digital podrá contribuir a un sistema más integrado, justo y eficiente para toda la eurozona. Por lo tanto, el euro digital representa una transformación clave en el sistema de pagos de la eurozona, pero su éxito dependerá del respeto a principios fiscales fundamentales como la neutralidad, transparencia, eficiencia, equidad y cooperación. Solo garantizando que el euro digital funcione con igualdad para todos los usuarios, protegiendo la privacidad, facilitando la inclusión financiera y fomentando la colaboración entre países, se podrá consolidar una moneda digital justa y eficaz. De esta manera, el euro digital no solo modernizará las transacciones, sino que también fortalecerá la cohesión social y económica, promoviendo un sistema tributario adaptado a los retos del siglo XXI y alineado con los valores de la Unión Europea.

4. Retos y desafíos fiscales del euro digital

101. La llegada del euro digital supone un cambio profundo en la forma en que las personas se relacionan con el dinero y los servicios públicos. Sin embargo, para que esta transformación funcione y

⁴⁷ Vid. P. HERNÁNDEZ DE COS (2023). *Un nuevo hito en el proyecto del euro digital*. Ponencia presentada en la Convención Anual de la Asociación de Mercados Financieros, Madrid. Banco de España.

sea beneficiosa para todos, es necesario tener en cuenta algunos desafíos importantes. Entre ellos, destaca la falta de educación fiscal y digital en buena parte de la población, lo que puede dificultar su uso y comprensión. También surgen dudas sobre cómo lograr que las operaciones sean seguras y trazables sin poner en riesgo la privacidad de los usuarios. A esto se suma la necesidad de adaptar tanto la gestión administrativa como las infraestructuras tecnológicas, así como de abordar de forma clara la fiscalidad en contextos transfronterizos. Además, la introducción del euro digital plantea implicaciones concretas en impuestos como el IVA, el IRPF, el Impuesto de Sociedades o el Impuesto sobre el Patrimonio, que afectan directamente a la ciudadanía. Todos estos aspectos se desarrollan con más detalle a continuación.

4.1. Falta de educación fiscal y digital

102. La llegada del euro digital representa un gran avance tanto tecnológico como financiero. Sin embargo, este nuevo sistema también plantea desafíos importantes, especialmente en lo que respecta a la educación y comprensión por parte de la ciudadanía. Uno de los principales obstáculos para que el euro digital sea adoptado y utilizado de forma efectiva es la falta de formación fiscal y digital entre muchos usuarios. Muchas personas podrían no entender bien cómo funciona esta nueva forma de dinero, cuáles son sus derechos y responsabilidades fiscales, ni cómo deben declarar las operaciones que realicen con él. Esta falta de información puede llevar a confusión, errores en el cumplimiento tributario e incluso a casos de evasión fiscal involuntaria o incumplimiento de la normativa vigente.

103. En este contexto, es importante recordar que el cumplimiento de las obligaciones fiscales no es solo una exigencia legal, sino también un deber ciudadano profundamente ligado a la vida en sociedad. Como señala MARCIANO BUFFON (2007, p.112)⁴⁸, «el hecho de la condición humana ser pensada a partir de la inclusión social [...] bastaría para justificar el deber fundamental para pagar impuestos, ya que en una economía capitalista el funcionamiento del Estado y, por tanto, de la sociedad misma depende directamente de la recaudación fiscal». Esta reflexión resalta la necesidad de una educación fiscal que no solo informe sobre procedimientos, sino que también fomente una conciencia ética sobre el rol del ciudadano en el sostenimiento del bien común.

104. Uno de los principales obstáculos para que el euro digital sea adoptado y utilizado de forma efectiva es la falta de formación fiscal y digital entre muchos usuarios. Muchas personas podrían no entender bien cómo funciona esta nueva forma de dinero, cuáles son sus derechos y responsabilidades fiscales, ni cómo deben declarar las operaciones que realicen con él. Esta falta de información puede llevar a confusión, errores en el cumplimiento tributario e incluso a casos de evasión fiscal involuntaria o incumplimiento de la normativa vigente. Por otro lado, el paso hacia un sistema de pagos digitales requiere que los ciudadanos cuenten con competencias tecnológicas básicas, algo que no siempre está garantizado. Este reto es especialmente evidente en los grupos más vulnerables, como las personas mayores, quienes viven en zonas con poca conectividad, o quienes tienen recursos económicos limitados.

105. La llamada brecha digital puede convertirse en una barrera para el acceso al euro digital, dificultando que cumpla su promesa de favorecer la inclusión financiera. A la vez, la falta de conocimientos fiscales impide a los usuarios entender la importancia de declarar adecuadamente sus ingresos y gastos realizados con el euro digital. En este sentido, como señalan DÍAZ & LINDEMBERG (2015, p. 52)⁴⁹, «identificar las variables que motivan el cumplimiento fiscal constituye un enorme desafío y es un problema no resuelto que requiere profundizar en cada contexto». Esta complejidad se ve reflejada en el uso del euro digital, donde la falta de comprensión del marco fiscal no solo puede afectar la efica-

⁴⁸ Vid. BUFFON, MARCIANO (2007). *A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Leopoldo. Unisinos.

⁴⁹ Vid. B. DÍAZ RIVILLAS, & A. H. LINDEMBERG BALTAZAR (2015). *Educación fiscal y construcción de ciudadanía en América Latina*. Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF, (38), 49–74. CIAT.

cia del sistema tributario, sino también limitar los beneficios que ofrece esta nueva tecnología, como la automatización de pagos o la simplificación de las declaraciones fiscales.

106. Ante este panorama, se vuelve imprescindible que las autoridades públicas, junto con instituciones educativas y entidades financieras, impulsen programas de formación y campañas informativas que ayuden a las personas a desarrollar tanto habilidades digitales como conocimientos fiscales. En lo referente a las competencias digitales, cobra especial importancia el “*Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027*”⁵⁰, presentado por la Comisión Europea. Este plan tiene como objetivo principal adaptar la educación y la formación a las demandas de la era digital, un reto que se volvió aún más evidente durante la pandemia de COVID-19. La iniciativa busca no solo mejorar el acceso a la tecnología y asegurar que las escuelas cuenten con los recursos adecuados, sino también enseñar a los ciudadanos —desde los más jóvenes hasta los adultos— a desenvolverse con soltura en entornos digitales. Además, apuesta por reducir la brecha digital, apoyar al profesorado en el uso de nuevas herramientas, y fomentar métodos de enseñanza más innovadores y accesibles.

107. En este contexto, la implementación de programas formativos que acompañen el despliegue del euro digital resulta clave. No se trata solo de introducir una nueva tecnología, sino de garantizar que la ciudadanía pueda utilizarla con confianza, comprendiendo tanto su funcionamiento como sus implicaciones fiscales. Para ello, es fundamental fomentar la educación fiscal, la cual, según el documento “*Competencias clave para el aprendizaje permanente*” del Consejo de la Unión Europea (2018)⁵¹, forma parte esencial de la competencia financiera y cívica necesaria para el desarrollo integral de los ciudadanos. Comprender el sistema económico y social, incluido el sistema fiscal, es básico para participar plenamente y de forma responsable en la sociedad democrática. Por tanto, la educación fiscal no solo permite conocer los derechos y deberes tributarios, sino también valorar la importancia del cumplimiento fiscal para sostener los servicios públicos y fortalecer el compromiso con la justicia social. Solo así se podrá lograr una transición digital inclusiva, justa y realmente útil para todos.

108. Para hacer frente a estos desafíos, se pueden implementar diferentes tipos de campañas educativas y buenas prácticas. En primer lugar, es necesario diseñar programas de alfabetización digital y fiscal adaptados a distintos segmentos de la población: adultos mayores, jóvenes, personas emprendedoras, y residentes de zonas rurales. Estos programas deberían explicar de manera clara qué es el euro digital, cómo se usa en la práctica y qué implicaciones fiscales tiene. Para ello, se pueden utilizar recursos como tutoriales interactivos, vídeos explicativos y simuladores que permitan a las personas practicar en un entorno seguro. Además, resulta clave desarrollar materiales didácticos accesibles, como guías, infografías y folletos escritos en un lenguaje sencillo y disponibles en varios idiomas. Estos materiales deben incluir conceptos clave como la declaración de ingresos, la trazabilidad de los pagos y los derechos de los usuarios. También es importante que estos recursos se distribuyan ampliamente a través de bancos, oficinas de atención pública, centros educativos y plataformas digitales, para garantizar que lleguen a todos los sectores de la población.

109. Otro elemento esencial son las campañas de comunicación masiva, que pueden utilizar canales como la televisión, la radio, las redes sociales o los medios digitales. Estas campañas deben transmitir mensajes claros, breves y comprensibles sobre cómo utilizar el euro digital de forma segura y responsable, destacando la importancia de cumplir con las obligaciones fiscales y de proteger la privacidad y los datos personales. Asimismo, sería conveniente establecer puntos de asistencia tanto presen-

⁵⁰ Comisión Europea. (2020, 30 de septiembre). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027. Adaptar la educación y la formación a la era digital* (COM (2020) 624 final). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:624:FIN>

⁵¹ Consejo de la Unión Europea. (2018). *Recomendación del Consejo relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente* (DOUE C 189, 4.6.2018).

Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604(01))

ciales como virtuales, especialmente en ayuntamientos, centros comunitarios o bibliotecas, donde las personas puedan acudir a resolver sus dudas y recibir orientación personalizada sobre aspectos técnicos y fiscales relacionados con el euro digital.

110. La colaboración con actores clave del entorno social y económico, como bancos, comercios, ONGs, escuelas y asociaciones vecinales, resulta fundamental para crear una red de apoyo que facilite la difusión del conocimiento y el acompañamiento a los usuarios. Esta alianza estratégica es esencial para promover un entorno favorable que permita la adopción y uso correcto del euro digital por parte de todos los ciudadanos, sin dejar atrás a ningún colectivo. En este sentido, el informe de la ONU titulado “Tecnología en la educación: ¿Una herramienta en los términos de quién?”⁵², resalta la importancia de implementar la tecnología de manera inclusiva, subrayando que, si bien las herramientas digitales tienen un gran potencial para mejorar el aprendizaje y la participación, también pueden profundizar las desigualdades existentes si no se garantiza un acceso equitativo.

111. La brecha digital, es decir, la desigualdad en el acceso a internet, a dispositivos tecnológicos y a la formación digital, sigue siendo un obstáculo que limita la equidad y deja fuera a muchos colectivos vulnerables. Además, el control sobre la producción y distribución de tecnologías agrava esta exclusión. En este contexto, si se quiere que el euro digital cumpla realmente su función como herramienta transformadora y accesible, no basta con garantizar el acceso a la tecnología: es igual de importante promover una educación financiera sólida y adaptada a la realidad de todas las personas. Comprender cómo funciona el dinero en entornos digitales, cómo gestionar recursos y cómo tomar decisiones informadas en un mundo cada vez más digitalizado es clave para que nadie quede atrás.

112. En esta línea, muchos países han comenzado a prestar más atención a cómo educan a sus ciudadanos sobre la importancia de los impuestos y su papel en la sociedad. Esta preocupación por reforzar la educación cívico-tributaria ha llevado a cada nación a desarrollar estrategias que se ajusten a sus contextos sociales, económicos y culturales. Como resultado de este esfuerzo colectivo, a finales de 2021 la OCDE publicó la segunda edición del informe “*Fomentando la cultura tributaria, el cumplimiento fiscal y la ciudadanía*”⁵³. Este documento recopila experiencias de todo el mundo y demuestra que, desde edades tempranas, es posible enseñar de forma práctica y cercana qué son los impuestos, para qué sirven y cómo contribuyen al bienestar colectivo.

113. Existen ejemplos reales que muestran que avanzar hacia una sociedad más digital e inclusiva es posible. Estonia es uno de los casos más inspiradores. Desde hace años, este pequeño país báltico ha apostado de forma decidida por acercar la tecnología a las personas, y lo ha hecho empezando por lo más importante: la educación. Ha puesto en marcha programas de formación digital desde la infancia y ha lanzado iniciativas pensadas también para personas adultas, de modo que toda la población (no solo quienes ya se sienten cómodos con lo digital) pueda beneficiarse de los servicios que ofrece el entorno digital, tanto en la administración pública como en la vida cotidiana.

114. Uno de los pilares de esta transformación ha sido el programa «ProgeTiger»⁵⁴, creado en 2012. Su objetivo es sencillo y ambicioso a la vez: enseñar a niños, niñas y jóvenes a desenvolverse con

⁵² UNESCO. (2021). *Tecnología en la educación: ¿Una herramienta en los términos de quién?* Informe de seguimiento de la educación en el mundo. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377410>

⁵³ OCDE (2021). *Fomentando la cultura tributaria, el cumplimiento fiscal y la ciudadanía: Guía sobre educación tributaria en el mundo* (2.ª ed.). Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Recuperado de https://www.oecd.org/es/publications/2021/11/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_ad2a361d.html

⁵⁴ ProgeTiger no solo busca enseñar a utilizar la tecnología, sino también fomentar el pensamiento crítico, la resolución de problemas y la creatividad en entornos digitales, competencias fundamentales para la vida actual y futura. Este enfoque ha contribuido decisivamente a reducir la brecha digital en la población joven de Estonia y ha facilitado el uso autónomo y seguro de servicios públicos digitales, incluyendo aquellos relacionados con la administración tributaria. Gracias a esta apuesta educativa, Estonia ha logrado construir una ciudadanía digitalmente competente, capaz de participar activamente en la sociedad digital y de adaptarse con mayor facilidad a herramientas innovadoras como el euro digital. Fuente Fundación para la Educación

soltura y responsabilidad en un mundo digital. A través de este programa, que forma parte del sistema educativo desde los primeros años, el alumnado aprende a programar, resolver problemas, pensar con lógica y usar la tecnología de forma segura. Además, los docentes reciben formación continua, y las clases incorporan herramientas prácticas como la robótica educativa o el uso de software abierto. No se trata solo de aprender a usar una tablet o una app, sino de entender cómo funciona la tecnología y cómo puede ayudarnos en nuestra vida diaria. Este enfoque, cercano y constante, ha tenido un impacto muy positivo en la sociedad estonia. No solo ha reducido desigualdades en el acceso a la tecnología, sino que ha fortalecido la confianza ciudadana, especialmente en fiscalidad y servicios públicos digitales. La tecnología transforma cuando se pone al servicio de las personas.

115. En el caso de España, algunas comunidades autónomas han desarrollado talleres de inclusión financiera dirigidos a personas mayores y otros colectivos vulnerables. Estas iniciativas combinan formación práctica en el uso de herramientas digitales con nociones básicas de fiscalidad, ayudando a reducir la brecha digital y a mejorar la relación de estos colectivos con el sistema tributario. A nivel europeo, iniciativas como el portal TAXEDU⁵⁵, lanzado en noviembre de 2017 por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo con la colaboración de las administraciones tributarias nacionales, complementan estos esfuerzos. TAXEDU es una iniciativa educativa diseñada para enseñar a los jóvenes sobre la fiscalidad y su impacto en la vida cotidiana, ofreciendo recursos interactivos adaptados a niños, adolescentes y jóvenes adultos. Además, otros portales como «Your Europe»⁵⁶ ofrecen información y servicios para facilitar el acceso de los ciudadanos a sus derechos en la Unión Europea, fortaleciendo la inclusión y la participación activa en la sociedad.

116. Como señala ENRÍQUEZ RODRÍGUEZ (2022, p.25)⁵⁷, «incorporar cursos o actividades que focalicen en la comprensión también de del tratamiento fiscal sobre el comercio digital». Implementar este tipo de acciones permitirá que el euro digital no se limite a ser una herramienta tecnológicamente avanzada, sino que también se convierta en un instrumento verdaderamente útil, inclusivo y accesible para toda la población. Esto contribuirá no solo a mejorar la inclusión financiera, sino también a reforzar el cumplimiento fiscal de manera justa y sostenible.

117. Si no se ofrece una educación adecuada sobre el uso del euro digital y las obligaciones fiscales asociadas, pueden surgir muchos problemas tanto para los ciudadanos como para el sistema tributario en su conjunto. Para empezar, la falta de información puede llevar a que las personas cometan errores al declarar sus ingresos, gastos o transacciones realizadas en euro digital. Aunque estos errores sean involuntarios, pueden generar inconsistencias en la información presentada a la administración tributaria, dificultando su labor y afectando negativamente a la recaudación pública. Además, quienes incurran en estos fallos podrían ser sancionados con multas o penalizaciones, a pesar de no haber actuado de forma malintencionada. Esto puede generar miedo o rechazo hacia el uso del euro digital, frenando su adopción y reduciendo el impacto positivo que podría tener.

118. Finalmente, la falta de educación fiscal también puede facilitar, aunque sin intención, comportamientos de evasión o elusión fiscal. Según GEONAGA (2016, p.15)⁵⁸, «es en realidad es por este motivo por lo que se demanda una estrategia educativa mediante la cual la ciudadanía en su conjunto interiorice verdaderamente las normas fiscales como normas morales. De este modo, se entiende que po-

Informática de Estonia y Ministerio de Educación de Estonia. (2012). *ProgeTiger: Programa nacional de educación digital*. Recuperado de <https://www.educationestonia.org/progetiger/>

⁵⁵ Unión Europea. (2017). *TAXEDU: Portal europeo de educación fiscal*. Comisión Europea. Recuperado de: <https://taxedu.campaign.europa.eu>

⁵⁶ Unión Europea. (s.f.). *Your Europe*. Recuperado de: <https://europa.eu/youreurope>

⁵⁷ Vid. A.M. ENRÍQUEZ RODRÍGUEZ (2022). *Evolución, importancia y actual tratamiento de la educación fiscal en España y la Unión Europea*. Revista De Educación y Derecho, (26). DOI: <https://doi.org/10.1344/REYD2022.26.40675>

⁵⁸ Vid. M. GOENAGA RUIZ DE ZUAZU (2016). *La educación fiscal como herramienta de prevención del fraude fiscal*. Presupuesto y Gasto Público, 82, 9–22. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales.

dría mejorarse aún más el cumplimiento fiscal debiéndose ejercer la presión coactiva únicamente sobre los evasores recalcitrantes ya que no de continuar existiendo». En esta situación algunas personas, por desconocimiento, podrían no registrar correctamente sus operaciones digitales o no ser conscientes de que deben declararlas. Esto rompe con el principio de equidad fiscal, ya que se incrementa la distancia entre quienes cumplen con sus obligaciones y quienes no, aunque sea por desinformación.

119. Además, una mala comprensión del marco normativo limita que los usuarios puedan beneficiarse de las ventajas del euro digital, como la posibilidad de automatizar pagos o simplificar la presentación de declaraciones fiscales. Por todo ello, es imprescindible que las autoridades promuevan una educación fiscal clara, accesible y constante. Esta formación debe permitir que los ciudadanos conozcan sus derechos y deberes, eviten errores y sanciones, y puedan utilizar el euro digital de forma informada, segura y responsable. Solo así se garantizará que esta herramienta contribuya realmente a modernizar el sistema financiero y tributario, sin generar nuevas dificultades para la población.

4.2. Trazabilidad Vs. Privacidad

120. En el contexto del desarrollo del euro digital, uno de los debates más relevantes gira en torno a la tensión existente entre la necesidad de garantizar la trazabilidad de las transacciones para fines fiscales y regulatorios, y la protección de la privacidad de los usuarios. Esta dualidad plantea un desafío fundamental para el diseño y la implementación de esta nueva forma de dinero, ya que, si bien la trazabilidad puede mejorar significativamente la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, también genera preocupaciones legítimas sobre el control y la vigilancia financiera de los ciudadanos. A continuación, se analiza esta relación compleja entre trazabilidad y privacidad, destacando sus beneficios y retos en el marco del euro digital.

121. Una de las ventajas fiscales más destacadas del euro digital es la posibilidad de garantizar una mayor trazabilidad de las transacciones realizadas con esta moneda electrónica. La trazabilidad se refiere a la capacidad de registrar y seguir el rastro de cada operación, lo que facilita a las autoridades fiscales y regulatorias detectar actividades sospechosas, prevenir el fraude y combatir la evasión fiscal. Al contar con un registro claro y verificable de los pagos y transferencias, el euro digital puede reducir significativamente la economía sumergida y mejorar la eficiencia en la recaudación de impuestos, ya que las transacciones quedan documentadas y pueden ser auditadas con mayor facilidad y precisión. Esto supone una ventaja importante frente al efectivo tradicional, que es anónimo y difícil de rastrear, lo que facilita prácticas ilegales y evasión.

122. Sin embargo, esta trazabilidad también plantea importantes desafíos en materia de privacidad y protección de datos personales. Muchos usuarios pueden sentir preocupación sobre la posibilidad de que sus movimientos financieros sean vigilados o controlados, lo que puede afectar la confianza en el euro digital y limitar su adopción. Para responder a estas inquietudes, el diseño del euro digital debe garantizar un equilibrio adecuado entre la trazabilidad necesaria para fines fiscales y la protección de la privacidad de los usuarios. Esto implica implementar tecnologías y protocolos que permitan registrar las transacciones de forma segura y accesible para las autoridades competentes, pero respetando los derechos de privacidad, evitando la divulgación innecesaria de datos personales y limitando el acceso a la información a quienes realmente lo requieran por motivos legales.

123. Para abordar estos desafíos y lograr un balance adecuado, se pueden implementar varias propuestas concretas y complementarias. En primer lugar, es fundamental establecer un acceso condicionado y supervisado a la información financiera, de modo que las autoridades fiscales solo puedan consultar los datos cuando existan razones fundadas y con la previa autorización de un juez o un organismo independiente. Esto garantizaría que la información sensible solo se utilice en investigaciones legítimas, evitando un uso indiscriminado o arbitrario, y aumentando la transparencia y el control externo

sobre la actuación de la administración. Además, se debería limitar el alcance temporal y contextual de dicho acceso, permitiendo que solo se revisen los datos correspondientes a un periodo específico o a una situación concreta, evitando así la vigilancia permanente o la acumulación indiscriminada de historiales financieros completos que puedan vulnerar la privacidad

124. Según JIMÉNEZ VARGAS (2023, p. 131)⁵⁹, esto se podría llevar a cabo con «tecnologías de anonimización de datos; la necesidad de realizar evaluaciones de impacto de privacidad (PIA)⁶⁰, requisito cuyo origen está en el Reglamento General de Protección de Datos, para el procesamiento de datos a gran escala; la necesidad de contar con la presencia de un delegado de protección de datos; cumplir con los requisitos de *profiling*, y finalmente tener en cuenta el impacto de las decisiones individuales automatizadas». En este sentido, el euro digital podría incorporar mecanismos como la anonimización parcial o la limitación del acceso a los datos, garantizando que sólo se utilicen para fines legítimos y con controles estrictos.

125. Una medida clave en este contexto es el uso de técnicas avanzadas de anonimización y encriptación de datos, que permiten que las autoridades accedan únicamente a la información estrictamente necesaria para la fiscalización, sin revelar detalles personales o transacciones irrelevantes. Así, se protege la identidad y los hábitos de consumo de los usuarios, minimizando el riesgo de filtraciones o usos indebidos. No obstante, como indica el “*Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos Big Data*”⁶¹, «las técnicas de anonimización no garantizan en términos absolutos la imposibilidad de reidentificación, por lo que existirá siempre un índice de probabilidad de reidentificación que se deberá intentar atenuar mediante la correspondiente gestión de riesgos». Esto resalta la importancia de no depender exclusivamente de las herramientas técnicas, sino de acompañarlas con una gestión rigurosa del riesgo y medidas complementarias de seguridad.

126. Otra cuestión importante es si la administración tendrá acceso en tiempo real a los movimientos financieros. El acceso instantáneo a las transacciones podría facilitar la recaudación de impuestos y la detección inmediata de irregularidades, pero también implica riesgos significativos para la privacidad, pues permitiría una vigilancia constante y detallada de la actividad económica individual. Para mitigar estos riesgos, es posible que se diseñen sistemas que permitan un equilibrio mediante la agregación o demora en el acceso a la información, de modo que la fiscalización sea efectiva pero no invasiva. Asimismo, la creación de organismos de supervisión independientes y autónomos es crucial para garantizar que el tratamiento de los datos financieros se realice conforme a la ley y respetando los derechos fundamentales. Estos órganos tendrían la función de auditar y controlar el acceso y uso de la información, prevenir abusos o excesos y actuar como intermediarios en caso de disputas o denuncias, asegurando que la privacidad de los usuarios no sea vulnerada en ningún momento.

⁵⁹ Vid. Vid. P. J. JIMÉNEZ VARGAS (2023). Comercio electrónico y economía digital: fiscalidad retos y desafíos. Colección de Estudios Aranzadi, págs.384.

⁶⁰ Según la consultora sobre servicios de TI, Ciberseguridad.com, una evaluación PIA es un tipo de evaluación de impacto realizada por una organización, como una agencia gubernamental o una corporación, para determinar el impacto que un nuevo proyecto de tecnología, iniciativas o programas y políticas propuestos podrían tener en la privacidad de las personas. Establece recomendaciones para gestionar, minimizar o eliminar ese impacto. Un objetivo clave del PIA es comunicar de manera efectiva los riesgos de privacidad de las nuevas iniciativas tecnológicas. También proporciona a los responsables de la toma de decisiones la información necesaria para tomar decisiones de política informadas basadas en una comprensión de los riesgos de privacidad y las opciones disponibles para mitigar esos riesgos. En: <https://ciberseguridad.com/>

⁶¹ La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información (ISMS Forum Spain) publican este, *Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos de Big Data*, que toma como referencia el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos, que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. tiene como objetivo asesorar en materia de protección de datos a todas aquellas entidades que se estén planteando poner en marcha proyectos de Big Data. Recuperado en: <https://www.aepd.es/guias/guia-codigo-de-buenas-practicas-proyectos-de-big-data.pdf>

127. En este mismo sentido, es fundamental contar con marcos legales claros y transparentes que regulen el tratamiento de la información, protejan a los usuarios y prevengan abusos. La transparencia y la comunicación clara con los ciudadanos serán esenciales para construir confianza en el sistema: es necesario que conozcan qué datos se recopilan, con qué finalidad, quién puede acceder a ellos y bajo qué condiciones, de modo que puedan ejercer un consentimiento informado y sentirse seguros al utilizar el euro digital.

128. En línea con esta necesidad, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital ({SEC (2023) 257 final})⁶², establece que el diseño del euro digital debe estar alineado con los principios fundamentales de protección de datos y privacidad. El reglamento propone que desde la fase inicial de desarrollo se integren mecanismos para garantizar la confidencialidad de los datos personales, especialmente en los pagos de bajo valor, y contempla la implementación de controles estrictos de acceso, minimización de datos y trazabilidad limitada, todo ello conforme al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

129. En consecuencia, el diseño tecnológico del euro digital debe incorporar desde su inicio principios de “privacidad desde el diseño” (*privacy by design*), que integren mecanismos de protección de datos y seguridad en todas las capas del sistema. Esto implica que la infraestructura del euro digital esté construida para minimizar la exposición de datos sensibles, utilizando protocolos seguros, cifrado extremo a extremo y limitaciones automáticas al acceso, de manera que la privacidad sea una característica inherente y no un añadido posterior. Estas propuestas combinadas, junto con un marco legal robusto y un compromiso institucional con los derechos de los ciudadanos, permitirán que el euro digital aproveche sus ventajas fiscales y regulatorias sin sacrificar la privacidad ni la confianza pública. Solo así será posible garantizar un equilibrio justo y sostenible entre trazabilidad y protección de datos, elemento fundamental para el éxito y la aceptación generalizada del euro digital en la sociedad europea.

130. El Banco Central Europeo (BCE) será el encargado principal de emitir y gestionar el euro digital, además de supervisar que los sistemas que permiten rastrear las transacciones funcionen de forma segura y respetando la privacidad de los usuarios. A su lado, las autoridades nacionales de protección de datos se aseguran de que cualquier manejo de la información personal cumpla con las normas europeas y actúan si detectan algún problema. Por otra parte, las autoridades judiciales y quienes luchan contra el fraude solo pueden acceder a la información necesaria y siempre bajo estrictas reglas, para investigar delitos como el lavado de dinero o la evasión fiscal.

131. Finalmente, el euro digital está diseñado para encontrar un equilibrio: por un lado, poder seguir las transacciones para evitar abusos y delitos, y por otro, proteger la privacidad de quienes lo usan. Por eso, hay límites claros sobre cuánto tiempo se guardan los datos, qué información se puede rastrear y cómo se puede acceder a ella. Esto significa que no se lleva un registro completo y permanente de todo lo que hacemos con el euro digital, sino que hay un sistema controlado y transparente que busca garantizar la seguridad sin poner en riesgo nuestros derechos. El éxito de esta nueva moneda dependerá en gran medida de mantener este delicado equilibrio mediante tecnologías innovadoras, marcos legales sólidos y una supervisión rigurosa, garantizando así la confianza pública y un uso responsable que beneficie a toda la sociedad.

1.3. Fiscalidad transfronteriza

132. La implementación del euro digital representa un hito en la modernización del sistema financiero europeo, pero también plantea importantes desafíos para las administraciones fiscales, espe-

⁶² Comisión Europea. (2023). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital* (SEC (2023) 257 final; SWD (2023) 233 final; SWD (2023) 234 final). Bruselas: Comisión Europea. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0369>

cialmente en el ámbito de la fiscalidad transfronteriza. La naturaleza digital, accesible y descentralizada del euro digital exige una transformación integral de las infraestructuras tecnológicas y de los marcos normativos para asegurar una correcta gestión tributaria en un entorno donde las transacciones pueden cruzar fronteras sin fricción. Como advierten D'ALIGNY et al. (2022, p.4)⁶³, «si bien la tecnología permite proteger los datos de los usuarios, en un sistema de este tipo, los usuarios no pueden controlar ni garantizar por sí mismos la privacidad de las transacciones», lo cual subraya la necesidad de un entorno regulatorio claro y seguro.

133. La posibilidad de utilizar wallets emitidos en diferentes Estados miembros para operar en toda la eurozona complica el control fiscal tradicional, basado en jurisdicciones nacionales. Por ejemplo, una persona residente en España podría operar con un monedero digital emitido por una entidad francesa, realizando transacciones desde otros países. Esta movilidad desafía los mecanismos actuales de supervisión y exige una adaptación normativa que permita identificar con precisión la residencia fiscal del titular, el lugar de realización del hecho imponible y la asignación de la competencia tributaria. En este sentido, la interoperabilidad técnica del euro digital debe ir acompañada de un marco regulatorio europeo común que garantice la trazabilidad de las operaciones sin comprometer los derechos de privacidad.

134. Para enfrentar estos retos, las administraciones fiscales deberán contar con infraestructuras tecnológicas avanzadas, capaces de integrar, procesar y analizar datos en tiempo real. Estas infraestructuras deben incluir sistemas robustos de almacenamiento y procesamiento, así como herramientas de análisis basadas en inteligencia artificial y aprendizaje automático, que permitan detectar de forma automatizada operaciones inusuales, elusión fiscal o fraudes transfronterizos. Como señalan HERMANKY & SUMMER (2022, p. 102) «las herramientas tecnológicas pueden proteger la privacidad de los datos de las transacciones contra el abuso y frente a terceros, pero no garantizan la privacidad de los datos de las transacciones a los usuarios de la moneda digital»⁶⁴. Por ello, es fundamental complementar el desarrollo tecnológico con sólidas políticas de protección de datos.

135. La fiscalidad transfronteriza del euro digital representa uno de los mayores desafíos para los sistemas tributarios europeos en el contexto de la transformación digital. La facilidad con la que los contribuyentes pueden operar desde múltiples jurisdicciones, utilizando wallets emitidos en diferentes países de la eurozona, incrementa el riesgo de que un mismo ingreso sea gravado por más de un Estado. Para hacer frente a este escenario, resulta indispensable avanzar hacia un marco normativo común, robusto y adaptado a la nueva realidad digital.

136. En primer lugar, la prevención de la doble imposición exige revisar profundamente los convenios internacionales existentes y adaptar sus mecanismos tradicionales de compensación o exención fiscal. La redefinición del concepto de residencia fiscal en entornos digitales es una de las adaptaciones clave. Dado que las operaciones pueden realizarse desde cualquier ubicación geográfica, ya no basta con el domicilio físico o la nacionalidad del titular. Será necesario incorporar nuevos criterios, como la localización habitual del dispositivo desde el cual se accede al wallet, el país de residencia declarado ante el proveedor o el domicilio bancario asociado. Esta redefinición debería complementarse con la creación de un sistema europeo único de identificación fiscal para los titulares de wallets digitales, que facilite la verificación de la residencia y permita una correcta imputación de ingresos.

137. Asimismo, es prioritario definir de forma clara el lugar de realización del hecho imponible en operaciones digitales. Las transacciones con euro digital pueden originarse en una jurisdicción, procesarse en otra y generar efectos económicos en una tercera. Por ello, los convenios fiscales deben

⁶³ D'ALIGNY, A., B. EMMANUEL, D. FLORIAN, C. GROTHOFF, Ö. KESIM & M. SCHANZENBACH (2022). Central Bank Accounts are Dangerous and Unnecessary. A critique of two papers. <https://taler.net/papers/accounts-dangerous-2022.pdf>.

⁶⁴ HANNES HERMANKY & MARTIN SUMMER, (2022). "A digital euro and the future of cash". Monetary Policy & the Economy, Oesterreichische Nationalbank (Austrian Central Bank), issue Q1-Q2/22, pages 91-108.

establecer una jerarquía de criterios que permita asignar la potestad tributaria de forma clara y coherente, considerando la residencia del pagador o receptor, la localización del proveedor del wallet y la naturaleza de los rendimientos. Esta clarificación normativa permitirá evitar superposiciones y conflictos entre administraciones fiscales.

138. En cuanto a los métodos de eliminación de la doble imposición, se propone avanzar hacia soluciones automatizadas que reconozcan de forma recíproca los ingresos previamente gravados en otra jurisdicción. La asignación por defecto de la imposición al país de residencia fiscal del titular del wallet —salvo prueba en contrario—, junto con el reconocimiento automático de créditos fiscales, permitiría agilizar la gestión tributaria. Esto requeriría la implementación de plataformas digitales comunes de declaración e imputación fiscal a nivel europeo, con funciones de interoperabilidad entre sistemas nacionales.

139. La trazabilidad y transparencia de las operaciones realizadas con euro digital constituyen otro eje central para la fiscalidad transfronteriza. El establecimiento de protocolos de intercambio automático de información en tiempo real entre autoridades fiscales, bancos centrales y proveedores de wallets será esencial para prevenir la evasión y garantizar el control fiscal efectivo. Estos mecanismos deben respetar principios fundamentales como la proporcionalidad, la minimización de datos y la protección de la privacidad. En este sentido, la implementación de tecnologías como los registros distribuidos (DLT) o blockchain auditables puede jugar un papel decisivo, ya que permiten registrar de forma inmutable, trazable y segura las operaciones financieras, garantizando la integridad de los datos y facilitando su verificación por parte de las autoridades competentes.

140. Además, los proveedores de wallets digitales, en su papel de intermediarios clave, deberán estar sujetos a obligaciones fiscales específicas. Será necesario que estén registrados en al menos un Estado miembro, cuenten con mecanismos de reporte automático de transacciones relevantes y certifiquen la veracidad de los datos fiscales proporcionados por sus usuarios. Por su parte, los bancos centrales deberán supervisar y coordinar estos flujos de información, asegurando la coherencia técnica y normativa a nivel europeo. En paralelo, la lucha contra el fraude fiscal interjurisdiccional cobra especial relevancia en el nuevo ecosistema digital. La posibilidad de ocultar ingresos, trasladar beneficios artificialmente o operar desde jurisdicciones con normativas laxas impone la necesidad de reforzar la cooperación administrativa entre Estados miembros. La aplicación de sanciones efectivas, el monitoreo automatizado de transacciones y el intercambio sistemático de datos contribuirán a mitigar estos riesgos. Todo ello debe hacerse sin menoscabar los derechos fundamentales, como la seguridad de los datos y la privacidad del contribuyente.

141. También será imprescindible armonizar los criterios sobre la tributación de eventuales rendimientos asociados al euro digital, en caso de que este llegue a ofrecer remuneración o genere intereses. Determinar qué país tiene derecho a gravar estos ingresos implica revisar los principios fiscales tradicionales, considerando tanto la residencia del titular como la ubicación económica de la operación o de la entidad emisora. Esta revisión debe conducir a una mayor convergencia fiscal europea, mediante directivas, acuerdos multilaterales y procedimientos comunes de atribución de competencias tributarias.

142. A nivel operativo, la interoperabilidad entre plataformas tecnológicas y sistemas nacionales será clave para garantizar una gestión coordinada del euro digital. Esta interoperabilidad deberá ir acompañada de derechos y obligaciones claras para todos los actores involucrados, incluyendo mecanismos de supervisión, auditoría y resolución de controversias. Se propone, por ejemplo, establecer procedimientos de arbitraje obligatorio o comisiones técnicas multilaterales que resuelvan discrepancias entre Estados de forma ágil y eficaz.

143. Finalmente, la transformación tecnológica del entorno tributario exige una inversión decidida en formación y adaptación institucional. Los inspectores fiscales deberán adquirir competencias avanzadas en áreas como criptografía, análisis de big data, inteligencia artificial y monitoreo de operaciones digitales en tiempo real. También se requerirá una revisión profunda de los procedimientos tri-

butarios actuales para alinearlos con las capacidades tecnológicas emergentes y con los nuevos riesgos asociados al euro digital. Por lo tanto, la fiscalidad transfronteriza del euro digital requiere una estrategia integral que combine innovación tecnológica, armonización normativa, cooperación internacional y protección de los derechos del contribuyente. Solo mediante este enfoque coordinado será posible garantizar una tributación justa, eficiente y segura en el nuevo entorno digital impulsado por la implementación del euro digital.

1.4. Implicaciones del euro digital para el IVA, IRPF, IS, Impuesto sobre el Patrimonio y los propios ciudadanos

144. El euro digital, como una nueva forma de dinero creada y regulada por el Banco Central Europeo, tendrá un impacto muy importante en cómo se gestionan y fiscalizan varios impuestos esenciales en la eurozona. Entre ellos están el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (IS) y el Impuesto sobre el Patrimonio. Gracias a la digitalización de los pagos y la trazabilidad que ofrece el euro digital, se abren grandes oportunidades para mejorar la eficiencia en la recaudación y reducir la evasión fiscal. Sin embargo, también surgen nuevos retos legales y operativos que deben abordarse con responsabilidad y con un fuerte compromiso hacia la equidad fiscal.

145. En el caso del IVA, el euro digital permitirá controlar de forma mucho más rigurosa y en tiempo real las transacciones comerciales, ya que cada pago podrá quedar registrado automáticamente en los sistemas fiscales. Esto hará posible una mayor transparencia y precisión en la declaración y liquidación del impuesto, limitando fraudes como la ocultación de ventas o la manipulación de facturas. En este contexto como señalan WANDEN & FERNÁNDEZ (2020, p.143)⁶⁵, «en Europa se está desarrollando un proyecto que utiliza blockchain para combatir el fraude que se realiza en el IVA, muy difícil de reducir por su sistema de recaudación, pues las inspecciones se realizan a posteriori y sobre una muestra, ya que el coste para perseguirlo es elevado».

146. Además, la automatización que trae el euro digital puede facilitar la aplicación de sistemas de retención o liquidación directa del IVA, lo que simplificaría el cumplimiento para empresas y administraciones. Pero para que esto funcione, habrá que actualizar las normativas para incorporar estas innovaciones tecnológicas y asegurar que los sistemas digitales y las plataformas fiscales puedan comunicarse bien entre sí. También es importante tener en cuenta que, aunque esta trazabilidad ayuda a controlar mejor los impuestos, será necesario establecer salvaguardas para evitar abusos de poder y proteger los derechos de privacidad de las empresas.

147. El 8 de diciembre de 2022, la Comisión Europea presentó un ambicioso paquete legislativo llamado “VAT in the Digital Age” (ViDA)⁶⁶, que busca adaptar el sistema del IVA europeo a los tiempos actuales. Con la digitalización avanzando rápidamente, la idea es modernizar y simplificar la forma en que se gestiona este impuesto en toda la Unión Europea, haciéndolo más eficaz y justo tanto para las empresas como para las administraciones. Este paquete se basa en tres propuestas clave. La primera modifica la directiva principal del IVA (la Directiva 2006/112/CE) y propone una serie de cambios muy importantes.

148. Uno de los más destacados es la introducción obligatoria de la facturación electrónica entre empresas dentro de la UE. Esto permitirá a las autoridades fiscales recibir los datos casi en tiempo real, lo que facilita la detección del fraude y reduce los errores. Además, se quiere mejorar el sistema de de-

⁶⁵ Vid. J. L. WANDEN-BENGUE LOZANO, & E. FERNÁNDEZ DAZA (2020). *Blockchain Instrumento de transparencia y control del sector público*. Revista española de control externo. Vol. 22, núm. Extra 64,139-149.

⁶⁶ Comisión Europea (2022). *VAT in the Digital Age (ViDA) – Proposal package*. Presentado el 8 de diciembre de 2022. Disponible en: https://taxation-customs.ec.europa.eu/news/adoption-vat-digital-age-package-2025-03-11_en

claración con un modelo más automatizado, y se plantea dar un papel más activo a las plataformas digitales (como las de comercio electrónico, transporte o alojamiento) haciéndolas responsables de recaudar el IVA en ciertas situaciones. También se amplía el sistema de ventanilla única (OSS)⁶⁷, «que permite registrarse a efectos de IVA electrónicamente en un solo Estado miembro para todas las ventas de bienes y servicios, que reúnan los requisitos, realizadas a clientes ubicados en cualquiera de los otros Estados» (FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, 2023, p.9)⁶⁸.

149. La segunda propuesta busca mejorar la colaboración entre las administraciones fiscales de los países miembros. Para lograrlo, se modificaría el Reglamento (UE) n.º 904/2010⁶⁹, introduciendo mecanismos más eficaces para el intercambio de información, especialmente con datos obtenidos de plataformas digitales. El objetivo es claro: prevenir el fraude y garantizar que todas las operaciones se declaren correctamente. Por último, la tercera propuesta se centra en los aspectos más técnicos y prácticos del día a día. Modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 para aclarar cómo deben notificarse las operaciones en los regímenes especiales del IVA, como el OSS (One Stop Shop) y el IOSS (Import One Stop Shop). Esto ayudará a que todos los países apliquen las reglas de forma uniforme y más eficiente.

150. En cuanto al IRPF, la trazabilidad que ofrece el euro digital podría mejorar el control sobre los ingresos que declaran las personas, especialmente en aquellos sectores donde el efectivo era la forma habitual de pago y facilitaba la economía sumergida. La posibilidad de registrar automáticamente ingresos y pagos facilitará detectar los que no se han declarado y asegurará que las rentas se asignen correctamente, contribuyendo así a una mayor justicia fiscal. Por otro lado, el euro digital puede favorecer la inclusión financiera de personas que antes estaban excluidas del sistema bancario, aunque será fundamental acompañar esta transición con una educación fiscal adecuada para evitar errores o incumplimientos sin querer; en este contexto como señalan HERNÁNDEZ et al., (2022, p.143)⁷⁰, «será responsabilidad de las asociaciones bancarias y de medios de pago, que pueden adoptar medidas de inclusión y educación financiera». De este modo, el éxito del euro digital no dependerá solo de su implementación tecnológica, sino también de la capacidad institucional y social para garantizar su uso equitativo, accesible y correctamente comprendido por toda la ciudadanía.

151. También habrá que pensar en qué sucede si el euro digital ofrece algún tipo de remuneración, pues en ese caso habrá que definir claramente cómo se tributará en el IRPF. En ese caso, dichos rendimientos deberían considerarse como rendimientos del capital mobiliario y tributar en el IRPF conforme a lo previsto en la normativa vigente, al igual que ocurre con los intereses generados por cuentas bancarias o depósitos⁷¹. Esto requerirá una adaptación normativa específica para evitar vacíos legales y asegurar una tributación justa y coherente con el resto del sistema fiscal. Otro punto a considerar es que,

⁶⁷ El sistema de ventanilla única (OSS, por sus siglas en inglés: One Stop Shop) es un régimen especial del IVA que permite a las empresas declarar y pagar el IVA de ventas a consumidores finales en otros países de la Unión Europea desde un único Estado miembro, sin necesidad de registrarse en cada país donde realizan ventas. Fuente: Comisión Europea. (2021). *VAT: One-Stop Shop (OSS)*. Recuperado de https://taxation-customs.ec.europa.eu/oss_en

⁶⁸ Vid. M. L. FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS (2023). *La lucha contra el fraude fiscal desde el punto de vista de la inteligencia artificial*. Pita Grandal A. M., Malvárez Pascual L. A. & Ruiz Hidalgo (DIR.). La digitalización en los procedimientos tributarios y el intercambio automático de información, págs.255-277. Navarra, Aranzadi SAU. DOI 10.5281/zenodo.15115915.

⁶⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2010). *Reglamento (UE) n.º 904/2010 sobre cooperación administrativa en materia de IVA*. Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32010R0904>

⁷⁰ Vid. J. HERNÁNDEZ LÓPEZ, L. PASCUAL HERNÁNDEZ & Á. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2022). *El desarrollo de la digitalización y la inclusión financiera*. Revista Información Comercial Española (ICE), (926). 133-151. DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2022.926.7420>

⁷¹ Actualmente, no existe una normativa específica vigente sobre la tributación del euro digital en el IRPF, ya que el euro digital todavía se encuentra en fase de preparación por parte del Banco Central Europeo (BCE). Sin embargo, el tratamiento fiscal de una posible remuneración del euro digital puede deducirse por analogía del régimen aplicable a otros instrumentos financieros similares.

al hacerse más visibles las rentas, la percepción social sobre los impuestos puede cambiar, y esto podría generar tensiones si no se percibe que la carga fiscal se reparte de forma justa.

152. En relación con el Impuesto sobre Sociedades, el euro digital permitirá hacer un seguimiento más detallado y automatizado de las operaciones financieras y comerciales de las empresas, facilitando la conciliación contable y la declaración fiscal. Esto contribuirá a reducir la evasión y elusión fiscal corporativa, mejorando la capacidad de las administraciones para auditar y verificar las transacciones. Además, la rapidez y precisión en los registros ayudará a aplicar medidas contra prácticas abusivas y a controlar operaciones entre empresas vinculadas, que suelen ser áreas propensas a la planificación fiscal agresiva. Esta idea se respaldada por VAN et al., (2025), en su estudio titulado “Digitalization against tax evasion: evidence on the role of company size”⁷², los autores analizaron la introducción de sistemas de registro fiscal digital en Hungría. Los resultados mostraron un aumento significativo en la facturación declarada por las empresas, especialmente las pequeñas, lo que sugiere una reducción real en la evasión fiscal gracias a la transparencia y trazabilidad que ofrecen estos sistemas digitales.

153. Esto confirma el potencial del euro digital para fortalecer la supervisión fiscal y mejorar la equidad en el sistema tributario. No obstante, las empresas tendrán que adaptarse a nuevas obligaciones tecnológicas y de reporte, lo que implicará invertir en sistemas y formación especializada. Según SÁNCHEZ URÁN (2021, p.20)⁷³, «la identificación como colectivo prioritario de los trabajadores con déficits de formación en el ámbito de las nuevas tecnologías y digitalización; la introducción de incentivos económicos a las empresas, bien a través de mecanismos fiscales o de reducción o bonificación en las cotizaciones cuando la empresa invierta en formación y cualificación de sus trabajadores».

154. Además, es necesario considerar que este cambio puede afectar de manera desigual según el tamaño de la empresa; mientras que las grandes corporaciones podrán adaptarse con mayor facilidad, las pequeñas y medianas empresas (pymes) podrían enfrentar mayores desafíos para cumplir con las nuevas exigencias digitales. Por otro lado, el Impuesto sobre el Patrimonio también se verá impactado por la naturaleza digital del euro digital, tal como se describe en el registro automático de activos líquidos y el impacto directo en la base imponible⁷⁴. Esta posibilidad resulta lógica, dado que el euro digital es un dinero emitido y gestionado digitalmente por el Banco Central Europeo (BCE), lo que hace que su existencia y cuantía sean automáticamente identificables, facilitando así un mayor control fiscal. Según el BCE, el euro digital es una forma digital de dinero de banco central diseñada para complementar el efectivo y ser accesible a todos los ciudadanos y empresas de la zona euro. Al ser emitido, registrado y gestionado directamente por el sistema del BCE, este dinero digital permitirá conocer en todo momento el saldo total que cada persona posee en euros digitales, contribuyendo a una mayor transparencia y eficiencia en la gestión fiscal.

155. A partir de ahí, es razonable deducir que, al igual que los saldos bancarios tradicionales están sujetos al Impuesto sobre el Patrimonio, los saldos en euro digital también lo estarían, y con mayor precisión debido a su registro automatizado y centralizado, y a la imposibilidad técnica de ocultar

⁷² Vid. B. VÁN, G. LOVICS, C.G. TÓTH, K. SZÖKE, & Á. REIFF (2025). *Digitalization against tax evasion: evidence on the role of company size*. *Journal of Business Economics*. *Journal of Business Economics*

^{DOI:} <https://doi.org/10.1007/s11573-025-01225-y>

⁷³ Vid. M. Y. SÁNCHEZ URÁN AZAÑA (2021). *Robótica Inclusiva: rendimiento económico y empleo*. *Arbor, Ciencia, pensamiento y cultura*; Vol.17, núm. 802.

⁷⁴ En el informe de progreso de la fase de preparación del euro digital “*Progress on the preparation phase of a digital euro – First progress report*” (2024), el BCE menciona que el diseño del euro digital incluye una funcionalidad sin conexión que ofrecería a los usuarios un nivel de privacidad similar al del efectivo para pagos en tiendas físicas y entre individuos. Sin embargo, cuando se realizan pagos en línea, los detalles de la transacción serían conocidos por el pagador, el receptor y los proveedores de servicios de pago, lo que implica un registro de las transacciones. Este enfoque sugiere que los saldos en euro digital serán automáticamente identificables y trazables, lo que facilitaría el control fiscal y, por ende, podría influir en la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio. Fuente: Banco Central Europeo (BCE 24 de junio) Recuperado en: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2024/html/ecb.pr240624~7b3d7581e6.en.html>.

saldos, dado que toda la emisión y custodia será digital y regulada. Esto implica que las autoridades fiscales podrían contar con información más precisa y actualizada sobre los activos líquidos de los contribuyentes, lo que facilitaría una gestión más eficiente del impuesto y reduciría las posibilidades de fraude o evasión. Además, la transparencia que ofrece el euro digital podría contribuir a una mayor equidad fiscal, al asegurar que todos los titulares de estos activos sean correctamente identificados y gravados conforme a la ley.

156. Por lo tanto, el euro digital representa una oportunidad para modernizar y optimizar la fiscalidad en la eurozona, mejorando la eficiencia, transparencia y equidad en la recaudación de impuestos clave. Para lograrlo, será fundamental adaptar el marco normativo y administrativo, invertir en tecnología y formación, y encontrar un equilibrio adecuado entre el control fiscal y la protección de los derechos de los contribuyentes. Esta transformación no debe entenderse solo como un avance tecnológico, sino como una oportunidad para renovar la confianza entre ciudadanía e instituciones, apostando por una fiscalidad más justa, moderna y adaptada a los retos del siglo XXI. La implementación del euro digital traerá cambios importantes tanto para los contribuyentes como para las administraciones tributarias, generando nuevas obligaciones, necesidades tecnológicas y costes administrativos que deberán gestionarse con cuidado para aprovechar sus beneficios sin perjudicar a nadie. Será necesario anticipar posibles resistencias sociales y diseñar mecanismos de apoyo para los grupos más vulnerables.

157. En este contexto pueden surgir por preocupaciones sobre la privacidad, ya que muchas personas temen que este nuevo medio de pago permita un mayor control y vigilancia de sus movimientos financieros por parte de las autoridades o entidades privadas. Además, existe desconfianza tecnológica, especialmente entre usuarios que no están familiarizados o cómodos con las tecnologías digitales, como las personas mayores o aquellos con bajo acceso a dispositivos electrónicos. Además de las preocupaciones sobre la privacidad y la adaptación a la tecnología, existe un riesgo real de que algunas personas queden excluidas si no tienen acceso a los dispositivos digitales necesarios o no reciben el apoyo suficiente para adaptarse a esta nueva realidad. Muchas personas están acostumbradas a usar efectivo y pueden sentirse incómodas con la idea de pasar a un dinero completamente digital. Además, no podemos olvidar los riesgos de seguridad, como los ciberataques o fraudes, que generan cierta incertidumbre y miedo en algunos sectores.

158. Para afrontar todo esto, la Unión Europea está poniendo mucho esfuerzo en mejorar la ciberseguridad y proteger a sus ciudadanos y empresas en este mundo cada vez más digital. Por ejemplo, desde 2023, la Directiva NIS2 exige que sectores clave, como la energía o la salud, refuercen sus sistemas de seguridad y avisen rápido si ocurre algún problema⁷⁵. También han creado una ley para certificar productos y servicios tecnológicos, asegurando que sean seguros y confiables para todos. Para facilitar la colaboración entre países, la UE ha desarrollado una red de alerta y respuesta rápida a ciberataques, que incluso utiliza inteligencia artificial para detectar amenazas a tiempo. Además, esta red fortalece la coordinación entre las autoridades europeas, permitiendo una respuesta más ágil y eficaz ante cualquier incidente de ciberseguridad.

159. Desde el 2023, la Unión Europea está tomando medidas importantes para que todos podamos usar la tecnología con mayor seguridad. Por ejemplo, ha creado una ley que certifica que los productos y servicios tecnológicos sean confiables y seguros para todos nosotros. También ha desarrollado una red de alerta rápida que utiliza incluso inteligencia artificial para detectar ciberataques antes de que causen daños graves. Un actor clave en todo esto es la red EU-CyCLONe⁷⁶, que ayuda a que los países

⁷⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2022). *Directiva (UE) 2022/2555 relativa a medidas para garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión* (Directiva NIS2). Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj?locale=es>

⁷⁶ La Unión Europea ha reforzado su estrategia de ciberseguridad con medidas como la Directiva NIS2 y la creación de la red «EU-CyCLONe», que coordina la respuesta entre países ante grandes ciberataques. Esta red permite compartir información en tiempo real y tomar decisiones conjuntas, asegurando una respuesta rápida y eficaz ante amenazas digitales que afectan a varios Estados miembros.

Europeos trabajen juntos cuando hay una crisis cibernética que afecta a varios países al mismo tiempo. Además, en 2025 la UE ha lanzado el New Cyber Blueprint⁷⁷, un plan pensado para mejorar aún más la forma en que respondemos a grandes incidentes de ciberseguridad.

160. Para que todos podamos confiar en las herramientas digitales, la Unión Europea ha establecido normas claras que garantizan la seguridad de los productos y servicios en todo el territorio. Mirando hacia el futuro, la Estrategia Digital Internacional busca posicionar a la UE como un socio confiable en la cooperación digital global, promoviendo un entorno seguro, ético y accesible para todos. En este marco, la seguridad cibernética se vuelve un pilar fundamental para asegurar que la transición hacia lo digital sea lo más fácil, segura y justa posible. Una de las iniciativas clave para fortalecer esta seguridad es el Mapa Interactivo de Estrategias Nacionales de Ciberseguridad (NCSS)⁷⁸, una herramienta creada por la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA). Lanzado originalmente en 2020 y actualizado regularmente, este mapa ofrece una visión clara y actualizada de cómo cada país miembro de la UE está enfrentando los desafíos de la ciberseguridad, recopilando y facilitando el acceso a las estrategias nacionales.

161. Cada Estado desarrolla sus propios planes para proteger infraestructuras críticas, prevenir ciberataques y reforzar sus sistemas digitales. Dado que las amenazas cibernéticas no conocen fronteras, la colaboración entre países es esencial. El mapa permite comparar estrategias, identificar puntos en común y detectar áreas de mejora, fomentando la transparencia y la cooperación entre los miembros. Este esfuerzo se enmarca en un contexto legal robusto, respaldado por la Directiva (UE) 2016/1148 sobre la seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva NIS), que exige a los Estados elaborar estrategias nacionales de ciberseguridad, y por el Reglamento (UE) 2019/881⁷⁹, conocido como Ley de Ciberseguridad de la UE, que refuerza el papel de ENISA y regula la certificación de productos y servicios tecnológicos. En conjunto, estas iniciativas y herramientas contribuyen a crear un espacio digital europeo más seguro, resiliente y preparado para los retos actuales y futuros, reforzando la confianza de ciudadanos, empresas y gobiernos en el entorno digital.

162. Todo este esfuerzo en materia de ciberseguridad y apoyo a la transición digital no solo busca proteger a las grandes infraestructuras o empresas, sino también facilitar la adaptación de la ciudadanía al nuevo contexto económico. Para el ciudadano promedio, la llegada del euro digital supondrá ciertos cambios, especialmente en lo que respecta a sus obligaciones fiscales. Aunque la automatización y la trazabilidad facilitarán el cumplimiento, al registrar muchas transacciones de forma automática en los sistemas fiscales, será fundamental que las personas entiendan cómo declarar correctamente sus ingresos y gastos relacionados con este nuevo formato de dinero. En este sentido, la educación fiscal y digital (recogida en otro epígrafe de este estudio) jugará un papel clave para evitar errores involuntarios que puedan generar sanciones o complicaciones legales. Además, si el euro digital pretende realmente promover la inclusión financiera, debe ir acompañado de herramientas y recursos accesibles, pensados para personas con distintos niveles de familiaridad tecnológica. Solo así se podrá garantizar que todos, sin importar su situación, puedan gestionar sus obligaciones con seguridad y confianza.

⁷⁷ Este plan establece claramente quién hace qué, desde los expertos técnicos hasta los responsables políticos, para que todos actúen rápido y coordinados. También refuerza el papel de EU-CyCLONE y promueve que los países compartan información, hagan ejercicios conjuntos y estén preparados para cualquier situación. Gracias a estas iniciativas, Europa está construyendo un entorno digital más seguro y resistente, donde todos podemos sentirnos más protegidos. Fuente Agencia Europea de Ciberseguridad ENISA. Recuperado en: <https://www.enisa.europa.eu/>

⁷⁸ Mapa Interactivo de Estrategias Nacionales de Ciberseguridad (NCSS) Fuente Agencia Europea de Ciberseguridad ENISA. Recuperado en: https://tools.enisa.europa.eu/login?came_from=/topics/national-cyber-security-strategies/ncss-map/national-cyber-security-strategies-interactive-map

⁷⁹ Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32019R0881>

163. Desde la perspectiva de las administraciones tributarias, el euro digital exigirá adaptar e invertir en infraestructuras tecnológicas avanzadas capaces de integrar y analizar grandes volúmenes de datos de transacciones digitales en tiempo real. Esto incluye desarrollar plataformas robustas para recibir automáticamente la información, usar inteligencia artificial para detectar posibles fraudes y establecer protocolos seguros para intercambiar datos con proveedores de billeteras digitales y bancos centrales, sin dejar de garantizar la privacidad de los usuarios; en este contexto como señala CASTELLANOS CLARAMUNT (2020, p.78)⁸⁰, «la intersección entre avance tecnológico y privacidad será cada vez más difícil de gestionar», ya que como señala JIMÉNEZ VARGAS (2023, p.156)⁸¹, «el procesamiento de datos plantea varias cuestiones éticas; en particular, el valor que estos datos pueden aportar a la sociedad, siempre que no se utilicen para discriminar, perturbar el equilibrio social o crear otros problemas».

164. También será fundamental actualizar la normativa para definir claramente el tratamiento fiscal del euro digital, las responsabilidades de todos los actores y las garantías legales para proteger los datos y los derechos fundamentales. Se necesitará una coordinación fuerte entre los distintos niveles de gobierno y cooperación internacional para armonizar criterios. Estos cambios no estarán libres de costes administrativos y operativos. La implementación y mantenimiento de estas tecnologías implicarán inversiones importantes, así como la necesidad de formar y capacitar a inspectores y profesionales tributarios en el manejo de estas herramientas digitales. Además, la adaptación de los sistemas fiscales para integrar el euro digital puede causar retrasos en la recaudación o en los procesos de fiscalización debido a la complejidad técnica y el tiempo de transición. Por eso, será fundamental planificar cuidadosamente estas fases para minimizar impactos negativos y asegurar una transición ordenada. Las estrategias deberán incluir mecanismos de evaluación continua y mejora basada en la experiencia práctica.

165. Por lo tanto, como ya hemos indicado, el euro digital representa una oportunidad única para modernizar y hacer más eficiente el sistema tributario europeo. Su éxito dependerá tanto de la capacidad de los contribuyentes para adaptarse como de la habilidad de las administraciones para desarrollar soluciones tecnológicas y normativas adecuadas. Esta transformación impactará directamente en varios impuestos clave, entre ellos el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (IS) y el Impuesto sobre el Patrimonio. Un enfoque colaborativo que combine formación, inversión tecnológica y regulación clara será fundamental para maximizar los beneficios y minimizar los desafíos que implica esta evolución. La clave estará en diseñar un sistema que no solo sea eficaz desde el punto de vista fiscal, sino también legítimo, transparente y centrado en las personas, asegurando que la transición hacia el euro digital fortalezca la justicia fiscal y la inclusión financiera en toda la Unión Europea.

166. La implementación del euro digital presenta tanto oportunidades como riesgos para contribuyentes y administraciones. Para los ciudadanos, una ventaja clara será la mayor transparencia y simplicidad en el cumplimiento fiscal, ya que muchas transacciones se registrarán automáticamente, facilitando la declaración y reduciendo errores. También fomentará la inclusión financiera, ofreciendo un medio de pago accesible para quienes no están bancarizados o tienen acceso limitado a servicios financieros, lo que contribuirá a una mayor equidad económica. Además, el respaldo del Banco Central Europeo ofrece un entorno seguro que protege frente a fraudes y riesgos de monedas privadas o sistemas no regulados. La confianza pública será esencial para su adopción. Pero existen riesgos importantes para los ciudadanos. La falta de educación fiscal y digital puede hacer que muchos no entiendan bien sus nuevas obligaciones, aumentando la posibilidad de incumplimientos sin querer o sanciones. La preocupación por la privacidad también es significativa, porque la trazabilidad puede generar desconfianza

⁸⁰ Vid. J. CASTELLANOS CLARAMUNT, (2020). *La gestión de la información en el paradigma algorítmico: inteligencia artificial y protección de datos*. MÉI: Métodos de Información Vol.11, núm. 21; págs. 42-58. DOI: <https://doi.org/10.5557/IIMEI11-N21-042058>

⁸¹ Vid. P. J. JIMÉNEZ VARGAS (2023). Comercio electrónico y economía digital: fiscalidad retos y desafíos. *Colección de Estudios Aranzadi*, págs.384.

si no se protege bien la información personal. Además, la dependencia tecnológica puede perjudicar a quienes tienen menos acceso o habilidades digitales, profundizando las brechas sociales y económicas. Estas preocupaciones deben abordarse desde el diseño del sistema.

167. Para las administraciones tributarias, el euro digital permitirá mejorar la recaudación gracias a la mayor trazabilidad y al registro automático, facilitando la detección de fraude y optimizando la gestión fiscal. La disponibilidad de datos en tiempo real posibilitará auditorías más rápidas y precisas, reduciendo costos y tiempos. Además, impulsará la innovación tecnológica y la cooperación internacional. En este contexto, la naturaleza global de la economía moderna presenta desafíos para la fiscalidad. Según JIMÉNEZ VARGAS (2021, p.328)⁸², «sería conveniente establecer nuevos sistemas de cooperación y colaboración internacional, donde los convenios de doble imposición cobren protagonismo frente a las nuevas obligaciones normativas, que deben ser propuestas de forma consensuada tanto por los Estados, como por otras entidades Supranacionales».

168. La digitalización fiscal puede ser una palanca para modernizar el sector público en general. Pero también hay riesgos para las administraciones. La inversión en tecnología, formación y actualización normativa puede ser costosa, especialmente en países con menos recursos. La complejidad técnica de integrar y analizar datos de múltiples fuentes puede generar errores y vacíos en el sistema. Garantizar la seguridad y privacidad de la información será un reto constante, ya que cualquier fallo podría tener consecuencias legales y dañar la reputación. La confianza institucional dependerá mucho de cómo se gestionen estos riesgos. En definitiva, el éxito del euro digital y su impacto en el IVA, IRPF, IS, Impuesto sobre el Patrimonio y los ciudadanos dependerá de una gestión cuidadosa que equilibre innovación, seguridad y confianza pública.

5. EL FUTURO DEL EURO DIGITAL

169. El euro digital representa una evolución significativa en la forma en que utilizamos el dinero en Europa. Impulsado por el Banco Central Europeo, este proyecto busca complementar el efectivo tradicional con una versión digital del euro, segura, accesible y respaldada por el Estado. Su objetivo es adaptarse a las nuevas necesidades de la economía digital, garantizar la soberanía monetaria europea frente a monedas digitales extranjeras y ofrecer una alternativa moderna para pagos cotidianos. Aunque aún en desarrollo, el euro digital promete transformar el panorama financiero en la eurozona en los próximos años.

5.1. Perspectiva futura y propuestas de armonización

170. La llegada del euro digital marca un paso importante en la modernización del sistema monetario europeo. Sin embargo, también plantea desafíos que deben abordarse con una visión de futuro clara y una respuesta coordinada a nivel de la Unión Europea. Uno de los puntos más urgentes es la necesidad de establecer una legislación fiscal armonizada y coherente que acompañe su implementación y uso a gran escala. Esta armonización fiscal será clave para garantizar la transparencia, prevenir la evasión y fomentar la confianza de los ciudadanos y empresas en el nuevo ecosistema digital.

171. El euro digital promete facilitar las transacciones transfronterizas de forma instantánea y con un alto grado de trazabilidad. Por eso, es crucial que los países miembros acuerden un marco fiscal común que evite diferencias normativas, competencia desleal y vacíos legales que puedan ser utilizados

⁸² Vid. P. J. JIMÉNEZ VARGAS (2021). Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2), págs. 289-328.

^{DOI:} <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6258>

para evadir impuestos, cumpliendo así con las reglas del mercado interior y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸³. Si cada país aplica sus propias reglas sobre cómo tributar las operaciones realizadas con euro digital, los contribuyentes y las empresas que operan en varios países se verán enfrentados a una maraña normativa difícil de cumplir y que restaría eficiencia al sistema tributario. Por lo tanto, una fiscalidad armonizada respaldada por el euro digital permitiría una mayor transparencia y trazabilidad de las transacciones, facilitando la detección de operaciones ilícitas y el cumplimiento tributario en tiempo real. Esto no solo optimizaría la recaudación fiscal, sino que también fomentaría la confianza en el sistema económico europeo, al garantizar que todos los actores operen bajo un marco común, justo y eficiente.

172. Contar con una legislación fiscal armonizada permitiría, además, aprovechar al máximo las ventajas tecnológicas del euro digital. Por ejemplo, podrían desarrollarse mecanismos automáticos de declaración, retención y liquidación de impuestos que funcionen de manera uniforme en toda la UE. o como señala el Banco Central Europeo (BCE 2024)⁸⁴ «elaborando una metodología para fijar límites a las tenencias de euros digitales, buscando un equilibrio entre la experiencia de los usuarios y las implicaciones para la política monetaria y la estabilidad financiera». Esto simplificaría los procesos administrativos, reduciría la carga fiscal para los ciudadanos y fortalecería la lucha contra el fraude y la evasión mediante un intercambio de información ágil y seguro entre las administraciones tributarias.

173. Para alcanzar este objetivo, será indispensable un esfuerzo conjunto entre los Estados miembros, impulsando acuerdos políticos y técnicos que establezcan estándares comunes en áreas clave como la privacidad, la protección de datos y la seguridad. En esta situación como señalan HERMANKY & SUMMER (2022, p.97)⁸⁵, «podría proporcionarse una infraestructura de pago neutral que fomente la competencia, la eficiencia y la innovación. Y podría mantener el acceso universal al dinero de banco central incluso en un futuro donde las personas dependan cada vez más de los pagos digitales y el efectivo físico se convierta en una solución de pago alternativa». También será necesario diseñar procedimientos claros y justos que respeten los derechos de los contribuyentes sin debilitar la capacidad del sistema para ejercer control fiscal. La colaboración entre instituciones como la Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo, junto con expertos en fiscalidad y tecnología, será fundamental para construir un marco regulador que combine innovación, eficiencia y equidad.

174. Armonizar la fiscalidad en torno al euro digital no solo es esencial para evitar conflictos y garantizar una recaudación justa, sino que representa una oportunidad para fortalecer la integración económica europea, modernizar los sistemas tributarios y avanzar hacia una economía digital más justa, transparente y sostenible. Según JIMÉNEZ VARGAS (2022, p.343) «es fundamental establecer un mercado único digital donde todos los Estados miembros puedan ofrecer a sus ciudadanos y las empresas nuevas oportunidades digitales y de mercado. Para alcanzar estos objetivos es importante establecer un nuevo marco fiscal, estable y moderno, que se adapte a la nueva realidad económica. Por lo tanto,

⁸³ En cuanto a las Reglas del mercado interior: La Comisión de la Unión Europea promueve una armonización legislativa para evitar que los países ofrezcan ventajas competitivas artificiales. Esto se aplica a normativas sobre fiscalidad, normas laborales, protección ambiental, etc. En cuanto al Dumping fiscal y social: Aunque la fiscalidad directa sigue siendo competencia nacional, la UE trabaja para limitar el dumping fiscal (tipos impositivos artificialmente bajos). Ejemplo: El Marco contra la elusión fiscal (ATAD). En el ámbito laboral, el objetivo es evitar que empresas se trasladen a países con condiciones laborales más laxas para reducir costes (*dumping social*). Finalmente, en cuanto a la Unión Económica y Monetaria (UEM) Los Estados miembros de la eurozona están sujetos a reglas fiscales estrictas, lo que limita su capacidad para ofrecer ventajas económicas artificiales (por ejemplo, mediante gasto público excesivo Art. 126 TFUE, Reglamento 1467/97, Pacto Fiscal (TSCG) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31997R1467> ; o manipulación monetaria Art. 123 TFUE) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legisum:4301854>.

⁸⁴ Banco Central Europeo (BCE 2024) “Segundo informe de progreso de la fase de preparación del euro digital”. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2024/html/ecb.pr241202~d0b19e5e1b.es.pdf>

⁸⁵ Vid. HANNES HERMANKY & MARTIN SUMMER, (2022). “A digital euro and the future of cash,” Monetary Policy & the Economy, Oesterreichische Nationalbank (Austrian Central Bank), issue Q1-Q2/22, pages 91-108.

se traduciría en una reforma fiscal en relación a unificar criterios para garantizar justicia y equidad»⁸⁶. Para que este marco fiscal funcione de forma equilibrada, es fundamental encontrar el punto justo entre eficiencia recaudatoria, protección de derechos individuales e inclusión social, siempre con una mirada puesta en la sostenibilidad y la capacidad de adaptación del sistema a largo plazo.

175. Un primer elemento clave es la trazabilidad. Esta característica del euro digital puede convertirse en una poderosa herramienta para combatir el fraude fiscal y la economía sumergida. Pero su aplicación debe venir acompañada de controles rigurosos que garanticen la privacidad de los usuarios. Tecnologías como la “criptografía homomórfica”⁸⁷ o “técnicas de anonimización”⁸⁸ pueden permitir que las autoridades verifiquen transacciones y detecten irregularidades sin necesidad de acceder a información personal completa. Igualmente, es importante establecer protocolos claros, quién puede acceder a qué datos, en qué situaciones y bajo qué garantías legales. La confianza de la ciudadanía dependerá de que sus derechos estén protegidos y de que existan mecanismos sólidos para supervisar y prevenir abusos.

176. Otro aspecto fundamental es la inclusión financiera y digital. El euro digital puede convertirse en una herramienta poderosa para acercar los servicios financieros a quienes históricamente han quedado al margen. Según ASSENMACHER & SMETS (2023, p.2)⁸⁹, esta inclusión «ofrecería a los europeos la opción de pagar digitalmente en toda la eurozona. Esto es especialmente importante en una unión monetaria como la eurozona, con sistemas bancarios y de pagos minoristas nacionales aún algo fragmentados». Pero para que esto se haga realidad, se necesitan inversiones en educación fiscal y digital. Es importante explicar no solo cómo usar el euro digital, sino también qué implicaciones fiscales tiene. Esto implica crear materiales pedagógicos adaptados a distintos niveles educativos, disponibles en varios idiomas y a través de canales que lleguen a zonas rurales, personas mayores y grupos con menor acceso a la tecnología⁹⁰. Además, los procesos de declaración y pago deben simplificarse con plataformas intuitivas y soporte técnico eficaz, minimizando trabas burocráticas y técnicas.

177. La coordinación fiscal a nivel europeo también es esencial. Dado que las operaciones con euro digital pueden implicar múltiples jurisdicciones, es necesario un marco común que evite la doble imposición, la evasión fiscal y la competencia desleal entre países. Esto requiere acuerdos sobre criterios de residencia fiscal, imputación de ingresos y mecanismos de cooperación entre administraciones tributarias para intercambiar información de forma segura y eficiente. Esta armonización debe extenderse también a los estándares tecnológicos, garantizando la interoperabilidad y la protección de los datos.

178. Al mismo tiempo, el sistema fiscal debe ser flexible y capaz de adaptarse a los cambios. La innovación tecnológica y la transformación de los hábitos de consumo digital exigen una regulación viva, que pueda actualizarse sin perder estabilidad ni generar incertidumbre. Esto implica contar con

⁸⁶ Vid. P.J. JIMÉNEZ VARGAS (2022). “La nueva fiscalidad de la economía digital: primer paso para una verdadera armonización fiscal internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional, 14(1), 334-369.

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6688>

⁸⁷ La criptografía homomórfica es una tecnología avanzada que permite realizar cálculos directamente sobre datos cifrados, sin necesidad de descifrarlos primero. Esto significa que se puede procesar, analizar o manipular información manteniéndola siempre protegida y privada. En contextos como el euro digital o la protección de datos personales, esta tecnología permite que instituciones (como bancos centrales o empresas) puedan trabajar con los datos de los usuarios sin ver el contenido real. Por ejemplo, podrían verificar que un pago es válido o hacer estadísticas sin conocer los detalles personales detrás. Fuente: Nord VPN. Disponible en: https://nordvpn.com/es/cybersecurity/glossary/homomorphic-encryption/?utm_s

⁸⁸ Las técnicas de anonimización son métodos utilizados para proteger la identidad y la privacidad de las personas al tratar datos personales. Su objetivo es transformar los datos de forma que no se pueda identificar a un individuo directa ni indirectamente, incluso si los datos son compartidos o publicados. Fuente: TechTarget. En: <https://www.techtarget.com/searchDataBackup/definition/data-anonymization?utm>

⁸⁹ Vid. K. ASSENMACHER, & F. SMETS, (2024). *A Digital Euro: Monetary Policy Considerations*. SUERF Policy Note | N° 34.

⁹⁰ Para lograr esta inclusión financiera ASSENMACHER & SMETS parafraseando a AHNERT et al., 2023. En: “CBDC y estabilidad financiera”. Documento de trabajo del BCE 2783, Banco Central Europeo, destacan tres elementos cruciales como son “la facilidad de uso”, “la amplia aceptación” y “el amplio acceso”, destacando la importancia este último elemento para lograr la inclusión financiera.

órganos de supervisión especializados, con la participación de expertos de distintos campos capaces de anticipar riesgos, evaluar impactos y proponer mejoras normativas y técnicas de forma oportuna. Tal es así, que como señala HINOJOSA MARTÍNEZ (2021, p.493)⁹¹, «el lanzamiento de un euro digital debería adaptarse a las características y necesidades de los sistemas monetario y de pagos europeos». Como señala el autor: «el euro es la segunda moneda mundial tanto en cuanto a los pagos internacionales como en relación con las reservas de divisas (según BCE, 2020a). La UE goza de un moderno y eficiente sistema de pagos al por mayor, al que el Eurosistema realiza una aportación fundamental con TARGET3⁹², el principal vehículo para la liquidación de pagos en el mercado interbancario europeo, aunque existen otros sistemas de pago privados, como RT1⁹³, gestionado por *EBA Clearing*»⁹⁴.

179. Por último, es indispensable profesionalizar a quienes estarán al frente de la gestión tributaria. La administración fiscal del futuro necesita personal formado en tecnología digital, análisis de datos y las particularidades legales del euro digital. También debe contar con los recursos humanos y técnicos necesarios para operar sistemas avanzados de monitoreo, brindar atención de calidad a los contribuyentes y asegurar el correcto funcionamiento del sistema. Solo así se podrá garantizar una gestión tributaria eficiente, transparente y resiliente, capaz de adaptarse a los desafíos del entorno digital, fortalecer la confianza ciudadana y contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social

180. Una administración moderna, eficiente y capacitada es la base para garantizar que el nuevo marco fiscal funcione con justicia, transparencia y eficacia. Un marco fiscal equilibrado para el euro digital debe integrar tecnología que proteja la privacidad, políticas que promuevan la inclusión, una normativa europea armónica, flexibilidad frente al cambio y una administración bien preparada. Solo así será posible que el euro digital se convierta en una herramienta de transformación positiva para una economía europea más justa, transparente e inclusiva en el siglo XXI.

1.2. Posibles escenarios de uso y tributación

1.2.1. El euro digital: implicaciones fiscales de una nueva era monetaria

181. El euro digital, como una nueva forma de dinero electrónico respaldada por el Banco Central Europeo, promete transformar la manera en que pagamos, enviamos dinero y gestionamos nuestras finanzas. Aunque suene a tecnología del futuro, su llegada plantea muchos escenarios concretos que tocan directamente temas fiscales, tanto para ciudadanos como para empresas.

182. Para empezar, usar el euro digital en el día a día (al comprar productos o pagar servicios) podría cambiar radicalmente nuestras transacciones cotidianas. Al ser instantáneo y completamente trazable, facilitaría mucho la declaración del IVA y otros impuestos indirectos. Esto no solo ayudaría a

⁹¹ Vid. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ (2021). *Euro digital o criptoeuro: ¿Está en juego la soberanía monetaria europea?* Revista de Derecho Comunitario Europeo, 69, 471-508.

DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.01>

⁹² TARGET3 (siglas de Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer system) es el sistema de pagos en tiempo real que gestiona las transacciones en euros entre bancos y entidades financieras dentro de la Eurozona. Es la evolución de los sistemas TARGET y TARGET2, diseñado para facilitar pagos grandes, seguros y rápidos, asegurando la liquidez y estabilidad del mercado financiero europeo. TARGET3 integrará y mejorará los procesos actuales, incorporando tecnología avanzada para aumentar la eficiencia, reducir costes y ofrecer mayor resiliencia frente a riesgos operativos, siendo un pilar clave para la infraestructura de pagos de la Unión Europea.

⁹³ RT1 es un sistema de pagos paneuropeo de alta velocidad y en tiempo real, operado por *EBA Clearing*, una empresa que ofrece infraestructuras de pago en Europa. RT1 permite a bancos y entidades financieras enviar y recibir pagos instantáneos en euros las 24 horas del día, los 7 días de la semana, facilitando transferencias inmediatas para pagos de menor valor y uso cotidiano.

⁹⁴ *EBA Clearing* es la compañía responsable de gestionar varios sistemas de pago paneuropeos, incluyendo RT1 y EURO1 (para pagos de alto valor). Su misión es ofrecer infraestructuras de pago seguras, eficientes y fiables que apoyen la integración y modernización de los mercados financieros europeos.

reducir la evasión fiscal, sino que también haría que el sistema tributario fuera más transparente. Claro que, con esta nueva forma de control automatizado, los contribuyentes tendrían que adaptarse, aunque también podrían beneficiarse de una administración más ágil y menos burocrática.

183. Uno de los aspectos más prometedores del euro digital es su capacidad para agilizar las transferencias de dinero entre países de la eurozona. Envíos rápidos, seguros y con bajo coste pueden dinamizar el comercio y la movilidad dentro de Europa. Pero aquí también surgen desafíos: ¿cómo se determina correctamente la residencia fiscal? ¿Cómo se tributan los ingresos generados en diferentes países? Resolver estas cuestiones requerirá una cooperación estrecha entre los sistemas tributarios europeos para evitar problemas como la doble imposición o el fraude entre jurisdicciones. Por otro lado, el marco legal actual no está totalmente preparado para este tipo de activos digitales. Será necesario actualizar muchas normativas para definir con claridad cómo tributar las operaciones hechas con euro digital. Esto incluye desde saber quién debe pagar impuestos, hasta cuándo se considera realizada una transacción digital o automatizada.

184. Es, en este momento, cuando en Europa se establece la propuesta de implantar un Impuesto a los Servicios Digitales (ISD) para gravar la prestación de determinados servicios digitales, con la finalidad de crear una situación fiscal más equitativa durante un periodo transitorio hasta alcanzar una solución global. En 2018, el Parlamento Europeo aprueba la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del Impuesto sobre los Servicios Digitales (COM (2018) 148 final – 2018/0073), lo cual marca un paso decisivo en la fiscalidad digital.

185. En este escenario de transformación económica y digital, se plantea además el desarrollo e implementación del euro digital, una forma de moneda digital emitida por el Banco Central Europeo (BCE), que busca complementar el efectivo y adaptarse a los nuevos hábitos de consumo y pagos digitales. El euro digital, al proporcionar un medio de pago seguro, accesible y eficiente dentro de la eurozona, puede desempeñar un papel relevante en la mejora de la transparencia y trazabilidad de las transacciones digitales, facilitando con ello la aplicación y el control de mecanismos fiscales como el ISD. Así, ambas iniciativas —el ISD y el euro digital— se inscriben dentro de un proceso más amplio de modernización de la economía europea, en el que se busca garantizar la justicia tributaria y la soberanía financiera en el entorno digital.

186. Esta propuesta del Parlamento se ajustará al *Principio de Subsidiaridad*, hecho que podemos comprobar cuando en su texto establece que: «Las disposiciones establecidas en los artículos 20 a 23 regulan los intercambios entre Estados miembros necesarios para la identificación de los sujetos pasivos y la presentación de las declaraciones del ISD, así como para la transferencia de fondos correspondientes a los pagos en concepto de ISD por el Estado miembro de identificación a los demás Estados miembros en el que se adeude el impuesto»⁹⁵.

187. Un punto clave es la transparencia del euro digital. Su diseño tecnológico, que probablemente será centralizado y con capacidad de seguimiento, podría ser muy útil para detectar movimientos sospechosos o casos de evasión fiscal. Pero esto también plantea un dilema: ¿cómo equilibramos el control fiscal con la privacidad de los ciudadanos? Habrá que establecer límites claros sobre el uso de los datos financieros para no sacrificar derechos fundamentales en nombre de la eficiencia tributaria. En este contexto como señala STIEFMÜLLER (2023, p.20)⁹⁶, «las aplicaciones del euro digital deben diseñarse de acuerdo con los principios generales del artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos especialmente los principios de limitación de propósito, y minimización de datos».

⁹⁵ Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales COM 148 final 2018/0073 (CNS) pág 15. Disponible en:

^h<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0148:FIN:ES:PDF>

⁹⁶ Vid. C. M. STIEFMÜLLER (2023). *The Digital Euro: A matter of trust* (D. Lockwood, Ed.). Finance Watch

188. Según la propuesta de la Comisión europea relativa a la instauración del euro digital, (art. 34)⁹⁷, el tratamiento de determinados datos personales de los usuarios del euro digital se consideraría de interés público y, por lo tanto, lícito a priori en virtud del RGPD⁹⁸. Los anexos III y IV contienen una lista de datos personales que podrían ser tratados bajo esta presunción por los proveedores de servicios de pago y el BCE, respectivamente. La Comisión estaría facultada para emitir actos delegados para actualizar la lista de datos personales del anexo III (art. 34, apartado 3). Dada la sensibilidad del asunto, podría ser más adecuado reservar estas modificaciones a los legisladores. Equilibrar el control fiscal con la privacidad de los ciudadanos es un desafío clave en las sociedades democráticas modernas. Por un lado, el Estado necesita asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias para financiar servicios públicos y garantizar la equidad; por otro, debe proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos la privacidad.

189. La clave está en establecer mecanismos de control fiscal que sean eficaces, pero no invasivos, respetando principios como la legalidad, la proporcionalidad y la finalidad específica de los datos. Esto significa que toda actuación de la administración tributaria debe estar sustentada en una base legal clara y precisa, que otorgue seguridad jurídica tanto al Estado como al contribuyente. Para ISLAS MONTES (2009, p.98)⁹⁹, «el principio de legalidad está para intervenir en estas ocasiones, cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado». Pero ¿cuánto apego debe existir por parte de cada uno de los poderes del Estado al principio de legalidad? ¿Cuándo se considera que actúan apegados a este principio? Según PEREZ PORTILLA (2005, p.55)¹⁰⁰, «la vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo».

190. Asimismo, las medidas de control deben ser proporcionales, es decir, adecuadas y necesarias para cumplir los fines legítimos del sistema fiscal, evitando cualquier exceso que vulnere derechos fundamentales. En palabras de TEJERIZO (2018, p.6)¹⁰¹, «el principio de proporcionalidad en el ámbito tributario juega un papel relevante tanto en el plano legislativo como en el de aplicación de los tributos, sobre todo en los procedimientos de investigación llevados a cabo por los órganos competentes de la Hacienda Pública. Esto ha provocado, entre otras consecuencias y como era de esperar, que el principio sea invocado cada vez con más frecuencia por los contribuyentes al recurrir las decisiones de la Administración tributaria, y que se haya convertido en una guía importante para los Tribunales de justicia a la hora de resolver tales recursos».

191. En este sentido, también es esencial garantizar que los datos personales obtenidos en el marco de la fiscalización sean tratados exclusivamente con la finalidad específica para la cual fueron recabados, impidiendo su uso para otros fines ajenos al control tributario. En este contexto el artículo 34.1 de la Ley General Tributaria española (LGT) señala el «derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias» (letra a)) y el «derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utiliza-

⁹⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0369>

⁹⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos anterior) Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

⁹⁹ Vid. R. ISLAS MONTES (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, 97–108. Montevideo. ISSN 1510-4974.

¹⁰⁰ Vid. K. PÉREZ PORTILLA (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹⁰¹ Vid. J.M. TEJERIZO LÓPEZ (2018). *El principio de proporcionalidad en materia tributaria: La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción, 3, 6–42

dos para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes» (letra i))¹⁰².

192. La tecnología puede ser una gran aliada del control fiscal si se utiliza con garantías. Herramientas como la inteligencia artificial o el análisis de datos masivos pueden detectar patrones de evasión, pero deben aplicarse con mecanismos que protejan la identidad de las personas, como la anonimización o la seudonimización de datos. Asimismo, cualquier acceso a información sensible, como cuentas bancarias o comunicaciones, debe contar con autorización judicial previa y estar sujeto a controles estrictos por parte de organismos independientes.

193. Otro aspecto importante es la educación fiscal. Según MORA PUIGVÍ (2022, p.5)¹⁰³, «resulta fundamental para fomentar la moral tributaria y las buenas prácticas en las etapas de mayor crecimiento personal. En este sentido, se considera la pedagogía tributaria como una de las líneas estratégicas que debe seguir desarrollándose de forma conjunta con la comunidad educativa». Una ciudadanía informada y consciente de la importancia del cumplimiento tributario es menos propensa a evadir impuestos, lo que reduce la necesidad de medidas coercitivas. Además, la transparencia en el uso del dinero público refuerza la confianza de los ciudadanos en el sistema y fomenta el cumplimiento voluntario.

194. En este contexto, armonizar las políticas fiscales entre los países de la Unión Europea será más importante que nunca. Si el euro digital circula sin problemas entre países con normativas fiscales muy diferentes, podrían surgir tensiones o incentivos para prácticas como la planificación fiscal agresiva. Por eso, avanzar hacia una fiscalidad más coordinada —especialmente en lo digital— será clave para evitar que esta nueva herramienta se convierta en un campo de juego desigual.

1.2.2. Pagos públicos más rápidos, transparentes y eficientes

195. Otro uso importante del euro digital sería en los pagos que hace el Estado, como subsidios, ayudas sociales o devoluciones fiscales. Este sistema permitiría que el dinero llegue más rápido, sin tantos intermediarios y con menos costes operativos. Pero también requerirá reglas claras sobre cómo tributar o eximir este tipo de transferencias, para que todo encaje bien dentro del sistema fiscal.

196. Al utilizar directamente una infraestructura digital gestionada por el banco central, se facilitaría la transferencia directa de fondos a los ciudadanos, lo que aumentaría la eficiencia del gasto público y mejoraría la capacidad de respuesta ante situaciones de emergencia. Además de estas ventajas operativas, el euro digital permitiría una mayor trazabilidad de las transacciones, lo que reforzaría la transparencia del sistema y reduciría el riesgo de fraude o errores en la distribución de fondos. Sin embargo, su implementación también requerirá un marco normativo claro y adaptado a este nuevo contexto. Será necesario definir cómo se deben tributar o eximir estas transferencias digitales, garantizando que se integren adecuadamente dentro del sistema fiscal existente. Por ejemplo, habrá que aclarar si las ayudas recibidas a través del euro digital se consideran ingresos sujetos a impuestos o si mantendrán exenciones específicas.

197. Asimismo, será fundamental encontrar un equilibrio entre el control fiscal y la protección de la privacidad de los ciudadanos. Aunque la trazabilidad puede ser útil para fines de auditoría y control, también se deben garantizar los derechos individuales y cumplir con las normativas de protección de da-

¹⁰² Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58>

¹⁰³ Vid. T. MORA PUIGVÍ (2022). *La educación fiscal, una estrategia para mejorar la cultura fiscal: la experiencia de la Agencia Tributaria de Catalunya*. Revista De Educación Y Derecho, (26).

^{DOI:} <https://doi.org/10.1344/REYD2022.26.40643>

tos, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Como señala HERRERO DE EGAÑA (2007, p.4)¹⁰⁴, «una Administración tributaria necesita información, pero no la puede obtener a cualquier precio, sino que esas posibilidades de obtención de información encuentran un límite en los derechos de los ciudadanos y, singularmente, en los derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad». Solo así es posible lograr un equilibrio entre la eficiencia recaudatoria y la protección de los derechos individuales, consolidando un sistema tributario legítimo, transparente y respetuoso del Estado de Derecho.

198. Además, la implementación del euro digital también exigirá una reflexión profunda sobre el alcance de las facultades de supervisión de la Administración pública. Si bien la digitalización puede facilitar mecanismos de control más eficaces, existe el riesgo de que estas capacidades tecnológicas se utilicen de manera desproporcionada o sin las debidas garantías jurídicas. Según HERNÁNDEZ DE COS (2021, p.5)¹⁰⁵, «los avances en la digitalización que subyacen al reciente ímpetu de las monedas digitales de banco central son los mismos que están simultáneamente desdibujando las reglas del juego que gobernaban hasta ahora la industria financiera y dando pie a una disgregación y descentralización de la cadena de valor tradicional».

199. En este sentido, será necesario establecer límites claros y mecanismos de supervisión independientes que aseguren que el uso de los datos y el seguimiento de las transacciones se mantengan dentro del marco del principio de legalidad y proporcionalidad. De lo contrario, podría erosionarse la confianza ciudadana en el sistema, socavando uno de los pilares fundamentales de cualquier política fiscal moderna: la aceptación voluntaria de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes.

200. La accesibilidad del euro digital será un aspecto clave para garantizar su adopción efectiva y equitativa en toda la sociedad. No basta con desarrollar una infraestructura tecnológica avanzada; también es imprescindible que todas las personas, incluidas aquellas con menor familiaridad con las herramientas digitales, escaso acceso a internet o dispositivos inteligentes, puedan recibir y utilizar estos pagos sin dificultad. En este sentido, la inclusión digital debe ser un objetivo prioritario. Será necesario ofrecer soluciones adaptadas, como interfaces simplificadas, aplicaciones móviles accesibles, tarjetas prepago o incluso canales offline que no requieran conexión constante a internet. Además, se requerirá una campaña de educación financiera y digital, especialmente dirigida a colectivos vulnerables —como personas mayores, habitantes de zonas rurales o personas con discapacidad— para garantizar que nadie quede excluido del sistema. Solo mediante un enfoque verdaderamente inclusivo se podrá lograr que el euro digital actúe como una herramienta de cohesión social, en lugar de profundizar las brechas existentes en el acceso al dinero y a los servicios públicos digitales.

201. Además, garantizar la accesibilidad del euro digital no solo promueve la equidad social, sino que también sienta las bases para una gestión pública más eficiente y transparente. Al tratarse de un sistema completamente digital, en el que todas las transacciones quedan registradas al instante, los pagos estatales podrían ser auditados con mayor facilidad, reduciendo significativamente los riesgos de corrupción, fraude o errores administrativos. Esta capacidad de trazabilidad en tiempo real permitiría a las administraciones públicas optimizar sus recursos y mejorar la rendición de cuentas. Asimismo, la digitalización abre la puerta a políticas sociales más precisas y adaptables.

202. Por ejemplo, sería posible diseñar ayudas condicionadas mediante bonos digitales dirigidos a determinados grupos sociales, con características específicas como plazos de uso, limitaciones geográficas o restricciones sectoriales. Tecnologías como los contratos inteligentes permitirían programar automáticamente estas condiciones, garantizando su cumplimiento sin necesidad de intervención constante

¹⁰⁴ Vid. J.M. HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2007) “Intimidad, tributos y protección de datos personales”, núm. 2, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78573>.

¹⁰⁵ Vid. P. HERNÁNDEZ DE COS (2021). *Avances en la agenda estratégica del euro digital*. Convención Anual 2021 de la Asociación de Mercados Financieros. Banco de España.

por parte de la Administración. De este modo, el euro digital no solo moderniza el sistema de pagos, sino que también se convierte en una herramienta poderosa para mejorar la eficacia de las políticas públicas y reforzar la confianza ciudadana en las instituciones. «Además, como moneda de curso legal, el euro digital debe proteger la privacidad de sus usuarios, si bien debe ser de forma gradual y no ilimitada, manteniendo un equilibrio entre los derechos individuales de sus poseedores y el interés general» (RODRÍGUEZ & FERNANDEZ 2021, p.7)¹⁰⁶.

203. Esta capacidad de programabilidad posiciona al euro digital como un instrumento clave para una gobernanza económica más ágil, transparente y adaptada a las necesidades sociales cambiantes. Sin embargo, esta flexibilidad también conlleva importantes desafíos. La posibilidad de programar condiciones específicas para el uso del euro digital, si bien ofrece ventajas en términos de eficiencia y precisión, plantea preguntas fundamentales sobre los límites del control estatal. Será crucial definir con claridad hasta dónde puede llegar el Estado en condicionar el uso de los fondos públicos sin vulnerar la autonomía de los ciudadanos ni generar efectos discriminatorios. El euro digital, por su capacidad técnica, podría permitir un nivel de control sin precedentes sobre el destino de los recursos, pero esto debe ser equilibrado con principios de proporcionalidad, transparencia y respeto a los derechos fundamentales¹⁰⁷.

204. Al mismo tiempo, para que el euro digital se convierta en una herramienta realmente operativa dentro del ecosistema institucional, deberá integrarse de forma fluida con los sistemas financieros del sector público y con las bases de datos y registros tributarios existentes. Esa interoperabilidad será esencial para garantizar que los pagos sean no solo más eficientes, sino también fiscalmente coherentes y técnicamente sostenibles. Además, esta integración permitirá una trazabilidad más precisa de las operaciones, lo que facilitará tanto el cumplimiento tributario como la detección de posibles fraudes o evasiones. La conexión directa con los sistemas fiscales reforzará la transparencia y la automatización de procesos como la declaración y recaudación de impuestos, consolidando así un entorno más seguro y eficiente para la administración pública y los contribuyentes.

205. Finalmente, la colaboración estrecha entre los bancos centrales, los ministerios de finanzas, las agencias tributarias y otras entidades públicas será clave para diseñar una arquitectura funcional y coordinada. No se trata simplemente de introducir una nueva tecnología de pago, sino de transformarla en un instrumento de política pública eficaz, seguro y justo. Esta transformación también tendrá implicaciones directas para las entidades de crédito, que deberán adaptarse a un entorno en el que parte de las funciones tradicionales —como la distribución de ayudas o la gestión de ciertos pagos públicos— podrían pasar a estar centralizadas en infraestructuras del banco central. Por ello, el éxito del euro digital no dependerá únicamente de sus capacidades técnicas, sino también del marco ético, institucional y social en el que se despliegue. Desde esta perspectiva, para las entidades de crédito, el euro digital puede representar una oportunidad para redefinir su papel en el ecosistema financiero, un riesgo si no se adaptan a tiempo, o incluso una vía de colaboración estratégica con el sector público en la provisión de servicios financieros más eficientes e inclusivos.

¹⁰⁶ El uso y la protección del euro digital estarán supervisados por una combinación de autoridades a nivel nacional y europeo, con el objetivo de garantizar su seguridad, legalidad y fiabilidad. Por un lado, las autoridades de supervisión financiera nacionales de cada Estado miembro de la zona euro serán responsables de supervisar a los intermediarios que ofrezcan servicios relacionados con el euro digital, como bancos, aplicaciones móviles u otras entidades financieras autorizadas. Estas autoridades velarán por que dichos intermediarios cumplan con las normativas nacionales y europeas en materia de protección al consumidor, ciberseguridad, transparencia y lucha contra el fraude. Por otro lado, el Banco Central Europeo (BCE), actuando como supervisor bancario dentro del Mecanismo Único de Supervisión, desempeñará un papel clave en la vigilancia del uso del euro digital en toda la eurozona. El BCE supervisará el cumplimiento de normas esenciales como la protección de datos, la integridad del sistema financiero, la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Además, establecerá los requisitos técnicos y de seguridad para garantizar que el euro digital sea un medio de pago seguro, accesible y fiable para todos los ciudadanos de la Unión Europea. En conjunto, este marco dual de supervisión busca mantener la confianza del público en la nueva forma digital del euro y asegurar su uso responsable y seguro.

¹⁰⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ LÓPEZ, & J. FERNÁNDEZ VILAS (2021). *Euro Digital (CBDC-E): Impacto en las entidades de crédito, ¿oportunidad, riesgo o indiferencia?* Cátedra AECA-Abanca, IESIDE, Universidad de A Coruña.

1.2.3. La rentabilidad del euro digital: implicaciones económicas y fiscales

206. Aunque actualmente el euro digital se concibe como una forma de dinero electrónico sin intereses, no se descarta que en el futuro pueda incorporar mecanismos que generen rendimientos o incentivos vinculados a su tenencia en *wallets* gestionados por el Banco Central Europeo (en adelante BCE) o entidades autorizadas¹⁰⁸. Esta posible evolución abriría nuevas oportunidades económicas y fiscales, pero también implicaría desafíos que requieren un análisis cuidadoso. Según GORJON (2023, p.4)¹⁰⁹, «esto implica dar plena autonomía a los clientes respecto del control de sus credenciales. Sin embargo, significa, también, hacerles responsables de las consecuencias de cualquier incidente, como, por ejemplo, su pérdida».

207. Una de las principales implicaciones sería el impacto en los hábitos financieros. Si se introducen intereses o incentivos por mantener euros digitales, es probable que los usuarios incrementen sus saldos en este formato, modificando sus patrones de ahorro y consumo. Esta dinámica podría alterar la eficacia de la política monetaria al competir con el dinero bancario tradicional o con otros productos financieros, afectando tanto la circulación de capital como la demanda de crédito.

208. Desde una perspectiva fiscal, la generación de rendimientos supondría la necesidad de tributar por esos ingresos. Esto obligaría a adaptar la normativa vigente para reconocer al euro digital como un activo generador de renta, definiendo claramente las obligaciones declarativas y los tipos impositivos aplicables. Además, las administraciones tributarias deberían implementar herramientas tecnológicas capaces de registrar, controlar y facilitar el cumplimiento de estas obligaciones, minimizando errores y previniendo fraudes. La posibilidad de rentabilidad también podría dar lugar a nuevos productos financieros, como cuentas remuneradas, programas de fidelización o incentivos por tenencia prolongada. Estos mecanismos podrían promover la inclusión financiera y ampliar el uso del euro digital, pero requerirían una regulación robusta que garantice la protección del consumidor y evite prácticas de riesgo.

209. Por otra parte, esta transformación suscita un debate esencial sobre el equilibrio entre innovación y estabilidad financiera, una innovación que en palabras de SIHUINCHA et al., (2022)¹¹⁰, «ha acelerado el surgimiento de un sistema financiero digital global, planteando nuevos desafíos y oportunidades para la estabilidad financiera a nivel mundial». Como señala VINUEZA AIZAGA (2023, p.26)¹¹¹, «la intersección entre innovación financiera y estabilidad del sistema financiero global constituye un campo de estudio complejo y dinámico que requiere una comprensión integral de sus múltiples dimensiones y desafíos». Cualquier propuesta que introduzca intereses deberá ser evaluada desde el punto de vista del impacto sistémico, garantizando que no se vean comprometidas ni la liquidez del sistema ni la confianza en la moneda única. Por ello, es indispensable respaldar cualquier cambio con estudios técnicos rigurosos y una regulación bien diseñada.

210. La eventual introducción de rendimientos vinculados al euro digital conllevaría la aparición de nuevas responsabilidades fiscales tanto para los usuarios como para las administraciones. Ya se trate de intereses directos, incentivos por tenencia o beneficios derivados de programas promocionales,

¹⁰⁸ Los wallets (término en inglés que significa billeteras) son aplicaciones o dispositivos digitales que permiten almacenar, enviar y recibir dinero digital de forma segura. En el caso del euro digital, un wallet sería una plataforma digital oficial (como una app en el móvil o un software específico) donde los ciudadanos podrían guardar sus euros digitales, consultar su saldo, y realizar pagos o transferencias. Si estos wallets están gestionados por el Banco Central Europeo (BCE) o por entidades autorizadas (como bancos o proveedores regulados de servicios de pago), esto garantiza que cumplen con normas estrictas de seguridad, privacidad y regulación financiera.

¹⁰⁹ Vid. S. GORJÓN (2023). *Las finanzas descentralizadas o los criptoactivos de última generación*. Boletín Económico / Banco de España, 2023(T3), 04. DOI: <https://doi.org/10.53479/30650>

¹¹⁰ Vid. G. P. I. SIHUINCHA, R. E. R. VILLAVICENCIO, B. C. SANTA MARÍA, & M. T. V. PUMA (2022). *Convergencia tecnológica y su impacto en el sistema financiero digital global*. Revista Venezolana de Gerencia: *RVG*, 27 (99), 867-883.

¹¹¹ Vid. N.D. VINUEZA AIZAGA (2023). *Innovación financiera y su impacto en la estabilidad del sistema financiero global*. *Bastcorp International Journal*, 2 (1),24–32. <https://doi.org/10.62943/bij.v2n1.2023.25>

será imprescindible definir con precisión el tratamiento tributario de estos ingresos. Será necesario establecer un marco legal que contemple la imputación fiscal de los rendimientos generados, exigiendo su inclusión en declaraciones como el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades, o el Impuesto de la Renta de los No Residentes según corresponda. Este marco deberá abarcar no solo los intereses tradicionales, sino cualquier forma de beneficio económico asociado al uso o posesión del euro digital. Según JABALERA RODRÍGUEZ (2023, p.258)¹¹², en el caso de los residentes en territorio español, «el contribuyente residente deberá tributar por la totalidad de las rentas obtenidas, incluidas las procedentes del euro digital, con independencia del lugar donde se hubieran producido y cualquiera que sea la residencia del pagador»

211. Para simplificar el cumplimiento, podrían implantarse sistemas de retención en la fuente, donde entidades como el BCE o los proveedores de *wallets* actúen como agentes retenedores, deduciendo los impuestos correspondientes antes de entregar los rendimientos; es decir, establecer un sistema donde los impuestos se retengan automáticamente en el momento en que se generan los ingresos. Esto se aplicaría cuando el euro digital llegara a generar rendimientos (como intereses, incentivos, etc.), en lugar de que el usuario tenga que declarar y pagar impuestos por su cuenta más tarde. En este caso, el BCE o los proveedores de *wallets* (monederos digitales) podrían actuar como agentes retenedores, lo que implica que ellos deducirían directamente los impuestos correspondientes antes de entregar el dinero al usuario. Por lo tanto, sería algo similar a como funciona una retención del IRPF en una nómina donde el empleador descuenta el impuesto antes de pagar el sueldo.

212. Este mecanismo automatizado reduciría la carga administrativa y mejoraría la eficiencia recaudatoria. Además, será crucial contar con una infraestructura tecnológica segura y funcional que permita el cruce de información entre plataformas de gestión del euro digital y sistemas fiscales, respetando la privacidad del usuario y garantizando el control por parte de las autoridades. Esta implementación requerirá una estrecha coordinación entre bancos centrales, empresas tecnológicas, administraciones tributarias y usuarios. con el objetivo de asegurar una integración fluida y eficaz del euro digital en el sistema fiscal y financiero, garantizando tanto la transparencia y la trazabilidad de las operaciones como la protección de los derechos de los usuarios, y fomentando al mismo tiempo la confianza pública en esta nueva infraestructura monetaria.

213. También deben contemplarse las dificultades que pueden enfrentar colectivos con menor formación digital o financiera. Campañas educativas claras, junto con servicios de atención accesibles, serán clave para asegurar el cumplimiento fiscal y prevenir errores involuntarios. «La educación financiera se reconoce rápidamente como una habilidad fundamental, esencial para los consumidores que operan en un panorama financiero cada vez más complejo. Por lo tanto, no sorprende que los gobiernos de todo el mundo estén interesados en encontrar enfoques eficaces para mejorar el nivel de educación financiera de su población y que muchos estén creando o liderando una estrategia nacional de educación financiera que ofrezca oportunidades de aprendizaje a lo largo de la vida» (ATKINSON & MESSY, 2012, p.13)¹¹³.

214. De forma complementaria a la educación financiera, la formación digital adquiere una relevancia crucial en el contexto del euro digital. A medida que la gestión de activos, pagos y obligaciones fiscales se traslada a plataformas tecnológicas, es indispensable que los ciudadanos cuenten con las competencias digitales necesarias para interactuar con estos sistemas de forma segura y eficiente. La falta de habilidades digitales puede convertirse en una barrera significativa para el acceso equitativo al

¹¹² Vid. A. JABALERA RODRÍGUEZ (2025). Criptoactivos. Hacia una reglamentación europea y sus implicaciones en materia fiscal. En J. J. Martos García (Coord.), *Tributación de las criptomonedas y otros criptoactivos* (pp. 225–275). Tirant Lo Blanch.

¹¹³ Vid. A. ATKINSON, & F. MESSY (2012), *Measuring Financial Literacy: Results of the OECD / International Network on Financial Education (INFE) Pilot Study*, *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, No. 15, OECD Publishing, Paris.

^{DOI:} <https://doi.org/10.1787/5k9csfs90fr4-en>.

euro digital, especialmente en grupos vulnerables como personas mayores, habitantes de zonas rurales o individuos con bajo nivel educativo. Por ello, es fundamental que las estrategias nacionales incluyan programas de capacitación digital que no solo enseñen el uso técnico de dispositivos y aplicaciones, sino que como señalan PINDA & MOYA (2024, p.3)¹¹⁴, «también destaque la importancia de considerar la seguridad informática como una inversión crucial, subrayando la necesidad de formar expertos en el campo, a quienes se les debería promover activamente su capacitación contra ataques informáticos». Por lo tanto, que aborden aspectos como la ciberseguridad, la protección de datos y el uso responsable de herramientas financieras digitales. Una ciudadanía digitalmente formada estará mejor preparada para aprovechar las oportunidades del nuevo ecosistema monetario y cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales.

215. A nivel supranacional, estas novedades plantean la necesidad de armonizar los marcos normativos en Europa, a fin de evitar disparidades fiscales, competencia desleal o complicaciones en la tributación transfronteriza. Un enfoque común reforzaría la coherencia del sistema y facilitaría una aplicación equitativa del régimen fiscal asociado al euro digital. Este esfuerzo coordinado permitiría establecer criterios uniformes en cuanto a la valoración, declaración y fiscalidad de los rendimientos del euro digital en todos los Estados miembros.

216. En otro orden de ideas y desde el punto de vista fiscal, las monedas virtuales se consideran bienes intangibles que, aunque no tienen la condición de moneda oficial, sí poseen valor económico y pueden utilizarse como medio de pago. Esto es posible siempre que quienes intervienen en la transacción acepten su uso, ya sea para adquirir bienes, contratar servicios o intercambiarlas por otras monedas, incluyendo otras criptomonedas. Precisamente por tener valor y ser parte del patrimonio del contribuyente, estas monedas deben ser incluidas en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio, al igual que cualquier otro bien del que se sea titular. En línea con lo establecido por la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio, el sujeto pasivo debe declarar el saldo en euros de cada moneda virtual de la que sea titular a la fecha del devengo del impuesto, normalmente el 31 de diciembre. Aunque el euro digital tendrá la consideración de dinero de banco central y no de criptoactivo, si llegase a generar rendimientos similares a los de activos financieros, sería razonable aplicar criterios análogos de valoración y declaración que vamos a desarrollar a continuación en el siguiente párrafo.

217. Uno de los aspectos más complejos será la determinación del valor fiscal de los rendimientos generados por los euros digitales y el momento en que deben ser gravados. Estos rendimientos pueden adoptar diversas formas¹¹⁵. En este sentido, el valor de los euros digitales, entendidos como una representación digital de dinero de banco central, deberá equipararse a su valor nominal —es decir, un euro digital equivaldrá a un euro físico o bancario—. Ahora bien, en cuanto a los rendimientos, como señala el Reglamento General de las Actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección Tributaria (RGAT)¹¹⁶: «*para efectuar la valoración en euros, los sujetos obligados tomarán la cotización a 31 de diciembre que ofrezcan las principales plataformas de negociación o sitios web de seguimiento de precios o, en su defecto, proporcionarán una estimación razonable del valor de mercado en euros de la moneda virtual a 31 de diciembre. A este respecto, se indicará la cotización o valor utilizado para efectuar tal valoración. (Art. 39.2bis)*». Esto permitiría integrar de forma coherente su fiscalidad dentro del

¹¹⁴ Vid. N.J. PINDA ROMÁN, & L.A. MOYA MARTÍNEZ (2024). Ciberseguridad enfocada en el futuro digital de los estudiantes. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 5 (2), 701 – 714. DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v5i2.1910>

¹¹⁵ Estos rendimientos pueden incluir, por ejemplo: Intereses generados por depósitos en euros digitales. Incentivos otorgados por mantener saldos durante cierto tiempo. Recompensas o bonificaciones vinculadas a programas de fidelización o al uso frecuente del euro digital. Créditos o beneficios no monetarios, que podrían tener un valor económico imputable.

¹¹⁶ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/07/27/1065/con>

sistema tributario vigente, garantizando la transparencia y la correcta imputación del patrimonio digital en las obligaciones fiscales anuales.

218. No obstante, si se generaran rendimientos no monetarios o instrumentos derivados, sería necesario establecer criterios específicos de valoración. Para los depósitos en euros digitales que sí generen rentabilidad, la determinación del valor fiscal se realizará basándose en su valor de mercado a la fecha de la declaración, lo que permite establecer con precisión la cuantía a tributar. Sin embargo, cuando los beneficios se perciben en especie o de forma diferida, surgen retos adicionales en cuanto a su imputación temporal y económica. Abordar estas cuestiones con claridad normativa es esencial para evitar conflictos entre contribuyentes y administraciones tributarias, así como para reforzar la seguridad jurídica en el uso del euro digital con rentabilidad.

219. En el caso de intereses tradicionales, la valoración suele ser sencilla. Sin embargo, si los rendimientos adoptan formas alternativas —como puntos, bonos digitales o beneficios no monetarios—, será necesario establecer criterios objetivos para asignarles un valor económico imputable, evitando interpretaciones arbitrarias. Igualmente, relevante es la definición del momento de devengo. Mientras que en los productos financieros tradicionales se vincula a periodos regulares, en el contexto del euro digital podrían surgir modalidades condicionadas a la tenencia prolongada, la realización de transacciones o el cumplimiento de ciertos criterios. Será preciso determinar con claridad si el devengo se produce en el momento de acumulación, pago o conversión del beneficio, para definir cuándo nace la obligación fiscal. Además, podrían surgir desajustes temporales entre la generación del rendimiento y su disponibilidad efectiva, lo que haría necesario establecer reglas específicas para evitar dobles tributaciones o vacíos que favorezcan la evasión. La volatilidad en el valor del euro digital frente a otros activos también podría dificultar la valoración precisa de los beneficios.

220. Para enfrentar estos retos, las autoridades deberán emitir guías interpretativas que especifiquen los métodos de valoración y las fechas de devengo aplicables. Estas orientaciones serán esenciales para dotar de seguridad jurídica al sistema y facilitar tanto el cumplimiento voluntario como la fiscalización eficaz. La incorporación de rentabilidad al euro digital implica una transformación profunda con implicaciones económicas, fiscales y tecnológicas. Su éxito dependerá de la capacidad para diseñar un marco normativo claro y adaptado, que garantice la transparencia, la equidad tributaria y la estabilidad del sistema financiero. La anticipación, la coordinación entre actores y una fuerte apuesta por la educación financiera serán pilares esenciales para que esta evolución contribuya al fortalecimiento del euro como moneda digital confiable y eficiente.

5. Conclusiones

221. La implementación del euro digital representa una oportunidad única para modernizar el sistema fiscal europeo hacia un modelo más eficiente, automatizado y justo. Gracias a su carácter digital y trazable, permite registrar automáticamente transacciones, reducir la economía sumergida y mejorar el control tributario. Esta transformación exigirá, sin embargo, una modernización profunda de las administraciones fiscales, mediante infraestructuras tecnológicas robustas, interoperabilidad entre países, uso de inteligencia artificial y formación especializada del personal tributario.

222. Uno de los grandes retos será encontrar un equilibrio entre la transparencia fiscal y la protección de los derechos fundamentales, especialmente la privacidad financiera. Si bien la trazabilidad del euro digital es clave para la lucha contra el fraude, también puede generar preocupaciones sobre el uso de datos personales. Es imprescindible establecer límites claros al acceso a la información y mecanismos jurídicos y tecnológicos que refuercen la confianza ciudadana. Solo así se podrá garantizar que el avance en control fiscal no implique una merma en las libertades individuales ni en la confianza en el sistema.

223. La adopción equitativa del euro digital dependerá en gran medida del nivel de educación financiera y digital de la población. Grupos vulnerables, como personas mayores o con escaso acceso tecnológico, podrían verse afectados negativamente si no se abordan estas brechas. Por ello, las autoridades deben promover campañas educativas accesibles, multilingües y multicanal que expliquen no solo el funcionamiento técnico, sino también las implicaciones fiscales del euro digital. Estas campañas deben estar orientadas a la inclusión y adaptarse a distintos niveles de conocimiento, utilizando formatos comprensibles y cercanos. Solo una ciudadanía informada y empoderada podrá integrarse plenamente en la nueva economía digital sin quedar excluida o expuesta a riesgos fiscales innecesarios

224. El euro digital afectará múltiples figuras impositivas: mejorará la gestión del IVA mediante retenciones automáticas; aumentará el control sobre ingresos personales en el IRPF; facilitará la trazabilidad de operaciones empresariales para el IS; y permitirá un seguimiento más preciso de los activos líquidos en el Impuesto sobre el Patrimonio. Estos cambios exigirán una revisión normativa para adaptar los tributos a la realidad digital. Además, esta transformación implicará la integración de tecnologías avanzadas en los procesos de declaración, recaudación y fiscalización, permitiendo una supervisión más proactiva y en tiempo real por parte de las autoridades tributarias. Para ello, será esencial desarrollar marcos legales flexibles y dinámicos que permitan incorporar de forma ágil los cambios tecnológicos y operativos que acompañen la evolución del euro digital, asegurando así una tributación más justa, transparente y eficiente.

225. La naturaleza transfronteriza del euro digital genera importantes desafíos en materia de residencia fiscal, asignación del hecho imponible y prevención de la doble imposición. Para evitar conflictos entre jurisdicciones, será imprescindible avanzar hacia una armonización normativa europea, con convenios multilaterales, intercambio automático de información y mecanismos comunes de atribución de competencias tributarias. Aunque el diseño actual del euro digital lo concibe como un medio de pago, no se puede descartar que en el futuro adquiera una función de ahorro o inversión mediante algún tipo de remuneración. Esta evolución modificaría su tratamiento fiscal, exigiendo la creación de nuevas obligaciones declarativas, retenciones sobre rendimientos y regulaciones específicas para evitar efectos adversos en el sistema financiero.

226. Finalmente, para garantizar que el euro digital cumpla sus objetivos de eficiencia, seguridad e inclusión, es necesario implementarlo dentro de un marco fiscal armonizado en toda la UE. Este debe estar basado en una normativa común, procedimientos claros, respeto a los derechos fundamentales y una cooperación efectiva entre Estados. Solo así se podrá generar confianza ciudadana y asegurar la sostenibilidad del sistema tributario en la economía digital.

Eficacia transfronteriza de decisiones judiciales asistidas por inteligencia artificial en el Espacio Judicial Europeo

Cross-border effectiveness of judicial decisions assisted by artificial intelligence in the European Judicial Area

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Loyola Andalucía^{1*}*

Recibido:09.09.2025 / Aceptado:12.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9885

Resumen: La creciente incorporación de sistemas algorítmicos en los procesos judiciales como herramientas para asistir en la toma de decisiones ha generado interrogantes sobre su compatibilidad con principios fundamentales del DIPr, como la transparencia, el proceso debido y el orden público internacional. En este contexto, se exploran cuestiones clave como la necesidad de armonizar estándares internacionales sobre transparencia y certificación técnica de los sistemas algorítmicos, los límites del orden público frente a decisiones automatizadas y la transformación del marco normativo para garantizar la seguridad jurídica en un entorno globalizado. Finalmente, el artículo propone recomendaciones para desarrollar un marco regulatorio que permita integrar la innovación tecnológica en la Justicia sin comprometer los principios esenciales del DIPr. De esta forma, buscamos contribuir al debate sobre cómo equilibrar eficiencia tecnológica y garantías jurídicas en el reconocimiento transfronterizo de decisiones judiciales asistidas por IA.

Palabras clave: Inteligencia Artificial (IA); Eficacia extraterritorial de decisiones judiciales extranjeras; Transparencia algorítmica; Certificación técnica; Orden público internacional; Justicia algorítmica; Decisiones automatizadas; Seguridad jurídica; Cooperación judicial internacional

Abstract: The increasing integration of algorithmic systems into judicial processes, as tools to assist decision-making, has raised questions about their compatibility with fundamental principles of Private International Law, such as transparency, due process, and international public policy. The present article analyzes key issues in this context, including the need to harmonize international standards on algorithmic transparency and technical certification, the limits of public policy in relation to automated decisions, and the transformation of the normative framework to ensure legal certainty in a globalized environment. Finally, the article proposes recommendations for developing a regulatory framework that integrates technological innovation into justice systems without compromising essential principles of PIL. This analysis aims to contribute to the debate on how to balance technological efficiency with legal safeguards in the cross-border recognition of AI-assisted judicial decisions.

Keywords: Artificial Intelligence (AI); Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions; Algorithmic Transparency; Technical Certification; International Public Policy; Algorithmic Justice; Automated Decisions; Legal Certainty; International Judicial Cooperation.

^{1*} La autora agradece la colaboración de Marcela Martín Monserrat, beneficiaria de una Beca de Colaboración 2024-2025, concedida por el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes de España, para la realización de actividades de apoyo a la investigación y docencia en el Departamento de Derecho de la Universidad Loyola Andalucía. Marcela ha contribuido con la redacción de los apartados II y III del presente trabajo, la búsqueda bibliográfica y la corrección de erratas.

Sumario: I. Introducción. II. La Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales. Definición y aplicaciones. III. Decisiones asistidas por inteligencia artificial: naturaleza jurídica, efectos procesales y normativa aplicable. IV. Eficacia extraterritorial de decisiones con intervención algorítmica en el Espacio Judicial Europeo. V. Propuestas para la elaboración de un marco normativo transfronterizo adaptado a los desafíos que plantea la inteligencia artificial en el ámbito judicial. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La creciente incorporación de la inteligencia artificial (IA) en los sistemas judiciales plantea desafíos significativos para el Derecho internacional privado (DIPr), especialmente en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en las que ha intervenido la IA. Desde algoritmos que asisten en la redacción de sentencias hasta sistemas que analizan pruebas y proponen resoluciones, la IA está transformando la forma de administrar Justicia. Sin embargo, esta revolución tecnológica no está exenta de tensiones jurídicas, éticas y prácticas, particularmente cuando las decisiones deben ser reconocidas y ejecutadas ante tribunales extranjeros.

2. El reconocimiento de decisiones judiciales en el DIPr se basa en los principios fundamentales como la confianza mutua entre Estados, el respeto por el debido proceso y la garantía de imparcialidad. Ahora bien, la intervención de sistemas de IA, especialmente aquellos que operan como “cajas negras” (*black box*) con procesos internos opacos, puede poner en cuestión estos principios² ¿Cómo podemos garantizar la transparencia y la trazabilidad de una decisión asistida por IA? ¿Qué ocurre si un sistema algorítmico utilizado en un país no cumple con los estándares éticos o técnicos exigidos por otro? Estas cuestiones adquieren una particular relevancia en el contexto de la globalización, donde las resoluciones judiciales a menudo trascienden fronteras nacionales y requieren una cuidadosa consideración de estándares internacionales de prueba y fiabilidad. Un ejemplo reciente de esta dinámica es la decisión de la Corte Marítima y Comercial de Dinamarca (*Sø- og Handelsretten*),³ que ha rechazado la utilización de preguntas generadas por *ChatGPT*, pero respondidas por peritos, como prueba en un litigio de patentes, argumentando su falta de fiabilidad y el riesgo de sesgo inherente a este tipo de herramientas de inteligencia artificial. Esta postura refleja la creciente preocupación en torno al uso de sistemas de IA en procedimientos judiciales y subraya la necesidad de establecer criterios claros sobre la admisibilidad y el valor probatorio de las tecnologías emergentes en el ámbito jurídico internacional

3. La integración de la inteligencia artificial en la emisión de resoluciones judiciales plantea desafíos sustanciales en el ámbito del orden público internacional, particularmente en lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En efecto, cabe contemplar la posibilidad de denegar el exequátur cuando se constate que el empleo de sistemas algorítmicos haya comprometido garantías procesales esenciales, como ocurriría en supuestos donde la aplicación de IA introdujera sesgos discriminatorios o menoscabara el principio de control humano efectivo sobre la decisión judicial. Estas consideraciones adquieren plena vigencia ante la ausencia de estándares uniformes que aseguren, de manera generalizada, la transparencia, explicabilidad y auditoría de los algoritmos empleados, así como ante la divergencia regulatoria existente entre Estados en materia de ética digital.

4. El presente artículo estudia la problemática asociada al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales emitidas con apoyo de sistemas de inteligencia artificial, analizando cómo los ordenamientos jurídicos pueden responder a esta innovación tecnológica. Para ello, aborda la importancia de crear mecanismos globales que garanticen claridad en el funcionamiento de los algoritmos y procesos de validación técnica. Además, explora los criterios para determinar cuándo una decisión automatizada podría contravenir principios jurídicos esenciales reconocidos internacionalmente. Finalmente, evalúa

² J. J. WADDEN, “Defining the undefinable: the black box problem in healthcare artificial intelligence,” *Journal of Medical Ethics*, vol. 48, 2021, pp. 764 – 768, <https://doi.org/10.1136/medethics-2021-107529>.

³ N. C. ELLEGAARD, “Anvendelse af generativ AI i syn- og skøn”, *Erhvervsjuridisk Tidsskrift*, vol. 3 2025, pp. 1-7.

la necesidad de transformaciones en los sistemas legales tradicionales para integrar las particularidades de la Justicia asistida por herramientas tecnológicas avanzadas. Con ello, el artículo busca contribuir al debate sobre cómo preservar la seguridad jurídica en un contexto donde la innovación tecnológica redefine los paradigmas de cooperación judicial internacional.

5. El estudio comienza con una breve presentación de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales en el apartado II, seguido de un análisis de las decisiones judiciales asistidas por IA en el apartado III, donde se examinan los aspectos técnicos y jurídicos de su funcionamiento, incluyendo ejemplos destacados de su implementación en distintas jurisdicciones. A continuación, el apartado IV aborda la cuestión de la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales en las que ha habido intervención algorítmica en el Espacio Judicial Europeo. El apartado V plantea recomendaciones para adaptar los marcos normativos actuales a las particularidades del uso de inteligencia artificial en la Justicia y el apartado VI concluye.

II. La Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales. Definición y aplicaciones

1. Definición

6. Antes de analizar sus implicaciones jurídicas, resulta necesario delimitar conceptualmente la inteligencia artificial (IA). En términos generales, se trata de sistemas tecnológicos diseñados para reproducir funciones cognitivas humanas como el aprendizaje, el razonamiento o la toma de decisiones.⁴ Pese a la pluralidad de enfoques, existe un consenso en su carácter transformador, también en el ámbito jurídico.

7. Los primeros intentos de definición sistemática se remontan a la Conferencia de Dartmouth (1956), donde John McCarthy describió la IA como “la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes”,⁵ mientras Marvin Minsky subrayó su capacidad para realizar tareas propias de la inteligencia humana.⁶ Estas formulaciones inauguraron un campo centrado en la imitación de habilidades humanas.

8. Tras el auge inicial de los sistemas expertos en los años 70 y 80, cuya rigidez condujo al denominado “invierno de la IA”,⁷ la disciplina experimentó un renacimiento en los años 90 gracias al aumento de la capacidad computacional y la disponibilidad masiva de datos, simbolizado por la victoria de Deep Blue sobre Kasparov en 1997.⁸ En la década de 2010, el desarrollo del aprendizaje profundo⁹ consolidó un nuevo paradigma que desembocó, pocos años después, en la irrupción de la IA generativa, representada emblemáticamente por GPT-3 (2020).¹⁰

9. En la actualidad, tanto el Reglamento (UE) 2024/1689 (RIA)¹¹ —que define la IA como sistemas basados en máquinas con autonomía y capacidad de adaptación capaces de generar resultados

⁴ GOBIERNO DE ESPAÑA, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 19 de abril de 2023, disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr> [consulta: 9 de julio de 2025].

⁵ J. MCCARTHY, Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, Hanover (New Hampshire), Dartmouth College, 1956, pp. 2-10, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>.

⁶ M. MINSKY, “Steps toward artificial intelligence”, *Proceedings of the IRE*, vol. 49, núm. 1, 1961, pp. 8-30, <https://doi.org/10.1109/JRPROC.1961.287775>.

⁷ D. CREVIER, *AI: The Tumultuous History of the Search for Artificial Intelligence*, New York, Basic Books, 1993, pp. 197-212.

⁸ M. CAMPBELL, A. J. HOANE Y F. H. HSU, “Deep Blue”, *Artificial Intelligence*, vol. 134, núm. 1-2, 1997, pp. 57-83.

⁹ G. HINTON, L. DENG, D. YU ET AL., “Deep neural networks for acoustic modeling in speech recognition”, *IEEE Signal Processing Magazine*, vol. 29, núm. 6, 2012, pp. 82-97.

¹⁰ T. B. BROWN, B. MANN, N. RYDER ET AL., “Language models are few-shot learners”, *Advances in Neural Information Processing Systems*, vol. 33, 2020, pp. 1877-1901.

¹¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (Ley de inteligencia artificial).

como predicciones o decisiones — como el Convenio Marco del Consejo de Europa (2024)¹² — que la concibe como un conjunto de tecnologías destinadas a realizar tareas que requieren inteligencia humana — destacan tres elementos esenciales: autonomía, adaptabilidad e impacto, claves para valorar su uso en el ámbito judicial.

10. La integración de la IA en la justicia supone una transformación significativa, al permitir procesar grandes volúmenes de datos, detectar patrones y automatizar tareas, incrementando la eficiencia y la precisión en fases procesales como el análisis probatorio, la identificación de precedentes o la gestión documental.

11. Entre sus principales aplicaciones destacan:

- A. Algoritmos predictivos, como el modelo de Aletras (79 % de acierto en predicciones del TEDH) o el sistema JURI (Universidad de Groninga).
- B. Automatización de resoluciones, mediante procesamiento de lenguaje natural: *Prometea* (Argentina), *PretorIA* (Colombia), *DataJust* (Francia) o *HART* (Reino Unido). El caso COM-PAS (EE. UU.) ha evidenciado riesgos de sesgo algorítmico en este tipo de aplicaciones.¹³
- C. Análisis de datos legales: como el ofrecido por plataformas tipo Aranzadi o Geniali, que facilitan la labor argumentativa y documental.
- D. Chatbots jurídicos, que prestan asistencia básica a ciudadanos y profesionales.

12. No obstante, como señala Baena Pedrosa, la inteligencia artificial desempeña en la actualidad una función eminentemente auxiliar, circunscrita fundamentalmente a labores de investigación jurídica, predicción de resultados o formulación de propuestas de resolución,¹⁴ mientras que los supuestos de automatización plena se encuentran restringidos a contextos muy específicos, como el arbitraje, a través de iniciativas tales como *ArbiLex* o *Kleros*.¹⁵ No obstante, experiencias como el juez virtual de *WeChat* en China o el juez-robot en Estonia muestran que la automatización puede incluso incrementar la carga procesal al facilitar un mayor número de impugnaciones. La idea de sancionar recursos infundados plantea, además, tensiones con el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁶

13. De ahí que el despliegue de estas herramientas deba enmarcarse en regulaciones que garanticen transparencia, equidad y respeto a los derechos fundamentales, conforme ha señalado el Consejo de Europa.¹⁷ La innovación tecnológica en el ámbito judicial solo puede resultar legítima en la medida en que no comprometa el carácter humanista y garantista del proceso jurisdiccional.

III. Decisiones asistidas por inteligencia artificial: naturaleza jurídica, efectos procesales y normativa aplicable

14. La creciente utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito judicial plantea interrogantes fundamentales sobre la naturaleza jurídica de las decisiones que resultan parcial o totalmente

¹² CONSEJO DE EUROPA, *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y el Estado de Derecho* (Council of Europe Treaty Series n° 225), Vilna, 2024, <https://rm.coe.int/1680af0e3e>.

¹³ J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, “Machine Bias—There’s Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased against Blacks”, *ProPublica*, Online Edition, 23 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (consultado el 23 de julio de 2025).

¹⁴ M. BAENA PEDROSA, *Aplicación de Inteligencia Artificial por los Tribunales Europeos*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 45–72.

¹⁵ Y. AOUIDEF Y F. AST, “Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects,” *Frontiers in Blockchain*, vol. 4, 2021, doi: 10.3389/fbloc.2021.564551

¹⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y el Estado de Derecho* (Council of Europe Treaty Series n° 225), Vilna, 2024, <https://rm.coe.int/1680af0e3e>.

¹⁷ *Ibid.*

influidas por dichos sistemas. Lejos de constituir meras herramientas técnicas, estas tecnologías interactúan con elementos estructurales del proceso jurisdiccional, afectando principios como la independencia judicial, la motivación de las resoluciones o el derecho al debido proceso. A medida que las resoluciones asistidas por IA dejan de ser una hipótesis teórica para convertirse en una realidad operativa, surge la necesidad de determinar si tales decisiones pueden ser consideradas auténticos actos jurisdiccionales válidos, en particular desde la perspectiva del Derecho procesal

1. Naturaleza jurídica

15. El ejercicio de la función jurisdiccional implica la interpretación de los hechos y del derecho aplicable, así como la incorporación de elementos no replicables por sistemas de inteligencia artificial, como el sentido común, la prudencia o la experiencia vital del juzgador.¹⁸ En virtud del artículo 117 CE, los jueces y magistrados son independientes y ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional.¹⁹ En consecuencia, la IA enfrenta límites estructurales para reproducir íntegramente el razonamiento judicial, en especial en lo relativo a la fundamentación interna de las resoluciones.

16. De este modo, una decisión automatizada solo podrá reputarse jurídicamente válida como resolución judicial si respeta principios esenciales como la independencia judicial y la trazabilidad del razonamiento. En caso contrario, se verían comprometidas garantías básicas del debido proceso.

2. Tipología de decisiones con intervención de IA

17. El artículo 22 RGPD²⁰ hace referencia a la toma de decisiones automatizadas, considerando como tales aquellas decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos y que producen efectos jurídicos o afectan de forma igualmente significativa a las personas mediante la autorización del derecho de los Estados Miembros. Si trasladamos esta lógica al marco de la IA, por decisiones totalmente automatizadas podemos entender aquellas en las que un sistema de IA decide sin intervención humana significativa, mientras que las recomendaciones sometidas a supervisión humana serían aquellas en las que el sistema de IA proporciona sugerencias, puntuaciones o análisis que un ser humano valida, revisa y decide si aplicar o no.²¹

18. La práctica comparada ilustra ambas modalidades.²² En China, sistemas como *Xiao Fa* o *Jiangsu Legal Cloud* han sido empleados para automatizar procedimientos,²³ aunque su opacidad suscita serias dudas sobre la transparencia judicial. En Estados Unidos, COMPAS, empleado para evaluar riesgos de reincidencia, ha sido objeto de críticas tanto por su limitada precisión (65 %) como por la reproducción de sesgos raciales; cuestionamientos que alcanzaron una especial relevancia en el asunto *State v. Loomis*,²⁴ en el cual se puso de manifiesto la dificultad de compatibilizar el uso de estas

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ), *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2018, p. 27.

¹⁹ Constitución Española, artículo 117.1, *BOE* núm. 311, de 29 diciembre 1978.

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), art. 22.

²¹ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, “Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation,” *International Data Privacy Law*, vol. 7, núm. 2, 2017, pp. 76-99, <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>.

²² J. E. GUTIÉRREZ OTINIANO, “Actividad académica americana en Derecho Procesal: el impacto de la inteligencia artificial en el proceso”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2023, pp. 140-153.

²³ W. Ji, “The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence”, *Asian Journal of Law and Society*, vol. 7, 2020, pp. 515-530, <https://doi.org/10.1017/als.2020.37>.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749, 2016.

herramientas con las exigencias derivadas del debido proceso y del derecho a obtener una resolución motivada.²⁵

3. El RIA

19. Ya se ha puesto de manifiesto que la Unión Europea ha abordado de forma expresa la regulación del fenómeno de la inteligencia artificial y que dicha normativa incide directamente en su utilización en el ámbito judicial. En este sentido, el Reglamento (UE) 2024/1689²⁶ establece un marco para regular los sistemas de inteligencia artificial en la UE, con un enfoque basado en el riesgo. Su aprobación marca un hito en la regulación de los sistemas de IA utilizados en el ámbito judicial, estableciendo requisitos específicos en materia de transparencia, supervisión humana y responsabilidad.²⁷

20. En primer lugar, cabe destacar la categorización realizada de los sistemas de IA atendiendo al riesgo que entrañan para la ciudadanía. Así, el artículo 6 del RIA clasifica como sistemas de IA de alto riesgo aquellos que estén “destinados a ser utilizados como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos, y que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad, o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad de terceros para su introducción en el mercado o puesta en servicio. Además de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III.”

21. Respecto a los sistemas de IA contemplados en el mencionado anexo III, estos son, a groso modo, los dedicados a las siguientes funciones: biometría; infraestructuras críticas; educación y formación profesional; empleo, formación de trabajadores y acceso al autoempleo; acceso a servicios privados esenciales y a servicios y prestaciones públicos esenciales y disfrute de estos servicios y prestaciones; garantía del cumplimiento del Derecho; migración, asilo y gestión del control fronterizo; administración de justicia y procesos democráticos. Por tanto, el RIA clasifica como de alto riesgo aquellos sistemas de IA que operan en ámbitos sensibles, entre los que se incluye expresamente la administración de justicia (Anexo III). Esta categorización responde al impacto fundamental que estas tecnologías pueden tener en derechos y libertades individuales, requiriendo, por tanto, salvaguardias reforzadas como son requisitos estrictos de transparencia, supervisión humana y evaluación de impacto en derechos fundamentales (Artículos 6 y 7 RIA). No obstante, como destaca Rodríguez de las Heras,²⁸ esta categorización no aplica a herramientas auxiliares (ej. gestión documental) que no inciden sustancialmente en el resultado del caso, una distinción clave para preservar tanto la seguridad jurídica como la innovación procesal.

22. Por otra parte, aunque el RIA no regula de forma expresa el arbitraje ni los mecanismos de resolución de disputas en línea (ODR), su aplicación resulta exigible siempre que estas tecnologías incidan de manera sustancial en el resultado del proceso.²⁹ Esta previsión se inserta, en el caso español, dentro de un marco normativo más amplio, en el que el Reglamento europeo se ve complementado por

²⁵ M. CABRERA FERNÁNDEZ, “Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 27, noviembre 2024–abril 2025, pp. 183–200, <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9006>.

²⁶ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144, y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), *DOUE* L 81079, 12 julio 2024.

²⁷ M. EBERS, “Truly Risk-Based Regulation of Artificial Intelligence: How to Implement the EU’s AI Act,” *EU Law Working Papers*, núm. 101, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2024, <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2024/10/EU-Law-WP-101-Ebers.pdf> (consultado el 23 de julio de 2025).

²⁸ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Mapping Generative AI rules and liability scenarios in the AI Act, and in the proposed EU liability rules for AI liability”, *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, vol. 1, 2025, artículo e5, pp. 44-63, p. 61.

²⁹ M. BAENA PEDROSA, op. cit. pp. 45–72.

disposiciones internas como el Real Decreto-ley 6/2023,³⁰ la Política de IA del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE) de 2024,³¹ la Ley Orgánica del Derecho de Defensa³² y la normativa en materia de protección de datos.³³

4. Legitimidad y eficacia procesal de las resoluciones judiciales adoptadas mediante sistemas de inteligencia artificial

23. La opacidad algorítmica constituye uno de los principales retos para la legitimidad del uso de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, en la medida en que dificulta la justificación de las resoluciones y compromete el principio de transparencia procesal.³⁴ Ello obstaculiza tanto el control jurisdiccional como el ejercicio pleno y efectivo del derecho de defensa.³⁵ La experiencia comparada ha demostrado que sistemas como COMPAS no solo adolecen de limitaciones técnicas, sino que pueden amplificar sesgos discriminatorios preexistentes y dificultar la identificación de errores, generando un riesgo añadido de arbitrariedad.³⁶

24. Ante este panorama, resulta imperativo subrayar que, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cualquier resolución asistida por inteligencia artificial debe garantizar la independencia del órgano jurisdiccional, una motivación suficiente que permita comprender el iter decisorio y, en último término, la posibilidad de someter la decisión a un control de revisión.³⁷

25. Una delegación acrítica en sistemas de inteligencia artificial podría erosionar gravemente la responsabilidad judicial, diluyendo la exigencia de rendición de cuentas y generando un escenario de inseguridad jurídica. Este riesgo se ve agravado por la utilización de datos personales, cuyo tratamiento masivo introduce amenazas adicionales, especialmente cuando los conjuntos de datos empleados reproducen sesgos estructurales o deficiencias en su diseño.³⁸

26. Las respuestas regulatorias a nivel comparado a esta problemática son heterogéneas. Canadá ha optado por la imposición de prohibiciones parciales respecto al uso de la inteligencia artificial en la justicia,³⁹ mientras que el Reino Unido⁴⁰ y Nueva Zelanda⁴¹ han emitido directrices que restringen su

³⁰ Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, *BOE* núm. 303, de 20 diciembre 2023.

³¹ *Política de uso de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia*, aprobada por el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE), 2024.

³² Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, *BOE* núm. 272, de 12 noviembre 2024.

³³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOE* núm. 294, de 6 diciembre 2018.

³⁴ R. RAMÍREZ VILLAESCUSA, “Transparencia (judicial) = Judicial Transparency”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 16, abrilseptiembre 2019, pp. 198–218 (passim, especialmente p. 198).

³⁵ A. T. ESTER SÁNCHEZ, “La inteligencia artificial en la justicia. Desafíos y oportunidades en la toma de decisiones judiciales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 59, 2025, pp. 323–325.

³⁶ D. U. SOCOL DE LA OSA Y N. REMOLINA, “Artificial Intelligence at the Bench: Legal and Ethical Challenges of Informing—or Misinforming—Judicial Decision-Making Through Generative AI”, *Data & Policy*, vol. 6, art. e59, Cambridge University Press, 2024, pp. 1–30, <https://doi.org/10.1017/dap.2024.53>.

³⁷ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 6, *BOE* núm. 243, de 10 octubre 1979.

³⁸ D. U. SOCOL DE LA OSA Y N. REMOLINA, op. cit., pp. 1–30.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES, *Artificial Intelligence Guidance for Judicial Office Holders*, Londres, abril 2025, disponible en: <https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/artificial-intelligence-guidance-for-judicial-office-holders/> [consulta: 8 de julio de 2025].

⁴¹ COURTS OF NEW ZEALAND, *Guidelines for use of generative artificial intelligence in Courts and Tribunals*, 7 de diciembre de 2023, disponible en: <https://www.courtsfnz.govt.nz/going-to-court/practice-directions/practice-guidelines/all-benches/guidelines-for-use-of-generative-artificial-intelligence-in-courts-and-tribunals> (consulta: 8 de julio de 2025).

aplicación en materias particularmente sensibles. Por su parte, el Consejo de Europa, mediante su Carta Ética,⁴² ha fijado principios rectores como la no discriminación, la transparencia y el control humano de las decisiones, todos ellos indispensables para la preservación de un proceso justo. En sentido contrario, Estados Unidos, China o Singapur han avanzado hacia una integración más amplia de estas tecnologías, aunque sin disipar las dudas en torno a las garantías que ofrecen.⁴³ En países como Colombia, Perú, México o India, de otro lado, los jueces han comenzado a utilizar la inteligencia artificial con fines auxiliares, pese a la ausencia de un marco regulatorio específico.⁴⁴

27. En suma, aunque el uso actual de la inteligencia artificial en el ámbito judicial presenta un carácter fundamentalmente instrumental o auxiliar, incluso estas aplicaciones suscitan desafíos significativos en materia de legalidad, transparencia y confianza pública, elementos que constituyen pilares esenciales del Estado de Derecho.

IV. Eficacia extraterritorial de decisiones con intervención algorítmica en el Espacio Judicial Europeo

28. La implementación de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito judicial genera importantes retos para la cooperación jurídica internacional, destacando como principal obstáculo las asimetrías existentes tanto en el plano normativo como tecnológico. Estas disparidades constituyen un factor adicional que incrementa la incertidumbre jurídica en el escenario global. El empleo de sistemas de IA opacos atenta contra la debida motivación que deben tener las resoluciones judiciales en muchos ordenamientos. Esto se ve agravado en el orden internacional, donde los principios de equivalencia funcional, orden público y el proceso debido condicionan el reconocimiento de sentencias extranjeras en muchas jurisdicciones. Por ello, las resoluciones dictadas mediante el empleo de herramientas como *COMPAS* o los tribunales automatizados chinos podrían motivar el rechazo de decisiones judiciales en otros estados con regulaciones más estrictas. A esto se suman las divergencias regulatorias, como en el caso europeo, al clasificar los sistemas de IA atendiendo al riesgo que entrañan. Todo ello no hace sino incrementar la fragmentación normativa. Así, garantizar la trazabilidad, transparencia y supervisión humana se convie

1. La eficacia extraterritorial de decisiones judiciales

29. Una vez que un proceso con elemento extranjero ha concluido con la pertinente resolución judicial, el siguiente problema que se plantea en Derecho internacional privado es el de la eficacia extraterritorial de dicha resolución en otro Estado porque en virtud de la exclusividad de la soberanía estatal, una decisión judicial sólo produce efectos en el territorio del Estado donde fue dictada (art. 117(3) CE).

30. Ahora bien, esta solución es contraria a la continuidad de las relaciones y a la seguridad jurídica, ya que obligaría los sujetos que han obtenido una resolución en su favor a tener que reiniciar el proceso en el Estado donde quieren hacer valer sus derechos, aumentando, sin lugar a dudas, el riesgo de duplicidad de soluciones. Para superar este principio de soberanía territorial se articulan mecanismos que garantizan la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales al no existir, en Derecho internacional, ninguna regla que obligue a los Estados a conceder dicha eficacia. Argumentos tales como el principio de cooperación internacional, la seguridad jurídica, la economía procesal y la continuidad de las relaciones jurídicas fundamentan la exigencia de conceder efectos a las decisiones judiciales extranjeras.⁴⁵

⁴² CONSEJO DE EUROPA, *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada por el CEPEJ durante su 31ª Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018), Disponible en: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (consulta: 23 de julio de 2025).

⁴³ D. U. SOCOL DE LA OSA Y N. REMOLINA, op. cit.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 852 ss.

31. Los mecanismos que los distintos sistemas de Derecho internacional privado conocen para garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras son el reconocimiento y el exequátur.⁴⁶ El reconocimiento consiste en la aceptación por parte del ordenamiento del foro de los efectos jurídicos de una resolución extranjera, en tanto ha resuelto definitivamente la controversia. No implica, sin embargo, una aceptación automática, pues está supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos de regularidad formal y material previstos en la normativa aplicable. Debe diferenciarse el reconocimiento de la ejecución. Para que una resolución extranjera pueda ser ejecutada en el Estado requerido, es necesario previamente dotarla de fuerza ejecutiva mediante el procedimiento de exequátur. Solo una vez obtenida dicha declaración, la resolución podrá ejecutarse en sentido estricto, incluso coercitivamente, si fuera necesario.⁴⁷

2. Marco normativo aplicable al reconocimiento y ejecución de decisiones con intervención algorítmica en el espacio judicial europeo

32. Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español, el régimen aplicable al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras se articula sobre la base de normas de origen internacional, fundamentalmente Reglamentos de la Unión Europea y convenios internacionales como el Convenio de Lugano de 2007 o el Convenio de la Haya de 2019⁴⁸ y, supletoriamente, de normas internas, conforme a los principios de jerarquía normativa y preferencia del Derecho internacional sobre el nacional (arts. 96 CE, 288 TFUE y 2 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, LCJIMC).

33. Por regla general, los Reglamentos europeos establecen el reconocimiento automático de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sin necesidad de procedimiento alguno. Por ejemplo, el art. 36(1) RBI-bis dispone que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”. Esto implica que dichas decisiones pueden ser invocadas directamente ante las autoridades del Estado requerido, produciendo efectos jurídicos de pleno derecho sin necesidad de exequátur, según lo establecido en la sentencia Hoffmann.⁴⁹

34. No obstante, este reconocimiento automático admite excepciones expresamente reguladas, cuya invocación corresponde a la parte interesada. En particular, el artículo 45 del RBI-bis prevé motivos de denegación del reconocimiento, entre los que destacan la infracción del orden público del Estado requerido y la vulneración de los derechos de defensa. Este mismo esquema se reproduce en los convenios multilaterales y bilaterales suscritos por España, así como en la legislación interna, en especial, en los artículos 41 a 55 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil,⁵⁰ donde también se prohíbe al juez del Estado requerido revisar el fondo de la resolución extranjera, salvo en casos tasados como los antes mencionados.

35. Este modelo de reconocimiento, basado en la confianza mutua entre Estados y en la preeminencia del principio de efectividad, se presenta como un marco general que ahora debe enfrentarse a nuevos desafíos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial en la función jurisdiccional. En particular, la introducción de elementos algorítmicos en la motivación o adopción de decisiones judiciales plantea interrogantes sobre la aplicación de los supuestos de excepción, especialmente en lo

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 4.^a ed., Thomson Reuters, 2017, p. 247 ss.

⁴⁸ CONVENIO DE LA HAYA, *Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil*, La Haya, 2 de julio de 2019. Publicado en *DOUE L 187* de 14 de julio de 2022, pp. 4-15.

⁴⁹ TJCE, sentencia de 4 de febrero de 1988, *Hoffmann, H. L. M. c. Krieg, A.*, asunto C-145/86, ECLI:EU:C:1988:61, Rec. 1988, p. 645.

⁵⁰ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE n.º 182, de 31 de julio de 2015).

relativo al respeto del derecho de defensa y a los estándares de transparencia y motivación exigibles en un Estado de Derecho.

3. Presupuestos y excepciones a la eficacia extraterritorial de decisiones con intervención de la IA

36. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas con intervención algorítmica plantean importantes desafíos en el ámbito del Derecho internacional privado, derivados fundamentalmente del ya descrito carácter opaco, autónomo y, en ocasiones, no explicable de determinados sistemas de inteligencia artificial, es decir, del mencionado “problema de la caja negra”.⁵¹ Estas características pueden incidir negativamente en la aceptabilidad internacional de dichas resoluciones, tanto por su eventual incumplimiento de los requisitos formales exigidos por los ordenamientos extranjeros, como por su potencial contradicción con los principios y valores fundamentales del foro.⁵² La sustitución, aunque sea parcial, del juicio humano por mecanismos automatizados exige repensar los criterios tradicionales de reconocimiento, así como los contornos del orden público como límite frente a innovaciones que afectan la forma misma de juzgar. Esta problemática se ve agravada, además, por la limitada presencia práctica de aplicaciones significativas de IA en los tribunales europeos en la actualidad,⁵³ lo que incrementa la incertidumbre en torno a su eficacia extraterritorial.

37. A ello se suma el hecho de que, incluso cuando los sistemas de IA no participan directamente en la emisión de resoluciones, como ocurre con las herramientas *Salme* y *Kratt* en Estonia, su uso en tareas procesales como la transcripción de vistas o la anonimización de datos suscita legítimas dudas sobre la transparencia del procedimiento y su repercusión en la confianza judicial mutua entre Estados.⁵⁴ Por otro lado, la fragmentación regulatoria a escala global, visible en la contraposición entre el modelo garantista del RIA y el enfoque autorregulador prevalente en los Estados Unidos, dificulta la aceptación internacional de resoluciones asistidas por IA, dado que los tribunales del Estado requerido podrían llegar a cuestionar su conformidad con los estándares éticos y jurídicos nacionales.⁵⁵

A. Caracterización como resolución judicial

38. No toda resolución dictada por un tribunal extranjero es susceptible de reconocimiento y ejecución en el marco del Derecho internacional privado. Para ello, debe tratarse de una resolución judicial emanada de un órgano jurisdiccional competente, conforme a los requisitos establecidos. El RBI-bis, por ejemplo, establece en su art. 36 que las resoluciones dictadas por un tribunal de un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial, promoviendo un reconocimiento automático. El Artículo 2(a) define resolución como cualquier decisión adoptada por un tribunal, independientemente de su denominación (sentencia, auto, providencia o mandamiento de ejecución), incluyendo la liquidación de costas por el secretario judicial. También se incluyen medidas provisionales o cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo

⁵¹ M. A. TURDALIEV, “Navigating the Maze: AI and Automated Decision-Making Systems in Private International Law”, *International Journal of Law and Policy*, vol. 2, núm. 7, 2024, pp. 3, <https://doi.org/10.59022/ijlp.198>; K. HÄRMAND, “AI Systems’ Impact on the Recognition of Foreign Judgements: The Case of Estonia”, *Juridica International*, vol. 32, 2023, pp. 107-118, p. <https://doi.org/10.12697/JI.2023.32.09>.

⁵² M.^a J. ARIZA COLMENAREJO, “Impugnación de las decisiones judiciales dictadas con auxilio de inteligencia artificial”, en S. CALAZA LÓPEZ y M. (DIRS.) LORENTE SÁNCHEZARJONA, *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 48-51.

⁵³ M. FABRI, “From court automation to e-justice and beyond in Europe”, *International Journal for Court Administration*, vol. 15, núm. 3, 2024, pp. 7-24, <https://doi.org/10.36745/ijca.640>.

⁵⁴ K. HÄRMAND, op. cit., p. 117.

⁵⁵ R. GHOSHAL, “Cross-border AI governance for legal tech: Standardizing ethical and legal norms in access to justice”, *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 5, núm. 1, 2025, pp. 186-194, <https://www.doi.org/10.22271/2790-0673.2025.v5.i1c.177>.

del asunto, excluyendo aquellas adoptadas sin citar al demandado, salvo que la resolución haya sido notificada antes de su ejecución.

39. La jurisprudencia del TJUE ha subrayado en el Asunto *Meroni* que un procedimiento contradictorio y la posibilidad de impugnación son esenciales para calificar una decisión como resolución judicial, especialmente en medidas provisionales o cautelares.⁵⁶ Este requisito plantea desafíos para las resoluciones asistidas por inteligencia artificial, ya que la intervención algorítmica podría cuestionar la atribución directa al juez.⁵⁷ La Convención de La Haya de 2019⁵⁸ define resolución como una decisión sobre el fondo dictada por un tribunal, excluyendo medidas provisionales sin procedimiento contradictorio (Artículo 4(1)), en línea con la jurisprudencia citada. En España, la Ley 29/2015, de 30 de julio,⁵⁹ exige que la resolución extranjera emane de un tribunal competente y cumpla con el principio de contradicción (Artículo 44), lo que implica que las decisiones asistidas por IA deben ser atribuibles a un juez para su reconocimiento. Con relación a esto último, un primer aspecto problemático reside en la posible dilución de la atribución de la decisión al órgano judicial, debido a la intervención de actores no jurisdiccionales en el proceso, tales como desarrolladores de software o técnicos. Como señala Turdialiev, esta circunstancia podría socavar el principio de responsabilidad institucional que sustenta la legitimidad de la función judicial.⁶⁰ Ejemplo de ello lo constituyen las herramientas de IA implementadas en Estonia, como *Salme* y *Kratt*, las cuales, pese a no tener facultades decisorias, generan dificultades en la determinación de la responsabilidad última del juez.⁶¹

40. La jurisprudencia y la doctrina coinciden en subrayar la necesidad de una supervisión humana efectiva como presupuesto indispensable para preservar la atribución judicial de las resoluciones y, con ello, garantizar su reconocimiento en el ámbito internacional.⁶² Esta exigencia se ve reforzada por pronunciamientos como el recaído en el asunto *Flores v. Stanford* (EE.UU., 2021),⁶³ donde se puso de manifiesto la tensión entre la opacidad de algoritmos como *COMPAS* y el derecho a una decisión motivada, protegido por la Decimocuarta Enmienda, cuestionándose la legitimidad de aquellas resoluciones que dependen de sistemas no auditables.⁶⁴

B. Motivos de denegación: orden público y derechos de defensa

41. El reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras puede denegarse si vulneran el orden público o los derechos de defensa, conforme a lo establecido, por ejemplo, en los Artículos 45(1) (a) y (b) del RBI-bis o Artículos 38(a) y (b) y 39(a) y (b) del RBII-ter.⁶⁵ Este precepto resulta particularmente relevante para resoluciones asistidas por inteligencia artificial (IA) que presenten opacidad algorítmica o sesgos, ya que dificultan la verificación de su razonabilidad y compatibilidad con principios

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2016, *Meroni*, Asunto C-559/14, ECLI:EU:C:2016:349.

⁵⁷ M. A. TURDALIEV, op. cit., pp. 3.

⁵⁸ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, hecha en La Haya el 2 de julio de 2019.

⁵⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* de 31 julio 2015.

⁶⁰ M. A. TURDALIEV, op. cit., pp. 3.

⁶¹ K. HÄRMAND, op. cit., p. 117.

⁶² S. DONATI, "The JuLIA Project: Goals, Methodology and Outcomes", en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial Decision Making and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, p. 18; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, op.cit.

⁶³ Sentencia del United States District Court for the Southern District of New York, *Flores v. Stanford*, No. 7:2018cv02468, 28 de septiembre de 2021.

⁶⁴ E. KIESOW CORTEZ, N. MASLEJ, "Adjudication of Artificial Intelligence and Automated Decision-Making Cases in Europe and the USA", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 14, 2023, pp. 13–14, <https://doi.org/10.1017/err.2023.61>.

⁶⁵ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *DOUE* L 178 de 2 julio 2019, p. 1.

fundamentales.⁶⁶ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que el concepto de orden público debe interpretarse restrictivamente, pero incluye violaciones graves de derechos fundamentales, como la no discriminación o el derecho a un juicio justo. En *Krombach*,⁶⁷ por ejemplo, el TJUE denegó la ejecución de una sentencia francesa en absentia por vulnerar el derecho de defensa, ilustrando cómo irregularidades procesales graves activan el orden público restrictivo. En el caso *SCHUFA Holding*,⁶⁸ relativo al uso de puntuaciones de crédito automatizadas (por SCHUFA) en decisiones administrativas alemanas sobre subsidios de vivienda, se destacó que las decisiones automatizadas deben cumplir con el Artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (GDPR), que exige transparencia y supervisión humana para garantizar su compatibilidad con el orden público.⁶⁹ De esta forma, el TJUE invalidó parcialmente el uso de scoring crediticio opaco por incumplir el art. 22 RGPD, exigiendo intervención humana para verificar sesgos en decisiones que afectan a individuos vulnerables.

42. La opacidad algorítmica de los sistemas de IA puede comprometer los estándares de motivación, dificultando la evaluación ex post de la razonabilidad de las decisiones.⁷⁰ Aunque el RBI-bis no exige explícitamente motivación (Artículo 36), una ausencia absoluta de esta puede vulnerar el orden público si afecta los derechos de defensa, como ha establecido la jurisprudencia del TJUE en *Trade Agency*,⁷¹ asunto relativo a la ejecución en Letonia de una sentencia dictada en el Reino Unido en rebeldía. En este sentido, la *Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en diciembre de 2018 por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa,⁷² establece un marco de principios éticos para el diseño, desarrollo y utilización de sistemas de inteligencia artificial (IA) en el ámbito judicial europeo,⁷³ garantizando que su aplicación respete los derechos fundamentales, la transparencia y la confianza pública en la justicia.⁷⁴ Esta exigencia resulta crucial no solo para la legitimidad interna de las resoluciones judiciales, sino también para su reconocimiento y ejecución por autoridades extranjeras, en la medida en que la falta de información pública sobre el funcionamiento de sistemas como *Xiaozhi* en China dificulta la verificación de su conformidad con los estándares éticos y legales internacionalmente aceptados.⁷⁵

43. La Convención de La Haya de 2019 permite denegar el reconocimiento si la resolución contraviene el orden público del Estado requerido (Artículo 7(1)(a)) o se obtuvo en un procedimiento incompatible con los principios del debido proceso (Artículo 7(1)(c)), como ocurre con sistemas de IA opacos que impiden a las partes comprender o impugnar la decisión. De la misma manera, en España, la Ley 29/2015 faculta denegar el reconocimiento si la resolución vulnera el orden público español, que incluye el derecho al proceso debido del Artículo 24 de la Constitución Española, o si no se respetan los derechos de defensa (Artículo 46(1)(b) y (c)). Casos como el ya citado *State v. Loomis* evidencian cómo la opacidad del algoritmo COMPAS, cuestionada por su potencial discriminatorio, podría justifi-

⁶⁶ K. HARMAND, op.cit., pp. 113.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2000, *Krombach*, Asunto C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164.

⁶⁸ TJUE (Sala Primera), 7 de diciembre de 2023, *Oq V. Land Hessen*, asunto C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957.

⁶⁹ M. CASAROSA, “Legal Challenges in the Implementation of AI in Courts”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial Decision Making and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 6773.

⁷⁰ M. A. TURDALIEV, op. cit., pp. 118.

⁷¹ TJUE, sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency Ltd. c. Seramico Investments Ltd.*, asunto C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

⁷² Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) (2018), *Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en Estrasburgo el 3-4 de diciembre de 2018, disponible en: <https://protecciondata.es/wp-content/uploads/2021/12/Carta-Etica-Europea-sobre-el-uso-de-la-Inteligencia-Artificial-en-los-sistemas-judiciales-y-su-entorno.pdf> [consulta: 8 de julio de 2025].

⁷³ CTEAJE, Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2024, disponible en: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/documentos/7557301/7558184/CTEAJE-NOR-Politica+de+uso+de+la+IA+en+la+AJ+v1.0.pdf/ddc0eda1-950b-e926-b367-be511b16f2f9?e=1733925140122> [consulta: 22 de julio de 2025].

⁷⁴ M. FABRI, op. cit., pp. 7-24.

⁷⁵ K. HARMAND, op. cit., p. 115.

car la denegación de reconocimiento en jurisdicciones que prioricen la no discriminación.⁷⁶ Eric Loomis fue sentenciado por cargos menores de tráfico de armas, y el juez utilizó el algoritmo COMPAS (de Northpointe) para evaluar su “riesgo de reincidencia,” recomendando una pena más severa sin revelar detalles del funcionamiento interno del software. Sin embargo, la Corte de Wisconsin permitió el uso de COMPAS en sentencias pese a su opacidad y sesgos raciales/género implícitos, pero impuso advertencias obligatorias para mitigar riesgos al *due process*, admitiendo, con ello, la tensión entre eficiencia algorítmica y equidad. De manera análoga, el caso *SyRI*⁷⁷ en los Países Bajos puso de manifiesto que la utilización de algoritmos sesgados puede vulnerar derechos fundamentales, como el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), constituyendo así un motivo de denegación por razones de orden público.⁷⁸ El Sistema de Indicación de Riesgos (SyRI) era una herramienta algorítmica del gobierno neerlandés para detectar fraude en prestaciones sociales, cruzando datos masivos de ciudadanos (ingresos, multas, etc.) sin notificación previa ni explicación de la lógica de scoring. Activistas y afectados demandaron, y el tribunal declaró SyRI incompatible con el art. 8 CEDH (derecho a la privacidad) y principios de no discriminación, por su falta de transparencia (opacidad total del algoritmo), ausencia de evaluación de impacto en derechos fundamentales, y desproporcionalidad (riesgo de estigmatización de grupos vulnerables como migrantes o bajos ingresos). En este caso, el Tribunal de La Haya anuló el sistema algorítmico de detección de fraude por violar la privacidad (art. 8 CEDH), subrayando, además, la necesidad de garantizar condiciones de transparencia y de proporcionalidad como presupuestos indispensables para la legitimidad de su eventual despliegue. Finalmente, como también ilustra el caso *Cahoo v. Fast Enters*,⁷⁹ sistemas algorítmicos como MiDAS, pueden privar injustamente de derechos, subrayando la necesidad de trazabilidad y revisión humana para evitar vulneraciones del orden público. En efecto, durante la pandemia de COVID-19, el sistema MiDAS (desarrollado por FAST Enterprises y CSG para el Departamento de Empleo de Michigan) automatizó la detección de fraude en solicitudes de desempleo, generando alertas masivas con un 93% de falsos positivos, lo que llevó a acusaciones erróneas contra miles de beneficiarios (incluidas las demandantes Cahoo y otras), con embargos de beneficios, intereses punitivos y procesos de quiebra sin audiencia previa ni explicación algorítmica. Sin embargo, un tribunal federal de Michigan encontró evidencias de violaciones al *due process* (5ª y 14ª Enmiendas de la Constitución de los EEUU), por la opacidad del algoritmo (falta de trazabilidad de “puntos de fraude”), ausencia de revisión humana oportuna y daño desproporcionado a personas vulnerables. En consecuencia, el tribunal resolvió en contra de la aplicación ilimitada del sistema MiDAS, al verificar que dicho mecanismo producía imputaciones de fraude de carácter masivo sin la debida observancia de las garantías procesales ni una justificación algorítmica verificable. En su fundamentación, la decisión enfatizó la necesidad de incorporar mecanismos de trazabilidad humana que aseguren el control y la rendición de cuentas, a fin de evitar la producción de daños jurídicamente injustificados en el contexto de entornos automatizados.

C. Otros desafíos éticos y jurídicos

44. Finalmente, la incorporación de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la función jurisdiccional plantea desafíos éticos y jurídicos relacionados con el reconocimiento transfronterizo de resoluciones judiciales. Un aspecto fundamental es la determinación de la responsabilidad jurídica ante errores o perjuicios derivados de decisiones automatizadas, dada la complejidad que introduce la pluralidad de actores involucrados, tales como desarrolladores de software, operadores del sistema y autoridades estatales.⁸⁰ En el caso de sistemas como *Xiaozhi* en China, la ausencia de transparencia sobre los mecanismos de supervisión

⁷⁶ F. GIOIA, “Justice and Artificial Intelligence: Ethical and Legal Challenges”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial DecisionMaking and Fundamental Rights*, ROMA, SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, 2025, p. 91.

⁷⁷ Tribunal de Distrito de La Haya (Países Bajos), sentencia de 5 de febrero de 2020, *SyRI*, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

⁷⁸ E. KIESOW CORTEZ, N. MASLEJ, op. cit., pp.7–8.

⁷⁹ United States District Court for the Eastern District of Michigan, *Cahoo v. FAST Enterprises LLC*, No. 17-10657, sentencia de 21 de diciembre de 2020, 2020 WL 7493103.

⁸⁰ M. A. TURDALIEV, op. cit., pp. 3.

judicial genera incertidumbre en la atribución de responsabilidad, lo que compromete la legitimidad de las resoluciones en el ámbito internacional.⁸¹ Se argumenta, a este respecto, que la decisión final debe emanar de un juez para garantizar la responsabilidad jurisdiccional y la validez de las resoluciones en contextos transnacionales.⁸² La supervisión humana es un principio clave en los sistemas de toma de decisiones automatizada (ADM) aplicados a la justicia civil, especialmente cuando estas influyen materialmente en el resultado del proceso o afectan derechos fundamentales. No obstante, como señala Rodríguez de las Heras,⁸³ el RIA admite excepciones para sistemas que realizan tareas meramente procedimentales o preparatorias (art. 6(3)), siempre que garanticen transparencia y ausencia de sesgos. Este enfoque de proporcionalidad permite compatibilizar la eficiencia tecnológica inherente a la automatización con las exigencias de tutela de los derechos fundamentales y de las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho.⁸⁴

45. Otro desafío relevante es la fragmentación regulatoria entre jurisdicciones, que contrasta con el carácter global de las tecnologías de IA, dificultando la interoperabilidad jurídica y técnica indispensable para el reconocimiento mutuo de resoluciones. La falta de información pública sobre la implementación de la IA en sistemas judiciales, como en Estonia o China, obstaculiza la evaluación de su conformidad con principios éticos y jurídicos.⁸⁵ Dicha fragmentación también genera obstáculos para las empresas de tecnología jurídica, restringiendo la escalabilidad de herramientas como asistentes legales automatizados o sistemas de análisis jurisprudencial, lo que incide negativamente en la aceptación internacional de las resoluciones generadas.⁸⁶ Iniciativas como *CrossJustice*⁸⁷ y *FACILEX*,⁸⁸ que utilizan IA para gestionar bases de datos jurídicas y ofrecer módulos de asesoramiento, podrían contribuir a la interoperabilidad jurídica al facilitar el acceso a información judicial transfronteriza.⁸⁹ Asimismo, sistemas como *ADELE*,⁹⁰ diseñados para analizar jurisprudencia y predecir resultados legales, requieren una validación ética rigurosa para garantizar su compatibilidad con los estándares internacionales de reconocimiento.⁹¹

V. Propuestas para la elaboración de un marco normativo transfronterizo adaptado a los desafíos que plantea la inteligencia artificial en el ámbito judicial

46. De lo anterior se desprende que la incorporación de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la función jurisdiccional requiere la adaptación del marco normativo aplicable y una revisión de los instrumentos del Derecho internacional privado (DIPr) destinadas a garantizar el reconocimiento transfronterizo de resoluciones judiciales, preservando la seguridad jurídica, la equidad y la protección de derechos. En efecto, la opacidad algorítmica y la fragmentación regulatoria global dificultan la confianza mutua necesaria para dicho reconocimiento, lo que exige un marco normativo armonizado que equilibre la innovación tecnológica con principios éticos y jurídicos.⁹²

⁸¹ K. HARMAND, op. cit., p. 115.

⁸² S. DONATI, op. cit., p. 18.

⁸³ T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, op.cit., p. 57.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ K. HARMAND, op.cit., p. 118.

⁸⁶ R. GHOSHAL, op. cit., pp. 186–194.

⁸⁷ UNIVERSIDAD DE BOLOGNA (coord.), *CrossJustice Project: Improving the Effectiveness of Judicial Systems and the Cooperation in the Area of Procedural Rights in Criminal Matters*, 2020, disponible en: <https://site.unibo.it/cross-justice/en/the-project> [consulta: 8 de julio de 2025]

⁸⁸ UNIVERSIDAD DE BOLOGNA (coord.), *FACILEX: Facilitating Mutual Recognition of Judicial Decisions in the European Union*, proyecto financiado por la Unión Europea, 2021, [consulta: 8 de julio de 2025].

⁸⁹ G. CONTISSA Y G. LASAGNI, “Designing Explainable AI for Judicial DecisionMaking: A Legal Perspective”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial DecisionMaking and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 99106.

⁹⁰ STAT, Laboratorio ADELE. Laboratorio para el Análisis de Datos Elementales, disponible en: <https://www.istat.it/dati/microdati/laboratorio-adele/> [consulta: 8 de julio de 2025].

⁹¹ F. GALLI, et al., “JuLIA Legal Doctrinal Framework: Key Concepts and Application”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial DecisionMaking and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 107121.

⁹² K. HARMAND, op.cit., pp. 118; R. GHOSHAL, op.cit. pp. 186–194.

1. Armonización de estándares

47. La armonización de estándares para sistemas de IA judicial debe partir del marco vinculante existente, especialmente el RIA y el Convenio Marco del Consejo de Europa, que establecen requisitos obligatorios en ámbitos sensibles como la transparencia algorítmica, la evaluación de impacto y la supervisión humana. Iniciativas complementarias como los Principios de la OCDE⁹³ o el *Global Partnership on AI* (GPAI)⁹⁴ pueden, asimismo, enriquecer este esquema.⁹⁵

48. Dentro de este marco, los algoritmos destinados a asistir en decisiones judiciales deben diseñarse con explicabilidad intrínseca, no solo por imperativo técnico;⁹⁶ sino para garantizar su conformidad con los criterios de “alto riesgo” del RIA (Anexo III). Esta exigencia resulta crítica en contextos transfronterizos, donde la opacidad podría activar cláusulas de orden público en el Estado requerido (Art. 45 RBI-bis).

49. El RIA impone la certificación obligatoria para los sistemas de alto riesgo; sin embargo, esta debe complementarse con garantías procesales adicionales, tales como la revisión judicial efectiva de las decisiones automatizadas y la auditoría periódica de sesgos, a fin de asegurar la protección continua de los derechos fundamentales.⁹⁷ La mera certificación inicial resulta insuficiente para garantizar el cumplimiento sostenido de los estándares éticos y jurídicos exigibles.⁹⁸ Paralelamente, se exige el estricto cumplimiento de las disposiciones sobre protección de datos personales recogidas en el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), relativo a la toma de decisiones automatizadas, así como el derecho a obtener información significativa sobre la lógica aplicada en dichos procesos. El respeto a estos principios es determinante para salvaguardar la legitimidad jurídica de los sistemas de inteligencia artificial en el ámbito judicial.⁹⁹

50. La convergencia regulatoria en estos aspectos facilitará la interoperabilidad de los sistemas de IA entre jurisdicciones y contribuirá a consolidar un espacio judicial europeo que preserve la coherencia tecnológica con pleno respeto a los derechos fundamentales.¹⁰⁰

2. Protocolos específicos para decisiones asistidas por IA

51. Como criterio rector, los protocolos deben garantizar una supervisión humana proporcional al nivel de riesgo del sistema de IA y salvaguardar los principios de imparcialidad, razonabilidad y control jurisdiccional efectivo.¹⁰¹ Para aquellos sistemas que incidan materialmente en la decisión judicial, clasificados como de alto riesgo conforme al Anexo III del Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA), la revisión humana resultará preceptiva. Por el contrario, los sistemas auxiliares, tales como herramien-

⁹³ OCDE, Recomendación del Consejo sobre la Inteligencia Artificial (Principios de la OCDE sobre IA), adoptada en 2019 y revisada en 2024, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=%2Fpublic%2Fdb5053b5-93e0-4cf5-a7cf-edce5ee6e893.pdf> (consulta: 8 de julio de 2025)

⁹⁴ GLOBAL PARTNERSHIP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (GPAI), Términos de Referencia, revisados el 22 de noviembre de 2022, disponible en: [https://one.oecd.org/document/GPAI\(2022\)3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/GPAI(2022)3/FINAL/en/pdf) (consulta: 8 de julio de 2025).

⁹⁵ M. FABRI, op. cit., pp. 7–24.

⁹⁶ F. RANISE, “Judicial Reasoning and Algorithmic Constraints in the Age of AI”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial Decision Making and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 3846.

⁹⁷ M. REDORTA VALENCIA, I. ARJONA Y F. APARICIO, “Primeros pasos para la integración de la IA en la justicia española: Actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas”, *NewLaw Pulse (PwC España)*, 18 de abril de 2024, disponible en: <https://www.pwc.es/es/newlaw-pulse/transformacion-legal/primeros-pasos-integracion-ia-justifica-espanola.html> [consulta: 22 de julio de 2025].

⁹⁸ K. HÄRMAND, op.cit., pp. 112.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ R. GHOSHAL, op. cit., pp. 186–194.

¹⁰¹ K. HÄRMAND, op.cit., pp. 111; S. DONATI, op. cit., p. 18.

tas de gestión documental o de transcripción automatizada, podrán operar sin supervisión constante, siempre y cuando cumplan con los estándares de transparencia exigidos en el artículo 50 del RIA.¹⁰²

52. La validación técnica de estos sistemas debe combinar fases de prueba controladas (*sandboxes*) con mecanismos de monitorización continua.¹⁰³ El RIA, en su artículo 26, exige la realización de evaluaciones periódicas de impacto, especialmente para los sistemas de alto riesgo, incluyendo auditorías de sesgos algorítmicos y análisis de cumplimiento ex post. Proyectos, como los ya mencionados *CrossJustice* y *FACILEX*, ilustran la integración de estas prácticas en entornos judiciales reales.¹⁰⁴

53. En definitiva, la armonización internacional de estos protocolos, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, se configura como una condición necesaria para facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales asistidas por IA en el espacio judicial europeo y más allá.¹⁰⁵

3. Revisión de la normativa de Derecho internacional privado

54. A fin de dar adecuada respuesta a los desafíos que suscita la integración de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional, convendría acometer una revisión sistemática de los principales instrumentos del Derecho internacional privado con objeto de evaluar la eficacia transnacional de las resoluciones judiciales automatizadas o asistidas por sistemas de IA.

55. En línea con el principio de neutralidad tecnológica que subyace en el Derecho de la UE, la adaptación a la IA judicial no requiere modificar los Reglamentos europeos sobre reconocimiento de resoluciones (como el Bruselas I-bis), sino aplicar de manera dinámica sus cláusulas existentes, en particular, el orden público (Art. 45) y los derechos de defensa, para evaluar casos concretos donde sistemas algorítmicos puedan comprometer garantías procesales esenciales. Este enfoque se alinea con el modelo basado en el riesgo del RIA: las resoluciones asistidas por IA que materialmente influyan en el resultado del proceso (clasificadas como de alto riesgo en el Anexo III) estarán sujetas a un escrutinio reforzado, mientras que aquellas que solo realicen tareas auxiliares (ej. gestión documental) podrían beneficiarse de un reconocimiento automático, siempre que cumplan estándares de transparencia. Así se evitaría tanto la fragmentación del sistema de cooperación judicial como la inseguridad jurídica derivada de prohibiciones genéricas.¹⁰⁶

56. Asimismo, sería deseable incorporar revisiones análogas en los principales convenios internacionales en materia de cooperación judicial civil, como el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, al objeto de prever expresamente la posibilidad de empleo de tecnologías avanzadas en la práctica probatoria transfronteriza, garantizando su compatibilidad con los principios fundamentales del debido proceso.¹⁰⁷

57. Los instrumentos existentes en materia de Derecho internacional privado deben tomar como referencia tanto el RIA como el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial. Esta orientación resulta esencial para asegurar que los marcos normativos y los principios procesales se alineen con los estándares internacionales más avanzados en materia de ética algorítmica, gobernanza tecnológica y rendición de cuentas.¹⁰⁸ Como ejemplo de la propuesta que aquí avanzamos, instrumentos

¹⁰² T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, op.cit., p. 57.

¹⁰³ M. FABRI, op. cit., pp. 7–24; K. HÄRMAND, op.cit., p. 111.

¹⁰⁴ G. CONTISSA Y G. LASAGNI, op. cit., pp. 99106.

¹⁰⁵ R. GHOSHAL, op. cit., pp. 186–19; J. ERCILLA GARCÍA, “Agentes de Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia española”, *Diario La Ley*, n° 30581, 2024, pp. 22–25.

¹⁰⁶ M. CASAROSA, op. cit., pp. 6773.

¹⁰⁷ K. HÄRMAND, op. cit., p. 114.

¹⁰⁸ S. OYALP, Y I. MENECEUR, “Data Privacy and Protection in AI-Driven Judicial Systems”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial Decision-Making and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 5566.

de *soft law* como las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil ELI/UNIDROIT, que si bien no incorporaron en su versión inicial disposiciones específicas sobre inteligencia artificial, permiten la integración de guías de implementación orientadas a interpretar y adaptar sus principios a la luz de los desarrollos regulatorios más recientes, como el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) y el Convenio Marco del Consejo de Europa.¹⁰⁹ Como ha afirmado la doctrina, esta perspectiva contribuye de manera decisiva a la coherencia y adaptación de los procedimientos judiciales frente a los retos tecnológicos actuales, asegurando que dichas Reglas mantengan su utilidad y flexibilidad como marco de referencia para la armonización procesal en Europa, especialmente en un contexto caracterizado por la creciente presencia de sistemas automatizados y de inteligencia artificial en la justicia civil.

58. En definitiva, la interpretación de los instrumentos internacionales del DIPr a la luz de los avances tecnológicos no constituye únicamente una necesidad técnica, sino una condición indispensable para garantizar la efectividad y legitimidad del sistema de cooperación judicial en un entorno digital.

4. Cooperación internacional en el uso de IA judicial

59. Con el fin de reforzar la confianza en la utilización de sistemas algorítmicos en el ámbito judicial, resultaría, por último, pertinente contemplar la creación de un organismo internacional encargado de supervisar y certificar tecnologías de inteligencia artificial aplicadas a la función jurisdiccional. Este órgano, que podría inspirarse en la estructura y competencias del *European AI Office*, permitiría establecer mecanismos comunes de control y validación técnica.¹¹⁰

60. Del mismo modo, podría valorarse el desarrollo de guías prácticas de alcance global sobre el uso ético y técnico de la inteligencia artificial en el contexto judicial. Tales directrices, fundamentadas en experiencias pioneras como *Money Claim Online*¹¹¹ en el Reino Unido o los sistemas estonios *Salme*¹¹² y *Kratt*,¹¹³ contribuirían a la estandarización de buenas prácticas y al diseño de marcos operativos compartidos.¹¹⁴

61. El intercambio de conocimientos y experiencias a nivel transnacional también se revela como una herramienta de gran utilidad. Este proceso debería garantizar la protección de los datos personales a través de mecanismos efectivos de anonimización, en consonancia con las normas internacionales en materia de privacidad y protección de datos. Las herramientas de asistencia judicial utilizadas en Francia o los procesos de digitalización impulsados en Italia podrían servir como base para esta cooperación técnica, siempre que se aseguren dichas garantías.¹¹⁵

62. Iniciativas internacionales como la ya mencionada *Global Partnership on AI* (GPAI) o los Principios sobre Inteligencia Artificial de la OCDE ofrecerían, en este contexto, un marco adecuado para fomentar prácticas transfronterizas responsables y técnicamente fiables y solventes, que faciliten tanto la interoperabilidad como el reconocimiento de resoluciones judiciales asistidas por IA.¹¹⁶

¹⁰⁹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, op.cit., p. 46.

¹¹⁰ M. FABRI, op. cit., pp. 7-24; K. HÄRMAND, op.cit., p. 111.

¹¹¹ HM COURTS & TRIBUNALS Service, Money Claim Online (MCO), servicio digital para la presentación y gestión de reclamaciones monetarias ante los tribunales civiles de Inglaterra y Gales, disponible en: <https://www.moneyclaim.gov.uk/web/mcol/welcome> (consulta: 8 de julio de 2025).

¹¹² “Introducing Salme, Estonian courts’ speech recognition assistant”, e-Estonia, 2 de febrero de 2022, disponible en: <https://e-estonia.com/introducing-salme-estonian-courts-speech-recognition-assistant> (consulta: 8 de julio de 2025).

¹¹³ GOBIERNO DE ESTONIA, “KrattAI: The AI Strategy of Estonia”, en: <https://kratt.ee/en/> [consulta: 8 de julio de 2025].

¹¹⁴ M. FABRI, op. cit., pp. 7-24; K. HÄRMAND, op.cit., p. 117.

¹¹⁵ L. VERGÈS, Y M. VIAL, “Challenges of AI in Cross-Border Judicial Cooperation”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial DecisionMaking and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 122129; M. SANTOSUOSSO, “Ethical Implications of AI in Judicial Practices”, en *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence, Judicial DecisionMaking and Fundamental Rights*, Roma, Scuola Superiore della Magistratura, 2025, pp. 131138.

¹¹⁶ R. GHOSHAL, op. cit., pp. 186-194.

VI. Conclusiones

63. La incorporación de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la función jurisdiccional, aunque todavía incipiente, plantea ya desafíos relevantes para el Derecho internacional privado, en particular en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales asistidas por tales tecnologías. Si bien estas herramientas pueden mejorar la eficiencia y coherencia de los procesos judiciales, su aplicación exige garantías normativas que aseguren el respeto a principios esenciales del Estado de Derecho.

64. En primer lugar, la intervención algorítmica en la adopción de decisiones judiciales suscita dudas sobre su naturaleza jurídica y validez procesal, especialmente cuando los sistemas utilizados presentan opacidad, carecen de trazabilidad o no permiten identificar claramente la atribución jurisdiccional de la resolución. Tales deficiencias comprometen principios como la motivación, la independencia judicial, la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa, y pueden constituir obstáculos al reconocimiento internacional de dichas resoluciones.

65. En segundo lugar, el marco normativo actualmente vigente, particularmente los Reglamentos Bruselas I bis y Bruselas II ter, así como los convenios internacionales y la Ley 29/2015, no contempla de forma específica las peculiaridades de las decisiones judiciales con intervención de IA. Aunque ofrecen un modelo funcional basado en la confianza mutua y el reconocimiento automático, la incorporación de elementos algorítmicos introduce tensiones en la aplicación de las cláusulas de orden público y protección del debido proceso, que pueden justificar la denegación del reconocimiento en casos concretos.

66. En tercer lugar, la ausencia de estándares técnicos y éticos armonizados a nivel internacional, unida a la fragmentación regulatoria entre jurisdicciones, dificulta la interoperabilidad de los sistemas de IA y agrava la incertidumbre jurídica en el ámbito del reconocimiento transfronterizo. Esta situación exige una respuesta coordinada, tanto a nivel europeo como global.

67. Por ello, proponemos avanzar en cuatro líneas fundamentales:

- a) La armonización de estándares internacionales en materia de transparencia, certificación técnica y protección de datos, con base en el RIA y complementada con iniciativas como los Principios de la OCDE y el GPAI;
- b) La incorporación de protocolos específicos que exijan supervisión humana y garanticen la auditabilidad de los sistemas utilizados;
- c) La revisión de la interpretación de los Reglamentos europeos, instrumentos internacionales o nacionales (L 29/2015) existentes, o incluso la actualización de algunos convenios de La Haya, para prever expresamente la intervención tecnológica en la función jurisdiccional; y
- d) El fortalecimiento de la cooperación internacional mediante la creación de organismos especializados, el intercambio de buenas prácticas y la consolidación de marcos normativos interoperables.

68. En definitiva, la integración de la inteligencia artificial en la justicia debe realizarse sin menoscabo de los principios rectores del proceso, exigiendo un equilibrio entre la innovación tecnológica y las garantías jurídicas. Solo así será posible asegurar la legitimidad, eficacia y reconocimiento de las resoluciones judiciales en un entorno cada vez más digitalizado y transnacional.

El principio de calificación jurídica y sus límites en el ámbito tributario al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The principle of legal characterization and its boundaries in tax law in light of the case law of the Court of Justice of the European Union

DANIEL E. MÁRQUEZ LASSO

Director del área de Derecho Privado de la Universidad Internacional de la Rioja

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

Abogado – Socio Director Stellvest tax legal advisory

Recibido:20.07.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9886

Resumen: El principio de calificación se configura como una facultad de la Administración *ex lege* que le permite determinar la existencia del verdadero hecho imponible y su concreción, con independencia de la forma o la denominación que las partes le hubieran dado. Dado que la calificación consiste en una operación esencialmente interpretativa, configurada como una institución claramente antielusiva, no debemos olvidar que la influencia del Derecho de la Unión Europea en este ámbito constituye, precisamente, la delimitación de este tipo de normas, por lo que la calificación se vislumbra como una potestad sometida, entre otros, a los principios de la hermenéutica jurídica y que, además, viene condicionada por una serie de límites que impiden, precisamente, su uso abusivo.

Palabras clave: Calificación tributaria, simulación, conflicto, abuso del Derecho, motivos económicos válidos.

Abstract: The principle of legal characterization is established as an *ex lege* power of the Tax Administration, enabling it to determine the existence and precise configuration of the actual taxable event, irrespective of the form or designation assigned to it by the parties. Since characterization entails an essential interpretative operation and constitutes a clearly anti-avoidance legal mechanism, it must be borne in mind that the influence of European Union law in this area lies precisely in delimiting the scope of such provisions. Accordingly, legal characterization is to be understood as a power subject, inter alia, to the principles of legal hermeneutics and further constrained by a set of limits specifically intended to preclude its abusive application.

Keywords: Legal characterization, sham, antiabuse rule, abuse of law, business purpose test.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de calificación jurídica en el ámbito tributario. 1. Antecedentes. 2. El instituto de la calificación jurídico-tributaria y la elusión fiscal: criterios para distinguir economía de opción, elusión, conflicto, simulación y abuso. A. Economía de opción y elusión fiscal. B. Conflicto en aplicación de la norma y simulación. C. El abuso del Derecho. III. La exigencia de motivación administrativa en la calificación de negocios jurídicos.

1. Tal y como establece la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2025, «el principio de calificación se enmarca en las facultades que el ordenamiento tributario ofrece a la Admi-

nistración para exigir el tributo al sujeto pasivo cualquiera que sea la forma o denominación que hubiera utilizado. El principio de calificación se configura como una facultad de la Administración que la ley le atribuye, y le permite, a efectos tributarios, determinar la existencia del verdadero hecho imponible y su concreción, con independencia de la forma o denominación que las partes le hubieran dado (SSTS de 26 de mayo de 2016, rec. cas. 60/2015 y de 12 de julio de 2016, rec. cas. 1272/2015). Como señala la STC 65/2020, de 18 de junio, la calificación consiste en analizar si un determinado supuesto real (hecho, acto o negocio jurídico realizado) encaja en el supuesto normativo abstracto y, si el resultado es positivo, en subsumir aquel en este. Se trata pues de una operación esencialmente interpretativa (...) Esta facultad que el ordenamiento tributario ofrece a la Administración no está exenta de límites, puesto que corresponde determinar a la jurisdicción ordinaria, y sin perjuicio, asimismo, del control por parte de los tribunales de justicia, el adecuado control acerca del ejercicio de la indicada potestad de calificación (STS de 2 de marzo de 2006, rec. cas. 401/2003). Efectivamente, la potestad de calificación corresponde a la Administración, eso sí, sometida a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa» (sentencia de 22 de marzo de 2012, rec. cas. 2975/2008). La calificación ha de concebirse como operación estrictamente jurídica, realizada mediante criterios igualmente jurídicos, reveladores de la verdadera naturaleza que desde esa misma perspectiva tienen los hechos que se presentan en la realidad, para que pueda decirse, que el mecanismo de la calificación se ha utilizado adecuadamente (sentencia de 13 de enero de 2011, rec. 1451/2006)».

2. En tal sentido, la sentencia de 29 de abril de 2025, afirma que «tomando como punto de partida la esencial STS de 2 de julio de 2020 (casación núm. 1433/2018) que niega la posibilidad de la Administración de recalificar rentas al amparo del art. 13. (FD. 4º), no es posible, con sustento en el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que la Inspección de los tributos pueda desconocer actividades económicas formalmente declaradas por personas físicas, atribuir las rentas obtenidas (...), y, finalmente, recalificarlas», exponiendo que «(...) no es necesario efectuar especiales esfuerzos dialécticos para colegir que una actividad de esa naturaleza es algo más que una simple calificación de los hechos, actos o negocios realizados conforme a su verdadera naturaleza, aunque solo sea porque el acuerdo de liquidación (y la propia resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional que lo convalida, así como la sentencia recurrida que lo reproduce) incorpora expresiones incompatibles con tan genérica potestad, como, por ejemplo, la de estar en presenciade aparentes empresarios individuales o la existencia de empresas artificioosamente creadas (...) o la finalidad constatada de aliviar la carga tributaria que debería soportar aquella entidad.

Las instituciones no han sido creadas por el legislador de manera gratuita y, desde luego, no han sido puestas a disposición de los servidores públicos de manera libre o discrecional, sino solo en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en cada una de ellas. No son, en definitiva, intercambiables. Pretender que la calificación tributaria permite una actuación como la que nos ocupa sería tanto como otorgar al precepto contenido en el artículo 13 de la Ley General Tributaria un poder expansivo incompatible con el resto de la regulación legal, pues haría innecesaria la presencia de otras figuras, como el conflicto en la aplicación de la norma o la simulación. Dicho de otro modo, la Administración no necesitaría incoar los procedimientos previstos en los artículos 15 y 16 de la Ley General Tributaria prácticamente en ningún caso, pues le bastaría con calificar las situaciones de hecho que encontrara en la práctica y ajustarlas a la legalidad, aplicando la normativa correspondiente, pues su potestad calificadora (recordemos, solo de los actos, hechos o negocios) sería prácticamente absoluta y omnicompreensiva de cualquiera situación imaginable».

3. Por tanto, y aunque es indudable que la posibilidad legal de calificación que el artículo 13 de la vigente Ley General Tributaria otorga a la Administración se configura como una institución claramente antielusiva, es también indubitado que la misma no solo se contempla como una potestad sometida, entre otros, a los principios de la hermenéutica jurídica, sino que, además, viene condicionada por una serie de límites que impiden, precisamente, su uso abusivo.

4. Pocos problemas debería suscitar la calificación en los supuestos de simulación, debido a que ésta supone la mera creación de una ficción cuya única finalidad es ocultar una realidad con determinada

trascendencia tributaria. Sin embargo, el conflicto en la aplicación de la norma – y el abuso del Derecho en materia tributaria – suponen un mayor grado de complejidad, pues la forma o denominación que las partes le hubieran dado a la situación de hecho susceptible de imposición encuentra amparo en una norma, o serie de normas, de aplicación.

5. De ahí que la redacción del artículo 15 de la Ley General Tributaria exprese que se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible, o se minore la base o la deuda tributaria, como primer elemento indiciario de existencia de elusión. No obstante, lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado meridianamente claro que la mera obtención de una ventaja fiscal no constituye, por sí solo, una elusión fiscal (expresado en términos de abuso del Derecho)¹, sino que la cuestión radica en determinar si la actuación de las partes tiene *como única finalidad* la obtención de una ventaja tributaria que es, además, consecuencia directa de dicha actuación.

6. Para ello, el Tribunal ha ido construyendo en sus pronunciamientos un *business purpose test* que exige que la Administración tributaria realice, a la luz de todos los hechos y circunstancias, un análisis preciso para determinar si el objetivo principal de una estructura o de una operación es la obtención de una ventaja fiscal, lo cual determinaría, por sí solo, la intención subjetiva (propósito principal) de los actores².

II. El principio de calificación jurídica en el ámbito tributario

1. Antecedentes

7. De conformidad con el artículo 12 de la Ley General Tributaria, la interpretación de las normas tributarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 3.1 del Código Civil, que señala que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. En tal sentido, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, mientras que la lógica de la necesidad de interpretación nos indica que, si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas (art. 1281 del Código Civil), y que, para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato (art. 1282 del Código Civil), siendo que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar (art. 1283 del Código Civil).

8. Por su lado, el artículo 13 de la Ley General Tributaria establece que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez³.

¹ En tal sentido, véase SSTJUE 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Bélgica*, C- 478/98, ECLI:EU:C:2000:497, apartado 45; 21 de noviembre de 2001, *X e Y*, C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704, apartado 62; 4 de marzo de 2004, *Comisión/Francia*, C-334/02, ECLI:EU:C:2004:129, apartado 27; 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, apartado 50.

² STJUE 22 de diciembre de 2010, *Weald Leasing*, C-103/09, ECLI:EU:C:2010:804, apartado 30: (ap. 30): Debe también desprenderse de diversos factores objetivos que el objetivo esencial de las operaciones de que se trate sea obtener una ventaja fiscal”.

³ Manteniendo con su redacción una línea continuista con el artículo 25 de la derogada Ley 230/1963, cuya literalidad exponía que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible. Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez. Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para

9. Esto supone atribuir a la Administración una facultad de calificación a los fines de establecimiento y exigencia de los tributos sin prejuzgar su naturaleza civil, lo cual, en todo caso, no supone otorgar a dicha facultad un poder expansivo que resultara incompatible con el resto de la regulación legal, pues haría innecesaria la presencia de otras figuras, como el conflicto en la aplicación de la norma o la simulación (sentencia de 2 de marzo de 2006, rec. cas. 401/2003).

2. El instituto de la calificación jurídico-tributaria y la elusión fiscal: criterios para distinguir economía de opción, elusión, conflicto, simulación y abuso

10. Tal y como expone, de manera brillante, GARCÍA FREIRÍA, «frente a la diversidad de estudios doctrinales que en el ámbito tributario se han ocupado del instituto de la interpretación, no resulta posible afirmar lo propio con la figura de la calificación. El foco de atención ha recaído durante décadas en el estudio de las posibles especificidades de la interpretación en el campo tributario, así como de las reglas hermenéuticas que orientan el proceso interpretativo; desarrollándose una profusa literatura sobre dicho instituto que ha conducido a la aparición de una gran variedad de corrientes doctrinales, a veces abiertamente opuestas en sus planteamientos. El escaso interés suscitado por la calificación tributaria no es más que un reflejo de la forma en que dicha figura se ha entendido por una gran parte de nuestra doctrina desde sus inicios.

Así, en sus comienzos, la calificación como operación intelectual se ha entendido como parte del proceso más amplio de interpretación, careciendo la primera de autonomía y sustantividad propia a efectos de su consideración como objeto de estudio independiente y diferenciado. Pocos han sido los autores que en nuestro derecho tributario interno se han ocupado de delimitar el instituto de la calificación. No se ha prestado apenas atención por la doctrina tanto al estudio de la naturaleza de esta figura, ni a sus efectos jurídicos, así como tampoco a la idoneidad de su configuración jurídica por parte del legislador tributario. Y, sin embargo, no han sido pocos los conflictos que se han generado donde la calificación tributaria ha desempeñado un papel de gran relevancia, siendo el objeto principal de la polémica»⁴.

11. Efectivamente, y tal y como anticipábamos, son ya múltiples los pronunciamientos en nuestra jurisprudencia en los que advierte que la Administración tributaria no puede, con ocasión de la comprobación o inspección, sin acudir, según proceda, a lo previsto en los artículos 15 o 16 de la Ley General Tributaria, entender que lo efectivamente realizado es algo distinto delo declarado por el obligado tributario, es decir, considerar como real una actividad diferente a la que tiene lugar y extraer las consecuencias fiscales inherentes a la esa nueva realidad sin las garantías y el procedimiento legalmente derivados de los artículos 15 y 16 de la norma tributaria invocada. Cuando la administración ha calificado como artificiales determinadas manifestaciones es condición *sine qua non* invocar, en el acto de liquidación, la declaración formal y expresa, según corresponda, del conflicto en la aplicación de la norma del artículo 15 de la Ley General Tributaria o de la simulación del artículo 16 del mismo cuerpo legal, de manera que, si no se obrase de ese modo por la Administración, nos encontraríamos ante una irregularidad invalidante⁵.

A. Economía de opción y elusión fiscal

12. Una primera premisa que emerge al abordar terminológicamente la noción de elusión fiscal y sus distintas proyecciones es que su examen puede inducir a considerar que las diferencias entre tales categorías carecen, en determinados planos, de una relevancia sustantiva, toda vez que, con independen-

calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y las relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las normas jurídicas que se utilicen.

⁴ M. GARCÍA FREIRÍA: “La calificación jurídica en el Derecho tributario”, Marcial Pons, 2024.

⁵ STS 5 de mayo de 2025, ROJ 1931/2015.

cia del mecanismo empleado para reducir la carga tributaria, el efecto práctico perseguido es idéntico: para el sujeto pasivo, la tributación se presenta como un coste directo sobre el beneficio empresarial o patrimonial, frente al cual existe una inclinación natural a minimizar su impacto mediante el empleo de técnicas legalmente disponibles.

13. No obstante, cualquier estrategia orientada en esa dirección se despliega necesariamente en un terreno de frontera, en el que cabe distinguir entre, de un lado, actuaciones enteramente lícitas, amparadas por el principio de economía de opción, y, de otro, conductas que derivan hacia dos formas típicas de ilicitud: la primera, en la que la actuación se adecua formalmente al texto legal (*secundum legem*) pero contraviene su finalidad o espíritu (*contra legem* en su sustancia); y la segunda, en la que concurren simultáneamente elementos formales y sustanciales de antijuridicidad (totalmente *contra legem*). En este sentido, la doctrina clásica ha tendido a trazar una clasificación tripartita entre: (i) infracciones directas de la norma (violaciones frontales de su letra y espíritu); (ii) infracciones indirectas u oblicuas (que respetan la literalidad de la norma, pero vulneran su finalidad); y (iii) actuaciones conformes tanto al tenor literal como al propósito normativo.

14. Esta tipología, sin embargo, ha sido objeto de crítica en base a dos en dos argumentos: la ausencia de consenso doctrinal en torno al contenido y límites de los conceptos empleados en la clasificación tradicional y la conveniencia de prescindir del recurso a una noción tan resbaladiza como la ilicitud *in natura* en el ámbito del Derecho tributario⁶.

15. En efecto, la ambigüedad semántica ha sido una constante en el tratamiento de los conceptos de elusión fiscal, abuso del Derecho, fraude y evasión, los cuales han sido utilizados en ocasiones con carácter indistinto, como si resultaran solapables o incluso intercambiables en su significación.

16. Tal es la disparidad terminológica, que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha constatado que las nociones de evasión fiscal, fraude fiscal y abuso del Derecho tributario presentan divergencias sustanciales entre los distintos Estados miembros, reflejándose esa asimetría en su jurisprudencia, la cual fluctúa en función del marco normativo aplicable y de las libertades fundamentales comprometidas en relación con las disposiciones de las Directivas de la Unión.

17. El Tribunal, en sus pronunciamientos, ha empleado una terminología dispar – elusión (*avoidance*)⁷, fraude⁸, evasión⁹ o, respecto del abuso del Derecho¹⁰, llegando a asimilarlo con el concepto de prácticas fraudulentas¹¹ – y ha llegado a equiparar, en algunos contextos, la noción de abuso con la de fraude.

18. En cualquier caso, es doctrina asentada que la delimitación del hecho imponible exige tomar como base los actos y negocios jurídicos, fundamentalmente de Derecho privado, en cuanto manifestaciones de capacidad económica sometidas a gravamen.

19. En este sentido, se reconoce explícitamente que los obligados tributarios gozan de plena libertad para estructurar su actividad económica y adoptar decisiones conforme a su interés, incluso eligiendo la vía jurídicamente más eficiente desde el punto de vista fiscal, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre que dicha elección no suponga desnaturalizar las formas jurídicas utilizadas ni pervertir su finalidad económica y jurídica.

⁶ G. MARÍN BENÍTEZ: “¿Es lícita la planificación fiscal?”, Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pág. 44.

⁷ STJUE 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

⁸ STJUE 12 de julio de 1988, *Direct Cosmetic y otros*, 138/86 y 139/86, ECLI:EU:C:1988:383.

⁹ STJUE 17 de julio de 1997, *Leur-Blomen*, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369.

¹⁰ STJUE 12 de marzo de 1996, *Pafitis y otros*, C-441/93, ECLI:EU:C:1997:369.

¹¹ STJUE 2 de mayo de 1996, *Paletta*, C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182.

20. En el ordenamiento jurídico anglosajón este principio de autonomía de la voluntad se relaciona con el principio *Westminster*, en tanto que *cada hombre tiene el derecho de ordenar sus asuntos, si es que puede, de la manera que le sea más conveniente para que la cantidad a pagar al Fisco sea la menor posible*.

21. En dicha línea, al incorporarse al ordenamiento jurídico español la expresión economía de opción, como representativa de las múltiples posibilidades abiertas a los contribuyentes para configurar sus relaciones económicas y jurídicas de la manera que a éstos le resulte fiscalmente menos onerosa¹², se hizo desde el punto de mira del ejercicio de la autonomía privada al servicio de una planificación fiscal eficiente, de la que resulte en una menor carga tributaria dentro del marco legal vigente.

22. Por tanto, puede afirmarse que la planificación fiscal es toda forma de optimización, respecto de la utilización de las disposiciones legales existentes, que tiene como objetivo la reducción de las cargas fiscales, su diferimiento en el tiempo e, incluso, su eliminación total¹³ siempre dentro de la más estricta legalidad, aunque resulta necesario reconocer la dificultad que presenta determinar la formulación negativa de sus límites, en constante tensión con los del conflicto en la aplicación de la norma y las diversas modalidades de negocios anómalos, y, más aún, la precisión, en positivo, de su contenido y alcance.

23. La construcción de dicha formulación por parte del Tribunal Supremo, tanto en su contenido positivo como en su delimitación negativa, se pone de manifiesto al afirmar que la economía de opción se configura en base a dos nociones: una noción clásica, entendida como el ofrecimiento explícito por el ordenamiento de fórmulas jurídicas igualmente válidas y que comprende los supuestos en los que la norma ofrece expresamente al sujeto pasivo diversas alternativas para la elección de la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de la posibilidad de configuración jurídica. Ésta se identifica con las llamadas opciones fiscales, que suponen un derecho concedido por la ley al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen tributario aplicable. Por otro lado, se identifica con el contenido integrado por los supuestos en los que las alternativas aparecen de modo implícito en la norma¹⁴.

24. Evidentemente, la economía de opción explícita no supone problema alguno en su aplicación, e, incluso, en su distinción con otras figuras que podamos calificar como afines, no siendo así con la considerada como implícita, cuya delimitación y alcance resulta más complicado.

25. En este sentido, es necesario hacer referencia a una cuestión que, a nuestro juicio, resulta esencial, que no es otra que la posibilidad de considerar la economía de opción y, por ende, la planificación fiscal, como un auténtico derecho subjetivo del obligado tributario que le otorga la capacidad de elegir la organización de sus intereses económicos de forma que su obligación tributaria sea menor. Esta postura resultaría avalada por el Tribunal Supremo al afirmar que «la economía de opción concurre en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas»¹⁵.

26. Sin embargo, diferentes autores discuten que la economía de opción pueda ser constitutiva de un derecho subjetivo, al entender que la posibilidad que tienen los contribuyentes de elegir la forma jurídica para sus negocios que confluya en una obligación tributaria menor constituye, únicamente, la consecuencia natural de que el sistema tributario anude consecuencias tributarias a determinados hechos

¹² J. PONT CLEMENTE: “La economía de opción”, en Informes AEDAF, núm. 6, febrero 2002, pág. 1.

¹³ J. RUBIO GUERRERO: “Cauces de evasión fiscal y planificación fiscal internacional: procedimientos de actuación en esquemas básicos”, en S. MORENO GONZÁLEZ. y M. COLLADO YURRITA (Dir.): Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria, Colex, Madrid, 2005, pág. 687.

¹⁴ STS 30 de mayo de 2011, ROJ 4147/2011.

¹⁵ STS 23 de Febrero de 2012, ROJ 1175/2012.

jurídicos, siendo así que la economía de opción no es más que la utilización de opciones fiscales allí donde éstas existan.

27. Para el caso de normas tributarias con fines estrictamente fiscales, lo anterior constituye la excepción, pues los contribuyentes no pueden elegir la carga tributaria haciendo abstracción de la capacidad económica que se ha demostrado con el negocio o actividad llevada a cabo¹⁶.

28. A nuestro entender, la economía de opción es ineludible, está en la ley y en la aplicación correcta de la misma, extrae sus ventajas para el contrato en curso y supone crear situaciones de ventaja cuyas alternativas ofrece el ordenamiento jurídico.

29. El ahorro fiscal no encaja en imperfección alguna, siendo un elemento del contrato ideal¹⁷, por lo que sostenemos la tesis de que la economía de opción, *stricto sensu*, constituye un auténtico derecho subjetivo del obligado tributario, siempre que no traspase los límites de la licitud en su comportamiento. La problemática queda en evidencia, por tanto, en el momento en que se pretende determinar qué operaciones deben entenderse como elusivas y, por tanto, deben ser rechazadas, y cuáles deben entenderse implícitas en la planificación fiscal y, por tanto, pueden considerarse aceptables.

30. Esta problemática no ha hecho sino acrecentar no solo la confusión terminológica entre economía de opción y planificación fiscal, planteándola como términos aislados entre sí, sino que ha llevado a determinados autores incluso a expresar una identidad conceptual entre planificación y elusión fiscal, fundamentalmente en un plano internacional, lo cual nos parece, a nuestro juicio, totalmente desafortunado.

31. Una posición relativamente fácil reduciría su legitimidad exclusivamente a aquellas actuaciones que están expresamente contempladas en la legislación, dejando las actuaciones *provocadas* por el obligado tributario en base al aprovechamiento de las opciones implícitas que le permite la ley fuera de este ámbito, pudiéndose defender la teoría de que todo aquello que no esté expresamente permitido por la ley está implícitamente prohibido por ella. Este tipo de conductas, que en principio se apartan del espíritu de la ley, no son ilegítimas *per se* al no ir más allá de obtener un beneficio fiscal como consecuencia de las alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico en cuanto a la sujeción de los hechos, actos o negocios, a gravamen.

32. Por tanto, el problema se suscita cuando la opción ejercitada por el sujeto pasivo no está expresamente recogida en la normativa, y cuya posible consecuencia, siempre en un estricto ámbito interpretativo, es un resultado no esperado por el legislador.

33. Efectivamente, no han sido pocos los pronunciamientos jurisprudenciales que ponen con fuerza el énfasis en el espíritu de la ley fiscal evitada, aunque lo sea mediante una posibilidad negocial lícita o *economía de opción indeseable*¹⁸, lo que deja un muy escaso margen de reconocimiento a las economías de opción implícitas, y a la planificación fiscal *stricto sensu*, al entenderse que existen conductas o negocios que, aunque lícitos y típicos en el Derecho privado, resultan fiscalmente antijurídicos, en tanto que se utilizan, según una interpretación restrictiva, para defraudar el propósito del legislador fiscal.

34. La antes citada sentencia de 30 de mayo de 2011 deja meridianamente claro que, en ningún caso, puede entenderse que la economía de opción atribuya al obligado tributario la facultad de configurar

¹⁶ V. RUIZ ALMENDRAL y G. SEITZ: "El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)", en Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 257-258, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, pág. 10.

¹⁷ T. ROSEMBUJ: "El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario", Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1999, págs. 69 a 72.

¹⁸ STC 17 de febrero de 2000, ROJ 46/2000.

negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal sin motivos económicos válidos y con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria, por lo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los negocios jurídicos anómalos, que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. El motivo económico válido se convierte en test para la apreciación de la economía de opción, aunque la distinción conceptual expuesta de las distintas categorías jurídicas que delimitan externamente, en negativo, la economía de opción no evita las dificultades que presenta su aplicación práctica.

35. Como consecuencia de lo anterior, en la economía de opción se parte de la capacidad de elección entre diversas alternativas jurídicas lícitas en función de su menor carga fiscal, pero no solo en función de esta consideración fiscal, sino que también ha de concurrir otro efecto jurídico o económico relevante, que no es otro que la existencia de un motivo económico válido. Cuando nos alejamos de ese plano entramos, sin duda alguna, en el terreno de la elusión, cuya primera acepción mayoritaria consiste en que no se produce una vulneración directa de norma imperativa alguna, siendo la actuación del sujeto estrictamente legal, aunque distante del espíritu de la norma que lo ampara, ya que el beneficio fiscal es obtenido mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas. La elusión será, por consiguiente, un resultado al que se puede llegar distorsionando la actividad negocial, a través de la búsqueda de instrumentos lícitos cuyo objetivo sea evitar, o minorar, la carga tributaria, pero con plena observancia de las normas positivas, al menos, en su aspecto formal.

36. En el seno de la Unión Europea¹⁹ se define la elusión fiscal como aquella actuación del sujeto, en la organización y disposición de sus intereses económicos, tendente a la reducción de sus obligaciones tributarias mediante la utilización de estructuras formalmente conformes con la legalidad estrictamente jurídica en general, aunque en contradicción con la intención de la ley que pretende seguir.

37. En el ordenamiento jurídico alemán²⁰, por su lado, se garantiza la imposición efectiva sobre la base de un hecho que dé lugar a la recaudación del impuesto obligatorio, incluso si el contribuyente escoge una situación jurídica atípica que no cae directamente bajo el ámbito de la ley²¹, a tenor del artículo 42 del Código Tributario.

38. El acervo alemán no lo identifica literalmente con el concepto de elusión fiscal, sino que lo asimila al concepto de abuso del Derecho, lo que no hace sino corroborar el uso asimétrico de los mismos en los diferentes ordenamientos, tal y como sucede también en el ordenamiento jurídico francés²².

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA: Documento de trabajo de 6 de diciembre de 2012, SWD (2012) 403 final, cit.

²⁰ Abgabenordnung (AO) § 42 Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten: (1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. (2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

²¹ M. LEHNER: "Elusión fiscal / Evasión fiscal", en Cahiers de Droit Fiscal International, Studies on International Fiscal Law, Association Fiscal e Internationale (IFA), Volume LXVIII a, Rotterdam, 1983.

²² RAPPORT DU SYNDICAT NATIONAL SOLIDAIRES FINANCES PUBLIQUES: Evasions et fraudes fiscales, contrôle fiscal, 2013: «Il existe un autre terme permettant de définir une opération légale effectuée pour payer moins d'impôts ; l'optimisation. En général, une optimisation est légale, l'évasion consistant à utiliser les mécanismes légaux et/ou illégaux dans le seul but d'éluider l'impôt. Certes, en théorie, la limite juridique entre le légal et l'illégal se situe au niveau de l'abus de droit, qui consiste à utiliser les mécanismes légaux dans le seul but d'éluider l'impôt. Il incombe alors à l'administration de prouver qu'il y a abus de droit. Or, l'administration n'a la possibilité de prouver qu'il y a abus de droit que dans une minorité de cas. On ne peut donc pas valablement s'appuyer sur cette notion pour arrêter la limite qu'il y a entre optimisation et évasion».

En el ordenamiento anglosajón no existe una cláusula general antielusión establecida en un texto legal, sino un conjunto de reacciones judiciales, producidas mediante diversas decisiones, que han creado un cuerpo de doctrina en relación con esta cuestión²³, al igual que sucede en el ordenamiento norteamericano, en donde las doctrinas antielusivas han sido creadas como auténticos instrumentos de política que afectan a la elasticidad y eficiencia del sistema tributario. En este último caso, se ha dado un paso adelante en la codificación de la doctrina antielusiva norteamericana a través de la *Section 7701(o) by section 1409 of the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*²⁴.

39. En definitiva, lo que resulta incontestable, por común, es que el elemento clave para determinar la licitud o ilicitud de las posibilidades derivadas de la libertad de configuración negocial con la finalidad de obtener una ventaja, o ahorro fiscal, no es otro que la causa del negocio jurídico, es decir, la utilización de tipos negociales para fines distintos de aquellos que justifican la protección del ordenamiento jurídico.

40. La diferencia entre economía de opción y planificación fiscal, frente a la elusión, radica, en consecuencia con lo anterior, en que la primera no atenta a lo querido por el *espíritu de la ley* en tanto que sí atenta el *fraus legis*, entendiéndose que «para el tratamiento de la utilización de creaciones jurídicas que permiten conseguir los resultados deseados con una menor tributación que la de los actos o negocios jurídicos usuales que son los específicamente contemplados por las normas tributarias, se utilizan tres categorías dogmáticas: la elusión fiscal que no infringe la ley tributaria pero soslaya su aplicación; la evasión fiscal que vulnera directamente dicha ley; y la economía de opción que supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas la que representa una menor carga fiscal. De esta manera, puede señalarse que, en la elusión, a diferencia de lo que sucede en la economía de opción, el ordenamiento jurídico quiere que la tributación tenga lugar, aunque se utilicen actos o negocios jurídicos válidos no contemplados formalmente en la norma como presupuestos de la imposición.

41. Así, para evitar la elusión fiscal se utilizan diversas categorías jurídicas que pueden agruparse en torno a dos tradiciones diversas: la que responde a la figura del fraude de ley, en su configuración clásica privatista o en su formulación específicamente tributaria; y la que utiliza cláusulas antielusión, generales o específicas y, con carácter complementario, se utiliza también la doctrina del levantamiento del velo y la de la transparencia fiscal»²⁵. Y, en el sentido antes expuesto, efectivamente podemos encontrar dos de las manifestaciones más severas de la elusión fiscal, en el Derecho español, en el denominado conflicto en la aplicación de la norma (anteriormente fraude de ley tributaria) y la simulación.

B. Conflicto en aplicación de la norma y simulación

42. El conflicto en la aplicación de la norma tributaria se caracteriza porque, a través de una conducta artificiosa, pero con apariencia de legalidad, se elude la realización del hecho imponible, teniendo como elemento esencial el que no se produce una vulneración directa de norma alguna y que la conducta

²³ F. PEREZ ROYO: “La doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)”, cit., pág. 2: «El punto de partida de esta reacción judicial es el caso *Ramsay*, resuelto en 1981 y que es el que da nombre a la que podríamos denominar doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal, hablándose, a este respecto, de la *Ramsay Doctrine*, *Ramsay Principle* o del *Ramsay Approach*».

²⁴ J. ROBERTSON, et al: “Codification of the Economic Substance Doctrine” en *Journal of Business Administration Online*, vol. 9, núm. 2, 2010: «The Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 (Public Law No. 111-152) contains numerous tax provisions. One of these provisions (Act Section 1409) contains the codification of the Economic Substance Doctrine. This doctrine has been used since the Gregory case in 1935 (*Gregory v. Helvering*) to deny tax benefits when it is determined that no “economic substance” exists in a particular transaction apart from federal tax considerations. However, there has been some definitional split among the circuits as to exactly what constitutes economic substance. The Treasury Department has argued for codification of the economic substance doctrine for years and Newly adopted Section 7701(o)(1) requires a conjunctive test for determining if a transaction has economic substance».

²⁵ STS 17 de marzo de 2014, ROJ 1060/2014.

desplegada es, en apariencia, conforme a una norma de cobertura pero que produce un resultado contrario a otra, otras, o al orden jurídico en su conjunto (norma defraudada)²⁶. Se trata, por tanto, de aquella actuación del contribuyente que origina un resultado contrario a una norma jurídica y que se ha amparado en otra norma dictada con distinta finalidad, pudiendo darse que, paradójicamente, en determinados supuestos la norma de cobertura sea, precisamente, la ausencia de normas que regulen el acto realizado. Esta figura responde en principio a la noción general del artículo 6, apartado 4, del Código Civil, el cual afirma que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir²⁷.

43. En el ordenamiento de la Unión Europea, «no existe un concepto positivo de conflicto en la aplicación de la norma (fraude a la ley tributaria), si bien el TJCE lo ha ido elaborando a lo largo de los años, aunque con contornos aún difusos y cuya doctrina sólo puede comprenderse adecuadamente si se tiene en cuenta que cada elemento de la normativa antiabuso tributaria nacional debe estar definido de manera coherente, o alineada, con las libertades fundamentales.

44. Teniendo en cuenta que la mayor parte de las veces una operación o transacción llevada a cabo en ejercicio de las libertades no podrá ser considerada en fraude, es posible apreciar una tendencia de interpretación de las normas generales antiabuso en coherencia con los parámetros sentados por el TJCE estableciéndose, en particular, un umbral del concepto en torno al *business purpose* a la hora de calificar un supuesto de fraude a la ley tributaria²⁸, tal y como puede entenderse de la propia definición que contiene el actual artículo 15 de la Ley General Tributaria²⁹, al referirse a los actos artificiosos o impropios.

45. Afirmar que «un acto o negocio es impropio implica un juicio de frecuencia. Contraponiendo el anterior adverbio *frecuentemente*, predicable de lo usual, con el *notoriamente* impropio del artículo 15 no es difícil vislumbrar el vacío al que podemos dirigirnos, pues no se olvide que la conjunción disyuntiva usada — *impropio, propio* — permite la aplicación de la cláusula sobre la sola base de lo inusual³⁰.

46. Habrá que acudir, por tanto, al test denominado *juicio de propiedad* para deducir si la fórmula negocial sometida a consideración ha sido la adecuada para la obtención del fin pretendido, lo que supone que, «al emplear el término negocio impropio, la Ley 58/2003 está admitiendo que para la producción de determinados efectos jurídicos económicos el ordenamiento establece unos negocios jurídicos estándar y típicos. Ello supone elevar a elemento esencial del negocio el control jurídico que la causa típica imprime sobre la validez de los fines a los que se destina cada concreto acto o negocio.

47. Por lo tanto la Administración tributaria, para determinar si un concreto negocio jurídico puede dar lugar a la aplicación del artículo regulador del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, esto es, si ha sido utilizado abusivamente por los particulares para eludir la realización del hecho imponible o para obtener alguna ventaja fiscal, se verá obligada a averiguar si el acto o negocio típico

²⁶ STS 20 de septiembre de 2012, ROJ 6618/2012.

²⁷ I. CLEMENTE CASAS: “El fraude de ley tributaria no constituye Delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño: la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone a la tesis del Tribunal Supremo”, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 12, 2005.

²⁸ V. RUIZ ALMENDRAL: “El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general antifraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario”, Ed. Thompson, Pamplona, 2006.

²⁹ Artículo 15, Conflicto en la aplicación de la norma tributaria: 1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente *artificiosos o impropios* para la consecución del resultado obtenido; b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

³⁰ J. LÓPEZ TELLO: “La «cláusula antiabuso» del Anteproyecto de nueva Ley General Tributaria”, en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 5, 2003, pág. 49.

realizado persigue los fines socio-económicos que son propios del mismo, esto es, los fines prácticos protegidos por el ordenamiento jurídico a través del elemento esencial del negocio jurídico que es la causa»³¹, por lo que el juicio de propiedad puede ser también un juicio de causa³².

48. La simulación, por su lado, supone la creación de una realidad jurídica aparente que oculta, o bien una realidad jurídica diferente (simulación relativa), o bien la inexistencia de un hecho o negocio jurídico (simulación absoluta) conforme al artículo 16 de la Ley 17/2003.

49. Determinado sector doctrinal afirma que dos figuras tan nítidamente diferenciadas en el plano teórico se superponen en la aplicación práctica, difuminando sus respectivos contornos hasta el punto de hacerlos casi inaprehensibles, afirmándose que «técnicamente el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, realizados al amparo de una determinada normativa (de cobertura) que no los protege suficientemente, por lo que debe aplicarse la norma tributaria que verdaderamente resulta de aplicación (defraudada) a la vista de las circunstancias concurrentes. Por el contrario, en la simulación se produce la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta otra distinta (subyacente) y es, precisamente, en la simulación de la causa negocial, dada su imprecisa configuración en el derecho español y su estrecha vinculación con la finalidad que las partes persiguen, cuando surge la confluencia con el fraude de ley, en tanto si un contrato realizado no con el propósito habitual (causa típica) sino para obtener un resultado singular, adolece de vicio en la causa, llegando a carecer de ella y mereciendo la calificación de simulado.

50. En ambos casos por igual, el ordenamiento jurídico prevé exigir la carga tributaria que hubiera correspondido al hecho imponible soslayado. La posible concurrencia de simulación y fraude de ley cuando el negocio simulado también es fraudulento, y el hecho de que parte de la doctrina exigiera, a tenor del artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, la presencia de un elemento subjetivo en el fraude de ley tributario – en cuanto se exigía el propósito probado de eludir el impuesto³³ – que ambas figuras se solapen irremediamente³⁴. Otra parte de la doctrina, por su lado, afirma que, «ciertamente, frente a la nitidez de la distinción teórica, pueden surgir dificultades en la práctica para determinar cuándo nos encontramos ante una simulación y cuándo ante un supuesto de fraude de ley, porque en cierto sentido — no en el técnico-jurídico, desde luego — quien realiza un negocio en fraude a la ley tributaria no persigue tanto el resultado típico de ese negocio como sus consecuencias económicas»³⁵.

51. Efectivamente, ambos comportamientos tienen como elemento definitorio esencial que, mientras que en el conflicto en la aplicación de la norma el obligado tributario obtiene una ventaja fiscal mediante la utilización de posibles *resquicios* normativos (la conjugación de la norma defraudada y la norma de cobertura), en la simulación se produce un alejamiento de la finalidad típica del mismo (de la causa del negocio jurídico) amparándose en una *artificiosidad* construida *ex profeso* para la obtención de un único objetivo: el aprovechamiento fiscal perseguido³⁶. Sin embargo, el matiz que podemos encontrar como elemento diferenciador no es otro que la propia definición de artificioso como todo acto hecho o elaborado con artificio, arte y habilidad, disimulado, cauteloso, doble. Esto es así porque en el conflicto en la aplicación de la norma, como ya hemos dicho, el negocio realizado entre las partes es

³¹ I. CALATAYUD PRATS: “Comentario al artículo 15 de la nueva ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, en Hacienda Canaria, núm. 10, 2, pág. 18.

³² C. GARCÍA NOVOA: “La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria”, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 365.

³³ Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria: Artículo 24: 1. Para evitar el fraude de Ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

³⁴ M. LINARES GIL: “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria”, en InDret, núm.3, Working Paper núm. 25, Barcelona, 2004.

³⁵ J. ZORNOZA PÉREZ: “La simulación en Derecho tributario”, en J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN (Dir.): Tratado sobre la Ley General Tributaria, Tomo I, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2010, pág. 560.

³⁶ I. CLEMENTE CASAS: “El fraude de ley tributaria no constituye Delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño: la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone a la tesis del Tribunal Supremo”, cit..

efectivamente querido y utilizado en toda su naturaleza, del que no puede decirse que sea disimulado y que no extienda todos sus efectos entre los propios interesados y ante terceros. *A contrario sensu*, en la simulación sí que existe, necesariamente, un acto que encubre a otro considerado verdadero, acto que en sí mismo no existe ni tiene ningún efecto real entre las partes ni es oponible ante terceros, por lo que, en esta tesitura, podríamos concluir con la posibilidad de que exista, en todo caso, una artificiosidad relativa en el conflicto en la aplicación de la norma frente a lo que puede ser considerado una artificiosidad absoluta en la simulación.

C. El abuso del Derecho

52. En el ordenamiento español, el artículo 7 del Código Civil establece que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo». Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

53. Si pretendemos entender la amplitud del contenido del precepto aludido, pronto descubriremos que la literalidad de este no contiene una definición, clara y precisa, del concepto de abuso del Derecho en los términos de qué ha de entenderse por límites normales del ejercicio de un derecho o, más simplemente expresado, dónde se encuentra ese límite.

54. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha entendido, en múltiples sentencias, que el uso razonable del Derecho se encuentra en lo justificado, lo no arbitrario (STC 84/87 de 29 de mayo, FJ 3º) para, a continuación, ampliar el término a lo ordinario, lo normal y lo esperable (STC 30/87 de 11 de marzo, FJ 2º; STC 69/89 de 20 de abril, FJ 1º).

55. La noción de abuso del Derecho, por tanto, se obtiene desde el prisma de la licitud del ejercicio razonable del derecho propio o el cumplimiento razonable de una obligación legal, lo cual debe descubrirse en la consideración de los fines que la ley tuvo en mira al reconocer estos derechos y obligaciones; lo que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho (estándares jurídicos de buena fe, moral y buenas costumbres) puede considerarse abusivo y, por tanto, irrazonable. Efectivamente, el abuso del Derecho no consiste en trasgredir la norma *per se*, sino que se trata de una aparente conformidad con ella, de una apariencia jurídica de cumplimiento que encierra un acto que se tendría el deber de no realizar bajo la cobertura de la normativa que debiera ser aplicada. El abuso, en consecuencia, presupone que, a través del uso de un derecho subjetivo reconocido, y amparado por una norma, se provoca un daño a un interés ajeno (individual o colectivo, privado o general) que no está protegido por una específica prerrogativa jurídica y que se configura, en su propia naturaleza, como algo que podemos considerar éticamente reprochable³⁷.

56. Sin embargo, dicha construcción inicial, a nuestro juicio, es criticable por su elemental conflicto lingüístico en lo referente al término «éticamente reprochable»: ya hemos analizado suficientemente en este trabajo el alcance que la globalización ha tenido en la ruptura de las fronteras económicas, no solo en lo referente a la internacionalización de la misma sino, más profundamente, al modo en cómo la misma avanza e instaura nuevos procesos de implementación y como tal avance, como suele ser general, tiene una velocidad inalcanzable para el legislador común que ve como, de forma constante, los pronunciamientos judiciales tienen que acabar cubriendo las lagunas jurídicas que la baja calidad de su técnica normativa producen.

³⁷ G. PALOMBELLA: “El abuso del Derecho, del poder y del rule of Law”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29, Doxa, 2006, págs. 33-57.

57. Además, en nuestra opinión, la ética como elemento configurador de cualquier límite a un derecho subjetivo tiene siempre un escollo difícil de esquivar, que no es otro que la propia condición moral de quien lo ostenta.

58. En todo caso, centrados exclusivamente en el acervo europeo, podemos comenzar diciendo que la noción de abuso del Derecho no es novedosa en este ámbito, puesto que, desde la primigenia sentencia *Van Binsbergen*³⁸, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin utilizar expresamente el término abuso, estableció las primeras notas de su construcción jurisprudencial, aunque durante el proceso de construcción del concepto se ha utilizado, por parte del Tribunal, una multitud de términos como si fueran intercambiables, sinónimos o, incluso, en determinadas ocasiones, elementos indistintos carentes de significado propio o autónomo.

59. La construcción jurisprudencial del negocio «inusual» podemos encontrarla, de una manera más que elaborada, en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus múltiples sentencias frente al abuso del Derecho, ya que en su gran mayoría admite la compatibilidad con el ordenamiento jurídico comunitario de aquellas normas antiabuso de los Estados miembros cuya finalidad sea, esencialmente, desmontar los comportamientos *artificiales o anómalos*, sin sustancia económica real, que hayan sido urdidos para obtener una ventaja, o beneficio, que no hubiera existido sin este comportamiento abusivo y que, en lo que respecta al análisis efectuado del ejercicio de las libertades comunitarias, no se efectúe un abuso de las mismas.

60. Por tanto, es evidente que toda norma antiabuso debe fijar, necesariamente, una conexión entre el objetivo perseguido por la norma eludida y el perseguido por quien ejerce su derecho dirigido a la obtención de un beneficio o ventaja. En tal sentido, el Tribunal, sistemáticamente, establece que las libertades comunitarias no pueden utilizarse de forma abusiva para obtener un determinado régimen jurídico más beneficioso que el eludido usando, para ello, recursos artificiales o anómalos o, lo que es lo mismo, todas aquellas acciones contempladas como válidas por el ordenamiento jurídico tienen como único límite la existencia, en su ejercicio, de un elemento adicional de abuso³⁹.

61. De conformidad con esta línea, el Tribunal entiende que «la determinación de la existencia de abuso exige la interpretación del Derecho Comunitario, puesto que nunca podrán considerarse abusivos comportamientos que forman parte del contenido esencial de los derechos reconocidos a los sujetos por el Derecho Comunitario»⁴⁰.

62. Y, básicamente, para determinar la existencia de un comportamiento abusivo se exigirá que, aunque el mismo sea formalmente legítimo, en esencia se aparte de la finalidad o del objeto real de la disposición frente a aquella eludida usando, para ello, recursos artificiales o anómalos procedentes del ejercicio de las libertades fundamentales.

63. Posteriormente, la construcción del concepto de abuso del Derecho por parte del Tribunal avanzará hacia una primera formulación acabada o, en otras palabras, el primer *test de abuso* que exigirá la concurrencia de determinados elementos si se quiere sentenciar la existencia de un comportamiento abusivo.

64. Un primer elemento, objetivo, formalmente válido y que se encuentre amparado por disposiciones comunitarias pero que, en esencia, se aparte de la finalidad o del objeto real de la disposición que avale el comportamiento frente a aquella eludida.

³⁸ STJUE 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

³⁹ G. GONZALEZ GARCIA: “Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho de la Unión”, en Documentos de Trabajo, núm. 8, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pág. 42.

⁴⁰ A. MARTÍN JIMÉNEZ: “Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/antiabuso del derecho interno”, en Documentos, núm. 7, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pág. 6.

65. Se exige, en conclusión, la prueba de que las condiciones que se han creado lo han sido artificialmente y con un objetivo distinto al previsto por la norma, lo que exigirá un análisis que debe efectuarse caso por caso, tanto del sentido y del objetivo de la normativa comunitaria como del comportamiento de los operadores prudentes que gestionan sus asuntos respetando las normas jurídicas aplicables y conforme a los usos comerciales y económicos vigentes en el sector de que se trate

66. Un segundo elemento, subjetivo, consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la norma comunitaria mediante la creación, *ex profeso*, de las condiciones exigidas para su obtención.

67. Se exige el hecho de que la operación, o formulación *de facto* de que se trate, haya sido realizada esencialmente para obtener un beneficio incompatible con el objetivo de la normativa comunitaria y, en tal sentido, ya ha sido puesto de manifiesto la necesidad de explorar la posibilidad de elaborar un inventario no exhaustivo de hechos que suelen indicar la existencia de un montaje artificial, como, por ejemplo, la constitución de un establecimiento secundario con el que se pretende suministrar bienes o prestar servicios desde otro territorio, sin que se constaten en éste ninguna sustancia real ni operación material, o, más en general, los tipos de operaciones que carecen de finalidad comercial (o que puedan ser incluso contrarias a los intereses comerciales generales, en caso de que no se hayan llevado a cabo exclusivamente con objeto de evadir impuestos).

68. Como también ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cierta profundidad, la existencia de abuso debe realizarse de forma casuística, en tanto las presunciones *iuris et de iure* de abuso son rechazadas por generalistas, o inadecuadas, para conseguir el fin previsto que no es otro que impedir el abuso de las libertades y derechos comunitarios y, en la medida en que el objetivo fundamental de una norma sea la prevención de la utilización de mecanismos elusivos, el criterio de proporcionalidad implica que debe garantizarse que la norma controvertida se aplique, únicamente, para evitar montajes puramente artificiales.

69. Sin embargo, y aunque la aseveración de que el Tribunal de Justicia, en la mayor parte de sus sentencias, admite únicamente aquellas normas antiabuso cuya finalidad sea impedir la realización de transacciones artificiosas, carentes de realidad económica y que tengan como única o principal finalidad la de obtener una ventaja tributaria sin ningún otro motivo válido, el problema se suscita en la definición propia del término «artificial», en tanto está planteado de tal manera que lo acercan considerablemente a la simulación, por ausencia total de sustancia económica. Se exige, además, que haya una estrecha relación causa-efecto entre la transacción sospechosa y la ventaja tributaria, lo que implica que toda norma antiabuso deberá fijar una conexión clara entre el objetivo perseguido por el contribuyente de conseguir un determinado tratamiento fiscal beneficioso, y la definición de montaje puramente artificial, lo que supone, de nuevo, una necesidad de análisis «sustancia sobre forma» para detectar cuando estamos, realmente, ante un montaje puramente artificial. En tal sentido, la denominada doctrina del *Business Purpose Test* se configura como un desarrollo de la interpretación finalista o teleológica de la norma tributaria y engloba diversas doctrinas que tienen un punto en común, que no es otro que negar la protección jurídica de aquellos actos o negocios realizados sin un propósito comercial real o abusando de las normas que reconocen esas formas jurídicas en el sentido de utilizarlas para obtener un resultado (la ventaja tributaria) que no es el fin para el que fue creada la norma⁴¹.

70. Así, se pondrá de manifiesto la conveniencia de aplicación de un *test* basado en tres elementos, a través del cual pueda diferenciarse cuando estamos ante un montaje artificial y cuando ante un ejercicio de la libertad de establecimiento: el primero de los requisitos versa sobre la realidad de la im-

⁴¹ V. RUIZ ALMENDRAL: “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas anti abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)”, en Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, núms.329-330, 2010, pág.36.

plantación de la filial en el Estado de acogida; el segundo se refiere al carácter efectivo de los servicios prestados por la filial en el sentido del nivel de toma de decisiones en la realización de dichos servicios.

71. Esto viene a suponer que, si la totalidad de decisiones se adoptan fuera de la filial, esta resulta ser tan solo un mero instrumento de ejecución, lo que equivaldría a considerarla un montaje artificial. Finalmente, el tercero de los requisitos relativo al valor añadido por la actividad de la filial es, sin duda, más delicado de aplicar si los servicios prestados por ésta corresponden efectivamente al ejercicio de actividades reales en el Estado de acogida. Este criterio permite tomar en consideración la situación objetiva en la que los servicios prestados por la filial carecen de todo interés económico con relación a la actividad de la sociedad matriz, lo que posibilitaría admitir que existe un montaje puramente artificial en tanto el pago por la sociedad matriz de las prestaciones de que se trata carece, de algún modo, de contrapartida pudiéndose, por tanto, considerar una transferencia pura y simple de beneficios de la sociedad matriz a la filial.

72. Será a partir de la sentencia *Emsland Stärke*⁴² cuando el Tribunal delimitará, con mayor profundidad, la existencia de un montaje puramente artificial exigiendo, para ello, la concurrencia de dos elementos: por un lado, un elemento subjetivo, consistente en la voluntad de obtener una ventaja fiscal y, por otro, que éste resulte de elementos objetivos y verificables por terceros relativos, *en particular*, al nivel de existencia física del establecimiento por lo que a locales, personal y equipos se refiere. Esto determinará que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el Derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento. Si de la verificación de tales elementos se dedujese que el establecimiento constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que dicha creación tiene el carácter de un montaje puramente artificial, lo que podría suceder, en particular, en el caso de una filial «fantasma» o «pantalla» o en las sociedades «buzón».

73. En este sentido, el abuso supondrá la conjunción de esos dos criterios, intrínsecamente vinculados: el subjetivo, consistente en la voluntad de obtener una ventaja fiscal y que debe ser verificado a través de la conjunción de una serie de elementos verificables por terceros; y el objetivo, referido a la existencia de contradicción entre el resultado alcanzado y la finalidad perseguida por la disposición o la libertad en liza.

74. No obstante, la contradicción del resultado obtenido con los objetivos perseguidos no puede por sí misma caracterizar una práctica abusiva ya que es necesario, además, que la ventaja obtenida a través de las disposiciones del Derecho Comunitario no pueda justificarse objetivamente por ninguna otra consideración que la de eludir las disposiciones de la normativa nacional.

75. Por tanto, el análisis debe centrarse en cuáles son los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria en causa para, una vez delimitados, proceder a determinar si la situación de hecho enjuiciada se integra dentro de esos objetivos: el elemento objetivo contiene dos exigencias que son, por un lado, un distanciamiento absoluto de la finalidad para la que fue creada la norma eludida.

76. Y, por otro, la realización de operaciones cuya finalidad esencial (incluso única) sea la obtención de una ventaja que, de otro modo, no hubiera sido posible obtener. El elemento subjetivo resulta más problemático porque, en primer lugar, debe complementarse añadiendo la obligatoriedad de que se obtenga tal beneficio creando a propósito las condiciones exigidas para su obtención.

77. Partiendo de la premisa de que un nacional comunitario no puede ser privado de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado por el hecho de sacar provecho de las ventajas fiscales ofre-

⁴² STJUE 14 de diciembre de 2000, *Emsland Stärke*, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

cidas legalmente por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside⁴³, el elemento subjetivo que literalmente advierte el Tribunal consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal debe ser entendido con mucha cautela.

78. A este respecto, lo que se denomina el elemento subjetivo del abuso no afecta al carácter interpretativo del propio concepto, ya que el Tribunal de Justicia vinculó ese elemento subjetivo a la conclusión de que la situación que da lugar a la aplicación de una determinada norma comunitaria era meramente artificial.

79. Esa conclusión de artificialidad no debe basarse en una apreciación de las intenciones subjetivas de los que invocan el Derecho Comunitario, sino que debe dilucidarse sobre la base de una serie de circunstancias objetivas verificadas en cada caso concreto.

80. La intención, por tanto, no es decisiva para apreciar el abuso, sino que es la actividad en sí misma, objetivamente considerada, el factor que constituye el núcleo esencial de esta figura.

81. La intención de las partes de obtener, abusivamente, una ventaja es simplemente deducible del carácter artificial de la situación que ha de apreciarse a la luz de una serie de circunstancias objetivas, siendo que el elemento subjetivo solo lo es en la medida en que puede verificar la finalidad de las actividades realizadas para la obtención del fin elusivo. La constatación de la existencia de un comportamiento abusivo debe basarse, por tanto, en elementos objetivos y verificables por terceros, relativos a los elementos de juicio que, de no encontrarse en el caso, podrían llevar a la conclusión de que dicha creación tiene el carácter de «montaje puramente artificial» y que, en definitiva, nos encontramos ante un uso abusivo de la norma. En torno a dicha definición de *artificiosidad* se ha construido, *in extenso*, la noción de abuso del Derecho como aquella práctica consistente en la obtención ilícita de una ventaja tributaria a través de montajes puramente artificiales, carentes de todo contenido económico real, y que están destinados únicamente a eludir la aplicación de la normativa tributaria que, en circunstancias normales, hubiera sido de obligado cumplimiento.

82. Ahora bien, el problema surge cuando el término *artificial* está definido en tal manera que lo acercan considerablemente a la simulación y al conflicto en la aplicación de la norma por ausencia total de sustancia económica, de manera que no es sencillo diferenciarlos entre sí. Esto nos lleva a deducir que, para el Tribunal, el concepto de abuso equivaldría al de simulación, centrándose en aquellos *comportamientos cercanos a las simulaciones groseras*⁴⁴ en su aplicación de la artificiosidad de las operaciones como naturaleza esencial de cualquier comportamiento abusivo. Efectivamente, compartimos dicha interpretación ya que, si tenemos en cuenta que la simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente, o que oculta la inexistencia de un acto o de un negocio jurídico (que conlleva una ocultación de la realidad que por su propia naturaleza ha de ser intencionada) reducir el concepto de abuso del Derecho a la ausencia total de sustancia económica conlleva que la diferencia entre ambas nociones sea imperceptible.

83. Para que un negocio simulado surta efectos es preciso que se justifiquen los requisitos contenidos en el artículo 1.261 del Código Civil y, en especial, la causa lícita y verdadera en que se funde el acto que las partes han querido ocultar, bajo otro carente de causa o con causa falsa⁴⁵.

84. En la simulación, *stricto sensu*, el elemento intencional y subjetivo es esencial para que la actuación del sujeto pueda ser considerada como simulada, pues en la simulación se produce un aleja-

⁴³ STJUE 11 de diciembre de 2003, *Barbier*, C-364/01, ECLI:EU:C:2003:665, apartado 71.

⁴⁴ J. CALDERÓN CARRERO; A. MARTÍN JIMÉNEZ.: “Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos *Cadbury Schweppes* y *Test Claimants in the Thin Cap Group*”, en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, Aranzadi, 2007.

⁴⁵ J. CALVO VERGEZ: “La simulación en el Derecho tributario: análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, en *Quincena Fiscal*, núm. 14, 201.

miento de la finalidad típica del mismo (de la causa del negocio jurídico), amparándose en un *engaño* construido *ex profeso*, y con plena intención manifiesta de obtención de un aprovechamiento fiscal contrario al que hubiera sido de aplicación de no haberse producido la simulación.

85. Sin embargo, no es necesario que concurra un elemento subjetivo de intencionalidad para que una determinada estructura jurídica sea considerada abusiva, pues Esta puede ser elaborada a través de una interpretación amplia de la ley que, sin embargo, pueda constituir una ventaja indeseada en términos impositivos.

86. Como ya advertimos con anterioridad, la conclusión de artificialidad no debe basarse en una apreciación de las intenciones subjetivas de los que invocan el Derecho Comunitario, sino que debe dilucidarse sobre la base de una serie de circunstancias objetivas verificadas en cada caso concreto.

87. Mientras, en el ámbito general del negocio jurídico, la esencia de la simulación radica en la divergencia entre la causa real y la declarada que puede ser, como dijimos, absoluta o relativa: en la primera, tras la apariencia creada no existe causa alguna; en la segunda, tras la voluntad declarada existe una causa real de contenido o carácter diverso, ya que tras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes.

88. En cualquier caso, para apreciar la existencia de un negocio simulado debe probarse suficientemente la simulación, esto es, los elementos integrantes de su concepto entendida como la declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y la finalidad de ocultación. La simulación o el negocio jurídico simulado tienen, por tanto, un componente fáctico sometido a una suerte de apreciación o valoración⁴⁶, por lo que el elemento subjetivo es, en esencia, determinante para decretar la existencia de simulación en la actuación de los obligados tributarios.

89. Respecto del conflicto en la aplicación de la norma, coincidimos en que existe una identidad notable entre la doctrina elaborada por el Tribunal y la cláusula del artículo 15 de la Ley General Tributaria, en tanto que, con arreglo al citado artículo la Administración debe acreditar el carácter notoriamente artificioso o impropio de los actos o negocios realizados. En apariencia, esto no sucede en la cláusula antiabuso, donde basta con la prueba de que tales actos o negocios dan lugar a una ventaja fiscal contraria a la norma y buscada como finalidad primordial de la operación.

90. Pero no puede olvidarse que este requisito se encuentra implícito en la tesis de la jurisprudencia comunitaria, que pretende determinar en qué casos se ha producido un abuso de Derecho, y este objetivo se consigue, usualmente, mediante la realización de actos o negocios artificiosos.

91. No obstante, hay autores que consideran que la doctrina del Tribunal introduce un elemento añadido, no previsto en el artículo 15 de la Ley, que no es otro que la constatación de que la ventaja obtenida es contraria a la Directiva Comunitaria o a la normativa interna reguladora del impuesto⁴⁷.

92. Es interesante exponer, por último, que en Polonia se aplica una regla general a las operaciones realizadas principalmente con el fin de obtener una ventaja fiscal o cuando uno de los objetivos principales era obtener dicha ventaja, si la ventaja es contraria al objeto o fin de la legislación fiscal o de una disposición de esta.

93. En tal sentido, la norma establece que no dará lugar la obtención de la ventaja fiscal si el negocio o la operación realizada se considera artificial, es decir, si no habría sido aplicado por una entidad que actuara razonablemente y con fines legítimos por razones económicas predominantemente sólidas.

⁴⁶ STS 19 de diciembre de 2011, ROJ 9066/2011.

⁴⁷ J. RODRIGUEZ MÁRQUEZ: "Nuevas aportaciones del TJCE a la doctrina del abuso de Derecho en el ámbito del IVA: la sentencia Weald Leasing", en *Crónica Tributaria*, núm. 2, 2011.

94. Estos motivos válidos excluyen, por definición, la finalidad única de obtener una ventaja fiscal, para lo que se tendrá en cuenta, en su evaluación diferentes aspectos, como son el fraccionamiento injustificado de operaciones; la participación de intermediarios a pesar de la falta de justificación económica o empresarial; o la existencia de elementos que conduzcan a un estado idéntico o próximo al estado existente antes de que se realizara la transacción. Otros elementos que merecen ser considerados son aquellos que se anulan o se compensan entre sí; la existencia de riesgo económico que exceda de las ventajas no fiscales esperadas hasta el punto de que una persona prudente no habría elegido ese curso de acción; situaciones en las que la ventaja fiscal obtenida no se refleja en el riesgo económico incurrido por la entidad o en sus flujos de efectivo; la ocurrencia de un beneficio antes de impuestos que es insignificante en comparación con la ventaja fiscal no directamente atribuible a la pérdida económica realmente sufrida; o la participación de una entidad que no ejerza una actividad económica real o que no cumpla una función económica importante, o que esté establecida en un país o territorio que aplique medidas fiscales perniciosas competitivas.

95. La consecuencia lógica de la determinación de la inexistencia de motivos económicos válidos será la aplicación de los efectos fiscales de tales operaciones sobre la base de la situación que podría haberse producido si las operaciones hubieran sido realizadas por una entidad que perseguía objetivos legítimos distintos de la obtención de una ventaja fiscal. En una situación en la que las circunstancias indiquen que la obtención de una ventaja fiscal era el único objetivo de la transacción realizada, los efectos fiscales se determinarán sobre la base de la situación que habría existido si la transacción no se hubiera realizado⁴⁸.

96. En esta línea, en febrero de 2023 el Tribunal Administrativo Regional de Varsovia emitió tres sentencias en procedimientos relacionados con el abuso del Derecho, de lo que dos de ellos los casos mencionados⁴⁹ se referían a los llamados programas de incentivos basados en instrumentos financieros.

97. Estos constituían en esencia acuerdos artificiales que permitían reducir la tributación del IRPF mediante la creación de una base para pagos gravados como ingresos de capital (tipo impositivo del 19%), mientras que en realidad se trataba de una remuneración por el trabajo de un miembro del consejo de administración de la sociedad (tipo impositivo del 32%). Los contratos sobre instrumentos financieros se celebraban paralelamente a la relación laboral y tenían un propósito motivacional. Sin embargo, no trasladaban al contribuyente ningún riesgo de inversión ni ampliaban su responsabilidad más allá de las obligaciones laborales desempeñadas en la empresa. El tribunal determinó que dichos fondos recibidos constituían en realidad un componente de la remuneración, de carácter bonificable, gravado conforme a la escala progresiva del impuesto. En concreto, la que recaba mayor importancia de las sentencias aludidas se refería a un esquema que implicaba el uso de una sociedad instrumental para llevar a cabo la venta de participaciones por parte de una persona física en una sociedad de responsabilidad limitada (sp. z o.o.)⁵⁰. Como resultado de la venta de participaciones a través de una sociedad constituida específicamente para este fin (a la que se habían transferido dichas participaciones mediante un canje fiscalmente neutro) y posteriormente disuelta, se generaron artificialmente costes de venta de las participaciones, lo que generó la no imposición a la parte vendedora. Antes de la disolución de la sociedad, los fondos obtenidos de la venta se transfirieron al patrimonio privado de los socios mediante préstamos.

98. El tribunal consideró que, de no existir la posibilidad de obtener una ventaja fiscal, el contribuyente no habría optado por la venta a través de la sociedad, sino que habría realizado la venta directamente. Además, en las sentencias emitidas se confirmó la doctrina sobre la legalidad de dictar

⁴⁸ Vid. T. PIEKIELNIK: "Charakter zobowiązania podatkowego powstającego w związku z wydaniem przez Szefa KAS decyzji z zastosowaniem klauzuli przeciw unikaniu opodatkowania (GAAR), Przegląd Podatkowy 1/2023, str. 41-49.

⁴⁹ wyroki WSA z 21 lutego 2023 r., sygn. akt III SA/Wa 2386/22 oraz III SA/Wa 2387/22 (Sentencias del Tribunal Administrativo Regional de 21 de febrero de 2023, referencias III SA/Wa 2386/22 y III SA/Wa 2387/22).

⁵⁰ wyroki WSA z 14 lutego 2023 r., sygn. akt III SA/Wa 1695/22 (Sentencia del Tribunal Administrativo Regional de 14 de febrero de 2023, referencia III SA/Wa 1695/22).

resoluciones en función del momento en que surge el beneficio fiscal (independientemente del momento de realización de las actuaciones o del conjunto de actuaciones que conducen a la elusión fiscal), así como el momento de su surgimiento en el impuesto sobre la renta de las personas físicas con el cierre del ejercicio fiscal, incluyendo por tanto la posibilidad de aplicar la cláusula contra la elusión fiscal a las obligaciones tributarias correspondientes al año 2016. El tribunal también incidió en cuanto al carácter de las decisiones en virtud de la cláusula *decyzje klauzulowe*, considerándolas decisiones declarativas. En los fundamentos orales de las sentencias, se subrayó que el acto adecuado no es un acto abstracto ni constituye una fuente independiente de tributación, ya que éste debe determinarse en el curso del procedimiento tributario, y posteriormente, establecerse las consecuencias fiscales correspondientes al mismo de acuerdo con las disposiciones tributarias. Por el contrario, las tesis presentadas en el marco de los intentos de reinterpretación de las disposiciones por parte de los representantes legales para demostrar el carácter constitutivo de las decisiones en virtud de la citada cláusula resultan indefendibles⁵¹.

III. La exigencia de motivación administrativa en la calificación de negocios jurídicos

99. Expuesto lo antecedente, resulta innegable que la calificación jurídica de los negocios celebrados por el obligado tributario por parte de la Administración constituye una manifestación cualificada de su potestad de interpretación, con efectos directos sobre la determinación de la deuda tributaria. Partimos de una base indiscutible en el seno del Derecho de la Unión Europea, y es que «... los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta»⁵² pero, por otro lado, el ejercicio de la potestad de calificación de la Administración no puede desligarse del principio de legalidad ni de los límites formales que derivan del acervo en tanto que exige que la actuación administrativa no solo se someta al Derecho, sino que sea motivada, proporcionada y coherente con los fines que la justifican. La motivación se erige, así, como una garantía esencial del contribuyente, en la medida en que permite el control de legalidad, tanto administrativo como jurisdiccional, del criterio calificador adoptado por la Administración. Ello se intensifica cuando dicha calificación tiene como efecto desvirtuar la forma jurídica elegida por las partes, privando de eficacia tributaria a los negocios celebrados por la aplicación directa del artículo 13 de la Ley General Tributaria, pero con el necesario recurso a las figuras de la simulación o el conflicto en la aplicación de la norma.

⁵¹ [Finanse.mf.gov.pl](https://www.finanse.mf.gov.pl), Creative Commons Uznanie Autorstwa 3.0 Polska, en <https://www.podatki.gov.pl/>: Art. 119a. [Unikanie opodatkowania] Dz.U.2025.111 t.j. Czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli osiągnięcie tej korzyści, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, a sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). §2. W sytuacji określonej w §1 skutki podatkowe czynności określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. §3. Za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny. Czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu działania. §4. Jeżeli w toku postępowania strona wskaże czynność odpowiednią, skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby dokonano tej czynności. §5. Przepisy §2-4 nie mają zastosowania, jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonania czynności, o której mowa w §1. W takiej sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano. §6. Jeżeli korzyść podatkowa została osiągnięta w rezultacie dokonania czynności, o której mowa w §1, w wyniku zastosowania przepisu ustawy podatkowej określającego warunki przyznania zwolnienia podmiotowego lub przedmiotowego, wyłączenia z podstawy opodatkowania, w tym wyłączenia przychodów (dochodów) z opodatkowania, lub odliczenia od przychodu, dochodu lub podatku, to skutki podatkowe określa się na podstawie stanu prawnego, jaki zaistniałby, gdyby dany przepis ustawy podatkowej nie miał zastosowania. Przepisów §2-5 nie stosuje się. §7. Jeżeli dokonane przez stronę cofnięcie skutków unikania opodatkowania, o którym mowa w art. 81b §1a, w całości uwzględnią ocenę prawną organu podatkowego związaną z unikaniem opodatkowania, zawartą w zawiadomieniu wydanym na podstawie art. 200 §3, organ podatkowy zawiera w decyzji wskazanie korzyści podatkowej lub dochodu stanowiącego podstawę ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego, o którym mowa w art. 58d. Czytaj więcej w Systemie Informacji Prawnej LEX: <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/ordynacja-podatkowa-16799056/art-119-a>.

⁵² STJUE 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, ECLI:EU:C:1979:31, apartado 2.

100. Como hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, la doctrina del *business purpose test* tiene como propósito amparar las normas antiabuso cuyo objetivo sea la declaración de ineficacia de aquellas operaciones o estructuras consideradas artificiosas por su única finalidad, que no es otra que la elusividad en términos de uso abusivo de las normas que las amparan. Esto significa que no es solo la validez de la operación o de la estructura en liza lo que se enjuicia – motivos económicos válidos – sino que también debe profundizarse en su acomodo en la interpretación de la norma que le da cobertura, pues podemos encontrarnos con actuaciones perfectamente subsumibles en la obtención de una ventaja fiscal en paralelo a la defensa de una racionalidad económica en su diseño, lo que proporcionaría una cobertura perfecta en términos de la doctrina analizada. Es, en definitiva, la condición de esencialidad en la consecución de una ventaja fiscal la que va a determinar la aplicación de la doctrina, pues se utiliza una forma inadecuada al propio fin económico de la operación analizada, no pudiendo argumentar ninguna razón distinta a la ventaja fiscal.

101. El problema radica en que en nuestro ordenamiento jurídico la artificiosidad así entendida puede encontrar su reflejo tanto en la figura del conflicto en la aplicación de la norma contenida en el artículo 15 de la Ley General Tributaria, como en figura de la simulación – absoluta o relativa – del artículo 16 del mismo cuerpo legal, figuras que se encuentran, como hemos analizado en el presente trabajo, diferenciadas entre sí, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, como por ejemplo, en la jurisprudencia norteamericana, la cual asemeja la simulación, a través de la denominada *the Sham Transaction Doctrine*, con la doctrina del *business purpose test*⁵³.

102. Por ello, la jurisprudencia del TSJUE exige una correcta aplicación de ambos preceptos, especialmente, en lo referente a la existencia de simulación, pues la diferencia sustancial entre ambas figuras y, por supuesto, las consecuencias que ello conlleva han requerido que la jurisprudencia se

⁵³ D. WARREN KLASING: “What is the Sham Transaction Doctrine”, in Tax Law Library. This doctrine tends to be applied where a taxpayer attempts to disguise a transaction and make it appear to be something that, in reality, it is not. When it is applied, the courts will ignore the form of the transaction and declare it to be a “sham” and then proceed to ascertain the tax impact based upon the court’s view of the substantive nature of the transaction. A transaction that is labeled a sham when it is deemed to not be motivated by a legitimate business purpose other than its anticipated tax benefits (in other words, tax savings does not qualify as a legitimate tax purpose), will be deemed to lack economic substance because there is no reasonable expectation of profit and thus will be disregarded for tax purposes, so in this cases: a) D.M. Fender v US, CA-5, 577 F2d 934, a sale of bonds to a bank where the taxpayers owned the controlling block of stock was disregarded as non bonafide because they did not in the government’s opinion suffer a genuine economic loss which is a requirement for a loss deduction; In T.F. Abbott, Jr. v Commr, 23 TCM 445, TC Memo. 1964-65, aff’d, per curiam, CA-5, 342 F2d 997, the Court of Appeals in the 5th Circuit affirmed the Tax Court in holding that a major stockholder of a corporation (and not his related corporation) in reality realized a gain from the sale of stock. The major stockholder purportedly transferred stock to the corporation as a capital contribution and then his related corporation turned around and immediately sold the stock at a gain. The Tax Court justified setting aside the form of the transaction by holding that the stockholder in substance had sold stock as an individual using the corporation as a conduit and then contributed the proceeds to the corporation as a capital contribution; In the Est. of S. Ravetti v Commr, 67 TCM 3064, TC Memo. 1994-260, the losses flowing to a limited partner related to a purchase of a film by a partnership were disallowed because the acquisition was held to lack economic substance. Factors that the court focused on to justify the disallowance were (i) over-inflated purchase price for the film in order to support tax benefits, and (ii) the lack of personal liability of the limited partner. The transaction was held to not be the result of a true arms-length negotiation; In H.J. Smith, Jr. v Commr, 50 TCM 1444, TC Memo. 1985-567 a sale of stock at auction was held to be invalid where the seller’s son purchased the stock with money given to him by the seller (his father) because the father (in economic terms) did not receive anything for the stock; In P.J. Batastini v Commr, 53 TCM 1500, TC Memo. 1987-378; Milbrew, Inc. v Commr, 42 TCM 1467, Dec. 38,363(M), TC Memo. 1981-80, aff’d, CA-7, 83-2 USTC 9467, 710 F2d 1302; F.C. LaGrange v Commr, 26 TC 191, Dec. 21,699 (1956) a series of sale-leaseback transactions were disallowed because the court believed the transactions were entered into solely to inflate the value of the assets used in a school bus business. In reality title to the asset of the business were never transferred to the buyers and the agreed upon purchase price greatly exceeded the true value of the underlying assets. These factors along with others led to the disallowance under the transaction lacked economic substance by the court; In W.G. Hock v Commr, 54 TCM 407, TC Memo 1987-444, the limited partners in a mining operation’s expenses and losses were disallowed because the investment in the mining operation was held to not be motivated by a valid business purpose. The transactions as a whole lacked economic substance because of the relationship and lack of knowledge or experience in the mining industry of the parties and the overstated purchase price. Moreover, no ore was ever mined or sold and no payments were actually made to the seller, and factors were apparent that indicated the mine was never a profitable business venture.

muestre contundente ante la exigibilidad de una motivación reforzada cuando se altera la calificación jurídica dada por las partes, al tratarse de una injerencia que, en la práctica, puede alterar sustancialmente los efectos tributarios inicialmente derivados de los actos celebrados. De ahí que, *in extenso*, nuestra jurisprudencia exija que se explicita, de forma suficiente y razonada, los elementos que han conducido a desechar la forma jurídica elegida por el contribuyente, especificando el negocio jurídico real que se considera efectivamente celebrado.

Esta motivación no puede limitarse a afirmaciones genéricas o fórmulas estereotipadas, como la referencia al fraude de ley o a la desnaturalización de la forma, sin acompañarse de una exposición razonada de los hechos y del razonamiento jurídico subsiguiente. Así, expresa la ya analizada STS de 29 de abril de 2025 que, en el ámbito tributario, la cuestión de distinguir entre calificación y simulación puede adquirir una importancia capital si la contemplamos, por ejemplo, desde la perspectiva del Derecho sancionador. Y es que una cuestión de calificación podría quedar amparada, o al menos así podría defenderse, por la ausencia de negligencia o por una interpretación razonable de la norma a fin de excluir la existencia de infracción tributaria; pero ello no sería posible cuando de la simulación se trata en la que, incluso, cabría pensar en que la ocultación propia de la simulación podría actuar como circunstancia de agravación. De esta manera, una distinción que pudiera aparentemente parecer inocua puede tener unos efectos absolutamente relevantes en el ámbito del derecho sancionador. Desde una perspectiva garantista, por tanto, la exigencia de esa especial motivación y referencia a las instituciones de la simulación, el conflicto en la aplicación de la norma o el abuso del Derecho adquiere una dimensión estructural, en tanto que no es un simple requisito formal, sino una exigencia sustantiva⁵⁴. En definitiva, la calificación tributaria de los negocios jurídicos exige un ejercicio rigurosamente motivado por parte de la Administración, que permita al contribuyente conocer por qué se ha desestimado su planteamiento jurídico y cuáles son los fundamentos normativos y fácticos que sustentan la alternativa calificación administrativa. Solo así se puede garantizar un ejercicio legítimo de la potestad calificadora, dentro de los límites del principio de legalidad tributaria. Resulta patente que el examen de la calificación tributaria debe efectuarse bajo los criterios interpretativos que exponen la actual doctrina jurisprudencial acerca de los límites entre calificación, conflicto de aplicación de la norma tributaria y simulación, en las que se ha remarcado el alcance de la exigencia legal de diferenciar adecuadamente los límites entre una y otra figura, y el deber de la Administración de ajustar el uso de las potestades de calificación, declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria y apreciación de simulación a las características reales del acto, negocio o hecho con trascendencia tributaria regularizado, y es que sólo manteniendo el rigor necesario en la aplicación en cada caso de la figura que resulte pertinente podrá cobrar efectividad el esquema diseñado por el legislador⁵⁵.

⁵⁴ STS 29 de abril de 2025, ROJ 1906/2015.

⁵⁵ STS 5 de mayo de 2025, ROJ 1931/2015.

La nueva regulación europea de los contratos de crédito al consumo: claves de la Directiva (UE) 2023/2225, y el reto del crédito responsable¹

Consumer credit: key aspects of Directive (EU) 2023/2225 and the challenge of responsible credit

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ²

*Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca*

Recibido:16.06.2025 / Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9887

Resumen: La Directiva 2023/2225 lleva a cabo una actualización de la regulación de los contratos de crédito al consumo, con el objetivo corregir las distorsiones generadas por la transposición de la anterior Directiva, para potenciar la oferta de crédito transfronterizo y perfeccionar la protección al consumidor. Para ello se mejora el ámbito de aplicación añadiendo nuevas fórmulas de financiación, se afrontan los cambios que conlleva la digitalización, y se otorga mayor relieve a los estudios de solvencia en el marco del crédito responsable. La Directiva deja abiertas suficientes opciones a los Estados para configurar la protección del consumidor. El principal reto para el legislador nacional probablemente sea el decidir la manera de someter a control las tasas de interés para que no resulten “excesivamente elevadas”, pudiendo optar por establecer límites máximos.

Palabras clave: Crédito al consumo, Directiva UE, protección del consumidor, crédito responsable

Abstract: Directive 2023/2225 updates the regulation of consumer credit agreements, aiming to correct the distortions generated by the transposition of the previous Directive, to strengthen the supply of cross-border credit, and improve consumer protection. To this end, the scope of application is broadened by adding new financing options, addressing the changes brought about by digitalization, and giving greater emphasis to creditworthiness assessments within the framework of responsible lending regulations. The Directive leaves sufficient options for Member States to shape consumer protection. The main challenge for national legislators will likely be to decide how to control interest rates to ensure they do not become „excessively high“, with the option of setting maximum limits.

Keywords: Consumer credit, EU Directive, consumer protection, responsible lending regulations.

Sumario: I. Introducción. Razones para una nueva regulación de los contratos de crédito al consumo. II. La ampliación del ámbito de aplicación: la inclusión de los créditos de baja cuantía. 1. Razones y riesgos que justifican la regulación de los nuevos productos financieros. III. Medidas dirigidas a la protección del consumidor de crédito. 1. La educación financiera y la vulnerabilidad

¹ Este trabajo se ha realizado con la colaboración de la Consejería de Educación de la JCyL mediante subvención con referencia SA075G24, de apoyo al Grupo de investigación reconocido: Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables, que dirijo. Y en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 “Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos”, de la convocatoria 2022 de los “Proyectos de Generación de Conocimiento” del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

² jamp@usal.es

del consumidor de crédito. 2. Información precontractual y transparencia en el proceso de contratación y desarrollo del crédito. 3. La celebración del contrato de crédito y la información posterior. 4. El crédito responsable. La evaluación de la solvencia del consumidor. 5. Derecho de desistimiento. Contratos vinculados. 6. Límites al tipo de interés remuneratorio. IV. Otros aspectos relevantes y novedades. 1. Prohibición de prácticas de venta vinculada. Ventas combinadas. 2. Reembolso anticipado. 3. Medidas de reestructuración y refinanciación. 4. La mora y sus consecuencias. Cesión de crédito. 5. La regulación de los intermediarios de crédito.

I. Introducción. Razones para una nueva regulación de los contratos de crédito al consumo

1. Los datos estadísticos muestran un continuo crecimiento del volumen de crédito al consumo, incluso en los últimos años, a pesar del contexto de endurecimiento de la política monetaria y de tipos de interés elevados. Ello se debe a que los consumidores utilizan a menudo el crédito al consumo como vía para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo por la inflación. De hecho, es el único tipo de crédito que ha logrado crecer. Por otra parte, se trata de contratos muy sensibles de los que no siempre se hace un uso adecuado por parte de los consumidores, lo cual hace que se generen problemas y necesidades de protección, que además puede decirse que van variando ante los cambios y nuevas demandas sociales.

2. Lo cierto es que había suficientes razones que justificaban la necesidad de actualizar la regulación de esta materia, labor que afronta la Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE³. Puede adelantarse que su objetivo es esencialmente actualizador, a la vez que trata de corregir las deficiencias y asimetrías en su aplicación y de perfeccionar el alcance de la protección, pero sin pretender grandes cambios de enfoque. La conveniencia de la actualización regulatoria en el sector del crédito al consumo se manifestaba con la publicación en junio de 2022 de la posición del Consejo sobre la propuesta de nueva regulación⁴.

3. La nueva Directiva 2023/2225 se inserta en la actividad de la UE en el marco de la Nueva Agenda del Consumidor para el periodo 2020 /2025. Además, forma parte de un amplio proceso, que busca reordenar el régimen de los servicios financieros en la Unión Europea. En el mismo se enmarca la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo que afecta a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Aunque previa en el tiempo, también ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, que pretende establecer reglas comunes en el mercado de préstamos que se conviertan en dudosos, regulando las condiciones para la cesión de los créditos a terceros, tratando de potenciar las operaciones transfronterizas para aumentar la liquidez y la eficiencia del mercado. Pero, en esta norma, también se introducen modificaciones en el régimen comunitario de crédito al consumo. Con esta regulación se refuerza la protección de los consumidores financieros, especialmente de los que se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica, garantizando el respeto de sus derechos y el ofrecimiento de soluciones para afrontar sus deudas como la renegociación a través de la reestructuración o refinanciación. Igualmente se contemplan los requisitos de información para aumentar el nivel de transparencia en la relación con el prestamista⁵.

³ DOUE L 2225, de 30-10-2023.

⁴ Sobre ello, M.J. MARÍN LÓPEZ, "Hacia una nueva regulación europea del crédito al consumo: la posición del Consejo, de 7 de junio de 2022, sobre la Propuesta de Directiva de crédito al consumo", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 43/2022.

⁵ En marzo 2025 fue aprobado por el Gobierno el Proyecto de Ley de administradores y compradores de créditos y por la que se modifican la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley de contratos de crédito al consumo, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y el texto refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 14 de marzo de 2025, núm. 49-1. Proyecto de Ley 121/000049.

4. La nueva Directiva, que se publicó el 30 de octubre de 2023, dispone que el plazo para ser incorporada por los Estados vence el 20 de noviembre de 2025, y la norma nacional de transposición se aplicará a partir del 20 de noviembre de 2026, momento en el que quedará derogada la Directiva 2008/48/CE⁶. Tiene como objetivos principales mejorar tanto el mercado interior del crédito al consumo como la protección del consumidor en este tipo de contratos, tratando de evitar el sobreendeudamiento excesivo. Pero también conserva muchos de los elementos de la anterior Directiva, lo que permitirá a los Estados modificar la legislación en la medida necesaria para garantizar su cumplimiento, limitando el impacto de la reforma.

5. En los primeros Considerandos se esgrimen las razones que justifican la necesidad de una nueva normativa sobre el crédito al consumo. Parte de que los objetivos de lograr un elevado nivel de protección de los consumidores y de fomentar el desarrollo de un mercado único de crédito sólo se ha conseguido parcialmente con la anterior Directiva de 2008. Se achaca a la redacción imprecisa de algunos de sus preceptos el hecho de que los Estados miembros adoptaran disposiciones divergentes que van más allá de las previstas en la Directiva, provocando así un marco normativo fragmentado en la UE. Ello ha dado lugar a que existan diferencias nacionales en el marco regulatorio, las cuales generan distorsiones de la competencia entre los prestamistas de la Unión y obstáculos a la unidad de mercado, de modo que se restringe la capacidad de los consumidores de disfrutar de una oferta de crédito transfronterizo en paulatino crecimiento. También provoca la consiguiente reducción de la demanda de bienes y servicios y un nivel incoherente de protección de los consumidores⁷.

6. Para evitar las distorsiones y garantizar el mismo nivel de protección, la Directiva se configura como de armonización total o máxima: los Estados no podrán mantener o adoptar disposiciones que diverjan de las establecidas en la Directiva, salvo en los casos en que expresamente lo permita. En todo caso, son varios los aspectos en los que deja margen de actuación, sobre todo para decidir si un tipo de operaciones queda sujeto a la normativa. En el ámbito de los sujetos, la Directiva deberá aplicarse con independencia de que el prestamista sea una persona física o jurídica, siempre que conceda o se comprometa a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial, empresarial o profesional.

7. La nueva regulación advierte de que complementa las normas de la Directiva 2002/65/CE (comercialización a distancia de servicios financieros) y, en caso de conflicto entre las normas de las ambas Directivas, han de aplicarse las disposiciones de la Directiva 2023/2225 en tanto que se trata de ley especial. Puesto que unas semanas después se aprobó la Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, que deroga la Directiva 2002/65/CE y establece la nueva regulación sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, ha de entenderse que cuando entre en vigor será a esta nueva Directiva a la que complementa la referida a los contratos de crédito al consumo.

8. La otra razón fundamental de la nueva regulación es la digitalización, que ha contribuido a generar cambios en el mercado que no se previeron en el momento de la adopción de la Directiva 2008/48/CE: los rápidos cambios tecnológicos registrados *“han traído consigo cambios significativos en el mercado de los créditos al consumo, tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda, entre los que se encuentra la aparición de nuevos productos y la evolución del comportamiento y preferen-*

⁶ En España, la principal regulación de esta materia sigue siendo la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, resultado de la transposición de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo. También ha de tenerse en cuenta Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, fruto de la incorporación de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Y hay que hacer referencia a la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁷ B. HERNÁNDEZ BATALLER, “La propuesta de Directiva de Crédito al Consumo: ¿Una armonización a la carta?”, *Derecho y Economía de la Integración*, n° 9, 2022, pp. 49-80.

cias de los consumidores”. Se parte de que el crédito ofrecido a los consumidores ha evolucionado y se ha diversificado considerablemente, apareciendo nuevos productos de crédito, especialmente en el entorno en línea. Se pretende que sea una legislación “*orientada hacia el futuro, que pueda adaptarse a futuras formas de crédito y que permita a los Estados miembros un grado idóneo de flexibilidad en su aplicación*”. La repercusión de la digitalización se va a apreciar, especialmente, en el diseño del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, y en la configuración de la evaluación de la solvencia, tanto en relación con los métodos como respecto de las fuentes que pueden utilizarse.

9. La mejora en la protección de los consumidores se debe, principalmente, a que la nueva regulación abarca también a productos potencialmente perjudiciales, debido a los altos costes que conllevan, a los elevados gastos en caso de impago, o por el riesgo de sobreendeudamiento que se genera con algunas formas de financiación. El presente estudio no pretende ser un análisis detallado y completo de la regulación de la Directiva, lo cual llevaría a una considerable amplitud, sino que pretende centrarse en aquellos aspectos novedosos, o que tienen especial relevancia o suponen avances en la protección del consumidor y la concesión del crédito de forma responsable.

II. La ampliación del ámbito de aplicación: la inclusión de los créditos de baja cuantía

10. Los avances tecnológicos están provocando cambios de comportamiento que se reflejan en un aumento, tanto en los contratos a distancia y en las compraventas online, como en el mercado de los créditos al consumo. Hay que poner en evidencia la existencia de nuevos instrumentos financieros en el ámbito digital, donde encuentran un amplio campo los llamados microcréditos y los créditos “rápidos”, que se suelen contraer por un corto plazo de tiempo y se comercializan por internet y a través de dispositivos electrónicos. Se caracterizan por la rapidez en su concesión ya que el prestamista simplifica las gestiones relacionadas con el análisis de riesgo, lo que suele traducirse en un mayor coste para el cliente. De ahí procede que sea habitual que se denominen créditos preconcedidos.

11. Es una realidad que muchos de los nuevos productos y fórmulas de financiación no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la vigente Ley de contratos de crédito al consumo. Los llamados préstamos o créditos rápidos también son créditos al consumo, pero la normativa todavía vigente excluye los préstamos sin interés y también los microcréditos, aquellos de cuantía inferior a 200 euros. Por ello, no son exigibles las medidas protectoras de los prestatarios que se prevén legalmente: los deberes precontractuales de información, y los deberes legales para favorecer un préstamo responsable y de evaluación de la solvencia. Además, suelen ser concedidos por empresas que no siempre están supervisadas por el Banco de España⁸. La falta de control y de exigencias se justificaba por ser innecesaria y por el objetivo de potenciar la celeridad de la operación, que se aprueba sin proceder a valorar otros elementos. La celeridad también se justifica porque el operador crea un vínculo puntual con ese consumidor para esa operación concreta, sin que haya un vínculo a largo plazo como puede suceder cuando se contrata una tarjeta de crédito. Pero, a la vez, se convierte en una vía de financiación de conlleva riesgos y, a pesar de ello, queda fuera de las reglas del sistema de supervisión.

12. La Directiva (UE) 2023/2225, trata de hacer frente a la nueva realidad, y viene a subsanar la carencia de regulación, mejorando así la protección de los consumidores. Por ello, los cambios más importantes van a aparecer en el ámbito de aplicación: se someten a la Directiva los contratos de leasing o arrendamiento financiero con opción de compra; también se suprimen los importes mínimos para abarcar los contratos de crédito de baja cuantía o llamados “microcréditos” (los de importe inferior a 200 euros, que era el umbral mínimo que establecía la Directiva 2008/48/CE, límite que desaparece)⁹; los

⁸ Proporciona información sobre ellos el propio Banco de España: <https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/blog/como-diferencias-los-prestamos-personales--al-consumo-y-rapidos.html>.

⁹ Hay que advertir que varios Estados miembros habían aplicado la Directiva 2008/48/CE a contratos por importes infe-

contratos en los que el crédito se concede sin intereses y sin ningún otro coste (gratuitos); y los contratos en los que el crédito debe ser reembolsado en el plazo de tres meses y por los que solo se deba pagar unos gastos mínimos. Si bien, existen exenciones con algunos requisitos, pues los Estados podrán acordar que a estos contratos no se les apliquen los preceptos en materia de publicidad e información para evitar una carga innecesaria a los prestamistas (art. 2.8 DCCC).

13. Hay que destacar como nuevo mecanismo para favorecer el consumo, el que se está popularizando con la fórmula “buy now, pay later” (BNPL) o “compre ahora y pague después”, nacida al amparo del comercio electrónico. Se trata de un nuevo instrumento financiero digital que se basa en una oferta de fraccionamiento de pago sin intereses para el consumidor, que se está convirtiendo en un modo habitual de “pago”, pues permite a los consumidores “realizar compras y pagarlas a lo largo del tiempo, a menudo se conceden sin intereses y sin ningún otro coste”. La operación es financiada por un tercero, siendo el vendedor el que asume el pago de los intereses y costes del crédito. Para el comerciante la ventaja está en que el aplazamiento del pago del precio -sin costes para el comprador- actúa como incentivo de las ventas y va a aumentar claramente su facturación. Se financia la compra de un producto concreto y de manera muy rápida, en el mismo momento de la compra, sin necesidad de atribuir una financiación general al consumidor.

14. La fórmula BNPL, además de una nueva forma de financiación, también es un nuevo sistema de venta basado en el aplazamiento de los pagos de las compras, muy unido a las compras en línea, que está en pleno auge por sus ventajas, al no exigir ningún desembolso inmediato y facilitar los pagos de importes altos por la comodidad de la división en varias cuotas. Surge como una forma de adquirir bienes o servicios en el comercio online, pero sin necesidad de recurrir a los instrumentos tradicionales de financiación (bancos o financieras). Por ello, genera la entrada de nuevos agentes, las llamadas *fintech*, enfocadas a los préstamos rápidos en línea o a la financiación participativa, que por ahora tienen el protagonismo en esta fórmula de financiación, aunque también se está sumando la banca tradicional¹⁰. La diferencia con las tradicionales compraventas con pago aplazado sin intereses reside en que en las BNPL no es el vendedor el que aplaza, ni renuncia a recibir el pago íntegro de forma inmediata, sino que quien financia es un tercero, asumiendo el vendedor los costes de la operación. Por su parte, el comercio recibe la cantidad íntegra de la compra cuando se realiza la transacción¹¹. Esto sucede gracias a que el proveedor de pago encargado de gestionar esa venta BNPL adelanta el dinero al vendedor para que este disponga en todo momento del dinero de sus ventas. No obstante, este tendrá que pagar las comisiones que cargan los procesadores de pago por cada pago fraccionado, es decir, por cada transacción.

15. La Directiva no contempla reglas específicas para esta modalidad de financiación a través de BNPL, simplemente la incluye en su ámbito de aplicación al incorporar los créditos sin intereses, sin costes o con costes muy reducidos, y los de pequeño importe. El hecho de que este tipo de operaciones queden sometidas a la Directiva, significa que el prestamista ha de cumplir los deberes de información precontractual, de evaluación de la solvencia y acceso a las bases de datos, entre otros.

16. Para tratar de prevenir el problema del endeudamiento excesivo y el riesgo de impago, se convierte en aspecto clave la obligación de los prestamistas de realizar una evaluación de la solvencia

rios al umbral mínimo para mejorar el nivel de protección de los consumidores, siendo esto una fuente de distorsiones.

¹⁰ A ello se suma el que estas entidades dirijan sus propuestas a los sectores de la población más vulnerables. Cfr. M. S. BERMÚDEZ BALLESTEROS, “Régimen del derecho de desistimiento en la nueva Directiva de contratos de crédito al consumo. Directiva (UE) 2023/2225”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 48/2023, p. 29.

¹¹ Un clara de delimitación de los principales instrumentos de financiación en la adquisición de bienes, en E. CORDERO, “Deudor de crédito al consumo, deudor de crédito inmobiliario y deudor en venta a plazos: mapa regulatorio tras la nueva directiva de crédito al consumo (Directiva 2023/2225, del parlamento europeo y del consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la directiva 2008/48/CE)”, *Estudios CESCO*, noviembre 2023. Disponible en <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/6214>.

de los consumidores para que solo se conceda crédito a quienes puedan devolverlo. Pero la celeridad con la que permiten realizar compras en el comercio electrónico las nuevas formas de financiación –que es la razón del éxito de los BNPL y microcréditos–, difícilmente se podrá mantener si se cumplen los nuevos requerimientos que hace la Directiva en relación especialmente a la evaluación de la solvencia y de los datos.

17. Como se ha señalado, la llegada de las Fintech ha cambiado radicalmente el sector financiero, al tiempo que ha propiciado la aparición de empresas que, bajo el paraguas de la agilidad y la tecnología, ofrecen servicios de financiación en ocasiones muy alejados de los estándares de seguridad habituales en el sector. En ocasiones ofrecen créditos que ocultan unas condiciones financieras desproporcionadas, con altas tasas de interés y falta de transparencia y de seguridad jurídica. Por otra parte, si no realizan estudios de solvencia adecuados, ponen al consumidor en serio riesgo de sobreendeudamiento.

18. Se excluyen, entre otros supuestos previstos en el art. 2.2: los contratos de crédito garantizados por una hipoteca u otra garantía equivalente sobre un bien inmueble; los contratos de crédito cuyo importe total sea superior a 100.000 euros, salvo que no estén garantizados con hipoteca y tengan por objeto la renovación de un inmueble de uso residencial; los contratos de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación y opción de compra del objeto del contrato; y los préstamos concedidos a un público restringido y a un tipo deudor inferior al habitualmente propuesto en el mercado o sin interés o en condiciones que sean más favorables que las habituales.

19. También se excluyen los pagos aplazados en los que un proveedor de bienes y servicios conceda al consumidor un plazo limitado a cincuenta días para pagar el precio, sin intereses y sin ningún otro coste y con sólo gastos limitados, siempre que no haya un tercero que ofrezca crédito –como en los BNPL–. Se parte de que estos pagos aplazados “*son prácticas comerciales habituales para que los consumidores no tengan que pagar hasta después de la recepción de los bienes y servicios, y son ventajosas para los consumidores, por ejemplo, en el caso del pago aplazado de las facturas médicas, en el que los hospitales dan tiempo a los consumidores para pagar los gastos médicos*”. Cuando se trate de grandes proveedores en línea o prestadores en línea de servicios que tengan acceso a una clientela extensa, la exclusión queda limitada a los pagos aplazados que deban “*ejecutarse íntegramente en un plazo de catorce días a partir de la entrega de bienes o la prestación de servicios*” (art. 2.2.h.). De otro modo, se argumenta que “*habida cuenta de su capacidad económica y de sus posibilidades para incitar a los consumidores a realizar compras impulsivas y hacia un posible consumo excesivo, podrían ofrecer el pago aplazado de manera muy amplia, sin ninguna salvaguardia para los consumidores, y debilitar la competencia leal con otros proveedores de bienes o servicios*”. Las grandes empresas que quieran ofrecer en línea créditos a gran escala con un plazo más amplio de pago, quedan sujetas a la Directiva.

20. Los contratos de crédito en forma de descubierto tácito (art. 3.19) están parcialmente excluidos de la Directiva, en cuanto que sólo se les aplicarán los preceptos citados en el art. 2.4.

21. También se da libertad a los Estados para optar por excluir a los contratos de crédito en forma de tarjetas de débito diferido (cuando no se cargan inmediatamente en la cuenta bancaria del titular las compras realizadas, sino que permiten cargar el importe total de las operaciones del mes en una fecha concreta, normalmente una vez al mes): siempre que el crédito deba reembolsarse en un máximo de cuarenta días, sin intereses y sin pago de remuneración ligada al crédito, salvo comisiones limitadas ligadas a la prestación del servicio de pago (art. 2.5). Presentan el riesgo de que el consumidor ha de tener fondos suficientes en su cuenta de pago en la fecha del cargo, pues de lo contrario su cuenta quedará en descubierto con la consiguiente generación de intereses y comisiones. También pueden los Estados excluir la aplicación parcial de la Directiva a los créditos del art. 2.6¹²; y a los créditos concedidos al

¹² Se refiere a “los contratos de crédito celebrados por una organización cuyos miembros puedan ser únicamente personas que residan o trabajen en un lugar determinado o empleados y antiguos empleados jubilados de un empleador determinado,

consumidor que ya se encuentra en situación de impago del contrato de crédito inicial o exista la probabilidad de impago (art. 2.7).

22. Se incluyen los créditos concedidos a través de plataformas de financiación participativa, normalmente para gastos de pequeña cantidad, ya reguladas en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Se distingue si los prestadores de servicios proporcionan directamente crédito a los consumidores, o si intermedian en la concesión de crédito entre los prestamistas profesionales y los consumidores, de modo que sólo se les aplicarían las obligaciones previstas para los intermediarios de crédito. Sin embargo, se excluyen los llamados préstamos *peer to peer* (P2P), o préstamos entre particulares a través de plataformas de financiación participativa o de *crowdlending*. Es evidente que no se trata de una relación de consumo, pero también es claro que los prestatarios están más desprotegidos que en la relación de préstamo bancario¹³. Se prevé que la Comisión evaluará la necesidad de proteger en estos casos a los consumidores prestatarios (art. 46.2).

1. Razones y riesgos que justifican la regulación de los nuevos productos financieros

23. Cuando hablamos de crédito al consumo fácil, urgente o rápido, estamos normalmente ante productos cuya rapidez viene potenciada porque la mayoría de las empresas prestamistas en este sector emplea, como forma preferente de comercialización del producto, de comunicación con el consumidor y de celebración del contrato, medios electrónicos (créditos online), o por vía telefónica. Esto implica que la propia mecánica de la contratación hace que los riesgos inherentes a estos productos se multipliquen, dado que la celeridad de la operación no permite la reflexión ni facilita la asimilación de la información, lo que desemboca a menudo en la falta de seriedad, de responsabilidad y racionalidad de las decisiones que se adoptan. Todo ello en el marco de la ya poco racional o madura relación que algunas personas tienen con el dinero, y la adopción del consumo de bienes y servicios como una fuente de satisfacciones.

24. Aunque algunas de las nuevas fórmulas no resulten peligrosas en apariencia, dado que pueden no suponer a priori un coste para el consumidor, o es reducido, a diferencia de cuando se acude al crédito por medio del pago con una tarjeta revolving -que resulta muy costoso por los altos tipos de interés-, lo cierto es que presenta problemas y riesgos, derivados del rápido acceso al crédito. Algunos de ellos son:

- Como ha señalado CUENA CASAS, el principal riesgo reside en que su facilidad supone un incentivo para las compras impulsivas y el consumo excesivo y poco meditado, en la medida en que queda debilitado el precio como factor decisivo de compra. Se genera la sensación de bajo coste y con la facilidad de pago desaparecen los habituales obstáculos que se plantea todo consumidor ante un gasto, por lo que se incita a comprar¹⁴.
- Esto supone que se van a acumular compras, y con ello, poco a poco se va a acumular deuda como un gasto corriente más. Y sucede que el consumidor puede perder el control de los pagos aplazados que tiene pendientes, lo cual va a generar un alto riesgo de sobreendeuda-

o personas que reúnan otras cualificaciones establecidas por el Derecho nacional como base para la existencia de un vínculo común entre los miembros” y que cumpla una serie de condiciones. Entre ellas, se establece que se proporcione el crédito a una tasa anual equivalente inferior a la propuesta habitualmente en el mercado o que esté sujeta a un límite máximo establecido en el Derecho nacional.

¹³ Sobre estos sistemas de financiación alternativos y el papel del consumidor en la economía de plataformas y en el ámbito de la financiación participativa, cfr. C.M. DIEZ SOTO, “La incidencia del derecho de consumo en el crowdfunding financiero”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2023), Vol. 15, N° 1, pp. 313-355.

¹⁴ M. CUENA CASAS, “Compre ahora y pague después: Otra trampa para sobreendeudar a los consumidores”, Blog *Hay Derecho*, 7 abril 2022 (<https://www.hayderecho.com/2022/04/07/compre-ahora-y-pague-despues-otra-trampa-para-sobreendeudar-a-los-consumidores/>).

miento. Pues no siempre el consumidor adquiere analizando previamente si se puede permitir afrontar los pagos. A menudo, el consumidor no es consciente de que está asumiendo un crédito, pues se suele presentar la operación mezclada con las formas de pago ordinarias, de modo que no resulta fácil distinguir entre crédito y forma de pago. El sobreendeudamiento se suele identificar con aquellas situaciones en las que el patrimonio del deudor resulta insuficiente para el pago de sus deudas, cuando estas tienen su origen frecuentemente en el recurso al crédito.

- Otro aspecto negativo reside en que se trata de deudas que son “opacas” para el sistema, en el sentido de que no constan en ningún registro público ni privado, haciendo ineficaces los sistemas de información del crédito. Esto significa que cuando un cliente se dirige a solicitar un crédito a una entidad bancaria, la entidad no puede saber si tiene compras financiadas y cuál es el volumen, por lo que no se puede conocer la ratio de endeudamiento, aumentando el riesgo de otorgar crédito a quien carece de solvencia.
- El riesgo de aplicación de altos intereses en algunas operaciones sin que a menudo el consumidor sea plenamente consciente del coste.
- Cuando el sobreendeudamiento deviene en retrasos o impago de cuotas, ello generará altos costes para el consumidor.

25. Cabe concluir que muchas de las fórmulas de financiación nuevas están diseñadas para favorecer la compra impulsiva y rápida, de modo que se prescinde de la evaluación de la capacidad de endeudamiento del consumidor¹⁵.

III. Medidas dirigidas a la protección del consumidor de crédito

1. La educación financiera y la vulnerabilidad del consumidor de crédito

26. Hay algunos contratos, como las ventas con pago aplazado que, aunque conllevan financiación no se pueden considerar como productos complejos y, bien utilizados, son útiles para cubrir numerosas necesidades puntuales de consumo de las familias. Pero es obvio que se requiere una cultura financiera básica, para que el consumidor pueda valorar adecuadamente si el producto responde a sus necesidades y a sus circunstancias personales¹⁶. Por eso se aboga por promover en nuestra sociedad una mayor educación financiera que, como complemento de la transparencia, permita la adopción de decisiones conscientes, informadas, libres y plenamente responsables. Esto es algo que está muy presente en las recientes Directivas sobre la materia, en las que se contemplan diversas medidas que van en esta dirección.

27. También la Directiva 2023/2225 establece una norma sobre educación financiera de los consumidores. En concreto, el art. 34 dispone que se fomentarán por los Estados medidas que apoyen la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas. Se pone el énfasis en que se ha de proporcionar información clara y general sobre el proceso de concesión de créditos para que sirva de orientación y, particularmente, a quienes obtengan mediante herramientas digitales un crédito al consumo por primera vez¹⁷.

¹⁵ También sobre los riesgos en la toma de decisiones en materia de crédito al consumo, cfr. S. NAVAS NAVARRO, S., “Préstamos o créditos “rápidos” online al consumo”, en NAVAS NAVARRO, S; CAMACHO CLAVIJO, S., *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 339 ss.

¹⁶ I. PLA VIDAL, “Tres vectores a tener en cuenta en el crédito al consumo: la educación financiera, la transparencia y el crédito responsable”, en F. J. ORDUÑA MORENO (Dir.), *Derecho de consumo y correcto funcionamiento de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 326 ss.

¹⁷ Dispone el art. 34.2 que la Comisión realizará y publicará un informe de evaluación sobre la educación financiera disponible para los consumidores en los Estados miembros y señalará ejemplos de las prácticas más idóneas que podrían ser objeto de un mayor desarrollo para aumentar la cultura financiera de los consumidores.

28. Ese nivel de educación puede ser determinante para evitar la asunción por el consumidor de deudas de manera incontrolada, sin ponderar su nivel de renta y posibilidades de pago; en definitiva, resulta básico para promover el ahorro preventivo y evitar el endeudamiento excesivo. Por ello se considera necesaria la pedagogía de consumo, que ayude a analizar cuándo es oportuno financiar algo y abonar el sobrecoste de los intereses y asumir riesgos para tener el disfrute inmediato, es decir, para aprender a discernir la oportunidad de consumir y endeudarse frente a la conveniencia de ahorrar y esperar. No se trata de demonizar la financiación de los consumidores, que es un buen instrumento si se utiliza adecuadamente, pero es necesaria una gestión responsable del endeudamiento y el conocimiento de las condiciones que se aceptan¹⁸.

29. Actualmente, por fortuna, resulta fácil acceder a todo tipo de información a través de internet, encontrando numerosas webs especializadas. Pero esto no será útil para todos los consumidores, pues hay quienes por sus características personales requieren explicaciones más sencillas, claras y breves. De hecho, el estudio sobre vulnerabilidad del consumidor en la UE, destaca que algunos grupos de consumidores –especialmente vulnerables– es más probable que cometan errores de juicio, que acumulen deuda, que no sean capaces de administrar los imprevistos que tienen repercusión económica, y que encuentren dificultad para gestionar sus ingresos de forma efectiva¹⁹.

30. Hay que partir de que se suele considerar que el consumidor financiero es vulnerable por definición, debido a que el sector financiero es uno de los ámbitos más problemáticos y complejos²⁰. Además, esa vulnerabilidad inherente se acentúa en periodos de crisis económica, siendo necesario adoptar medidas que les permitan poder seguir siendo sujetos de crédito en el futuro²¹. La Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los consumidores vulnerables, en su considerando 21 pone de manifiesto “*la necesidad de proteger al consumidor a través de información y de la regulación de los mercados financieros, cuya complejidad implica que, en potencia, cualquier consumidor puede llegar a ser vulnerable*”, pudiendo tal complejidad “*llevar a los consumidores a un endeudamiento excesivo*”²².

31. En todo caso, se viene considerando como consumidor vulnerable a aquel que se encuentra en una situación más intensa de desprotección de la que se atribuye al consumidor medio, por lo que permite deducir que se trata de una situación de mayor debilidad económica²³.

¹⁸ A. HIDALGO CEREZO, *Nuevas tendencias en Derecho de consumo. Aspectos generales, legislación especial y consumo digital*, Dykinson, Madrid 2023, p. 248.

¹⁹ Informe *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* (Contract num. 2013 86 05 – EAHC 2013/CP/08), p. 341.

²⁰ El Parlamento Europeo ya en 2012, en su Resolución sobre *una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*, admite que cualquier consumidor puede llegar a ser vulnerable, por lo que insta a los Estados a reforzar la protección, mejorando, por un lado, los deberes de información para proporcionar explicaciones claras y simples sobre la naturaleza de los productos y servicios que ofrece, y elaborando, por otro, programas eficaces de «alfabetización financiera». Cfr. A. M. SANZ HERMIDA, “En busca de una protección sostenible para el consumidor de servicios financieros: a propósito de la (futura) autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero”, en BARONA VILLAR, S. (edit.), *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*, Ed. Universidad Autónoma de Chile, Chile 2023, pags. 171-196.

²¹ J. BRENES CORTÉS, “Sobreendeudamiento del consumidor: crédito al consumo y crédito inmobiliario”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º. 52, 2020, p. 15, advierte que hay que abordar un cambio en el modelo de protección al consumidor financiero, una regulación equilibrada que establezca los necesarios incentivos para el buen comportamiento de las dos partes en la relación crediticia. Pero señala que no significa que defienda un desequilibrio regulatorio a favor del deudor, pero sí un reequilibrio del sinalagma.

²² Sin embargo, L. WADDINGTON, *Reflections on the Protection of “Vulnerable” Consumers under EU Law*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 2013, 2, considera que el Derecho de consumo europeo no presenta una clara visión o política de protección al consumidor vulnerable, debido a que la legislación falla al protegerles, en la medida en que se centra en proteger al consumidor medio. Pero inicialmente, también tuvo algunas críticas la introducción de la figura del consumidor vulnerable, por carecer de fundamento práctico y ser un concepto superfluo y paternalista.

²³ Resulta de interés el criterio de PEÑA LÓPEZ cuando establece que pueden distinguirse tres grandes causas de vulnerabilidad de los consumidores europeos, que dan lugar a tres tipos de consumidores vulnerables: el “consumidor confiado

32. El sector financiero y, especialmente el ámbito crediticio, es uno de los mercados en los que el consumidor muestra una mayor debilidad e indefensión, al tratarse de productos con un alto nivel de abstracción y complejidad ofrecidos por grandes empresas. En relación con las causas que generan la vulnerabilidad hay unas que afectan a todos los consumidores, relacionadas con el funcionamiento del mercado financiero, y tienen que ver normalmente con la calidad de la información que recibe el consumidor a la hora de contratar un producto financiero. Pero hay otras causas más específicas, derivadas de las dificultades o sesgos cognitivos o de comportamiento que afectan a algunos consumidores, y se refleja en una mayor dificultad para procesar o racionalizar la compleja información que se les proporciona. Tampoco han de obviarse ciertos relieves psicológicos y emocionales. En todo caso, todo ello puede repercutir en una mayor dificultad para comprender el funcionamiento o para valorar los riesgos de un crédito.

33. Los riesgos que presenta la adquisición de productos financieros se acentúan cuando estamos ante personas de edad avanzada o personas con discapacidad intelectual, ya que se puede ver disminuida la habilidad para adoptar decisiones de compra o de endeudamiento racionales y prudentes, para llevar un control de sus necesidades y gastos, para cuestionar la publicidad de las entidades financieras y, finalmente, no siempre están en condiciones de apreciar las consecuencias y costes del incumplimiento²⁴.

34. Con frecuencia los consumidores no saben diferenciar entre préstamo y crédito, cuando se trata de instrumentos de financiación distintos, que el consumidor habría de conocer para, en función de las circunstancias y necesidades, poder decidir la conveniencia de utilizar uno u otro. Mediante el crédito, a menudo asociado a una tarjeta de crédito “revolving”, el consumidor tiene a su disposición una cantidad de dinero de la que puede ir disponiendo a medida de sus necesidades, y abonará intereses solo por la cantidad efectivamente dispuesta. Presenta como ventajas la flexibilidad del producto y su inmediatez, permitiendo disponer de crédito para adquirir bienes y servicios en la medida en que lo requiera el titular. Pero es cierto que el mayor riesgo implícito para la entidad financiera se va a traducir en que el consumidor tendrá que satisfacer un tipo de interés superior al de un préstamo tradicional²⁵. A ello se une el hecho de que en las líneas de crédito resulta mucho más complejo conocer a priori cuáles serán las cuotas de amortización periódicas y adecuarlas a la propia capacidad económica, por lo que hay una mayor propensión a incurrir en un endeudamiento excesivo.

2. Información precontractual y transparencia en el proceso de contratación y desarrollo del crédito

35. Constituye un presupuesto necesario de todo contrato, y especialmente en los contratos de crédito, que tengan como base decisiones plenamente conscientes de los ciudadanos, y sean fruto de una decisión voluntaria y racional. En consecuencia, tanto las informaciones que se utilizan para la comercialización del producto a modo de oferta, como las informaciones que se suministren para celebrar el contrato y el propio contenido de éste han de ser claros y sencillos.

e inexperto (y apresurado)” que está afectado por una debilidad fundamentalmente jurídica -que es una debilidad que, en realidad, afecta a todos los consumidores-; el consumidor perteneciente a un grupo especialmente vulnerable; y el consumidor sin recursos económicos. F. PEÑA LÓPEZ, “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, en N. ÁLVAREZ LATA, F. PEÑA LÓPEZ (editores), *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2021, pp. 24-30. También cuestiona que en el Derecho europeo de consumo se tome como patrón de referencia el criterio del consumidor medio, entendido como aquel consumidor “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (STJCE 16 de julio de 1998, asunto C-210/96), por tratarse de una imagen ideal que está apartada de la realidad.

²⁴ Hay barreras concretas que van a afectar a consumidores con discapacidad o aptitudes físicas o intelectuales limitadas, que pueden afectar a su capacidad para contratar ciertos productos: limitaciones para el acceso a oficinas por las barreras físicas; para manejar aparatos electrónicos o aplicaciones; o dificultades para la memorización de códigos de seguridad y claves. Informe *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, cit., p. 346.

²⁵ PLA VIDAL, “Tres vectores a tener en cuenta en el crédito al consumo: la educación financiera, la transparencia y el crédito responsable”, cit., p. 328.

36. El consumidor tiene derecho a estar correctamente informado tanto respecto al alcance y costes que le supone el contrato, como respecto de sus derechos y obligaciones. La entidad financiera ha de proporcionar la información necesaria y en el formato adecuado para que el cliente pueda tomar decisiones fundadas. En consecuencia, los consumidores también han de asumir una responsabilidad razonable por las decisiones que toman. Por ello, la transparencia ya no es un deber más o menos accesorio, sino que se convierte en una exigencia determinante, que puede poner en cuestión la validez del contrato. Ello requiere un esfuerzo por parte de las empresas de cara a superar, en la medida de lo posible, el lenguaje técnico y distante empleado habitualmente en los contratos, para hacer que la información sea sencilla y accesible²⁶.

37. Esto explica que en el Derecho de consumo europeo se haya convertido en un elemento clave el derecho a la información del consumidor, que surge de la idea de que la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente al profesional se debe a su desinformación. Ello se ha traducido en que, para cumplir los deberes de información, el empresario ha de proporcionar una documentación donde se contienen una larga enumeración de datos y cuestiones que el legislador ha establecido que son los que habrá de comunicar al consumidor. A ello se suele unir la exigencia de una determinada forma del contrato, como es la entrega de la documentación por escrito o en otro soporte duradero, tratando de garantizar que la información llegue efectivamente al consumidor.

38. Sin embargo, actualmente se admite sin ambages la falta de eficacia o el fracaso de esta política legislativa, dado que si se analiza la realidad del comportamiento de los consumidores se aprecia que apenas dedican tiempo a leer la información que se les proporciona, o tienen serias dificultades para adquirirla, asimilarla y comprenderla. Junto a ello, la presencia de dificultades cognitivas en algunos consumidores hace que, por mucha información que reciban, no sean capaces de asimilarla y de tomar decisiones razonables²⁷.

39. Las normas más recientes tratan de mejorar la eficacia de los deberes de información, simplificando los datos a proporcionar, y estableciendo como modo de organizar la información a entregar las llamadas hojas o fichas de “información normalizada”. Pero el hecho de que la información se presente mejor y más ordenada o más clara no cambia sustancialmente el problema, pues ello no significa que se traduzca en un consumidor bien informado en disposición de tomar decisiones correctas²⁸. La Directiva

²⁶ Una muestra de la relevancia que ha adquirido la transparencia se aprecia con la publicación por parte de la Asociación Española de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) de un “Protocolo de Transparencia sobre crédito revolving”, que se caracteriza por utilizar un lenguaje simple y sencillo, con numerosas advertencias, consejos y alertas, de modo que se facilita que cualquier consumidor, si accede a su lectura, pueda conocer el funcionamiento, la operativa y los riesgos de este producto, pudiendo guiar sus decisiones de forma más informada y responsable. Y en la información se ha de poner una especial incidencia en que se trata de un servicio que tiene un coste, del cual es esencial que se informe de forma comprensible, tanto para que el consumidor pueda analizar la conveniencia de solicitarlo, como para que pueda comparar otras alternativas u ofertas. Ha sido elaborado por un reconocido experto en transparencia, F.J. ORDUÑA MORENO. Disponible en: https://asnef.com/media/3298/acta_protocolo_transparencia_asnef.pdf. El protocolo se pone a disposición de las entidades asociadas para que puedan adoptarlo en la comercialización del crédito revolving.

²⁷ PEÑA LÓPEZ, “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, cit., pp. 34 a 37, analiza las causas del fracaso de la idea de encomendar la protección del consumidor a la obligación de información.

²⁸ Por ello, respecto al consumidor estadounidense, D. PRIDGEN, “Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010”, *Loyola Consumer Law Review*, 24, 2012, p. 626, reconoce que “*es tan poco realista pensar que los consumidores reales pueden ser educados, en la medida necesaria para adoptar decisiones correctas de crédito, simplemente por el uso de hojas informativas, como lo es asumir que pueden convertirse en sus propios abogados, médicos o mecánicos*”. También se reconoce la poca eficacia de este modelo de protección basado en la información en el Informe *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, cit.. Y también se reconoce por el Parlamento Europeo, especialmente en relación a algunos mercados (telecomunicaciones, transporte, energía y servicios financieros), en la Resolución de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los consumidores vulnerables (2011/2272, INI); parte de que la noción de “consumidor medio” no presentaba la flexibilidad suficiente para adaptarse a casos específicos y, en ocasiones, no se correspondía con situaciones de la vida real. También, M. PÉREZ ESCOLAR, “El viajero, consumidor vulnerable. Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 44, 2017, pp. 33-67, concluye que “las políticas de protección del consumidor marcadas por la Unión Europea

(UE) 2023/2225 hace un esfuerzo por clarificar la información a suministrar, pero mantiene sustancialmente la confianza en el modelo. Se parte de la gratuidad de la obligación de proporcionar información, de modo que no se podrá imponer coste alguno al consumidor con independencia del medio utilizado para proporcionar la información (art. 5).

40. En cuanto a las comunicaciones publicitarias y comerciales, además de la exigencia de que sean leales y claras y no resulten engañosas, se prohíbe toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas, sobre todo respecto a la disponibilidad o el coste del crédito o el importe total adeudado (arts. 7). Se trata de proteger a los consumidores contra las prácticas desleales o engañosas, en particular en lo que respecta a la información proporcionada por el prestamista o el intermediario de crédito, en consonancia con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁹.

41. En el art. 8 se regula detalladamente la información básica que ha de figurar en la publicidad de los contratos de crédito. La nueva regulación trata de reducir los casos de abusos en la comercialización de créditos y de eliminar las prácticas que incitan al consumo de crédito manera irresponsable. Por ello, se exige que la publicidad relativa a los contratos de crédito “incluya una advertencia clara y destacada para poner en conocimiento de los consumidores que los préstamos cuestan dinero, utilizando la fórmula «Atención: tomar dinero prestado cuesta dinero» u otra equivalente”. Esta obligación no se aplicará a los casos en que el Derecho nacional exija que se indique la tasa anual equivalente en aquella publicidad de contratos de crédito que no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con algún coste del crédito para el consumidor.

42. La misma preocupación lleva a que se incluya un listado de prácticas publicitarias prohibidas. De manera absoluta se prohíbe la publicidad de productos de crédito que: a) animen a los consumidores a contraer crédito sugiriendo que este mejoraría su situación financiera; b) especifiquen que los contratos de crédito pendientes o los créditos registrados en las bases de datos tienen poca o ninguna influencia en la evaluación de una solicitud de crédito; c) sugieran falsamente que el crédito da lugar a un aumento de los recursos financieros, constituye un sustituto del ahorro o puede mejorar el nivel de vida de los consumidores. Además, se establecen otros posibles supuestos que pueden considerarse no recomendables, pero se otorga la opción a la Estados para decidir sobre su prohibición, como es la publicidad que: a) destaque la facilidad o rapidez con la que se puede obtener un crédito; b) establezca que un descuento está condicionado a la aceptación de un crédito; c) ofrezca «períodos de gracia» de más de tres meses para el reembolso de las cuotas del crédito.

43. También se regula la información básica que ha de contener la publicidad (art. 8.3), con especial incidencia en el coste total del crédito (el tipo deudor junto a cualquier otro gasto incluido en el coste total, el importe total del crédito, la tasa anual equivalente, la duración, etc.). Cuando existan condiciones promocionales temporales, como los tipos de interés con tasa inicial reducida para los primeros meses del contrato de crédito, deben identificarse claramente como tales. Si la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito fuera obligatoria para obtener un crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, la información básica deberá especificar de forma clara, concisa y destacada la obligación de suscribir dicho contrato (art. 8.5).

44. En cuanto a los requisitos en cuanto a la forma de presentar la información básica, se determina que será fácilmente legible o claramente audible, según proceda, y se adaptará a las limitaciones técnicas del medio utilizado para la publicidad, especificando todo el contenido obligatorio de forma

que podríamos calificar de “tradicionales” se han revelado en los últimos tiempos altamente ineficaces ante realidades como la crisis económica, que han dejado al descubierto sus carencias”.

²⁹ P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Información precontractual en la nueva Directiva de crédito al consumo: ¿cuánto más mejor?”, Revista CESCO, n.º 48/2023, pp. 49-73.

clara, concisa y destacada³⁰. Además, se contempla que la información básica se precisará mediante un ejemplo representativo. En concreto, el importe total del crédito y la duración del reembolso elegidos por el prestamista para dicho ejemplo representativo deben corresponder en la medida de lo posible a las características del contrato de crédito que anuncia el prestamista³¹.

45. Respecto a la información precontractual (arts. 9 a 11), que es la que se proporciona antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato de crédito o, cuando proceda, por la transmisión de una oferta vinculante, se avanza en la transparencia de estos créditos: se trata de que el consumidor reciba, antes de contratar, la información clara y precisa para comparar las diversas ofertas, de manera que pueda entender lo que está contratando y poder adoptar una decisión informada sobre la conveniencia del contrato de crédito. Como se ha señalado, en la anterior regulación el elenco de menciones que debía contener el documento era tan extenso que se corría el riesgo de que el consumidor perdiera la perspectiva de lo que realmente era relevante para tomar la decisión adecuada³². Ahora, la información precontractual se divide en dos bloques: el primero incluye las informaciones más importantes y aparecerá en la primera página del formulario o, como máximo en las dos primeras; el segundo bloque recogerá otras diecisiete menciones informativas contempladas en el art. 10.5, que irán claramente separadas del primer bloque. En todo caso, la información se proporcionará en papel o en otro soporte duradero elegido por el consumidor mediante el formulario de Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo que figura en el anexo I de la Directiva (art. 10.2). Se considera que el prestamista ha cumplido los requisitos de información si ha proporcionado dicho formulario. Si bien se añade que toda la información proporcionada en el formulario se presentará de forma igualmente destacada. Cualquier información adicional que el prestamista quiera comunicar al consumidor debe facilitarse en documento aparte. También exige que la información se presente de manera que sea compatible con dispositivos digitales.

46. Al efecto de que las ofertas puedan compararse, la información debe incluir, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión. Puesto que en esta fase la TAE solo puede indicarse mediante un ejemplo, este debe ser representativo: por ejemplo, debe corresponder a la duración media y al importe total del crédito concedido para el tipo de contrato en cuestión.

47. Se mantiene la regulación para los casos de comunicación a través de telefonía vocal en cuanto a la transmisión de la información (art. 10.7); y el art. 10.9 contiene una advertencia que ha de incluirse en los contratos de crédito “revolving” o reconstituyente, que ya aparecía en la anterior regulación, y obliga a incluir una declaración clara de que tales contratos no prevén una garantía de reembolso del importe total del crédito del que se haya dispuesto en virtud del contrato de crédito, salvo que dicha garantía se conceda expresamente.

48. Pero el legislador es consciente de que proporcionar la información puede no ser suficiente. En el Considerando 45, se hace consta de forma expresa que el consumidor puede necesitar más asistencia para decidir qué contrato de crédito, entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y situación financiera. Por ello, obliga a los prestamistas a proporcionar dicha asistencia ofreciendo “las explicaciones adecuadas acerca de la información pertinente”, que deben hacerse al consumidor “*de una forma personalizada, de manera que pueda entender qué repercusiones*

³⁰ También serán de aplicación la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, donde se prevén medidas para favorecer la inclusión financiera de personas más vulnerables y especialmente mayores de edad). También la Circular Banco de España 4/2020.

³¹ Los consumidores deben poder ver toda la información esencial de un vistazo, incluso cuando el medio utilizado sea la pantalla de un teléfono móvil. El art. 8.6 contempla que, en casos concretos y justificados, cuando el medio electrónico utilizado no permita visualizar la información de forma destacada y clara, debe reducirse la cantidad de información comunicada. En estos casos, el consumidor deberá poder acceder a la información letras e) (precio al contado y anticipos) y f) (importe total adeudado e importe cuotas periódicas), de dicho apartado por medio de un clic, un desplazamiento o un deslizamiento.

³² M. J. MARÍN LÓPEZ, “Una primera aproximación a la Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de contratos de crédito al consumo”, *Revista CESCO*, núm. 48/2023, pág. 16.

*pueda tener en su situación económica, incluidas las consecuencias jurídicas y financieras que puedan derivarse del incorrecto cumplimiento de las obligaciones contractuales*³³. Pero advirtiendo que dichas explicaciones no deben constituir de por sí una recomendación personal.

49. Tras la detallada regulación de la información precontractual, el art. 12 de la Directiva (UE) 2023/2225 dispone que *“Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito estén obligados a proporcionar al consumidor explicaciones adecuadas sobre los contratos de crédito propuestos y sobre cualesquiera servicios accesorios que le permitan evaluar si los contratos de crédito y servicios accesorios propuestos se adaptan a las necesidades y situación financiera del consumidor. Estas explicaciones se proporcionarán gratuitamente y antes de que se celebre el contrato de crédito”*. Además, se enumeran los aspectos que han de comprender las explicaciones, destacando *“las características esenciales de los productos propuestos”* y *“los efectos específicos que el contrato de crédito o los servicios accesorios propuestos puedan tener para el consumidor incluidas las consecuencias del impago o pago atrasado por parte del consumidor”*.

50. Esta exigencia ya aparecía en el art. 5.6 de la Directiva 2008/48/CE, pero en términos menos imperativos, al establecer que se velará porque se *“faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas”*. En definitiva, puede hablarse de un “deber de ofrecer explicaciones adecuadas”, que será particularmente útil cuando se trate de consumidores pertenecientes a grupos especialmente vulnerables. La propia norma prevé la conveniencia de adaptarlo en función de a quién va dirigido, al establecer que los Estados miembros podrán adaptar este requisito, en casos justificados, *“en lo que respecta a la manera y la amplitud con que hayan de darse las explicaciones”*, en atención a las circunstancias de la situación en la que se ofrece el crédito, la persona a quien se ofrece y el tipo de crédito³⁴. En todo caso, este deber puede verse como el reconocimiento de que el consumidor es probable que no llegue a leer, entender o gestionar la información suministrada, por lo que es necesario obligar a los prestamistas a explicar ciertos aspectos esenciales del producto³⁵.

51. Y era inevitable que se aludiera a los sistemas de inteligencia artificial. Así, señala el considerando 46 que los prestamistas y los intermediarios de crédito, al personalizar el precio de sus ofertas para consumidores específicos o categorías específicas de consumidores sobre la base de la toma de decisiones automatizada, deben informar claramente a los consumidores de que el precio que se les ofrece está personalizado en función de un tratamiento automatizado de datos personales, en particular, datos inferidos, a fin de que, en su decisión de compra, puedan tener en cuenta los riesgos potenciales. La exigencia se plasma en el art. 13. También han de informar sobre las fuentes de datos utilizadas para personalizar la oferta.

52. En cuanto al momento de proporcionar la información, se establece que la información debe proporcionarse al consumidor “con la debida antelación” antes de vincularse contractualmente. Parece que se pretende crear una especie de periodo de reflexión, aunque sea breve, pero suficiente para que el consumidor pueda consultar y asimilar la información, para evitar decisiones impulsivas. La Propuesta de nueva regulación de la Comisión establecía que la información precontractual debía facilitarse al consumidor al menos un día antes de que se celebraba el contrato. Fue el Consejo el que puso de relieve lo inadecuado de tal solución, en especial, respecto de los créditos que se suscriben en el momento de la adquisición de un bien o servicio.

³³ El mismo deber se regula de manera más pormenorizada en el art. 16 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

³⁴ Ha de advertirse que al transponer la Directiva, la LCCC no reprodujo este deber, aunque ello no afecta a su existencia. Una valoración sobre la eficacia del mecanismo, en PEÑA LÓPEZ “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, cit., pp. 48-50.

³⁵ Cfr. N. COLLADO-RODRÍGUEZ, “El crédito responsable”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20 /2016, p. 527. Considera que el deber va más allá de ser una mera puesta a disposición de la información que permite al consumidor hacerse una representación de las consecuencias derivadas de la conclusión del contrato.

53. Pero ahora se da concreción a esa fórmula, quizá teniendo en cuenta que es habitual en la práctica que los prestamistas faciliten la información justo antes de la celebración del contrato: se establece que puede entregarse “menos de un día antes de que el consumidor quede vinculado por la oferta o contrato de crédito”, lo cual equivale a que puede ser el mismo día de la aceptación. Es objeto de discusión si se cumple “la debida antelación” cuando la información se facilita antes de la celebración del contrato, como exigía el art. 5.1. Directiva 2008/48/CE. Parece que habrá que estar a las circunstancias del supuesto para determinar que antelación es “debida”, es decir, cuál es la adecuada para que la información precontractual cumpla la finalidad para la que está prevista³⁶. Pero también se prevé que si la información se dispensa en un tiempo inferior a las 24 horas previas a la celebración del contrato, se refuerza la información sobre el derecho de desistimiento, de modo que el prestamista o el intermediario del crédito se obligan a enviar al consumidor “un recordatorio acerca de la posibilidad de desistir del contrato de crédito...” (art. 10.1).

3. La celebración del contrato de crédito y la información posterior

54. No puede presumirse el consentimiento del consumidor para la celebración del contrato o la contratación de servicios accesorios. El consentimiento debe expresarse mediante un acto afirmativo claro que manifieste la aceptación concreta, informada e inequívoca. Por tanto, no puede inferirse la perfección del contrato del silencio, la inacción o la opción por defecto (por ejemplo, las casillas ya marcadas) (art. 15). Además, el art. 17 prohíbe la concesión de crédito a los consumidores que no lo han solicitado previamente y no han dado su consentimiento, por lo que en estos casos no existe contrato de crédito. En este supuesto se incluyen las tarjetas de crédito previamente aprobadas no solicitadas y enviadas a los consumidores, o el aumento unilateral del descubierto o del límite de las tarjetas de crédito de los consumidores.

55. Estas exigencias están claramente dirigidas a combatir prácticas desleales y a evitar que una entidad pueda inducir a confusión al consumidor para poder deducir su consentimiento. Y serán especialmente útiles para proteger a personas con alguna discapacidad cognitiva, permitiendo impugnar los contratos que la entidad pretenda hacer valer si no se cumplen tales exigencias.

56. Toda entidad financiera al contratar con consumidores ha de respetar las exigencias de la buena fe y las prácticas honestas del mercado, para evitar distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica empresarial. De lo contrario, se puede incurrir en una práctica comercial desleal, por aplicación del art. 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Esto puede suceder cuando la empresa puede prever razonablemente el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a ciertas prácticas o a un bien o servicio, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o por una especial credulidad o ingenuidad³⁷.

57. Se mantiene la obligación de documentar el contrato y la entrega de una copia, pero sin establecer las consecuencias civiles del incumplimiento. El contrato ha de tener un contenido determinado, y cumplir las exigencias de ofrecer la información de forma clara y legible (art. 21).

58. En determinadas situaciones se impone al prestamista la obligación de informar al consumidor tras la celebración del contrato y durante su vigencia: si el consumidor amortiza anticipadamente

³⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Hacia una nueva regulación europea del crédito al consumo: la posición del Consejo, de 7 de junio de 2022, sobre la Propuesta de Directiva de crédito al consumo”, *cit.*, p. 5, alude a que muchos prestamistas, en la práctica, proporcionan la información justo antes de la celebración del contrato. Pero advierte que esta práctica no puede considerarse amparada en el nuevo art. 10.1.

³⁷ F. X. SÁNCHEZ MORAGAS, “La apreciación de la vulnerabilidad, en los contratos con personas consumidoras con discapacidad intelectual”, *Diario La Ley*, nº. 10005 (La Ley 329/2022), pp. 4-5.

capital (art. 21.1.i); cuando el prestamista modifique las condiciones de crédito (art. 22); cuando está autorizado a modificar el tipo de interés (art. 23); y en los créditos concedidos en forma de descubierto.

4. El crédito responsable. La evaluación de la solvencia del consumidor

59. Una de las lecciones extraídas de la gran crisis financiera mundial que llegó a nuestro país en el año 2008 fue evidenciar que las medidas de prudencia financiera existentes hasta entonces resultaban ineficaces, dado que habían favorecido la concesión de crédito aun en casos de comprometida solvencia. Aquello dio paso a un periodo de restricción en el acceso al crédito, a la vez que desaparecía la confianza en el sistema económico y en el propio crédito. El dramatismo de aquella crisis, exacerbada por el abuso en el crédito hipotecario, va a generar nuevos criterios de control del riesgo, dando lugar al concepto de “crédito responsable”³⁸.

60. La constatación de que el sistema tradicional de protección al consumidor basado sobre la obligación de información no tiene la eficacia que se esperaba, ha dado lugar a que el crédito responsable tome el relevo como elemento clave en la protección del consumidor de crédito³⁹. El objetivo es que se concedan únicamente créditos que el prestatario pueda asumir en función de su situación económica⁴⁰. Por ello, la evaluación de la solvencia, que era una actuación que interesaba especialmente al prestamista, paradójicamente, por ley, se va a convertir en una obligación que se le impone, dirigida a realizar un estudio de la situación económica y financiera del prestatario antes de que asuma un compromiso de pago. Curiosamente, ha debido ser exigida legalmente su aplicación por los prestamistas debido al olvido sistemático de las más elementales normas de prudencia⁴¹. Pero, la escasa preocupación de muchas entidades prestamistas ante el sobreendeudamiento de los consumidores probablemente cambie a raíz de la aplicación más intensa del remedio de la segunda oportunidad tras las últimas reformas legales. La posibilidad de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho es, seguramente, la mayor protección otorgada a los consumidores y pequeños profesionales, y puede contribuir a que los prestamistas sean más rigurosos en la concesión del crédito, pues en caso de sobreendeudamiento corren el riesgo real de no recuperar buena parte del crédito si el cliente obtiene la exoneración.

61. Se ha señalado que el crédito responsable puede referirse en un sentido amplio a toda normativa de protección del cliente bancario, incluyendo los deberes de información y transparencia, y la adecuación del contrato a las necesidades y situación financiera de un cliente concreto; y se refiere “de

³⁸ Realiza un magnífico estudio sobre estas cuestiones, P. CORBAL, *Prevención y solución de la insolvencia de la persona física. La evaluación de la solvencia y el fomento del préstamo responsable a través del régimen concursal de segunda oportunidad*, Aranzadi, Madrid 2024. Las propias entidades ya parecen haber asumido el concepto: “Un crédito responsable es un crédito bancario en el cual una entidad financiera tiene la obligación de analizar la capacidad de pago del solicitante, con el fin de evaluar de forma ética e imparcial su aptitud a la hora de asumir sus obligaciones de pago y evitar además su sobreendeudamiento. Así, podrá tratar de prever un impago, cuyo impacto negativo afecte a la salud financiera del cliente, a la entidad y, en último término, a la sociedad. A su vez, estas entidades se comprometen a ofrecer a los consumidores la información del crédito responsable de manera clara y transparente”. En: <https://www.santander.com/es/stories/todas-las-claves-sobre-los-creditos-responsables>.

³⁹ Cfr. N. COLLADO-RODRÍGUEZ, “El crédito responsable”, *cit.*, p. 527. También BRENES CORTÉS, “Sobreendeudamiento del consumidor: crédito al consumo y crédito inmobiliario”, *cit.*, p. 15-16, resulta tajante al advertir que la tradicional consideración de que una información suficiente convierte al cliente en una persona independiente y responsable en la adopción de la decisión de endeudarse, parte de un presupuesto absolutamente equivocado: la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario supone el reconocimiento de la insuficiencia de la transparencia informativa para lograr tal finalidad.

⁴⁰ Sobre ello, N. COLLADO-RODRÍGUEZ, “El impacto de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en los procesos de gestión del riesgo de crédito”, en N. ÁLVAREZ LATA, F. PEÑA LÓPEZ. (ed.), *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Thomson-Aranzadi, 2021, pp. 249 ss.; Id., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2019.

⁴¹ En este sentido, M. CUENA CASAS, “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n.º 20, 2014, p. 7.

forma más restringida, a la obligación de evaluar la solvencia del deudor de manera que se conceda el préstamo a quien es capaz de devolverlo según lo pactado⁴².

62. En la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo, ya se impulsó la valoración de la solvencia, de modo que, si anteriormente recaía sobre el demandante de crédito el deber de su utilización responsable para no sobrepasar un nivel razonable de endeudamiento, ahora la responsabilidad se extiende a los concedentes de crédito. Así se establece que, con el objetivo de que “no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario”, se señala que “los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor. A tal efecto, se les deberá permitir servirse de la información facilitada por el consumidor no solo durante la preparación del contrato de crédito, sino también durante toda la relación comercial”. Puede ser objeto de crítica que la consulta de las bases de datos no tenga carácter obligatorio y el concedente del crédito pudiera dejar en manos del consumidor el suministro de la información necesaria para la evaluación de la solvencia⁴³. Además, en la regulación que se refleja en la LCCC, no se aprecian obstáculos relevantes que disuadan a las entidades financieras de conceder préstamos de forma irresponsable⁴⁴.

63. Uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2023/2225, está en prevenir y reducir las prácticas de préstamo irresponsables, que generan el problema del endeudamiento excesivo y el riesgo de impago. Por ello, la regulación necesariamente ha de tender a conseguir que solo se conceda crédito a los consumidores que puedan devolverlo. La Directiva convierte el análisis de la solvencia en un aspecto clave, que aborda ahora en el art. 18 de manera mucho más extensa, y que incorpora algunas reglas sobre evaluación de la solvencia ya vigentes en el crédito inmobiliario (art. 18 Directiva 2014/17/UE)⁴⁵.

64. Se formula claramente la obligación de los prestamistas de realizar una evaluación de la solvencia del consumidor, fijando que ha de consistir en verificar las perspectivas de cumplimiento por parte del consumidor de las obligaciones que surgen del crédito⁴⁶. La evaluación de la solvencia debe ser proporcionada y debe realizarse “en interés del consumidor”, “en profundidad”, y antes de la concesión de un crédito, o cuando se quiera modificar para conceder un aumento significativo del importe. Es destacable que la evaluación no sólo irá dirigida a la concesión del crédito, pues también el calendario de reembolso debe adaptarse concretamente a las necesidades específicas del consumidor y a su capacidad de reembolso.

65. Resulta muy útil que se contemple cómo ha de realizarse la evaluación de la solvencia: basándose en la información de que dispone el prestamista sobre los ingresos y gastos del consumidor, y otras circunstancias económicas, como los compromisos financieros asumidos. La información podrá obtenerla el prestamista de fuentes internas (la información que dispone del cliente de toda la relación comercial anterior) o externas. En concreto, se enumeran como fuentes externas: la información facilitada por el propio consumidor y la obtenida a través de la consulta de las bases de datos. Pero se ad-

⁴² M. CUENA CASAS,, “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en L. PRATS ALBENTOSA, M. CUENA CASAS, (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Aranzadi, Pamplona 2014, p. 14.

⁴³ Cfr. N. COLLADO-RODRÍGUEZ, “El crédito responsable”, *cit.*, p. 529.

⁴⁴ Cfr. J. BRENES CORTÉS, “Sobreendeudamiento del consumidor: crédito al consumo y crédito inmobiliario”, *cit.*, p. 2., donde analiza las carencias y deficiencias de la normativa vigente en esta materia. Y propone que debían abordarse consecuencias más rigurosas por el negligente cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia, como es la pérdida de intereses remuneratorios o moratorios.

⁴⁵ Un práctico estudio comparativo se realiza por S. MIGUEL WALSH, “La Directiva (UE) 2023/ 2225, relativa a los contratos de crédito al consumo, en el derecho alemán y español: crédito responsable y evaluación de la solvencia”, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, Año LXXIX, febrero 2025, núm. 2.284, pp. 4-49.

⁴⁶ El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la obligación precontractual y la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor: STJUE 10 de junio de 2021, asunto C-303-20, Último Portfolio Investment (Luxemburgo) SA c. K.M. Se analiza el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción en caso de incumplimiento de esta obligación que recae sobre el prestamista.

vierte que la evaluación no se podrá basar exclusivamente en el historial crediticio del consumidor; y la información no debe contener las categorías especiales de datos personales, como los datos sanitarios, incluidos los datos sobre cáncer, ni la información obtenida de las redes sociales⁴⁷.

66. Este es uno de los aspectos más delicados, dado que con la llegada de la robótica inteligente y del uso de los algoritmos se empieza hacer uso de los llamados datos alternativos, que se extraen de la llamada “huella digital” del cliente, con el propósito de formar una “imagen financiera” más completa del mismo. Esto implica que puede utilizarse la actividad en las redes sociales en términos de propensión a la compra, o las preferencias personales manifestadas por los usuarios a través de la navegación en plataformas o motores de búsqueda, como pueden ser las compras en línea realizadas, las aplicaciones de pago utilizadas, etc. Junto a estos denominados como datos blandos, los que se extraen de rastros digitales extrafinancieros, aparecen los “datos duros”, como son los que aparecen en las bases de datos sobre el historial crediticio y de pagos del consumidor, normalmente elaboradas por agencias de calificación del riesgo con los datos transmitidos por las entidades financieras. Pero el hecho de que sólo los intermediarios financieros puedan acceder a estos últimos datos, y el que haya otros nuevos prestamistas que sólo pueden acceder a los datos “blandos”, plantearía el riesgo de socavar la fiabilidad de la calificación crediticia, al no existir garantías sobre la veracidad de la evaluación⁴⁸.

67. Dado que es previsible que en la evaluación de la solvencia el prestamista haga uso del procesamiento automatizado de datos personales, en combinación con la toma de decisiones automatizadas sobre la calificación crediticia, se atribuyen derechos concretos al consumidor, como puede ser el derecho a obtener una intervención humana por parte del prestamista, o el solicitar una revisión de la evaluación de la solvencia y la decisión sobre la concesión del crédito (art. 18.8). Se parte de que los sistemas de inteligencia artificial utilizados para evaluar la calificación crediticia o la solvencia de las personas físicas “deben clasificarse como sistemas de IA de alto riesgo, ya que determinan el acceso de dichas personas a recursos financieros y servicios esenciales, como la vivienda, la electricidad o los servicios de telecomunicaciones”⁴⁹. Ciertamente uno de los principales riesgos derivados de las decisiones basadas en algoritmos es el de la discriminación, potenciada por los sesgos que puede conllevar la cesión automatizada.

68. El proceso termina con un informe de evaluación que, ante situaciones de solvencia negativa, introduce restricciones a los préstamos: ante una evaluación negativa de la solvencia, el prestamista no deberá celebrar el contrato (art. 18.6)⁵⁰. Deberá informar al consumidor sin demora y, en su caso, remitir al consumidor a servicios de asesoramiento en materia de deudas.

69. Aunque no se destaque, todo indica que se pone la atención en las personas consumidoras especialmente vulnerables, y se trata de eliminar la incitación a obtener crédito de manera impulsiva o

⁴⁷ El Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de una Directiva relativa a los créditos al consumo (DOUE C 43, de 6 de octubre de 2021), recomendó delimitar con claridad las categorías y fuentes de datos personales que pueden utilizarse a efectos de evaluar la solvencia, ya que se han de tener en cuenta las posibles consecuencias negativas para los afectados. Por ello, considera que deberían abordarse los requisitos, la función y las responsabilidades de las bases de datos sobre créditos o de los terceros que realicen calificaciones crediticias. También considera que debería aclararse en qué situaciones es necesaria y proporcionada la consulta a las fuentes externas.

⁴⁸ Resulta de gran interés sobre esta cuestión: A. MENDOLA, “Vulnerabilidad de la persona y métodos alternativos de evaluación de la solvencia en el derecho italiano y español”, en M. V. MAYOR DEL HOYO, S. DE SALAS MURILLO (dirs.), *El derecho civil ante los retos de la vulnerabilidad personal*, Aranzadi, Madrid 2024, pp. 189-212.

⁴⁹ Preámbulo (Considerando 58) del Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

⁵⁰ B. HERNÁNDEZ BATALLER, “La propuesta de Directiva de Crédito al Consumo: ¿Una armonización a la carta?, *cit.*, p. 72, considera que aun en el caso de que la evaluación sea negativa, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa pueden, excepcionalmente, facilitar créditos en circunstancias concretas y justificadas, como cuando mantienen una relación duradera con el consumidor, o en el caso de préstamos para financiar gastos sanitarios excepcionales, préstamos para estudiantes o préstamos para consumidores con discapacidad. En tal caso, al decidirse se concede o no el crédito se ha de tener en cuenta el importe y la finalidad del crédito, así como la probabilidad de que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato.

irreflexiva. En esta línea, el considerando 33 indica que “con el fin de reducir los casos de venta abusiva de créditos a consumidores que no puedan permitírsele y de promover un préstamo sostenible, la publicidad de los contratos de crédito debe contener, en todos los casos, una advertencia clara y destacada para poner en conocimiento de los consumidores que tomar dinero prestado cuesta dinero... Debe prohibirse determinada publicidad, como la que incita a los consumidores a solicitar crédito sugiriendo que este mejoraría su situación económica o especificando que el crédito registrado en las bases de datos tiene poca o ninguna influencia en la evaluación de una solicitud de crédito. También debe permitirse a los Estados miembros prohibir la publicidad que se considere que entraña riesgos para los consumidores, como la que destaca la facilidad o la rapidez con que se puede obtener el crédito”.

70. En todo caso, sigue sin contemplarse algún tipo de consecuencia contractual específica, a modo de sanción, para el caso de que el prestamista haya evaluado incorrectamente la solvencia por causas únicamente imputables a él. Se debate doctrinal e, incluso, jurisprudencialmente, la eficacia que se puede atribuir al incumplimiento de esta obligación en el ámbito contractual. Partiendo de que no existe una norma específica, se ha alegado en el ámbito de los créditos inmobiliarios la posible resolución del contrato a instancia del prestatario y la posible exigencia de una indemnización de daños y perjuicios⁵¹. Sin embargo, como se ha señalado, es muy discutible que estas medidas tuvieran realmente eficacia disuasoria, y la resolución obligaría al prestatario a devolver el capital prestado. En la práctica, por el momento sólo puede hablarse de sanciones administrativas. Además, la comprobación acerca de la corrección o no del procedimiento de evaluación se dificulta porque no se establecen ratios de préstamos-ingresos y préstamo-valor⁵².

71. La idea de un mayor control también se refleja en que los Estados deben garantizar “que los prestamistas y los intermediarios de crédito, en particular las entidades no crediticias, estén sujetas a un procedimiento de reconocimiento adecuado, que incluye un procedimiento de autorización o la inscripción de dichas entidades en un registro, y a los mecanismos de supervisión aplicados por una autoridad competente” (considerando 83). No se aplica a las entidades de crédito ya autorizadas, ni a las entidades de pago o de dinero electrónico.

72. La nueva Directiva se supone que provocará una reducción de la oferta de microcréditos por parte de entidades no bancarias, ya que no todas podrán asumir y cumplir las reglas relativas al aumento de la transparencia o la mejora de los análisis de solvencia, normas cuya implementación tiene costes. En concreto, algunas *fintech* pueden encontrar problemas para cumplir con los requerimientos cuando tienen dificultades para acceder a datos fiables y se prohíbe acudir a datos de redes sociales.

5. Derecho de desistimiento. Contratos vinculados

73. Se viene considerando al derecho de desistimiento como uno de los pilares básicos del Derecho de consumo europeo, y hay que admitir que es un derecho muy reconocido por todos los consumidores, que contribuye a evitar muchas impugnaciones y litigios. Hay que partir de que el derecho de desistimiento no se otorga en todos los contratos de consumo, sino que es la principal medida protectora

⁵¹ E. ARROYO AMAYUELAS, “Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario”, *Working Paper 9/2018, Cátedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu* (Universitat de Barcelona), p. 17. También en el ámbito del crédito al consumo mantiene una postura similar, N. Álvarez Lata, “Comentario al art. 14 LCCC”, en M.J. Marín López (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Aranzadi, 2014, p. 611.

⁵² Así, M. CUENA CASAS, “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Actualidad Civil*, nº. 9, septiembre 2019, p. 7. Muy crítica con quienes defienden sanciones contractuales, considera que son ineficientes y absolutamente inútiles. Una visión jurisprudencial de la cuestión realiza: E. HERNÁNDEZ SAINZ, “Jurisprudencia en torno a la posible nulidad de los contratos de crédito al consumo por incumplimiento del deber de evaluación de solvencia”, en K. J. ALBIEZ DOHRMANN (Coord.), *La protección del cliente en los contratos bancarios activos*, Atelier, Barcelona 2025, pp. 293-321.

de los consumidores frente a los riesgos y frustraciones que pueden generar algunos contratos o por la forma en que se produce la contratación. Así ocurre en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en los que la desprotección del consumidor procede de verse sorprendido y de no disponer de suficiente capacidad o tiempo para reaccionar, ser consciente del contrato que realiza, comparar ofertas o recabar información para ponderar su conveniencia; y en los contratos a distancia, donde también se genera desconfianza inicial en el consumidor, y existe el riesgo de que la mercancía recibida no se corresponda con las expectativas generadas, o no sea conforme con la oferta o la publicidad.

74. Resulta muy elocuente que uno de los contratos o productos en los que el Derecho de consumo europeo decide atribuir este derecho haya sido el crédito al consumo (art. 28, Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo). Pone de manifiesto que el legislador considera necesario armar al consumidor de crédito con esta facultad que le permitirá reflexionar con tranquilidad a posteriori sobre el interés e idoneidad del crédito concertado y sus consecuencias, días después de mantener el contacto con el agente del empresario o su plataforma de contratación, cuando puede estar en mejores condiciones de adoptar decisiones racionales⁵³. Pero no existe derecho de desistimiento legal en los demás productos bancarios, del mercado de valores o del seguro. Por tanto, no es un derecho que esté a disposición de todos los consumidores de productos financieros.

75. Se trata de un instrumento muy útil, en la medida en que atribuye al consumidor el poder de decidir, libremente y sin necesidad de alegar causa alguna, tras un breve periodo de reflexión, desvincularse y privar de eficacia el contrato, quedando liberado de la carga de cumplirlo y recuperando todo lo abonado. Sin embargo, no puede decirse que este derecho actúe como la panacea en los contratos de crédito y, sobre todo, que sea realmente útil para remediar la especial vulnerabilidad a la que se enfrentan algunos consumidores. Como se ha señalado, la complejidad y la dificultad para comprender tanto el producto o servicio financiero que se adquiere, como el contenido del contrato que se celebra, no desaparecen una vez que se ha superado la interacción con el empresario. Además, los consumidores se encuentran con dificultades para comparar las ofertas de las entidades que compiten en los mercados financieros, obstáculo que no va a desaparecer durante el breve plazo de desistimiento. Tampoco es razonable pensar que un número relevante de consumidores vaya a mejorar su educación financiera lo suficiente tras la perfección del contrato, para en ese breve plazo poder deducir la inconveniencia del contrato. Aun es menos previsible que los posibles sesgos o limitaciones cognitivas que han inducido a tomar decisiones inoportunas vayan a desaparecer. Y tampoco resulta razonable esperar que la confianza que algunas personas han depositado en el asesoramiento del personal de la entidad oferente vaya a desvanecerse en los catorce días de plazo; o que las influencias distorsionantes que han sufrido durante la contratación puedan desaparecer para permitir al consumidor conocer la realidad⁵⁴.

76. En definitiva, el derecho de desistimiento es un instrumento generalmente eficaz, que en alguna situación puede ser útil, cuando hubo decisiones poco meditadas y, sobre todo, en casos en los que tras celebrar el contrato el consumidor vulnerable pueda haber recibido asesoramiento de familiares o allegados en quienes pueda confiar; pero es ilusorio contemplarlo como un mecanismo que pueda ejercer el efecto milagroso de hacer desvanecer las decisiones tomadas impulsivamente y sus riesgos en los contratos de financiación. En todo caso, sí puede tener algo más de interés cuando es una contratación online o, en general, a distancia, donde el consumidor se ve afectado por las distorsiones y la falta de atención individualizada propias del modo de contratación elegido.

⁵³ El derecho de desistimiento también se otorga cuando se celebra un contrato de intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito (art. 22.2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula *la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*) y cuando se contrata un producto financiero a distancia (art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización de a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*). Pero no existe derecho de desistimiento legal en los demás productos bancarios, del mercado de valores o del seguro.

⁵⁴ PEÑA LÓPEZ, “El consumidor vulnerable en el mercado financiero”, cit. , p. 42.

77. La nueva Directiva no define el derecho de desistimiento y tampoco plantea cambios sustanciales en el régimen del derecho de desistimiento dentro de los catorce días naturales. Se regula en el art. 26, pero también se contempla en muchos otros apartados en atención a la relevancia de este derecho. En concreto, este derecho es una de las menciones que se han de contener en el listado de información precontractual a facilitar al consumidor, en lo relativo a la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y, en su caso, el plazo para desistir (art. 10.3 j). En atención a la flexibilidad de la nueva regulación respecto al momento en que ha de facilitarse la información al consumidor, al permitir que pueda dispensarse en un plazo inferior a las 24 horas previas a que el consumidor quede vinculado, estando en discusión que pueda ser en el momento de la celebración del contrato, se añade que en tales casos la información sobre el desistimiento debe reforzarse. En concreto, se ordena que el prestamista o, en su caso, el intermediario del crédito, deberán enviarle al consumidor un *recordatorio* acerca de la posibilidad de desistir del contrato y del procedimiento que debe seguirse para ello conforme al art. 26. Dicho recordatorio ha de realizarse en papel o en otro soporte duradero elegido por el consumidor y especificado en el contrato de crédito, entre uno y siete días después de la celebración del contrato de crédito o, cuando proceda, de la presentación por el consumidor de la oferta de crédito vinculante (art. 10.1.II). La obligación de enviar el “recordatorio” del derecho de desistimiento en tal supuesto es una novedad de la nueva regulación.

78. Respecto al inicio del cómputo del periodo de desistimiento, el art. 26.1 II lo fija en dos momentos, dependiendo de que se haya cumplido o no la obligación informativa por parte del prestamista o, en su caso, el intermediario del crédito: a) bien a partir del día de la celebración del contrato de crédito; b) bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información de conformidad con los arts. 20 y 21, si esa fecha fuera posterior a la indicada en la letra a). En este supuesto, se incorpora un criterio nuevo, en la medida en que se produce una limitación temporal del plazo para desistir. Es así, porque el plazo no queda abierto ilimitadamente, sino que se acota hasta un tiempo máximo de doce meses sumados a los catorce días naturales desde la celebración del contrato (art. 26.2). Sin embargo, como excepción, no regirá esta limitación temporal cuando la información omitida es la relativa al derecho de desistimiento, existiendo entonces un plazo ilimitado para desistir. Pero se ha de poner en evidencia que la Directiva no vincula la ampliación del plazo para desistir a la omisión de “información precontractual”, que es el criterio seguido en los contratos a distancia, sino a la que debe contener el propio contrato de crédito⁵⁵.

79. Otra novedad se incorpora en el art. 26.3, que contempla una *ampliación excepcional* del plazo ordinario de catorce días naturales para desistir en el caso del contrato de crédito vinculado que se destine a financiar la adquisición de un bien con una política de devolución que garantice el reembolso íntegro durante un determinado periodo de tiempo superior a catorce días naturales. En tales supuestos, el derecho de desistimiento se va a prolongar para que coincida con la duración de la política de devolución del contrato principal de consumo.

80. Se considera ejercitado tempestivamente el derecho de desistimiento si el consumidor envía la oportuna notificación al prestamista antes de que expire el plazo de catorce días naturales.

81. Si existe un servicio accesorio vinculado al crédito, el desistimiento del crédito provoca también la extinción del servicio. Como novedad, si el consumidor no ha recibido las condiciones contractuales o la información obligatoria, el plazo de desistimiento se amplía a los doce meses y catorce

⁵⁵ Por ello, BERMÚDEZ BALLESTEROS, “Régimen del derecho de desistimiento en la nueva Directiva de contratos de crédito al consumo. Directiva (UE) 2023/2225”, *cit.*, p. 36, señala certeramente que si lo que se persigue con la atribución del derecho de desistimiento es proteger al consumidor de decisiones contractuales irreflexivas evitando el sobreendeudamiento, hubiera sido más procedente vincular la ampliación del plazo a la omisión de información previa a la celebración del contrato y conectar la omisión de información posterior (contractual) a la posibilidad de solicitar la anulabilidad del contrato por el consumidor. O incluso anudar a su incumplimiento el efecto de obligar en exclusiva al consumidor a abonar el importe del capital dispuesto, sin interés alguno, como incentivo al exacto cumplimiento de la obligación por parte del prestamista.

días desde la celebración del contrato. Y no expirará en ese plazo si el consumidor no ha sido informado de su derecho de desistimiento en el propio contrato.

82. Tampoco hay cambios notables en la regulación de los contratos vinculados, aquellos en que el contrato de crédito sirve exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios, formando ambos contratos una unidad comercial. Se mantienen las dos reglas básicas: si el consumidor desiste del contrato de consumo, dejará de estar obligado por el contrato de crédito vinculado. Y si se produce un incumplimiento por parte del proveedor del bien o servicio, el consumidor tendrá “derecho a ejercitar una acción” (art. 27). Todo ello no impide que las disposiciones nacionales asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor, cuando la adquisición ha sido financiada mediante un crédito.

6. Límites al tipo de interés remuneratorio

83. El art. 31 incorpora una de las novedades más relevantes: los Estados introducirán medidas para prevenir eficazmente los abusos y garantizar que no se pueda imponer a los consumidores tipos de interés remuneratorio, TAE o costes totales de los créditos “excesivamente elevados”, tales como límites máximos. Lo cierto es que, aunque crea una obligación para los Estados, se deja libertad a la hora de establecer la fórmula adecuada, pudiendo optar por un límite máximo, o por una expresión abierta, al modo de nuestra Ley de represión de la usura (“interés notablemente superior al normal del dinero”). Será este uno de los aspectos más sensibles en la transposición de la Directiva y, probablemente, el mayor reto que tiene el legislador nacional, debiendo adoptar una decisión que trasciende de la política legislativa a la económica.

84. Lo cierto es que la existencia de límites a los tipos de interés en materia de crédito al consumo no es algo extraño, pues ya existen en diversos Estados de UE. El Preámbulo de la Directiva en el Considerando 73 admite que la fijación de límites máximos a los tipos de interés, a las tasas anuales equivalentes o al coste total del crédito para el consumidor es una práctica habitual en varios Estados miembros. Añade que “este sistema de limitación ha demostrado ser beneficioso para proteger a los consumidores de unos tipos de interés... excesivamente elevados (...). En un esfuerzo por aumentar la protección del consumidor sin imponer límites innecesarios a los Estados miembros, deben existir medidas adecuadas, como límites máximos o intereses usurarios para evitar eficazmente los abusos y garantizar que a los consumidores no se les apliquen tipos de interés, tasas anuales equivalentes o costes totales del crédito para el consumidor excesivamente elevados”. Parece que se deja opción a los Estados para que la limitación se aplique sobre uno o varios de los elementos que enumera: el TIN, la TAE, o el coste total del crédito para el consumidor⁵⁶.

85. La regla más utilizada para establecer un límite de los tipos de interés máximos es la regulación de un margen en forma de porcentaje o de puntos porcentuales sobre un interés oficial o sobre el interés medio de mercado de un producto financiero en concreto. Puede considerarse que la fórmula que parte del interés medio es la que mejor se acomoda a una economía de libre mercado, en cuanto otorga la suficiente elasticidad y permite la pluralidad y competencia de ofertas⁵⁷. La mayoría de los límites a los tipos de interés en países de la UE establecen una horquilla que permite llegar a entre un 25% y un 40% por encima del interés medio de mercado en modalidad TAE del producto de financiación concreto (así, Francia, Italia, Suecia, Dinamarca, Portugal, Hungría y Letonia). También se mantienen algunos

⁵⁶ Parece haber desaparecido la previsión que se contenía en el Borrador de Propuesta de Directiva de Crédito al Consumo que en el apartado 2 del art. 31 indicaba que “los Estados miembros podrán introducir límites máximos adicionales para las líneas de crédito renovable”.

⁵⁷ Así, J. DE CABIEDES, “Límites a los tipos de interés en financiación de consumo en la Unión Europea”, en F. J. ORDUÑA MORENO (Dir.), *Derecho de consumo y correcto funcionamiento de los mercados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023 (pp. 189-200), p. 190, que realiza un interesante estudio comparativo de los límites en diversos países.

casos de límites por referencia al *supra duplum*. Así, en Alemania, la jurisprudencia considera que no existe usura si el tipo de interés es inferior al 100% del interés medio del mercado del producto en cuestión; salvo cuando el tipo medio supere el 12%, en cuyo caso no puede aumentarse más de otro tanto. Y algunos países utilizan límites superiores (Estonia). Y también existen casos en los que se establece por ley un límite máximo absoluto, sea con carácter general (Finlandia), o adecuado a facilidades crediticias específicas (Holanda y Bélgica)⁵⁸.

86. En nuestro país, aunque la regla de los Códigos fuera la libertad de pacto sin límites en la cuantía de los intereses (art. 315.I CCom.), sigue vigente el límite introducido en 1908 en la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, también conocida como Ley de represión de la usura, que considera nulo “todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso..., habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. También, de manera más reciente, en los contratos de consumo se contempla el control de los intereses remuneratorios, no directamente mediante el control de las cláusulas abusivas por su contenido, pero sí mediante su calificación de abusivos a través del control de transparencia.

87. El problema que plantea una fórmula abierta o concepto válvula como la prevista en nuestro ordenamiento (“interés notablemente superior al normal”), es que recae en los tribunales la concreción mediante su aplicación al caso concreto, lo cual genera gran flexibilidad pero también posible disparidad de criterios ante la libre apreciación judicial. Aunque tradicionalmente la jurisprudencia había estimado con escasa frecuencia la concurrencia de usura en los préstamos, todo cambió con la doctrina que el Tribunal Supremo comenzó a aplicar a los tipos de interés de las denominadas tarjetas de crédito “revolving”. Pero los diversos cambios de criterio de la jurisprudencia a la hora de perfilar cuándo el interés es superior al normal, pone en evidencia la dificultad para disponer de criterios sólidos.

88. Puede decirse que, en general, los márgenes utilizados como límites máximos por nuestros países vecinos son más amplios que los que está aplicando la llamada jurisprudencia menor en diversas zonas de España. Esto supone que la fijación de límites máximos no necesariamente supone una reducción de los tipos de interés. La decisión que ha de adoptarse reside en si procede mantener una fórmula abierta y flexible como la que proporciona la Ley de usura, o si se fija un límite cuantitativo que actúe como máximo. La fórmula de los límites máximos tiene la ventaja de otorgar una mayor seguridad jurídica, al existir referencias específicas y claras, sin afectar a la competencia, en cuanto que al utilizar un horquilla se permite la suficiente elasticidad de la oferta. En caso de optar por un límite máximo, además del problema de fijar la cuantía, ha de adoptarse cuál es el criterio de referencia. Este suele ser el tipo de interés medio del mercado. Pero no hay que olvidar que también se adopta otro criterio en relación a los intereses en los créditos que se conceden en forma de descubiertos en cuentas a la vista, estableciendo como límite “un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

89. También se autoriza a los Estados a adoptar prohibiciones o limitaciones en relación con los gastos o comisiones específicos aplicados por los prestamistas.

IV. Otros aspectos relevantes y novedades

1. Prohibición de prácticas de venta vinculada. Ventas combinadas

90. Se prohíben las prácticas de ventas vinculadas a los contratos de crédito al consumo. Venta vinculada es toda oferta de crédito conjuntamente con otros productos o servicios financieros, sin posi-

⁵⁸ J. DE CABIEDES, “Límites a los tipos de interés en financiación de consumo en la Unión Europea”, cit., p.p. 189-190.

bilidad de obtener el crédito al consumo por separado. A diferencia de la Directiva 2014/17, no se prevé la posibilidad de que los Estados puedan permitir las ventas vinculadas en los contratos de crédito al consumo aun en los supuestos en los que la oferente pueda demostrar un “claro beneficio” a los consumidores derivado de la vinculación de los productos.

91. Como excepciones: se permite la vinculación del contrato de crédito al consumo con una cuenta de pago o de ahorro (cuando la única finalidad de la cuenta sea acumular capital para reembolsar el crédito, pagar los intereses, agrupar recursos para obtener el crédito o proporcionar una garantía adicional al prestamista en caso de impago).

92. También los Estados miembros podrán permitir que el prestamista exija al consumidor que suscriba una póliza de seguro relacionada con el crédito, siempre “teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad” (art. 14.3). Sin embargo, el consumidor podrá concertar el contrato de seguro con una aseguradora distinta a la ofrecida por el prestamista; y dispondrá de tres días para comparar las ofertas de contrato de seguro.

93. En cambio, se autorizan las ventas combinadas, que son las ofertas de crédito conjuntamente con otros productos o servicios diferenciados, pero siendo posible que el crédito se ponga a disposición por separado, aunque no se mantengan las mismas condiciones que cuando se ofrece el crédito combinado.

2. Reembolso anticipado

94. El consumidor tiene derecho a la amortización anticipada del crédito, por medio del reembolso anticipado total o parcial del capital prestado (art. 29). En este supuesto tendrá derecho a una reducción del coste del crédito por la duración del contrato que quede por transcurrir⁵⁹. También el prestamista tendrá derecho a una compensación, que ha de estar justificada por los posibles costes directamente derivados del reembolso (art. 29): no podrá ser superior al 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente, si al contrato le quedaba una duración superior a un año; y no podrá superar el 0,5% si la duración prevista era inferior. También se prevén otros límites y supuestos en los que no se podrá reclamar esta compensación.

3. Medidas de reestructuración y refinanciación

95. Otro aspecto novedoso, dirigido a proteger al consumidor frente al sobreendeudamiento, reside en que los Estados exigirán a los prestamistas que, cuando proceda, apliquen medidas razonables de reestructuración o refinanciación antes de iniciar procedimientos de ejecución, que tendrán en cuenta las circunstancias particulares del consumidor (art. 35.1.1). Las medidas podrán consistir en la refinanciación total o parcial del crédito. Necesariamente incluirán la modificación de las condiciones, incluyendo alguna de estas posibilidades -entre otras-: la ampliación de la vigencia del contrato de crédito; el cambio del tipo de contrato; el pago aplazado de la totalidad o parte de las cuotas de reembolso durante un periodo; la reducción del tipo deudor; el ofrecimiento de un periodo de carencia; los reembolsos parciales; las conversiones de divisas; y la condonación parcial y la consolidación de la deuda. Pero se aclara que los Estados no están obligados a incluir en su legislación todas las medidas expuestas. También se contempla la posibilidad de la dación en pago: no se debe impedir que las partes “*puedan acordar expresamente que la transmisión al prestamista de los bienes objeto de un contrato de crédito vinculado o la transferencia de los ingresos derivados de la venta de dichos bienes basten para reembolsar el crédito*”.

⁵⁹ A. VENCHIARUTTI, “Contratos de crédito al consumo y reembolso anticipado. (En relación con la STSJUE sobre el caso “Lexitor””, en N. ÁLVAREZ LATA, F. PEÑA LÓPEZ, (eds.), *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Thomson-Aranzadi, 2021, pp. 217-226.

96. También se permitirá a las personas con dificultades financieras acceder a servicios de asesoramiento de deudas.

4. La mora y sus consecuencias. Cesión de crédito

97. Se incluyen reglas sobre los intereses de demora o las penalizaciones que debe abonar el consumidor en caso de retraso en el pago. Los Estados podrán exigir que los recargos que se imponen en caso de impago no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le genera el impago (art. 35.3). Pero no se establece una obligación, sólo una facultad para los Estados. Además, se permite a los Estados autorizar que el prestamista cobre otros recargos en caso de impago, pero la ley nacional deberá fijar un límite máximo de los mismos.

98. En caso de que tenga lugar la cesión del crédito al consumo, no hay cambios relevantes, de modo que el consumidor podrá ejercer frente al nuevo titular del crédito los mismos derechos que ante el prestamista original (art. 39).

5. La regulación de los intermediarios de crédito

99. A lo largo de toda la Directiva se contempla a menudo la figura del intermediario de crédito equiparado al prestamista respecto al cumplimiento de ciertas obligaciones. Pero es el art. 38 el que propiamente regula el papel de los intermediarios, estableciendo algunas obligaciones específicas. Previamente, en el art. 3.12 se define como “intermediario de crédito” a *la persona física o jurídica que no actúa como prestamista ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista, y que, en el transcurso del ejercicio de su actividad comercial, empresarial o profesional, y a cambio de una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a; o c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista.*

100. Con la nueva regulación se precisa de manera deliberada que el intermediario no se limita a poner en contacto a un consumidor con un prestamista. Se trata de perfilar con claridad su papel: el intermediario no es un simple comparador de contratos de crédito que ayuda a realizar una búsqueda al consumidor entre todos los que hay en el mercado, ni es alguien ajeno a la relación contractual, sino que va a formar parte de ella. Por ello, dado que se trata de un verdadero prestador de servicios, se ha querido dotar de mayor detalle el papel del intermediador. Pero como se ha señalado, esta figura, a pesar de la frecuencia con la que suele intervenir, en ocasiones puede resultar indeterminada, dando lugar a confusión entre los consumidores y, por ende, a situaciones que pueden generar conflicto⁶⁰.

101. El intermediario es, ciertamente, alguien que media entre las dos partes, el consumidor y el prestamista, partiendo de que las ofertas de créditos al consumo y su proceso de concesión no están reservadas a entidades financieras, sino que pueden ser objeto de actividad profesional de otras personas físicas o jurídicas. También es claro que los intermediarios a los que se refiere la Directiva son personas independientes del prestamista y que no actúan bajo sus órdenes ni por cuenta de la entidad; en esto se diferencian de la figura del agente de las entidades de crédito que regula el art. 21 del Real Decreto 84/2015. La relación entre intermediarios y prestamistas no es la de agencia ni representación, a pesar

⁶⁰ Sobre ellos, H. PALOMINO MORALEDA, “Los intermediarios en la nueva Directiva de crédito al consumo”, estudios CES-CO, 18 de diciembre de 2023. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_intermediarios_en_la_nueva_directiva_de_credito_al_consumo.pdf

de que cobren una comisión por sus servicios⁶¹. La regulación que recibió la figura del intermediario en la norma dedicada al crédito inmobiliario (Directiva 2014/17/UE) se va a reflejar en la nueva regulación del crédito al consumo.

102. La labor principal del intermediario es la de realizar para el consumidor la búsqueda de ofertas u opciones de crédito. El intermediario se encarga de contactar con los prestamistas, facilitando los datos del consumidor para que puedan valorar la viabilidad del crédito. Después transmitirá al consumidor las opciones aceptadas con la información de sus características y requisitos para que pueda tomar una decisión. En esa tarea también puede realizar labores de asesoramiento, siendo habitual dado que, cuando interviene, es el único profesional que entra en contacto con el consumidor. Y en cuanto a la celebración del contrato, el intermediario es el encargado de gestionar la documentación y el proceso, hasta la conclusión del contrato.

103. Es inevitable reconocer que la labor de intermediación, de forma mayoritaria, también se va a desarrollar a distancia, sea por medios telefónicos o mediante una aplicación o web. Esto lleva a que el proceso de contratación sea muy rápido, utilizando medios a distancia para la comprobación de la identidad del consumidor, y una plataforma electrónica para el proceso de firma del contrato. Dado que la entidad prestamista no se comunica directamente con el consumidor ni interviene directamente en la celebración del contrato, siendo competencia del intermediario, en el contrato, junto a los datos de prestamista y consumidor aparecerá también los del intermediario de crédito.

104. La principal razón de la progresiva generalización de la intervención de intermediarios en los créditos al consumo es la aparente gratuidad del servicio al consumidor, pues no recibe de este directamente retribución alguna, sino que sus ganancias provienen de las comisiones que le abonan las distintas entidades financieras con las que colabora.

105. El art. 37 de la Directiva introduce como novedad el someter a los intermediarios de crédito a la obligación de registro y supervisión por una autoridad competente independiente, para que puedan estar identificados, y pueda tener el consumidor más elementos para depositar su confianza. Esto es relevante, pues no sólo está en juego la protección del consumidor y la transparencia, sino también la leal competencia entre entidades prestamistas⁶².

106. Sin embargo, esta exigencia ya fue introducida en nuestro país, por medio de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o crédito hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conforme a su art. 1.b) es aplicable a los intermediarios de crédito al consumo, y en el artículo 3 contempla la obligación de inscribirse en un registro público antes de comenzar su actividad⁶³. El legislador entendió que la entonces vigente regulación de los créditos al consumo no cubría la necesidad de protección que demandaba un mercado financiero en permanente evolución en la que destacaban la aparición constante de nuevos prestadores de servicios.

⁶¹ H. PALOMINO MORALEDA, “Los intermediarios en la nueva Directiva de crédito al consumo”, cit. p. 3.

⁶² Los Estados Miembros deben encargarse de perfilar este mecanismo de reconocimiento en sus ordenamientos y de nombrar a las autoridades competentes para realizar esta función. En su art. 41, la Directiva establece que estas deben ser autoridades públicas u organismos reconocidos por el Derecho nacional o por autoridades públicas expresamente facultadas para ello por el Derecho nacional, en ningún caso podrán ser intermediarios o prestamistas de crédito al consumo.

⁶³ En concreto, dependiendo del domicilio social del intermediario, deberán inscribirse en el registro que disponen las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, a tal efecto. Si el intermediario desarrolla su actividad en territorio español, pero no está aquí su domicilio social, la inscripción se hará en el registro estatal dependiente de la Dirección General de Consumo.

Limitaciones concurrenciales en el contrato de franquicia. Aspectos normativos

Franchising, business networks, concurrence, vertical restraints

MARÍA CRUZ MAYORGA TOLEDANO
Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad de Málaga
ORCID ID: 0000-0002-4183-7187

Recibido:16.06.2025/ Aceptado 25.07.2025
DOI: 10.20318/cdt.2025.9888

Resumen: Mediante los contratos de franquicia se forma una red de distribución que precisa de cierta coordinación entre los miembros y de un posicionamiento en el mercado, lo que genera potenciales restricciones de la libre competencia. La normativa europea *ad hoc* establece las condiciones y límites dentro de los que estas redes pueden operar legalmente. A estos efectos, el nuevo marco legal europeo introduce algunas novedades necesarias, modificando levemente la normativa anterior y, por último, se mantiene en gran parte en la línea de lo anteriormente regulado.

El objetivo de este trabajo es analizar y valorar el tratamiento antitrust actual de la red de franquicias tal y como queda determinado en la nueva regulación europea y escrutar los principales cambios habidos a raíz de la citada norma referentes a la implantación y funcionamiento de la relacionada red de distribución. Se tendrán en cuenta tanto el análisis de la nueva norma tanto del TJUE como el de las autoridades nacionales de la competencia. Por otro lado, dentro del marco europeo, dicho cometido se completa con las consideraciones relativas al papel que juega el Derecho Internacional Privado, en tanto elemento imprescindible dado el carácter netamente internacional de las redes de franquicia. Es pues necesaria una revisión de las fuentes de los contratos internacionales de franquicia debido a la posible interferencia con la legislación comunitaria en materia de competencia.

Palabras clave: Franquicia, redes empresariales, competencia, restricciones verticales, carácter internacional

Abstract: Franchising agreements create a distribution network that requires a certain degree of coordination between the members and a market positioning, both generating potential restrictions on free competition. Specific European legislation establishes the conditions and limits within which these networks can operate legally. To this end, the new European legal framework introduces some necessary changes, which slightly modify the previous regulation, but it remains largely in line with what was previously regulated.

The aim of this paper is to analyze and assess the current antitrust regulation of the franchise network as established by the new European legal environment, and to evaluate the main changes that have occurred as a result of the aforementioned regulation concerning the implementation and operation of that distribution network. Both the CJEU's analysis of the new regulation and that of national competition authorities will be taken into account. Furthermore, within the European framework, this task is complemented by considerations regarding the role played by Private International Law, as an essential element given the distinctly international nature of franchise networks. A review of the sources of international franchise contracts is therefore necessary due to the potential interference with EU competition law.

Keywords: Franchise, business network, competition, vertical restraints, international carácter.

Sumario: I. Introducción. II. Estructura, rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia. 1. El contrato de franquicia como contrato de red. 2. Carácter internacional de la red. 3. Rasgos competitivos y anti concurrenciales de la franquicia. III. Restricciones básicas y limitaciones normativas. 1. Condiciones para la aplicación de la exención. A) Cuota de mercado. B) Cláusulas DPI. C) La distribución dual y el intercambio de información. 2. Restricciones verticales prohibidas. A) Restricciones especialmente graves. a) Condiciones en los precios. b) Venta y publicidad *on line*. B) Restricciones especiales. 3. Efectos y limitaciones de Derecho Internacional Privado. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Las restricciones a la competencia en el mercado pueden surgir de diversas actividades o situaciones. El ámbito de la distribución comercial y, en consecuencia, la realizada a través de una red de franquicia, no es ajeno a la comisión de prácticas colusorias que deben analizarse y regularse. Es obvio que los posibles beneficios y eficiencias que se generan para los miembros de la red y para el mercado y los consumidores se perfilan como elementos a valorar a la hora de calibrar la respuesta del legislador, que como veremos focaliza su análisis en el poder de mercado y el impacto de la conducta en el mismo¹.

2. En este contexto, la red de franquicia, como una de las principales redes de distribución, implica de partida un grado de coordinación entre las distintas unidades, de tal forma que, las ventajas económicas que se producen a través de dicha cooperación, solo son posibles mediante la restricción de la competencia entre los miembros adheridos al sistema². Así, las prácticas antitrust devienen de la coordinación de la red, en gran medida alimentada de factores como el intercambio de información, pero también consisten en el descenso en la intensidad de competencia entre los miembros de la red, la imposición de barreras de acceso, de la imposición de restricciones verticales, especialmente referente a la fijación de precios.

3. A este respecto, la normativa europea tomando como base de lo regulado en el TFUE³ ha sufrido continuos procesos de renovación hasta concluir en el vigente Reglamento (UE) 2022/720 de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (RECAV 2022). La doctrina ha calificado la sucesión de los diversos Reglamentos de restricciones verticales como una política legislativa continuista y que escenifica una evolución hacia una menor preocupación del legislador europeo por los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales⁴.

4. Además, desde mediados de los años noventa del siglo pasado, la Comisión ha mostrado en materia de competencia un giro hacia un “enfoque más económico”, conocido como ‘more economic approach’ o ‘more economic based approach’⁵. Así, el foco en materia de competencia se ha ido situando

¹ L. BERENGUER FUSTER, “Los contratos de distribución y la competencia”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, p. 516. Este autor señalaba cómo el legislador europeo ha transitado en la regulación de los sistemas de distribución restringida del “ordenacismo y categorización de los contratos a un enfoque más economicista”.

² Se entiende así que determinadas prácticas antitrust son necesarias para el funcionamiento de la red, v. M. SCHULTES, “Redes empresariales y la dicotomía y el carácter estático del derecho de competencia. La combinación de un control de conducta dinámico y la estructural como un enfoque superador”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, pp. 190 y ss., quien además pone de manifiesto cómo las redes evidencian efectos en la conducta de los miembros y en la estructura del mercado.

³ El artículo 101 TFUE prohíbe los acuerdos colusorios en el mercado y también recogido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

⁴ J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de las redes de franquicia”, en J.I. RUIZ PERIS, (coord.) *Claves del derecho de redes empresariales = Business networks law keys*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2017, pp. 560 y ss.; L. BERENGUER FUSTER, “Los contratos de distribución ... cit., 515 y ss.

⁵ P. VAN WIJCK, “Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law”, 2021, n°17 (1), p. 2.

do predominantemente en los efectos sobre el bienestar del consumidor y la integración del mercado. De esta forma, se ha considerado que, desde un punto de vista práctico y de consistencia legal, este enfoque resulta más eficiente puesto que centrarse en un solo objetivo evita potenciales conflictos con otros objetivos alternativos como podrían ser el bienestar total o el bienestar social⁶. Así, el enfoque más económico se convierte en un mínimo común denominador para construir una referencia estable con un efecto estabilizador. Sin embargo, esta opción no está exenta de críticas, ya que se aduce que ello no debe impedir que otros objetivos, sociales, políticos o morales se dejen de lado y que la regulación de la competencia sea suficientemente flexible para afrontar los diversos retos actuales⁷. En el proceso de revisión del RECAV, el papel de la evidencia económica ha sido muy relevante, de acuerdo con el “enfoque más económico” que hemos mencionado. No obstante, se ha sugerido que no siempre con la misma intensidad dependiendo del sector o mercado. Por ejemplo, la evidencia empírica econométrica en algunos sectores específicos de efectos positivos de acuerdos, ilegales con una versión anterior, no se han considerado extrapolables o generalizables. Y en cambio, algunas evidencias econométricas significativas de tipo negativo sobre el bienestar del consumidor de nuevas restricciones verticales en determinados sectores sí se han considerado generalizables para prohibirlas⁸.

5. El objetivo de este trabajo es analizar y valorar el tratamiento antitrust actual de la red de franquicias tal y como queda determinado en la nueva regulación europea y escrutar los principales cambios habidos a raíz de la citada norma referentes a la implantación y funcionamiento de la relacionada red de distribución. Es por ello que, el trabajo se enfocará al análisis del RECAV 2022⁹, y las Directrices que lo acompañan, esto es, las Directrices relativas a las restricciones verticales¹⁰ (Directrices 2022), con las consecuencias y efectos que apareja que parte del “contenido normativo” se encuentre ubicado en este formato. En todo caso, debemos tener presente que, con el último proceso de reforma, se pretende adaptar la legislación de competencia de la UE a los retos de la economía digital y mantener la claridad jurídica, reduciendo así la carga administrativa de las empresas.

II. Estructura, rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia

6. En el análisis del contrato de franquicia como generador de la red de distribución se parte de la vinculación de la estructura, de la necesidad de pactos o condiciones límites con la libre competencia para su viabilidad en el mercado. Es por ello que debe atenderse de forma específica al concepto y características de las redes empresariales donde su ubica específicamente.

1. El contrato de franquicia como contrato de red

7. El contrato de franquicia supuso en su origen una forma de evolución de los meros contratos de distribución directa, por el que el franquiciador impondrá a los franquiciados una política comercial, que previamente ha desarrollado y testado en el mercado, a cambio de la concesión, entre otros aspectos, de derechos de propiedad industrial e intelectual. Surge así una nueva generación de contratos de dis-

⁶ J.P. SLUIJS, “Evidence-Based Legislation in EU Competition Law. Reform of the Vertical Block Exemption Regulation as a Case Study”, *European Journal of Law Reform*, 2022, nº 24(1), p. 86.

⁷ B. ZELGER, “Competition Law, Economics and the ‘More Economic Approach’: The Necessity of a Broader Perspective; en AA.VV. *Restrictions of EU Competition Law in the Digital Age. Studies in European Economic Law and Regulation*, 2023, vol. 25. Springer, Cham, p. 21.

⁸ J.P. SLUIJS, “Evidence-Based Legislation...”, cit., p. 102.

⁹ Como se ha afirmado, esa aparente simplicidad del articulado del RECAV 2022, oculta un régimen a complejo y engorroso, que se encuentra fundamentado en las resoluciones de la Comisión y el TJUE sobre la materia y que se desarrolla en las Directrices. R.M. GIRONA DOMINGO, “El nuevo Reglamento 2022/720 de exenciones por categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *La Ley Mercantil*, nº 97, 2022, p. 2.

¹⁰ Comunicación de la Comisión COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, DO C 248 de 30.6.2022.

tribución que da como resultado de redes contractuales de distribución indirecta e integrada porque los sujetos son independientes entre sí, pero actúan en estrecha colaboración debiendo respetar la fórmula comercial y el manual operativo de la filial¹¹. Se trata de un sistema de adhesión específico, mediante la cesión de uso de los elementos que conforman su modelo de empresa van a crear o a reforzar una red estratégica de distribución. De esta forma, lo que resulta propio de la franquicia es la caracterización particular del modelo de empresa que se reproduce por parte de los franquiciados adheridos a la red mediante contratos bilaterales con el franquiciador.

8. Pese a la importancia y desarrollo de estos contratos en el tejido empresarial donde ha germinado de forma evidente, su regulación siempre ha sido deficitaria. Así se manifiesta la STS de 4 de junio de 2020, que aunque destaca que no es completamente atípico al estar dotado de una regulación fragmentaria e incompleta, referida fundamentalmente a aspectos relativos a normas de competencia, información precontractual y contenido mínimo o esencial de las prestaciones de los contratantes¹², lo que evidencia es la falta de regulación para el resto del contrato.

9. La definición legal se encuentra en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio minorista (LOCM), completada por el RD 201/2010 que, tras su última reforma, elimina el registro de franquiciadores¹³ y sólo desarrolla el concepto de franquicia y regula escasamente la información precontractual y el deber de confidencialidad del franquiciado¹⁴. En dichas normas, la definición del contrato de franquicia parte de un aspecto esencial como es la cesión el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios que como mínimo debe implicar el uso de denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato, la transmisión del know-how y la asistencia comercial y técnica y de la supervisión que se puede establecer en el contrato. En estos elementos encontramos rasgos básicos que definen la futura red de franquicias. Es decir, una imagen uniforme bajo los mismos signos distintivos, unidad de dirección bajo la misma política comercial y modelo empresarial y la reserva contractual de la facultad de supervisión por parte del franquiciador para verificar la correcta ejecución de lo anterior.

10. La definición de red aportada por la doctrina se condensa especialmente en el hecho de que su origen parte de diferentes tipos de acuerdos que dan lugar a una estructura relacional estable y múltiple, cuyos rasgos más destacables son la interdependencia, la estabilidad o carácter duradero de la red,

¹¹ No debemos olvidar que el franquiciador se sirve de otros contratos para lograr la expansión de la red de franquicia, como son el contrato de *area development* y el contrato de master franquicia, que cada uno a su manera contribuye a planificar y organizar el crecimiento de la red. Ver J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de ...” cit., pp. 564 y ss. Si consideramos que para el franquiciador el franquiciado es un medio o herramienta para reproducir un modelo de empresa, es lógico que se sirva de estas herramientas contractuales para asegurar el mayor de los éxitos en su política de desarrollo de la red. Ver J.I. RUIZ PERIS, “La franquicia como red empresarial”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO (coords.) *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, Granada, Comares, 2019, p. 4.

¹² M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Del incumplimiento recíproco en el contrato de franquicia: efectos y consecuencias. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª_] de 4 de junio de 2020”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 320, 2021, pp. 1-28.

¹³ El Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, derogó los arts. 5 a 12 del RD 201/2010 por considerar que la única información la única información que el Registro verificaba era la titularidad real o derecho de uso de la marca por parte de la empresa franquiciadora, aspecto que ya estaba cubierta por la Oficina Española de Patentes y Marcas. De esta forma, aspectos como el elevado coste de actualizar telemáticamente el registro, la carga que el mismo ha supuesto para los obligados, las limitaciones que impone la normativa vigente y la escasa relevancia de la información que el mismo proporciona fueron utilizados por el legislador para su eliminación, en tanto que el objetivo era liberar de trabas a las empresas, incentivar la actividad económica y de racionalizar los recursos.

¹⁴ Si bien es cierto que la información precontractual es esencial para la protección de los franquiciados, normas como la italiana Ley nº 129 de 2004 «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale» regulan otros aspectos esenciales dentro de la fase de formación del contrato, estableciendo en esa fase las concretas obligaciones de las partes y ciertas condiciones como la duración mínima del contrato. Ver al respecto, J. BADENAS BOLDÓ, “La regulación de los contratos de distribución en el derecho italiano”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 64, 2024, pp. 1-35.

la autonomía empresarial y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, por cuanto los miembros de la red, en tanto empresario independientes, son responsables de forma ilimitada de la actividad económica que realiza en nombre propio¹⁵.

11. Partiendo de la idea de red como un juego de elementos que interaccionan entre ellos dando lugar a un sistema *identificable de carácter estable, reconocible y delimitable*¹⁶, vemos que los rasgos de la franquicia quedan perfectamente contextualizados dentro del entorno de las redes empresariales¹⁷. De esta manera, que el compartir un modelo de empresa comprensiva del resto de los elementos esenciales supone la clave de la cohesión de la red. Se trata de una red de colaboración formada por empresarios independientes adheridos a la misma a través de contratos bilaterales firmados con el franquiciador quien, como creador de la idea de negocio, asume un papel directivo. Ese poder de dirección que se reserva el franquiciador resulta fundamental para la correcta marcha de la red, y se debe interpretar como la búsqueda del interés común de los miembros de la red a través de la correcta ejecución del modelo de empresa. Ese interés común se encuentra, entre otros aspectos, en el posicionamiento competitivo en el mercado frente al resto de la oferta, en definitiva, mantener e incrementar el valor de la red. Dicho interés no afecta al hecho de que se trata de una red de empresarios jurídicamente independientes y en ese sentido son consideradas por la jurisprudencia¹⁸. Se trata de una red por naturaleza esencialmente vertical que se evidencia en los distintos niveles en que se encuentran dentro de la cadena de producción o distribución¹⁹.

12. Por otro lado, precisamente los elementos de identificación externa de la empresa y la exclusividad propias de la franquicia que la configuran como una red de distribución integrada es lo que faculta al franquiciador a desarrollar su poder de dirección y como se apunta, resulta plenamente legítimo en ese sentido, que dicho poder trate de alcanzar la actuación coordinada de los miembros de la red para preservar la viabilidad y buen funcionamiento de la misma. A este respecto, la red de franquicias se ha definido por la doctrina como una modalidad de redes de distribución con plena integración, compuesta por un grupo de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un modelo de empresa²⁰. Dicha integración se desprende de factores presentes en la red de franquicias, esto es la exclusividad y la uniformidad²¹.

2. Carácter internacional de la red

13. El objetivo natural de la franquicia es su expansión y, en ese sentido, dicho crecimiento encuentra su desarrollo natural en el ámbito internacional. En especial, se ha señalado que las ventajas que

¹⁵ J.I. RUIZ PERIS, “Un Derecho específico para las redes empresariales”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.) *Nuevas perspectivas de las redes empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012, pp. 78 y ss. Este autor precisamente señala a la interdependencia como uno de los elementos diferenciadores de las redes empresariales y los otros tipos de redes.

¹⁶ J.I. RUIZ PERIS, “Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO (coords.) *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Comares, 2018, p. 13.

¹⁷ Como destacan las propias Directrices 2022, apartado 165 la franquicia es una estrategia que permite al franquiciador establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos.

¹⁸ Especial incidencia ha tenido este aspecto de la red de franquicia tanto en el ámbito laboral, donde se establece que los trabajadores contratados por el franquiciado no deben ser considerados empleados del franquiciador (STS 28 febrero 2024, (R/JUR/2024/88226) y a tal efecto se especifica que se advierte la ausencia de los elementos definidores de un grupo de empresas con efectos laborales por el mantenimiento de la autonomía y personalidad jurídica de las sociedades franquiciadas), como en el ámbito civil respecto si el franquiciador es responsable frente a los clientes del franquiciado. Así, la STS 23 febrero 2021, (R/J/2021/758) donde expresamente se razona que las facultades de supervisión del franquiciador previstas en el contrato pueden impedir que un franquiciado deje inconcluso el tratamiento contratado por un cliente, ni que el franquiciado cese en su actividad por entrar en un estado de insolvencia. Una red de franquicias en condiciones normales y no patológicas mantiene su independencia nuclear.

¹⁹ Para J.I. RUIZ PERIS, “La franquicia como red...”, cit., p. 4, pueden reconocerse diversos núdulos en una red de franquicias además del franquiciador, como los plurifranquiciados, multifranquiciados, franquicia corner...

²⁰ Ver J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de...” cit., pp. 569 y ss.

²¹ J. MARTI MIRAVALLS, *Redes de franquicia*, Oporto, ed. Juruá, 2028, p. 26.

aporta el sistema de franquicias tienen un efecto multiplicador cuando la franquicia traspasa el mercado nacional²². Se procura de esta manera la extensión de una operación de franquicia interna al proyectar, más allá de las fronteras, el modelo nacional en el que se basa²³. Este contexto o carácter de la franquicia es el que ha potenciado el desarrollo de sistemas como el de master franquicia o franquicia principal en el que se producen diferentes niveles de coordinación franquiciador (master franquiciador), master franquiciado y franquiciados. De esta forma, el franquiciador desconocedor de otros mercados, contrata a un tercero o master franquiciado (suele ser local o con infiltración en dicho ámbito) y le encomienda el desarrollo de la red de franquicias en esa zona.

14. Este carácter internacional no hace sino potenciar el concepto de red y de uniformidad con ese modelo, por lo que para garantizar dicha uniformidad internacional de los elementos de la franquicia se establecerán cláusulas contractuales que lo fueren y que en todo caso pueden generar ciertas confrontaciones con la interpretación canónica del Derecho de la competencia. Así, se afirma que, sin una aplicación colectiva y escrupulosa de este sistema y, en consecuencia, con mercados idénticos y datos socioeconómicos comparativos, ya no puede existir un sistema único como el de la franquicia²⁴.

15. Por otro lado, este rasgo de la red de franquicias que aquí señalamos implica la integración de la franquicia en un sistema jurídico, extranjero o internacional, distinto de aquel en el que se originó. En este sentido, se hace imprescindible adaptar dicha operación de expansión a las normas aplicables y, en general, tenerlo en cuenta para su desarrollo e implantación. A este respecto, se debe tener en cuenta que, si bien a los efectos del Derecho Internacional Privado, la presencia de un elemento internacional en el contrato de franquicia es suficiente para determinar su aplicación, pese a que no nos encontremos ante un acuerdo con repercusión transfronteriza²⁵. Además, se debe tener presente que en el ámbito europeo la Unión Europea ha centrado sus esfuerzos de armonización legislativa precisamente dentro del Derecho de la competencia y, en este caso, como se explica más adelante, ni el RECAV 2010 ni el RECAV 2022, aunque resulte incluida dentro del ámbito de aplicación, hacen referencia directa a ella²⁶.

16. En relación con la normativa europea de competencia debe tenerse en cuenta que establece una serie de limitaciones y prohibiciones que afectan al contenido contractual del contrato. De esta manera, dada la importancia de la legislación antimonopolio para los contratos de franquicia es evidente, dada la idoneidad de estas normas para limitar imperativamente la libertad de las partes para determinar el contenido del contrato, se hace pues necesaria una revisión de las fuentes de los contratos internacionales de franquicia debido a la posible interferencia con la legislación comunitaria en materia de competencia²⁷.

3. Rasgos competitivos y potenciales colusiones del contrato de franquicia

17. Obviamente, la creación de una red de franquicias va a crear ciertas distorsiones en el ámbito del Derecho de la competencia, por cuanto supone una actuación conjunta en el mercado de una serie

²² Sobre el carácter internacional de la franquicia, E. GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de distribución en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 272, M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Contratos de franquicia en el comercio internacional”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Dir.) *Estudios de Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 104 y ss.

²³ D. FERRIER, “Le franchise internationale”, *Journal de Droit International*, 1988, p. 627.

²⁴ D. FERRIER, “Le franchise internationale . . .”, cit., p. 629.

²⁵ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia en Derecho internacional privado europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 36.

²⁶ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 53, quien advierte que la regulación de los contratos internacionales de franquicia en el ámbito europeo se encuentra condicionada “por una fuerte estatalización”. No obstante, tal y como reseña D. GESMANN-NUISSEL, *Internationales Franchise-Recht*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2019; p. 5, las legislaciones nacionales de franquicia de Francia, Bélgica, España, Suecia e Italia, se limitan en gran medida a estandarizar las obligaciones de información sobre la divulgación precontractual para evitar o minimizar la brecha informativa entre el franquiciador y el franquiciado.

²⁷ G. IORIO FIORELLI, “Contratti internazionali di distribuzione, problemi di legge applicabile e di giurisdizione”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 637.

de empresarios bajo una dirección y conformando un bloque o unidad frente al resto de operadores del mercado y limitando o eliminando las posibilidades de competencia dentro de la red. Es decir, las medidas o formas de actuación de la red en el mercado, su volumen y las medidas de autoprotección creadas y adoptadas por el franquiciador, que ejerce el poder de dirección, evidencian la potencialidad de las limitaciones al mercado y prácticas antitrust por parte de la red.

18. De esta forma, si entendemos la integración en una red es un medio o estrategia para expandirse e incrementar la competitividad de los servicios que presta, a todas luces se observa que ello implica un proceso de concentración empresarial. Si bien es verdad que existen formas diversas de integración (horizontal, vertical y modalidades mixtas) y que algunas modalidades de franquicia se podrían adscribir dentro de estas categorías, el legislador comunitario ha optado desde siempre de valorar desde la óptica de las restricciones verticales la actividad de las franquicias de distribución y servicios. El propio RECAV 2022 define el acuerdo vertical como aquel realizado entre dos o más empresas que operen en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados productos o servicios (art. 1)²⁸. Por otro lado, las restricciones verticales son valoradas por el legislador comunitario como de prácticas que pueden aportar beneficios evidentes para los consumidores, pues las partes tienen mayores incentivos, y a su vez, son de menor impacto sobre el mercado y la competencia que las horizontales²⁹. En este sentido, las Directrices 2022 entienden que, a diferencia de los acuerdos horizontales, las partes en un acuerdo vertical tienden a tener un incentivo para acordar precios más bajos y niveles de servicio más altos, para oponerse a las acciones de la otra parte que puedan perjudicar a los consumidores, y proporcionan un mayor margen para la eficiencia, como la optimización de los procesos de fabricación y distribución y los servicios.

19. Ello, en el ámbito de la franquicia tiene como interpretación que franquiciador y franquiciado, en principio, no compiten entre sí, sino que el contrato suscrito se centra en la organización de cada una de las unidades de la red de distribución. Se trata de optimizar el modelo empresarial o sistema de distribución al máximo y hacerlo lo más competitivo frente al resto. No obstante, se trata de acuerdos verticales que incluyen determinadas condiciones que entran en colisión con las normas ordenadoras de la competencia en el mercado.

20. En este sentido, se hace preciso advertir la consideración que recibe la franquicia por parte del legislador europeo. En dicho contexto, ni el anterior Reglamento de 2010 relativo a la exención a categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento 330/2010 –RECAV 2010-)³⁰ ni el RECAV 2022 hacen referencia expresa a las redes de franquicia, sino que se centran en la distribución exclusiva y la distribución selectiva. El RECAV 2022 define la distribución selectiva como un sistema de distribución en el que existe una selección de los distribuidores y condiciones contractuales en las que se establece un compromiso de distribución o venta solo a dichos distribuidores, quienes a su vez no pueden distribuirlo a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema. Respecto de la distribución exclusiva, el RECAV 2022 establece condiciones específicas

²⁸ A este respecto, la resolución CNMC 12 julio 2023, S/0013/21, Amazon/Apple Brandgating, determina como punto de partida de su análisis, en relación de autorizaciones de Apple a determinados revendedores para vender productos de su marca a través de Amazon que sólo se aplicará el RECAV si las condiciones del acuerdo están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales, junto con la circunstancia de que las partes operen en distintos niveles de la cadena. No obstante, Si bien, podemos encontrar ante acuerdos verticales que incluyan cláusulas que no estén relacionadas con las condiciones de adquisición, venta y reventa de los bienes o servicios y que, en consecuencia, requieran una valoración individual y separada del acuerdo vertical en su conjunto. Directrices 2022, apartado 26.

²⁹ J.P. SLUIJS, “Evidence-Based Legislation ...” cit., i pp. 86 y ss., donde pone de manifiesto que las normas de competencia de la UE descansan sobre un enfoque estrecho sobre la evidencia económica en términos del bienestar de los consumidores, criticando por un lado que la Comisión no recopile pruebas económicas sobre aspectos legislativos específicos y por otro lado, que cuando lo hace no las procese de forma objetiva sino estratégica.

³⁰ Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

que no aparecían en su predecesor. De esta manera, amplía el concepto de exclusividad, en tanto que las restricciones propias de este sistema no resultan desnaturalizadas si esa exclusividad se reserva a cinco distribuidores exclusivos para el mismo territorio. Esta consideración de la exclusividad participada supone una mayor delimitación de la distribución selectiva en el contexto de la exención por categorías que puede tener como efecto para la red que conforme a ello, tenga diferentes posibilidades de alcanzar mayores niveles de eficiencia³¹.

21. Es en el texto de las Directrices relativas a las restricciones verticales de 2010³² (Directrices 2010) y, posteriormente, en las Directrices 2022 donde encontramos el tratamiento de la franquicia justificando la aplicación de estos Reglamentos a la franquicia ya que puede integrar o compartir, según la modalidad o contenido del contrato, aspectos o condiciones propias de la distribución selectiva o la distribución exclusiva, es por ello que el vigente Reglamento RECAV 2022 se centra en estas tipologías o sistemas de distribución y se aplicará a la franquicia por cuanto incluya elementos de los anteriores. A tal efecto, las Directrices 2022 hacen referencia a ello respecto de la valoración de las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de franquicia. De esta manera, para su evaluación se acudirá a los principios aplicables al sistema de distribución que más se ajuste al acuerdo de franquicia concreto³³.

22. Los elementos potencialmente anticompetitivos de los contratos de franquicia se derivan pues, de las medidas de protección de los elementos esenciales del contrato, de la implantación real de la red en el mercado, su poder de mercado, y de cláusulas concretas para alcanzar el nivel máximo de uniformidad de la red. Por otro lado, como veremos, las posibles y diversas restricciones que tienen su origen en la franquicia van a tener impacto diferente dependiendo de los factores reiterados y determinados en el RECAV 22, obteniendo en función de ello de diferente tratamiento legal.

23. Dado que una parte importante de los rasgos potencialmente anticompetitivos de la franquicia los extraemos de los elementos esenciales incluidos en su definición, construidos en torno al objeto del contrato que es la transmisión de un modelo de empresa para reproducirlo en las condiciones fijadas por su creador (franquiciador). En consecuencia, para replicar ese modelo es preciso, como parte esencial el contrato la cesión de los elementos necesarios para ello. Así, entre los elementos básicos que se ceden encontramos derechos de propiedad industrial (marcas o signos registrados) y conocimientos técnicos sustanciales; todo ello acompañado de la asistencia comercial o técnica por parte del franquiciador al franquiciado durante la vigencia del contrato³⁴. Tal ayuda técnica se suele traducir especialmente en servicios de contratación, formación del personal, asesoría sobre bienes inmuebles y planificación financiera. En consecuencia, de todo ello se deriva el valor económico y estratégico empresarial que tienen los elementos objeto de cesión. El valor económico de la cesión se traduce en la obligación de pago de diversos cánones por parte del franquiciado al franquiciador. No obstante, se trata de una cesión temporal que reportará al franquiciado un aprendizaje específico y fundamental, pero respecto de las cuales debe tener cierto comportamiento que parte de ciertas restricciones contractuales impuestas por el franquiciador³⁵.

³¹ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 30, quien habla de “exclusividad compartida”.

³² Directrices relativas a las restricciones verticales de 10 de mayo de 2010, 2010/C 130/01.

³³ Directrices 2022, apartado 167.

³⁴ Identificados en el artículo 1 i) del RECAV 2022 como derechos de propiedad intelectual: los derechos de propiedad industrial, los conocimientos técnicos, los derechos de autor y derechos afines.

³⁵ El artículo 1 h) RECAV 2022 reconoce esos conocimientos técnicos como un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor. Es por ello que dichos conocimientos son secretos sustanciales y determinados; «secretos»: es decir que no son de dominio público, con información indispensable a la contraparte para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y aparecen descritos lo suficientemente y necesario para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancial. No olvidemos que ya en la etapa precontractual el RD 201/2010, en su artículo 4, reconoce al franquiciador el derecho a imponer en dichos tratos un deber de confidencialidad respecto de toda la información que le facilite.

24. Por otro lado, la cesión por vía contractual de este modelo de empresa³⁶ y de la consiguiente red que se crea, exige, como señalamos, un nivel suficiente de uniformidad y normalización de la calidad. La necesidad de protección de la reputación de la red y de incrementar su competitividad en el mercado se convierte así en un elemento imprescindible que el franquiciador debe modular en el contrato y exigir de los franquiciados cierto grado de uniformidad y de normalización de la calidad. En esta tesitura, la política de imposición de precios uniformes en la red se convierte en uno de los posibles y principales aspectos que plantean problemas en el ámbito de la competencia. Además, la creación e implantación de la red en el mercado puede provocar que se alcance una cuota de mercado lo suficientemente elevada para ser considerada como un posible elemento anti concurrencial. Por último, otro de los aspectos que son esenciales son los intercambios de información relativos a la aplicación del modelo de negocio uniforme en la red y así, se puede imponer al franquiciado el deber de informar sobre la experiencia con la ejecución de dicho modelo.

III. Restricciones básicas y limitaciones normativas

25. La imposición de ciertas cláusulas restrictivas de la competencia al franquiciado no se traduce automáticamente en la ilegalidad de la conducta. Si bien el art. 101.1 TFUE veda aquellos acuerdos y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior; ello no implica una prohibición absoluta y radical (acuerdos declarados nulos de pleno derecho, art. 101.2 TFUE). El Derecho de la competencia se aplica y construye sobre la base de la protección del mercado y de la búsqueda de la mayor eficiencia de sus operadores y de los efectos sobre los consumidores³⁷; por lo que las limitaciones impuestas a la conducta de aquellos tienen en cuenta una serie de criterios y elementos que modulan la aplicación de la regla principal del precepto citada. De esta manera, el art. 101.3 TFUE introduce condiciones y excepciones a la aplicación de la regla del apartado 1, sobre la justificación básica de que coadyuven al progreso y prosperidad del mercado en determinadas condiciones; en concreto, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, habida cuenta de que la restricción debe ser indispensable para alcanzar tales objetivos; siempre que no impliquen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios afectados³⁸. Dichas condiciones se deben advertir dentro de proceso de autoevaluación³⁹, por el que son los propios agentes económicos implicados los que deben valorar el cumplimiento de los requisitos del art. 101.3 TFUE. Así pues, las autoridades de competencia implicadas solo procederán a una evaluación a posteriori (no autorización previa como en otra época), agilizando el sistema e imprimiendo más fluidez al mercado sin merma de la seguridad. En este sentido, el Derecho de la competencia establece modulaciones a sus reglas básicas a través de distintos mecanismos tanto de forma individual -exenciones individuales⁴⁰- como en bloque -Reglamentos de exenciones por categorías-.

³⁶ El art. 62 LOCM lo identifica como un “sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

³⁷ Tal y como se señala en las Directrices 2020, apartado 5, el objetivo del artículo 101 del Tratado es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado en detrimento de los consumidores; es decir, compatibilizar el mayor bienestar posible de los consumidores con una eficaz asignación de recursos. Pero, además matizando lo anterior y como se reafirma, entre otras, en la STJUE 4 junio 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, 8/08, ECLI:EU:C:2009:343, párr. 38, no solo debe servir a los intereses inmediatos de los competidores o consumidores individuales, sino también a proteger la estructura del mercado y, por tanto, la competencia como tal.

³⁸ Ello siempre que no impongan restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

³⁹ La autoevaluación aparece detallada en el Reglamento (CE) 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actualmente, 101 y 102). Este sistema supone implicar más directamente a las empresas en el proceso y responsabilizarlas de su comportamiento en el mercado, en concreto, al cesar el sistema de notificación previa a la Comisión, deben asegurarse de que sus acuerdos no vulneran los límites de legalidad de la libre competencia.

⁴⁰ Las Directrices 2022 recogen en los apartados 293 a 296 las consideraciones específicas e interpretación de los criterios del art. 101.3 TFUE para justificar una exención individual: que genere eficiencias o beneficios económicos objetivos, que permitan las restricciones participar a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, que sea indispen-

26. En otras palabras, los reglamentos de exención por categorías son un acceso directo fiable a la exención del artículo 101.3 TFUE. En comparación con la autoevaluación basada únicamente en el artículo 101, apartado 3, los reglamentos de exención por categorías son mucho más concretos y ofrecen una vía de salvaguardia, ya que se aplican como leyes vinculantes en toda la UE. En este contexto, el RECAV 2022 se conforma como parte del núcleo esencial del Derecho europeo de la competencia. Es de suma importancia práctica, ya que proporciona un puerto seguro para los acuerdos de distribución dentro del ámbito del Derecho de la competencia ya que busca permitir una autoevaluación jurídicamente segura de los acuerdos verticales mediante la exención abstracta de los acuerdos. Esta norma se orienta a aportar cierta simplificación y seguridad jurídica a los acuerdos de suministro y distribución.

27. Dentro de las condiciones que efectivamente evitan la aplicación de la prohibición del art. 101.1 TFUE establecidas en el RECAV 2022 se encuentran aquellas que permiten y justifican la exención en bloque y todo lo relativo al tratamiento y categorización de las cláusulas restrictivas que no tienen cabida dentro de la exención. Por un lado, el primero de elementos hace referencia a las dimensiones o influencia de cada empresa en un mercado específico, es decir la cuota de mercado y a aquellas restricciones que se entienden necesarias para el funcionamiento de la red de distribución y por otro lado, a las condiciones que no son aceptables o compatibles con los principios esenciales del Derecho de la competencia y no existe justificación suficiente para provocar la aplicación de la exención otorgada por el RECAV 2022, es decir, las cláusulas especialmente graves (cláusulas negras) y las restricciones excluidas (cláusulas grises).

1. Condiciones para la aplicación exención

28. La exención recogida en el artículo 2 RECAV 2022, que se contempla en el marco del artículo 101. 3 TFUE que declara la no aplicación del artículo 101.1 TFUE a determinada categoría de acuerdos, se refiere a los acuerdos verticales que reúnan una serie de condiciones. De esta manera, la exención se aplicará en tanto que dichos acuerdos contengan restricciones verticales y se encuentren dentro de los márgenes que señala la norma. Es por ello que debemos hacer referencia a dos aspectos importantes relacionados con la red de franquicias, la cuota de mercado y las cláusulas DPI.

A) Cuota de mercado y mercado de referencia

29. El artículo 3 del RECAV 2022, al igual que el Reglamento anterior, delimita el umbral que determina su aplicabilidad al acuerdo. De esta forma, la cuota de mercado sigue siendo el punto de partida para alcanzar el beneficio de la exención. En consecuencia, se sigue manteniendo el 30% de cuota de mercado de referencia como límite o umbral sobre el sustentar o justificar la exención. Ello no afectará a los acuerdos de menor importancia, en los que el cálculo de la cuota de mercado es prescindible para los acuerdos celebrados por pymes (sin restricciones de objeto) ya que se considera acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (sin efecto sobre el comercio) o que no restringen la competencia de forma sensible⁴¹.

30. Uno de los elementos que más controversia ha despertado en este ámbito es el papel de la definición de mercado relevante o de referencia. Esta es de una gran trascendencia en el ámbito del derecho de la competencia, dado que es un instrumento habitualmente utilizado para poder establecer las cuotas

sable para lograr esos beneficios y que no ofrezca a los contratantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios afectados. Es decir, de la valoración de estos requisitos se debe extraer que la confluencia de los mismos genera unos beneficios objetivos superiores al impacto de tales restricciones sobre el mercado.

⁴¹ En este sentido, la Comisión entiende que, a menos que incluyan restricciones de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101.1 TFUE, apartado 1, del Tratado, los acuerdos verticales entre las pymes generalmente quedan excluidos de su ámbito de aplicación (apartado 28 Directrices 2022).

de mercado y sus consecuencias en el concepto de poder de mercado. Es la herramienta que sirve como delimitadora en el análisis tradicional de la competencia y se puede entender como una precondition para elaborar evaluar las conductas anti competitivas⁴². En muchos casos de análisis del nivel real de competencia, el resultado depende sustancialmente de la definición de mercado adoptada. Por otro lado, desde el ámbito la economía de la competencia tradicional, la definición de los mercados de referencia no había tenido un papel preponderante⁴³, por lo que se ha señalado que no ha sido hasta los años 1990 que se han producido aportaciones desde la perspectiva económica con herramientas útiles para el derecho de la competencia, como modelos econométricos para estimar elasticidades de sustitución, el test del monopolista hipotético, también conocido como test SSNIP ('Small but Significant and Non-transitory Increase in Price'), etc.⁴⁴. Estas herramientas han tenido acogida en el "enfoque más económico" que se ha experimentado en el derecho de la competencia en la UE.

31. De esta forma se ha construido el paradigma mercado relevante-cuota de mercado-poder de mercado, que necesita como primer paso la definición del mercado de referencia. De acuerdo con la Comunicación de Mercado de Referencia (CMR), actualizada a 2024⁴⁵, este incluye a todos los productos y servicios considerados sustituibles por el consumidor dadas sus características, precios y uso. Por ello, se requiere conocer bien el comportamiento del consumidor y las elasticidades de sustitución.⁴⁶ De esta forma, los mercados se definen por los bienes o servicios, es decir, el mercado de productos de referencia y el territorio, en otras palabras, el mercado geográfico de referencia⁴⁷, donde el mercado de referencia a los efectos de valoración de la competencia comprende un producto y una dimensión geográfica. En concreto, se considera que el mercado relevante incluye todos aquellos productos que son considerados sustituibles por el consumidor los clientes en razón de las características de los productos, sus precios y su uso previsto, teniendo en cuenta las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado en el área geográfica en la que las empresas intervienen en el suministro de bienes o servicios y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

32. En este contexto, a los efectos de determinar el impacto en el mercado es preciso calcular las cuotas de implantación en el mismo, por lo que hay que tener en cuenta tanto las cuotas de mercado que posee el proveedor en el mercado donde vende los bienes o servicios a sus compradores y la cuota de mercado que posee el comprador en el mercado donde adquiere los bienes o servicios (artículo 3 RECAV 2022). El mercado de referencia se considera un instrumento clave para el análisis y valoración en el Derecho de la competencia, de hecho, señala que la definición de mercado no es sino un paso intermedio en la evaluación global de la competencia. En dicha evaluación se tienen en cuenta y examinan todas las limitaciones pertinentes impuestas a las empresas implicadas en los mercados de productos y los mercados geográficos de referencia y, además puede incluir una evaluación de los obstáculos a la entrada o la expansión, el impacto de las economías de escala o los efectos de red, el acceso a activos e insumos específicos, así como la diferenciación de productos (apartado 8 CMR)⁴⁸.

⁴² K. STYLIANOU, y B. CARBALLA-SMICHOWSKI, "Market' definition in ecosystems", *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, JNAE046, p. 3.

⁴³ R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA Y A. GIANNACCARI, "Market power, market definitions and entry barriers", en R. VAN DEN BERGH (Ed.) *Comparative Competition Law and Economics*, 2017, Edward Elgar Publishing Cheltenham, UK, p. 126.

⁴⁴ A. OIKONOMOU, "Methods of relevant product market delineation in antitrust cases: a critical survey", *European Competition Journal*, 2023, nº 19 (2), p. 249.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, (C/2024/1645), de 8 de febrero de 2024, DOUE 22 de febrero de 2024.

⁴⁶ R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA Y A. GIANNACCARI, "Market power, market ...", cit., p.127.

⁴⁷ CMR, apartado 12.

⁴⁸ No obstante, dada la heterogeneidad de factores que intervienen en el mercado y la constante evolución del mismo, la dificultad para delimitar el mercado de referencia es muy alta. De este modo, la Comisión partiendo de ese contexto, contempla diferentes opciones de valoración del mercado conforme a los múltiples escenarios que se pueden presentar. De esta manera, la definición del mercado de referencia a los efectos de valorar una conducta dependerá de un conjunto de circunstancias concretas que deberán ser tenidas en cuenta. Así, la Abogada General, en las Conclusiones 5 septiembre 2024, *Alphabet, Google y otros*, 233/23, ECLI:EU:C:2024:694, entiende que dicha definición no tiene que hacerse de forma exhaustiva conforme al CMR, en casos como cuando una empresa dominante deniega el acceso a una plataforma, sino que es suficiente con que la

Por otro lado, el umbral del 30% alcanza a todas las partes que forman el acuerdo concreto, de ahí que en los acuerdos de múltiples partes se debe tener en cuenta que se aplica a cada una de ellas. De esta manera, el artículo 3.2 RECAV 2022, lo concibe para el caso de que una empresa adquiera los bienes o servicios de una empresa parte del acuerdo y los venda a otra empresa igualmente parte del acuerdo.

33. El cálculo de los umbrales del mercado se realiza a partir de datos del valor de las compras y ventas o, en su defecto, de estimaciones fundamentadas basadas en información fiable del mercado disponible, por ejemplo, cifras de volumen (artículo 8 a) RECAV 2022). En referencia a las cuotas de mercado de los proveedores, los distribuidores integrados verticalmente se consideran, en consecuencia, una sola entidad con su proveedor, por lo que la cuota de mercado de un proveedor incluye también los bienes o servicios suministrados a sus distribuidores integrados verticalmente (artículo 8 c) RECAV 2022). De esta manera, respecto del contrato de franquicia, en el cálculo de la cuota de mercado debemos tener en cuenta esta regla y el franquiciador, en tanto e distribuidor de un modelo de empresa que ponen en ejecución en el mercado los franquiciados, debe incluir en su cálculo el valor de los servicios prestados por los franquiciados en ese mercado. Obviamente, este análisis de la competencia es especialmente importante respecto de aquellos casos que se encuentran cercanos de superar el umbral⁴⁹ y ante las dificultades que plantea dicha valoración resulta difícil crear un entorno de seguridad jurídica.

34. Además, sobre la cuota de mercado en el ámbito de la franquicia, se especifica en el apartado 74 D. 2022 que si en el contrato se incluyen cláusulas de DPI⁵⁰ que ayudan al comprador a comercializar los bienes o servicios contractuales, la cuota de mercado del proveedor en el mercado en el que venden los bienes o servicios contractuales es pertinente para la aplicación del RECAV 2022. De esta forma, si lo que suministra el franquiciador es un paquete de servicios y bienes junto con cláusulas de DPI que forman el método comercial que se franquicia, el franquiciador debe tener en cuenta su cuota de mercado como proveedor de un método empresarial para el suministro de bienes o servicios específicos a los usuarios finales. En este contexto, el franquiciador debe calcular su cuota en el mercado en que se explota el método comercial, es decir, el mercado en el que los franquiciados explotan el método comercial para suministrar bienes o servicios a los usuarios finales. Luego, el franquiciador debe partir del valor de los bienes o servicios que sus franquiciados suministran en el mercado para calcular su cuota de mercado. En consecuencia, entre los competidores del franquiciador en el mercado se encuentran tanto los proveedores de otros métodos comerciales franquiciados como los proveedores de bienes o servicios sustitibles que no aplican la franquicia.

B) Cláusulas DPI

35. Por otro lado, otro aspecto del RECAV 2022 especialmente aplicable a la franquicia es la inclusión dentro del ámbito de aplicación a aquellos contratos que incluyan cláusulas DPI. En concreto, el artículo 2.3 RECAV 2022 hace extensiva la exención que otorga a aquellos pactos contractuales que impliquen la cesión y explotación por el comprador (franquiciado) de derechos de propiedad intelectual. Las condiciones que deben reunir las citadas cláusulas son, en primer lugar, que no pueden constituir el objeto principal del contrato y que dichos acuerdos y que deben estar directamente relacionadas con

autoridad de defensa de la competencia demuestre que el comportamiento de que se trata puede producir efectos contrarios a la competencia en relación con productos o servicios que compiten entre sí. La correspondiente STJUE 25 febrero 2025, , *Alphabet, Google y otros*, 233/23, ECLI:EU:C:2025:110, sostiene que en determinadas circunstancias basta con que pueda determinarse un mercado potencial o incluso hipotético.

⁴⁹ B. ROHRSEN, *EU Competition Law for Vertical Agreements. Digital, Dual, Exclusive and Selective Distribution plus Franchising*, Springer 2023, Cham (Suiza), pp. 82 y ss.

⁵⁰ DPI incluyen, según el artículo 1.1 i) RECAV 2022, derechos de propiedad intelectual, es decir, los derechos de propiedad industrial, los conocimientos técnicos, los derechos de autor y derechos afines.

el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes⁵¹. Ello nos sitúa dentro del contexto de prestaciones accesorias, por cuanto no constituyen el objeto principal del contrato⁵², están directamente relacionadas con la distribución de los bienes o servicios, son necesarias para la ejecución del contrato y para proteger los DPI que se ceden⁵³. Queda claro que el objeto principal del contrato es la cesión del modelo de empresa, para lo cual se hace necesario aportar ciertos conocimientos englobados bajo los DPI. Son necesarios porque son sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo y ayudan al franquiciado en el uso y la reventa de los productos y servicios adquiridos o resultantes y porque garantizan la uniformidad y la normalización de la calidad de la red. Directrices 2022 (apartados 16 y 86).

36. De esta forma, la exención de estas restricciones contractuales tiene como fundamento la protección de las licencias y la transferencia de los conocimientos de carácter secreto y exclusivo y las Directrices 2022 entienden que las obligaciones necesarias para proteger los DPI del franquiciador, en la medida que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE también están cubiertas por el RECAV 2022⁵⁴. En concreto, hace referencia a imposición al franquiciado de obligaciones como la de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar; no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público⁵⁵; comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder al franquiciador y a otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; de informar al franquiciador de las infracciones de los DPI cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia y, por último, no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador⁵⁶ (debemos recordar que el contrato de franquicia es un contrato de carácter *intuitu personae*, por lo que es el franquiciador o, en su caso, *el desarrollador de área* o el master franquiciado, son los que, en última instancia, tienen y pueden ejercer dicha prerrogativa).

37. Por otro lado, en segundo lugar, la exención recogida en el artículo 2.3 RECAV 2022 se aplicará siempre y cuando, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas con arreglo al presente Reglamento. Tal y como reiteran las Directrices 2022 apartado 72) e) las cláusulas de DPI, anudadas a los bienes o servicios contractuales, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al RECAV 2022. Es decir, las citadas cláusulas no pueden contener restricciones a la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas en virtud del RECAV 2022; es decir, el acuerdo no debe tener por objeto ninguna de las restricciones especialmente graves

⁵¹ Directrices 2022, apartado 72.

⁵² Las Directrices 2022 (apartado 86) advierten que todo acuerdo de franquicia implique, exclusiva o principalmente, la licencia de DPI, no queda cubierto por Reglamento (UE) 2022/720. Como afirma el apartado 168 los acuerdos de franquicia que no cubiertos por Reglamento (UE) 2022/720 requieren una evaluación individual en virtud del artículo 101 TFUE.

⁵³ J. VICIANO PASTOR y J. MARTI MIRAVALLS, “El régimen antitrust de ...”, cit., pp. 57.6 y ss.

⁵⁴ No obstante, el apartado 166 Directrices 2022 especifica que la franquicia cuenta con una serie de características específicas (uso de un nombre comercial uniforme, métodos comerciales uniformes -con concesión de licencias de DPI- y el pago de cánones a cambio) en tanto que estrictamente necesarias para el funcionamiento de los sistemas de distribución quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Así deja expresamente fuera a las restricciones que impiden al franquiciado utilizar los conocimientos técnicos y la asistencia proporcionados por el franquiciador para beneficiar a los competidores de este último y las cláusulas de no competencia en relación con los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado que son necesarias para mantener la identidad común y la reputación de la cadena de franquicia, siempre que esta última limitación no exceda de la duración del propio contrato.

⁵⁵ Advirtiéndose que el artículo 5 RECAV 2022 en su parte final permite y admite la posibilidad de establecer prohibiciones ilimitadas en el tiempo sobre el uso y divulgación de conocimientos técnicos que no se hayan hecho públicos.

⁵⁶ Apartado 87 Directrices 2022.

de los artículos 4 ni ninguna de las restricciones excluidas del artículo 5 del RECAV 2022. En este sentido, se advierte que debería haberse operado una coordinación más precisa entre los artículos 2.3 y 5 RECAV 2022, por cuanto resulta sorprendente que el artículo 5 solo excluye la exención del artículo 2 para la obligación o cláusula concreta, mientras que el resto del acuerdo queda exento si está cubierto por el RECAV 2022. Sin embargo, una interpretación literal del artículo 2.3 excluiría todo el acuerdo de tal salvaguarda⁵⁷.

C) La distribución dual y el intercambio de información

38. La distribución dual se presenta cuando un proveedor vende bienes o servicios no solo a nivel ascendente, sino también en sentido descendente, compitiendo así con sus distribuidores independientes. En el caso de la franquicia, se produce cuando el franquiciador compite en el mismo mercado con los franquiciados. Esta figura se da en el excepcional ámbito para el RECAV 2022 de acuerdos entre competidores⁵⁸. El propio RECAV 2022 señala que los acuerdos verticales celebrados en dichas situaciones de distribución dual deben quedar exentos, salvo que vayan acompañados de restricciones especialmente graves, y en tanto que el comprador no compita con el proveedor en el nivel ascendente. La justificación para el legislador se encuentra en el impacto positivo sobre la competencia de este acuerdo vertical sobre la competencia en general supera con creces al impacto negativo potencial del acuerdo vertical en la relación competitiva entre el proveedor y el comprador a nivel descendente⁵⁹. De esta manera, la exención se recoge en el artículo 2.4 RECAV 2022 de forma más puntualizada que en el artículo 2.4 RECAV 2010, distinguiendo entre la distribución de bienes y servicios. El citado precepto, en concreto para la distribución de bienes, el proveedor debe operar en el nivel superior, ya sea como fabricante, importador o mayorista. Al mismo tiempo, el comprador puede ser importador, mayorista o minorista en el nivel inferior. Este es un cambio pequeño pero bienvenido en comparación con RECAV 2010, que solo incluía „fabricante“ como permitido aguas arriba y „distribuidor“ como permitido aguas abajo.

39. En este contexto, los intercambios de información adquieren especial relevancia respecto del Derecho de la competencia, aunque hasta el RECAV 2022, ni el RECAV 2010 ni las Directrices que lo acompañaban no mencionaban dichos intercambios en el seno de la distribución dual. Desde el Derecho de la competencia, aunque con ese intercambio se puedan producir efectos favorables a la competencia de los acuerdos verticales, en el caso de la distribución dual el intercambio de determinados tipos de información puede plantear problemas horizontales⁶⁰. De esta manera, se han de considerar especialmente las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)⁶¹. En estas Directrices se pone el acento respecto de la cooperación empresarial que la autonomía en la toma de decisiones no es incompatible con la adaptación de forma inteligente al comportamiento actual o previsto de los competidores o a las condiciones del mercado⁶². De esta manera, partiendo de lo anterior, el intercambio de información evidencia resultados positivos que contribuyen a mejorar la eficiencia por los efectos sobre la toma de decisiones que ayudan a las empresas, entre otros aspectos, a reducir costes y mejorar u ofrecer productos y servicios nuevos. Por otro lado, en las Directrices horizontales se es consciente de la potencialidad de esta práctica de compartir información (directamente o a través de terceros) y los efectos sobre crear y consolidar prácticas contrarias a la competencia. En este sentido, se

⁵⁷ B. ROHRSEN, *EU Competition Law for Vertical ...*, cit., p. 68.

⁵⁸ La Resolución CNMC, de 12 de julio de 2023, S/001321, Amazon/Apple Brandgating, remarca que en este caso no serían beneficiarias de la exención por tratarse de competidoras a nivel de producción y distribución, a diferencia de lo que establece el artículo 2.4 a) RECAV 2010 y RECAV 2022, que se trate de un acuerdo vertical no recíproco y que el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de la fabricación. Ver igualmente STS 8 abril 2024, RJ JUR\2024\141939.

⁵⁹ Considerando 12 RECAV 2022.

⁶⁰ Considerando 13 RECAV 2022.

⁶¹ Publicadas en el DOUE el 21 de julio de 2023, en adelante Directrices horizontales.

⁶² Directrices horizontales, párrafo 374.

contemplan las condiciones para que los participantes en un sistema de intercambio de información no incurran en infracciones de la competencia⁶³.

40. Bajo estas circunstancias, el intercambio de información en el contexto de un acuerdo vertical, en el que se intercambia información entre un proveedor y un comprador, puede beneficiarse de la exención por categorías prevista en el RECAV 2022 si, conforme al artículo 2.5, la información intercambiada está directamente relacionada con la aplicación del acuerdo vertical entre dichas partes y/o es necesaria para mejorar la producción o distribución de los bienes o servicios considerados en el contrato. En el caso de que ninguna de estas condiciones se cumpla, el intercambio de información deberá evaluarse individualmente con arreglo al artículo 101 del Tratado y con la ayuda de las Directrices horizontales⁶⁴. En definitiva, tanto el RECAV 2022 como las Directrices horizontales vigentes lo que hacen es recoger de forma sistemática y coordinada el intercambio de información en los acuerdos verticales, dando mayor armonía y coherencia al conjunto de la regulación sobre las exenciones en el ámbito comunitario⁶⁵.

41. Además como otra novedad, se advierte que en la Directrices 2022⁶⁶ se incluye una explicación del artículo 2.5, añadiendo una lista explícita de ejemplos clarificadores de lo que se debe entender por intercambios permitidos y prohibidos. No obstante, hay que matizar que no se distingue entre información per se permitida o prohibida y la lista de ejemplos no es exhaustiva; de tal manera que las Directrices 2022 requieren una evaluación individual por parte del proveedor y del comprador caso por caso, de tal forma que no se crea un puerto seguro para ciertos intercambios de información⁶⁷. En este contexto, como advierten las Directrices 2022⁶⁸, los requisitos que marca el artículo 2.5 RECAV 2022 para alcanzar la exención dependerán en buena medida del tipo o modelo concreto de distribución de que se trata, que para el modelo de franquicia confirma que el intercambio de información puede ser necesario en el caso de que se intercambie información relativa a la aplicación de un modelo de negocio uniforme en toda la red de franquicia. Es decir, es lícito que el sistema –red- creado a través de contratos de franquicia intercambie información precisa para mantener la uniformidad y buen funcionamiento.

2. Restricciones verticales prohibidas

42. Los artículos 4 y 5 del RECAV 2022 determinan el límite dentro del que los acuerdos pueden gozar de la exención otorgada por dicha norma. En concreto, se describen las cláusulas “negras” o restricciones especialmente graves y “grises” o restricciones especiales, que incluidas en contratos de distribución descritos en el Reglamento suponen la pérdida de dicho reconocimiento en todo o en parte. En el caso de artículo 4, los efectos de la inclusión de la citada cláusula son más radicales, por cuanto implica la no aplicación de la exención a todo el acuerdo; mientras que, si nos trasladamos al ámbito del artículo 5, las consecuencias restrictivas se limitan a la cláusula afectada y dicho efecto no se contagia al resto del acuerdo. No obstante, en el caso de la aplicación del artículo 4, aun cabría la posibilidad de acudir al artículo 101.3 TFUE para obtener una hipotética exención⁶⁹.

⁶³ Directrices horizontales, apartado 6.2.4.4 y, en especial, el subapartado 408. A este respecto, A. PICÓN y C. VILA, “Las nuevas normas sobre acuerdos entre competidores: reglamentos de exención, directrices y sostenibilidad”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2023, nº 32, pp. 7 y ss.

⁶⁴ Directrices horizontales, párrafo 370.

⁶⁵ B. MORAL DEL VALLE, “El contrato de franquicia desde la óptica del Derecho de la competencia. Especial incidencia del Reglamento (UE) 2022/720”, *Actas de Derecho Industrial*, nº 43, 2023, p. 347.

⁶⁶ Directrices 2022, apartados 96 a 103.

⁶⁷ T. MÄGER y P.O. NEIDECK, “Vertical Block Exemption Regulation: Dual distribution”, *Concurrences*, 2022, nº 4, p. 14.

⁶⁸ Directrices 2022, apartado 98.

⁶⁹ Los apartados 183 y 184 Directrices 2022 aportan ejemplos de posibles supuestos aptos para obtener la exención que confiere la aplicación del artículo 101.3 TFUE.

A) Restricciones especialmente graves

a) Aspectos generales

43. Las cláusulas descritas en el artículo 4 se consideran restricciones de la competencia que se entienden muy perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, en tanto que este tipo de acuerdos contribuyen a compartimentar los mercados y provocar restricciones de la competencia dentro de la UE⁷⁰. En concreto, se contemplan los acuerdos relativos a la imposición del precio de reventa (artículo 4 a), restricciones territoriales o de clientes (artículo 4 b), c) y d), restricciones a la venta y publicidad por internet (artículo 4 e) y las relativas a la venta de piezas de recambio (artículo 4 f). No obstante, pese a la gravedad de las cláusulas descritas y el impacto sobre el mercado, el artículo 4 contempla excepciones a dicha prohibición, en tanto que el saldo resultante entre el perjuicio provocado y los beneficios que generan sale favorable a estos últimos.

44. En este sentido, cabe destacar como novedad respecto de las restricciones de territorio o clientela donde, en nuestro caso, el franquiciado puede vender los bienes o servicios pactados en contrato. En este caso, las excepciones referentes a las ventas activas se detallan de forma más concreta, por cuanto introduce dentro del artículo 1 referente a las definiciones los conceptos de venta activa⁷¹ y pasiva⁷². La distinción entre ambas figuras parte de la persona que toma la iniciativa en la operación, y por ello ventas activas son aquellas resultantes de dirigirse activamente a clientes y, por eliminación, las ventas pasivas son ventas a clientes a los que el vendedor no se ha dirigido de forma activa⁷³. Respecto de las ventas activas, la norma actualiza los medios publicitarios utilizados en las ventas activas para la promoción de los productos o servicios, introduciendo dentro de los mismos los relativos al mundo digital⁷⁴.

45. A este respecto, recordemos que las Directrices 2022 ya señalan que, si un acuerdo de franquicia da lugar a una red cerrada, con prohibición a los franquiciados de vender a no franquiciados, se le aplican las normas sobre distribución selectiva y, si no se crea dicha red, pero se pacta exclusividad territorial y protección frente a las ventas activas de otros franquiciados, estamos ante distribución exclusiva⁷⁵. De esta manera, la diferencia se encuentra que, en la distribución exclusiva, el distribuidor queda protegido contra la venta activa procedente de fuera de su territorio exclusivo, y en la distribución selectiva el distribuidor se encuentra protegido contra las ventas activas y pasivas de distribuidores no autorizados⁷⁶.

46. En ese contexto, la reforma del artículo 4. b. i. del RECAV 2010 que se ha operado en el RECAV 2022 cambia sensiblemente las condiciones. De esta forma, la anterior norma señalaba que se con-

⁷⁰ M.V. PETIT LAVALL, “Distribución y ventas on line”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 25, 2019, p. 4.

⁷¹ Artículo 1.1 k) RECAV 2022: “«ventas activas»: dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o a través de publicidad y promoción personalizadas, fuera de línea o en línea, por ejemplo mediante medios de comunicación impresos o digitales, incluidos los medios en línea, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes, operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador”.

⁷² Artículo 1.1 l) RECAV 2022: “«ventas pasivas»: ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación”.

⁷³ Directrices 2022, apartados 211 a 215. Especialmente el párrafo 214 supone un cambio en la consideración de la publicidad frente al régimen anterior, por cuanto ahora considera la publicidad general como ventas pasivas solo cuando no es posible evitar que dicha publicidad sea vista por clientes de otros territorios.

⁷⁴ E. GALAN CORONA, “El Reglamento de exención de la prohibición de las restricciones verticales de la competencia” en M.J. CASTELLANO/ A.B. CAMPUZANO (coords.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, 2024, pp. 541 y ss.

⁷⁵ Directrices 2022, apartado 166.

⁷⁶ Directrices 2022, apartado 145.

cedía la exención si la limitación de ventas activas en el territorio o a los clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, no restringiera las ventas de los clientes del comprador⁷⁷; mientras que ahora se declara exenta la restricción de las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes reservado al proveedor o asignado por el proveedor, limitado a un máximo de otros cinco distribuidores exclusivos⁷⁸.

b) Condiciones en los precios

47. Como ya sabemos, dentro del comportamiento de los precios en el mercado, la libre formación de precios se conforma como un indicador de especial relevancia para la valoración de la existencia de competencia y correcto funcionamiento del mercado y cuyos efectos afectan en mayor medida al consumidor. Bajo esta premisa, partimos de la prohibición del propio artículo 101.1 TFUE de aquellos acuerdos que fijen directa o indirectamente los precios de compra o de venta. No obstante, por vía del artículo 101.3 TFUE se incluye la posibilidad de evitar tal prohibición a condición de que el acuerdo contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, a la par que reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Es decir, que el tajante veto a los acuerdos de imposición de precios puede quedar exceptuada introduciendo una valoración de los beneficios que produce.

48. En el caso de los acuerdos verticales, las restricciones de precios se consideran una de las infracciones más graves que pueden afectar a los acuerdos de distribución. Sin embargo, la prohibición se focaliza en los acuerdos que tengan por objeto precios de venta mínimos (artículo 4, a) RECAV 2022), no alcanzando a aquellos relativos a los precios máximos y las recomendaciones de los precios de reventa. En concreto, en nuestro caso, no se aplica la exención a los acuerdos que tengan por objeto la restricción de la facultad del franquiciado de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el franquiciador pueda imponer precios de venta máximos⁷⁹ o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a establecer un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. De esta manera, la búsqueda de la uniformidad para la red, fácilmente identificable por su imagen, calidad y modo de gestión, no puede suponer la eliminación total de la capacidad de los franquiciados de fijar los precios de reventa. Resulta obvio que la uniformidad de precios devendría de la posibilidad de imponerlos, pero tal opción en las condiciones previstas por el artículo 4, a) no resulta viable en tanto que produce efectos nocivos contra la libertad empresarial y la libre circulación de mercancías.

49. No obstante, pese a que a lo establecido por el artículo 4, a), las Directrices 2022, determinan que las conductas de fijación de precios están sometidas al análisis de la valoración de los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las mismas. De esta forma, así se permitirán aquellas conductas prohibidas inicialmente por el citado artículo, en tanto que reúnen unas condiciones concretas y que producen efectos procompetitivos superiores y se prohibirán aquellas inicialmente quedaban exentas pero que tienen consecuencias anticompetitivas más elevadas. Es decir, para las Directrices 2022, aun partiendo que la restricción relativa a la imposición de precios se acomoda dentro del tipo de restricción

⁷⁷ A este respecto, la SJUE 8 mayo 2025, *Beevers Kaas*, 581/2023, ECLI:EU:C:2025:323, señala que el artículo 4 b) i), del RECAV 2010 debe interpretarse en el sentido de que, “cuando un proveedor ha asignado un territorio exclusivo a uno de sus compradores, la mera constatación de que los otros compradores de este proveedor no realizan ventas activas en ese territorio no basta para probar la existencia de un acuerdo entre el referido proveedor y esos otros compradores en relación con la prohibición de ventas activas en ese territorio”.

⁷⁸ En el mismo sentido para la restricción de las ventas activas por parte de los miembros del sistema de distribución selectiva y de sus clientes directos (artículo 4 c) i) 1).

⁷⁹ A este respecto, la resolución de la CNMC 6 noviembre 2024, S/0024/20, *The Good Burger*, reitera, que estarían amparadas por la exención conforme al RECAV 2022 una franquicia con un modelo de precios máximos, en situaciones en las que alguna de las partes del acuerdo supera el umbral del 30% de cuota de mercado.

por el objeto, sostienen que la prohibición del artículo 101.1 TFUE no es una consecuencia automática, a falta de realizar las oportunas valoraciones de los efectos de la citada conducta⁸⁰.

50. Si bien resulta evidente que en la nueva normativa no se perciben cambios significativos de tratamiento respecto de la imposición de precios de reventa (IPR), es cierto que se pueden realizar ciertas apreciaciones que afectan a la interpretación de esta regulación. Partimos, por un lado, de la STJUE 29 de junio 2023, *Super Bock Bebidas*, 211/2022, ECLI:EU:C:2023:529, que viene a confirmar de forma clara la tendencia de TJUE ya apuntadas en sentencias previas respecto de la consideración de las IPR prohibidas por el artículo 4, a) RECAV 2010, ahora recogido en el mismo artículo RECAV 2022. Así, si bien el TJUE mantuvo en un principio que la IPR es una restricción de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101.1 TFUE⁸¹, su posición se ha tornado a considerar que se ha de hacer una interpretación más restrictiva del concepto de infracción por el objeto y huir de considerar que hay una equivalencia entre las restricciones especialmente graves y las restricciones por el objeto y, por tanto, alejarse de la calificación automática de una restricción especialmente grave como una restricción por el objeto. De esta manera, la citada sentencia entiende que no son términos intercambiables⁸².

51. En segundo lugar, otro aspecto importante que recoge la sentencia *Super Bock* es el hace referencia al concepto de acuerdos, planteándose la cuestión de si el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de un «acuerdo», con arreglo a dicho artículo, entre un proveedor y sus distribuidores puede acreditarse únicamente mediante pruebas directas. En las Directrices 2022 se considera que la IPR se puede realizar a través de dos formas, de manera directa y la indirecta. En el caso del contrato de franquicia, pese a que se afirme que las cláusulas de fijación de precios no son unas cláusulas esenciales de ningún acuerdo vertical, dado que, desde una perspectiva meramente contractualista, este pacto de es un elemento accidental, ni esencial ni natural⁸³, se encuentran presentes en una parte sensible de los contratos⁸⁴. No obstante, en relación con la imposición indirecta, la sentencia *Super Bock* entiende que un «acuerdo», conforme al artículo 101.1 TFUE en relación a precios mínimos de reventa se puede acreditar tanto con pruebas directas, como recurriendo a la existencia de coincidencias e indicios objetivos y concordantes, de los que pueda inferirse la existencia de tal acuerdo. De esta forma, circunstancias como que, en la práctica, los precios mínimos de reventa sean seguidos por los distribuidores o de que su indicación sea solicitada por estos últimos y no aplican otros por iniciativa propia, serían una indicación de que existe consentimiento de los distribuidores a la determinación de precios mínimos de reventa por el suministrador.

⁸⁰ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de los precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, nº 2, 2024, p. 1496.

⁸¹ STJUE 3 julio 1985, *Binon/AMP*, 243/83, ECLI:EU:C:1985:284.

⁸² SSTJUE 11 septiembre 2014, *Groupement des cartes bancaires*, 67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 y 20 de abril de 2020, *Budapest Bank Nyr y otros*, 228/18, ECLI:EU:C:2020:265, que expresamente citando a la anterior declara que “ para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto», a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes”, afirmando que el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. También se ha incluido la STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, 230/16, ECLI:EU:C:2017:941, por cuanto el tratamiento por separado del TJUE de que el acuerdo concreto suponía o no una restricción por el objeto y de que si la restricción aplicada estuviera contenida dentro del artículo 4 (RECAV 2010), era un reconocimiento de que no se debe interpretar que hay una equivalencia entre ambos conceptos. En tal sentido, L. González Pachón, “La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso «Super Bock»”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 33, 2023, p. 7.

⁸³ J. MARTÍ MIRAVALLS, “En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa”, *La Ley Mercantil*, nº 62, 2019, p. 6.

⁸⁴ STS 11 noviembre 2024, (*RJ JUR*2024\432173), donde referencia casos que tienen en común la misma circunstancia, contratos en los que el franquiciador fijaba unilateralmente los precios de los productos, sin garantizar el margen comercial del franquiciado; conociendo el franquiciador la ilicitud de dicha conducta.

52. La fijación de precios máximos no parece plantear dificultades en tanto que supone un beneficio evidente para los consumidores, aun se puede alcanzar un precio competitivo y la lógica de la actividad empresarial indica que ese precio máximo será acorde con los beneficios y la sostenibilidad económica del negocio⁸⁵. Respecto de la recomendación de los precios de reventa, con respecto a las Directrices 2022 y el RECAV 2022 habría que entender que en aquellas situaciones en las que no estén presentes otras cláusulas que puedan contener elementos coercitivos⁸⁶, se preserva la libertad del distribuidor de fijar sus propios precios de reventa⁸⁷. En todo caso, las Directrices 2022⁸⁸, dado que no descartan que tanto con los precios de reventa recomendados como con los precios máximos se puedan producir efectos anticompetitivos, y que ello se encuentra especialmente relacionado con factores como la posición de mercado del proveedor; es decir, que el riesgo de imposición efectiva del precio se eleva en situaciones en que el proveedor tenga una posición fuerte de mercado. En este contexto, si dicha imposición de precios produce esos efectos nocivos sobre la competencia, resultará necesario proceder a evaluar si cumplen las condiciones de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE. No obstante, con la sentencia Super Bock las recomendaciones, dado el concepto amplio de acuerdos que formula y aplica, sería difícil mantenerlas pacíficamente dentro de la exención del artículo 4, a) RECAV 2022, si consideramos que esa indicación es seguida por todos los distribuidores de forma unánime⁸⁹. En todo caso, se establece una limitación entre las meras sugerencias de carácter orientativo para los franquiciadores y las recomendaciones consideradas como auténticas IPR.

53. Dado que las IPR se pueden alcanzar a través de medios indirectos, las Directrices 2022 contemplan la posibilidad de que se intente establecer “medidas” para mantener un precio mínimo u obstáculos para desviarse de un precio mínimo, por lo que hace una descripción de algunas situaciones en que ello se produce. De entre estos ejemplos se debe destacar la novedad relativa a imponer precios mínimos anunciados (PMA), que prohíben al distribuidor anunciar precios por debajo de un nivel fijado por el proveedor⁹⁰. Es decir, que el veto que se impone a los distribuidores por parte del proveedor se sitúa en la mera antesala de las posibles ventas, es meramente realizar el anuncio en sí mismo y no vender a precios inferiores, circunstancia que no estaría prohibida. Ello se debe a la consideración de que la imposición de PMA, supondría directamente un desincentivo para los distribuidores a vender a precios inferiores de los marcados por el proveedor. Sin embargo, esta posición implica considerar de partida que toda PMA resulta una IPR y, en consecuencia, una restricción especialmente grave del art. 4, a) RECAV 2022. Sobre

⁸⁵ L.A. VELASCO SAN PEDRO, *La imposición de ...*, cit., p. 1484. I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 41.

⁸⁶ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de ...”, cit., p. 1484. Las Directrices 2022, apartado 188, entienden que, si el proveedor combina este precio máximo o recomendación de precio de reventa con incentivos para aplicar un determinado nivel de precios o desincentivos para bajar el precio de venta, esto puede equivaler a una IPR.

⁸⁷ Se afirma que los medios indirectos de IPR resultan más eficaces si van acompañados bien de medidas de implantación del control de precios con el fin de identificar a los distribuidores que no aplican la limitación de precios mínimos, bien de medidas que obliguen a los minoristas a informar sobre los miembros de la red que se desvían de los precios fijados. A. Valdés Burgui, “La imposición de precios de reventa (IPR). Su tratamiento en las principales jurisdicciones de los Estados miembro de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho de la competencia* 2023, p. 204, este autor enfatiza el hecho de que los controles de seguimiento de los precios no constituyen por sí mismos IPR. A este respecto, cabe mencionar la resolución de la CNMV 30 noviembre 2022, S/0049/19, ISDIN, que a través de su aplicación informática ISDIN Connect, las farmacias (distribuidores) compartían con ISDIN sus datos de venta, tanto del volumen como del valor, lo que permitía a ISDIN monitorizar a sus distribuidores y controlar si respetaban los precios establecidos. En este sentido, para reconducir esta conducta se adoptan ciertas medidas, presentes en las Directrices 2022 como las murallas chinas o cortafuegos en calidad de mecanismos para prevenir intercambios de información no deseado.

⁸⁸ Directrices 2022, apartados 200 y 201.

⁸⁹ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de ...”, cit., p. 1497.

⁹⁰ Directrices 2022, apartado 187. La lista no exhaustiva de supuestos reitera además los ya aparecidos en las Directrices 2010: fijar el margen de reventa; fijar el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un nivel de precios prescrito; supeditar la concesión de descuentos o el reembolso de los costes de promoción por parte del proveedor al cumplimiento de un determinado nivel de precios; vincular el precio de reventa prescrito a los precios de reventa de los competidores y las amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones, retraso o suspensión de suministros o rescisión de los contratos en relación con el seguimiento de un determinado nivel de precios.

todo, teniendo en cuenta que en los trabajos preliminares de las Directrices 2022 se contemplaba la citada calificación para aquellos casos en que además de establecer el PMA, el proveedor además se exigiera no aplicar descuentos, sancionase al distribuidor que aplicara precios más bajos o cuando se le prohibiera informar a los clientes finales de que el precio final pudiera variar del publicitado⁹¹.

54. Por último, como ya advertimos, desde el propio TFUE se entiende que, aunque la IPR sea una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 101.1, a), no es considerada directamente una infracción, en tanto que mejore la eficiencia conforme al artículo 101.3, quedando en ese supuesto exenta. En este sentido, la consideración por el artículo 4, a) RECAV 2022 de una restricción especialmente grave queda sometida a valoraciones de eficiencia marcada por las Directrices 2022, en tanto que establece una serie de ejemplos de eficiencias que pueden justificar y demostrar que se cumplan todas las condiciones del artículo 101.3 TFUE. De entre los ejemplos, se reitera que en la franquicia por cuanto, sistema de distribución uniforme, en aras a organizar campañas coordinadas de precios bajos a corto plazo, la IPR puede ser necesaria y no constituiría una restricción especialmente grave en tanto que tendría carácter temporal, apreciándose de este modo un balance favorable a la competencia. En este caso, no obstante, el balance no resulta especialmente favorable al consumidor pues los precios de venta al por menor fijos, aunque sea temporalmente le afectan y la uniformidad de la red no puede justificar la coordinación obligatoria de precios⁹².

b) Venta y publicidad on line

55. En la medida que estos acuerdos o restricciones pueden afectar a la red de franquicias, hay que mencionar los cambios operados por el RECAV 2022 en el ámbito de la venta y publicidad *on line*. Cabe poner de manifiesto que el nuevo reglamento actualiza lo regulado por el RECAV 2012 en materia de restricciones a la venta y publicidad por internet. La evidente revolución del negocio de la distribución con la entrada del escenario de internet ha supuesto un cambio paradigmático en las relaciones entre productor y distribuidor, en tanto que implica nuevas formas y modelos de canalizar los productos. Como se afirma, en el campo de la distribución minorista, el canal *on line* se ha convertido en el principal canal de distribución⁹³.

56. En esta tesitura, la citada sentencia STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, 230/16, ECLI:EU:C:2017:941, ya declaró la ilicitud de acuerdos que prohibieran la venta *on line* en general, avalando aquellos acuerdos de prohibición referente exclusivamente a un canal concreto. De esta manera, el artículo 4, e) RECAV 2022 declara ilícitos los acuerdos que supongan impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, sin perjuicio de la posibilidad de imponer al comprador: otras restricciones de la venta en línea, o restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad. A tal efecto las Directrices 2022 ponen de manifiesto que los acuerdos que entran dentro de la prohibición del artículo 4, e) son del tipo de acuerdos verticales que incluyen restricciones de ventas en línea o de la publicidad en línea que implican prohibir de facto al comprador utilizar internet para vender los bienes o servicios contractuales tiene, como mínimo, el objetivo de restringir las ventas pasivas a los usuarios finales que desean comprar en línea y que están situados fuera de la zona comercial física del comprador⁹⁴.

⁹¹ C. VÉRGEZ MUÑOZ y E. CRESPO CIMAS, “Novedades en materia de prácticas verticales de precios introducidas por el Reglamento de Acuerdos Verticales y Directrices de 2022”, *Anuario de Derecho de la competencia* 2023, p. 386. Quienes califican la medida de especialmente dura en ausencia de alguna de las condiciones citadas.

⁹² Directrices 2022, apartado 197 b).

⁹³ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución ...”, cit., p. 45.

⁹⁴ Directrices 2022, apartado 203. En los apartados 206 y 208 se establecen los criterios o ejemplos sobre el tipo de cláusulas en este sentido que pueden gozar o no de la exención del RECAV 2022. A este respecto se ha destacado la claridad de los mismos. En este sentido, F. Díez Estella, “Los contratos de distribución se visten de Prada: derecho de la competencia,

B) Restricciones especiales

57. Por otro lado, las cláusulas comprendidas dentro del artículo 5 son especialmente en prohibiciones de competencia. Estas cláusulas se delimitan o definen por el elemento temporal, la duración de las mismas no puede superar los cinco años. Además, un factor importante es que se considera, como detalla el propio artículo 1.1 f) RECAV 2022, cláusula de no competencia tanto la obligación que prohíba al comprador fabricar, adquirir, como aquella que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente; es decir, aquella cláusula que prohíbe al comprador adquirir (fabricar, vender o revender) bienes o servicios de la competencia o que tales compras que superen el 20 % del total de sus compras durante el año natural precedente, sobre sus necesidades totales anuales⁹⁵.

58. El pacto de aprovisionamiento se encuentra especialmente presente en el contrato de franquicia⁹⁶, por cuanto es objeto de pacto específico en estos contratos al reservarlo a favor del franquiciador o de los proveedores designados por éste. Teniendo en cuenta que el mantenimiento de la identidad y reputación de la red se concibe la aplicación de la exención a estas cláusulas siempre que no exceda de una duración de cinco años. Se debe considerar que en la red de franquicia se organiza en torno a una central de compras⁹⁷, donde los franquiciados hipotéticamente obtendrán mejores precios de los productos que necesitan para el negocio frente a una negociación de compra de un franquiciado individual⁹⁸. Nos cuestionamos en este sentido, si el efecto de la nulidad que acompaña a las cláusulas aprovisionamiento que superan los cinco años o son renovables tácitamente determinada, el artículo 5.1, a) RECAV 2022 pudiera interpretarse en el sentido de que afectara al exceso del 80% del artículo 1.1, f) RECAV 2022.

59. Otro factor a tener en cuenta respecto de la duración de estas cláusulas, es que el artículo 5.2 no penaliza situaciones en que el contexto en que se produce tal prohibición se refiera a locales jurídicamente relacionados con el proveedor (ya sean de su propiedad o bien arrendados por éste a terceros sin vinculación con el comprador), con la condición de que la vigencia temporal de tal restricción se circunscriba al período de ocupación de los locales por parte del comprador. La justificación de esta medida resulta obvia en tanto que carece de sentido que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso⁹⁹ e incluya otras condiciones restrictivas de menor impacto para él. En todo caso, en la estrategia de la red de franquicias, el franqui-

restricciones verticales y luxury brands” en I. ANTÓN JUÁREZ (dir.) *Cuestiones actuales del Derecho de la Moda*, 2023, p. 201. Por otro lado, la resolución CNMC 12 julio 2023, S/0013/21 Amazon/Apple Brandgating, señala que se trata de una restricción por objeto resultante de una discriminación, en tanto que. acuerdos análogos a las cláusulas de *Brand Gating*, en tanto que impedirían el acceso al canal de venta de Amazon a determinados vendedores autorizados de Apple, de tal manera que, como efecto de esas cláusulas de exclusión se habría producido la expulsión de más del 90-100% de los vendedores que estaban autorizados para vender en la página Web de Amazon en España antes de la conclusión de los acuerdos.

⁹⁵ Directrices 2022, apartado 247, donde indica que con este tipo de restricción se impide que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o que tales compras se limiten a menos del 20 % del total de sus compras.

⁹⁶ Se deben excluir de estas consideraciones los casos de franquicias monomarcas, donde el proveedor de los productos es el franquiciador, en tanto único fabricante de los mismos. Por otro lado, debemos considerar que los productos afectados por estas cláusulas restrictivas se deben referir a aquéllos que sean esenciales para la identidad de la franquicia. B. MORAL DEL VALLE, “El contrato de franquicia . . .”, cit., p. 349.

⁹⁷ En este sentido, la resolución de la CNMC, 6 noviembre 2024, S/0024/20, *The Good Burger*, que son los criterios de calidad o adecuación para mantener la uniformidad de la franquicia los que justifican la inclusión en el contrato de cláusulas que obliguen al franquiciado adquirir productos del franquiciador. A tal efecto, la validez de dichas cláusulas de obligación de abastecimiento para los franquiciados no puede ser de carácter absoluto y deben afectar a aquellos productos esenciales y determinantes del servicio.

⁹⁸ Tal y como se afirma en la SAP de Barcelona 28 septiembre 2018 (*RJ JUR\2018\273906*), parece como lógico que, en una red de franquicias encaminada a la venta de determinados productos con unas determinadas características, el franquiciado adquiera el producto a la Central.

⁹⁹ Directrices 2022, apartado 249.

ciador puede establecer condiciones sobre ubicación y condiciones de los locales de los franquiciadores, pero no resulta muy compatible con la idea de negocio invertir en los locales, a este respecto es precisamente lo que ocurre con la franquicia de las grandes marcas hoteleras.

60. Igualmente, en relación con la duración, las Directrices 2022¹⁰⁰, respecto de la posibilidad de introducir en las cláusulas condiciones de renovación de las mismas y, a diferencia del sistema anterior, entienden válida su renovación tácita siempre que el comprador tenga la opción de renegociar o rescindir de forma efectiva el acuerdo vertical que incluye la citada obligación, para lo que debe contar con condiciones idóneas; esto es, con un preaviso en un plazo razonable y a un coste razonable. Es decir, el comprador debe contar con las condiciones suficientes para que su poder de decisión sea efectivo, de manera que esta no sea meramente un presupuesto formal, de esta manera la renovación tácita se hace posible por las garantías al poder de decisión del comprador. En consecuencia, pese a que se mantiene la limitación de los cinco años, que de alguna manera es un freno que impide a los franquiciadores estipular acuerdos de distribución con una duración superior a cinco años; ahora se puede incluir una cláusula tácitamente renovable en los acuerdos de distribución, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por las Directrices 2022¹⁰¹.

61. Por último, el artículo 5.3, referido a la competencia post contractual, de especial incidencia en los contratos de franquicia, avala la aplicación de la exención en caso de que presenten conjuntamente las siguientes condiciones: que afecten exclusivamente a los bienes o servicio objeto del contrato, se limiten al local y terrenos donde operó el franquiciado en el periodo contractual¹⁰², sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el franquiciador al franquiciado y tengan una duración máxima de un año desde el fin del contrato. Esas limitaciones, en todo caso no afectarán a las cláusulas restrictivas sobre el uso y divulgación de conocimientos técnicos no públicos, para los que la prohibición puede tener un carácter indefinido.

3. Efectos y limitaciones de Derecho Internacional Privado

62. Como se ha afirmado, la interacción entre el Derecho de la competencia y el Derecho internacional privado se produce en aquellas situaciones en que está presente un elemento internacional. En este contexto, recordemos que las normas de Derecho internacional privado tienen como objetivo nuclear resolver dos cuestiones fundamentales que son la determinación de la ley aplicable y la competencia judicial internacional en caso de conflicto entre las partes. A este respecto, se ha tener presente la doctrina de los efectos, en tanto que cimenta el contexto en el que se debe determinar el derecho aplicable¹⁰³.

63. En relación con los contratos de franquicia y en relación con la primera de las cuestiones, determinación de la ley aplicable al contrato, el Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales (Roma I), establece una regla específica. El artículo 4.e) precisamente determina que el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquici-

¹⁰⁰ Directrices 2022, apartado 248.

¹⁰¹ S. BORTOLOTTI, “The new Block Exemption Regulation on Vertical Restraints (Reg. 720/2022)” *Internationales Handelsrecht, IHR*, n° 1, 2023, p. 5.

¹⁰² Nótese que, respecto de la condición territorial limitada al local y terrenos, debe interpretarse de forma restrictiva ciñéndose el precepto al punto de venta desde el que ha operado el franquiciado, no haciéndose, por tanto, extensible un territorio concreto. Dicha interpretación restrictiva ya se aplicó a dicha condición, cuando formaba parte del Reglamento 2790/1999, por el ATJUE 7 febrero 2013, *La Retoucherie de Manuela*, 117/12, ECLI:EU:C:2013:72, que concretamente concluía que “«local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el periodo contractual» se refiere únicamente a los lugares desde los cuales se ponen a la venta los bienes o servicios contractuales y no a todo el territorio en el que tales bienes o servicios pueden venderse en virtud de un contrato de franquicia”.

¹⁰³ A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Parte General, La Competencia, Madrid, Colex, 2009, p. 310 y C. SANTAOLALLA MONTÓYA, “La interpretación necesaria del Derecho de la competencia desde un enfoque *ius internacional privatista*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, n° 1, p. 528.

ado tenga su residencia habitual, lo que se cohonesto con la percepción de que el franquiciado es la parte más vulnerable de la relación contractual¹⁰⁴. En el caso de responsabilidad extracontractual, se aplicaría el Reglamento (CE) n° 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Por otro lado, en referencia a la competencia judicial, es el Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I bis (RBI bis). Esta normativa resulta esencial pues para determinar ambas cuestiones: la competencia judicial internacional y la ley aplicable, especialmente en un contexto de infracciones del Derecho de la competencia con elementos internacionales¹⁰⁵.

64. Respecto de la interacción con el Derecho de la competencia, la aplicación de las normas descritas dependerá de que se califique como materia contractual o extracontractual. En este sentido, se puede entender que en relación con el foro que las relaciones entre franquiciador y franquiciado, donde se reclame responsabilidad por un acuerdo nulo conforme al artículo 101 TFUE se enmarcan dentro de las acciones en materia contractual, frente a la reclamación por daños por las interacciones de una de las partes anteriores con terceros¹⁰⁶¹⁰⁷. En lo referente a la determinación de la normativa aplicable, en similar valoración que, respecto de la determinación del foro, se plantean los mismos dos escenarios que determinan la aplicación de la norma respectiva.

65. En relación con ello, Roma II en su artículo 6 contempla normas específicas para la determinación de la ley aplicable en materia de defensa de la competencia. En concreto, el artículo 6.3 a) establece como regla general que la norma aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de restricciones de la competencia será la del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado¹⁰⁸. Por otro lado, en el artículo 6.3 Reglamento Roma II se da la opción a los tribunales civiles de aplicar el Derecho del mercado afectado de otro Estado miembro o del suyo propio. En este punto, se afirma que la aplicación privada del Derecho antitrust resulta esencial para alcanzar la eficacia necesaria del mismo y a ello contribuye el reconocimiento y aplicación de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) por otros Estados miembros. De esta forma se defiende que el Derecho antitrust no debe quedar limitado al ámbito territorial de la ANC que dicte la resolución ni a la esfera del Derecho administrativo, sino que debe tener alcance sobre el territorio en el que ha producido los efectos y afectar al ámbito civil¹⁰⁹.

65. Otro elemento a tener en cuenta son las denominadas leyes de policía recogidas en el artículo 9 Roma I, conforme al cual estas normas son consideradas por el emisor como disposiciones de observancia esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos y se ordena su aplicación a toda situación

¹⁰⁴ M.C. MAYORGA TOLEDANO, “Contratos de franquicia en el ...”, cit., p.106, respecto de la posible falta de idoneidad de esta medida para el contrato de master franquicia y de la posible aplicación del artículo 4.2 del texto normativo. Igualmente, L. García Gutiérrez, “Franchise contracts and the Rome I Regulation on the law applicable to international contracts”, *Yearbook of Private International Law*, 2008, Volume 10, p. 244.

¹⁰⁵ G. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 1, n 1, p. 33. Esta autora destaca cómo Roma I apuesta por la especialización del método de localización consagrándola como norma de conflicto específica para los contratos de franquicia y de distribución.

¹⁰⁶ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 146.

¹⁰⁷ En este contexto, las relaciones jurídicas derivadas de daños a terceros se considerarán materia extracontractual, determinando la aplicación del artículo 7.2 RBI bis, que en definitiva acaba aplicándose en caso de daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal. En este sentido, C. SANTAOLALLA MONTOYA, “La interpretación necesaria...”, cit., p. 530.

¹⁰⁸ M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., pp. 269 y ss., donde se distingue si el mercado afectado es el de un único país o de varios países.

¹⁰⁹ A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, Vol. 7, N° 2, p. 157, que señalan que la limitación de la vinculación a las decisiones de la ANC del Estado miembro en el que se plantee la acción civil implicaría restringir los efectos de una decisión sancionadora al territorio de un Estado miembro; aunque su alcance material sobrepase dichos límite, lo que restaría eficacia al Derecho antitrust.

comprendida dentro de su ámbito de aplicación, con independencia de la ley aplicable conforme Roma I. En este contexto, debemos tener presente que los artículos 101 y 102 TFUE se enmarcan dentro de la categoría de leyes policía, por cuanto queda establecida la prioridad de su aplicación frente todo como las normas de otro país o a la propia voluntad de las partes¹¹⁰. No obstante, dado que son normas fundamentales que afectan al mercado interior, la cuestión nuclear es decidir el criterio de aplicación de la norma en el sentido de determinar si se ha producido o no la afectación. De esta manera, es preciso valorar si tal afectación se produce cuando, con independencia de dónde se suscriba el contrato, los efectos se produzcan o puedan producirse en territorio europeo (teoría de los efectos¹¹¹) o cuando se pongan en práctica en el citado ámbito (*implementation*)¹¹². Si el objetivo es la defensa del mercado interior de prácticas anticompetitivas, debería poder aplicarse la norma europea en cualquier situación en que quede afectado dicho mercado.

66. En todo caso, la aplicación imperativa de la norma europea implica como efecto sobre el contrato de franquicia que, si el acuerdo ha sido declarado nulo, en todo o en parte, conforme al artículo 101 TFUE y no se ha beneficiado de la exención, idéntica consecuencia afecta al contrato de franquicia.

IV. Reflexiones finales

67. En el contexto de la distribución comercial, a través de los contratos de franquicia se construye una red o sistema uniforme de carácter estable que resulta reconocible y perfectamente delimitable. En este sentido, se trata de una red por naturaleza esencialmente vertical que se pone de manifiesto en los distintos niveles que se encuentran dentro de la cadena de producción y distribución. El mantenimiento y subsistencia de la red de franquicias se basa en la preservación del objeto del contrato, la transmisión de un modelo de empresa que está construido sobre una serie de conocimientos protegidos, sustanciales e indispensables para la ejecución de los contratos y garantizan la uniformidad de la red. Todo ello, bajo el poder de dirección del franquiciador, que resulta indispensable para el buen funcionamiento de la red y la consecución del interés común de todos sus miembros, que no es otro que el posicionamiento competitivo en el mercado frente al resto de la oferta.

68. En consecuencia, los aspectos potencialmente anticompetitivos que recogen los acuerdos de franquicia sobre los que se construye dicha red, se derivan de las medidas de protección de los elementos esenciales del contrato, de la implantación real de la red en el mercado y de cláusulas concretas para alcanzar el nivel máximo u óptimo de uniformidad de la red, ello empujado por la necesidad de protección de la reputación de la red y de incrementar su competitividad. Por tanto, las especificaciones referentes a la cuota de mercado, las cláusulas DPI, la IPR, la venta y publicidad en línea y las restricciones especiales, en concreto, las referentes fundamentalmente al territorio o al aprovisionamiento, son aspectos que afectan a la licitud concurrencial de los acuerdos de franquicia.

69. Partiendo de lo anterior, el RECAV 2022 no es sino la evolución lógica de los anteriores reglamentos, a los cuales sigue en sus líneas esenciales, introduciendo matizaciones y alguna novedad derivada del auge del comercio electrónico y las plataformas. En consecuencia, la orientación de la norma mantiene ese enfoque en el que la visión económica adquiere un valor especial. De esta forma, la cuota de mercado y el mercado de referencia, tal y como lo define la CMR, se convierten en elementos determinantes para la aplicación de la exención que, aplicado a la franquicia, el franquiciador debe incluir en su cálculo el valor de los servicios prestados por los franquiciados en ese mercado.

¹¹⁰ La STJUE 20 septiembre 2001, *Courage y Crehan*, 453/1999, ECLI:EU:C:2001:465, conforme al propio Tratado considera que dichas normas son disposiciones fundamentales indispensables para el funcionamiento del mercado interior.

¹¹¹ La doctrina de los efectos trata de dilucidar el alcance geográfico de las normas de conducta establecidas en la Ley de competencia del Foro y su posible aplicación extraterritorial, de manera que se puedan juzgar conductas que hayan tenido lugar en otros Estados cuando tengan efecto sobre la propia jurisdicción.

¹¹² M.A. CEBRIÁN SALVAT, *El contrato de franquicia...*, cit., p. 287.

70. En relación con los DPI, dentro del marco dogmático de las prestaciones accesorias, especialmente aplicables a la red de franquicias se mantiene el régimen anterior relativo a la aplicación de la exención por cuanto son necesarios, ya que son sustanciales e indispensables para la ejecución del acuerdo y ayudan al franquiciado en el uso y la reventa de los productos y servicios adquiridos o resultantes y porque garantizan la uniformidad y la normalización de la calidad de la red.

71. Respecto de los intercambios de información en el seno de la distribución dual, tanto el RECAV 2022 como las Directrices horizontales vigentes recogen de forma sistemática y coordinada ese intercambio en los acuerdos verticales, dando mayor armonía y coherencia al conjunto de la regulación sobre las exenciones en el ámbito comunitario. En ese sentido, en tanto que el franquiciador compite con los franquiciados en el mismo mercado, el acuerdo se beneficiará de la exención si dicha información está directamente relacionada con la aplicación del acuerdo vertical para dichas partes y es necesaria para mejorar la producción y distribución de los bienes o servicios objeto del contrato.

72. La IPR en el RECAV 2022 no se perciben cambios significativos en su tratamiento, es cierto que sentencias posteriores como el caso Super Bock permiten realizar ciertas apreciaciones que afectan a la interpretación de esta regulación. En concreto, se hace una interpretación más restrictiva del concepto de infracción por el objeto y huye de considerar que hay una equivalencia entre las restricciones especialmente graves y las restricciones por el objeto y, por tanto, se aleja de la calificación automática de una restricción especialmente grave como una restricción por el objeto. Además, respecto del concepto de acuerdos a los que hace referencia el artículo 101 TFUE, la citada sentencia marca debe interpretarse que se puede acreditar tanto con pruebas directas, como recurriendo a la existencia de coincidencias e indicios objetivos y concordantes, de los que pueda inferirse la existencia de tal acuerdo. Ello cuestiona la valoración y tratamiento que hace el RECAV 2022 sobre las recomendaciones. Por otro lado, la regulación final de los PMA recibe en el texto un tratamiento especialmente severo por cuanto califica, sin distinción de circunstancias o condiciones, a todos los PMA como restricciones especialmente graves.

73. Otra novedad del RECAV 2022, igualmente aplicable a la red de franquicias, es la relativa a las ventas y publicidad en línea, por cuanto, siguiendo a sentencias como el Caso Coty Germany, declara ilícitos los acuerdos que supongan impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, sin perjuicio de la posibilidad de imponer al comprador: otras restricciones de la venta en línea, o restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad.

75. Respecto del pacto de aprovisionamiento, especialmente presente en las redes de franquicia, sobre todo cuando estas redes suelen organizarse a centrales de compras en las que, hipotéticamente, los franquiciados podrán obtener mejores precios. No obstante, la insistencia en la duración de la restricción con el límite de cinco años es un claro condicionamiento a la configuración de los acuerdos de franquicia, es un freno que impide a los franquiciadores estipular acuerdos de distribución con una duración superior a cinco años, aunque suavizado por la circunstancia de que ahora se puede incluir una cláusula tácitamente renovable en los acuerdos de distribución, en tanto se cumplan las condiciones exigidas por las Directrices 2022.

76. Por último, la necesaria interacción del Derecho Internacional Privado con el Derecho de la competencia puede establecer ciertas condiciones a tener en cuenta en relación con el foro y la normativa aplicable y, de especial intensidad se manifiesta dicha interacción, teniendo en cuenta que las normas de competencia son consideradas como leyes de policía. Es este caso cabría entender que, dado que el objetivo es la defensa del mercado interior de prácticas anticompetitivas, debería poder aplicarse la norma europea en cualquier situación en que quede afectado dicho mercado.

Naturaleza contractual de las cartas de patrocinio. Semiótica, pragmática y Derecho internacional privado

Contractual nature of comfort letters. Semiotics, pragmatics and Private International Law

GABRIEL MENGUAL PUJANTE

Ltrado de la Administración de Justicia

Recibido:13.06.2025 / Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9889

Resumen: El presente trabajo analiza la naturaleza contractual de las cartas de patrocinio en el del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Una calificación jurídica que deriva de la existencia de un compromiso u obligación en cada una de sus modalidades. Para profundizar sobre este aspecto, se ofrece un enfoque semiótico y pragmático de este negocio jurídico, analizando estas declaraciones como actos del lenguaje o actos de la comunicación. Una metodología de la que se pueden extraer notables consecuencias prácticas.

Palabras clave: Cartas de patrocinio, semiótica, pragmática, naturaleza contractual, compromiso, Derecho Internacional Privado.

Abstract: This paper analyses the contractual nature of comfort letters under Private International Law of the European Union, a legal qualification that derives from the existence of a commitment or obligation in each of its modalities. In order to go deeper, this paper offers a semiotic and pragmatic approach on the legal business mentioned above. To this aim, the paper analyses comfort letters as language acts or acts of communication, a methodology from which notable practical consequences can be extracted.

Keywords: Comfort letters, semiotics, pragmatics, contractual nature, commitment, Private International Law.

Sumario: I. Introducción: calificación material vs. calificación conflictual. II. El fenómeno de las Cartas de Patrocinio en el comercio internacional. 1. Versatilidad y multiplicidad de las declaraciones de patrocinio. 2. Finalidad económica de las Cartas de Patrocinio. III. Las Cartas de Patrocinio en el Derecho Internacional Privado de la UE. 1. Naturaleza contractual de las Cartas de Patrocinio. 2. Las Cartas de Patrocinio como contrato de prestación de servicios. IV. Análisis de las declaraciones de patrocinio como actos lingüísticos: semiótica y pragmática jurídica. 1. La “teoría de los actos del habla” y las *Comfort Letters*. 2. Los compromisos existentes las declaraciones de patrocinio. A. Las *declaraciones de voluntad* como expresión de un *compromiso tético*. B. Las *declaraciones de conocimiento* como expresión de un *compromiso atético*. V. Consecuencias prácticas.

I. Introducción: calificación material vs. calificación conflictual

1. Las cartas de patrocinio constituyen un tipo de garantía personal de lo más controvertido. Sobre ellas se ha discutido casi todo, desde su propia denominación hasta su naturaleza jurídica. Una figura de contornos tan ambiguos y difusos que ha dificultado el establecimiento y el examen de su propio régimen jurídico. Problemas que, si bien se plantean de forma diferente según el punto de vista desde el

que se analice, parecen tener como denominador común el ámbito donde se suscitan, pues la mayoría de los casos son problemas relativos a calificación jurídica.

2. Calificar jurídicamente un fenómeno es concretar la norma que lo regula. Una de las fases en que consiste el complejo proceso de enjuiciamiento jurídico de los hechos. La subsunción de dicho fenómeno en una norma o concepto existente en el ordenamiento jurídico de referencia¹. Un procedimiento que implica, a su vez, una labor interpretadora, de modo que al calificar las declaraciones de patrocinio no se está haciendo otra cosa que interpretando dicho fenómeno desde la perspectiva de las normas jurídicas². No obstante, al existir diversas clases de normas, esta tarea difiere según se realice en el plano sustantivo o en el plano conflictual. Aunque en ambos casos dicha operación comparte la finalidad de buscar el encaje del hecho en el supuesto normativo, se proyecta sobre dimensiones diferentes. Mientras que las normas de Derecho material -o de fondo- determinan el estatuto de las partes en la relación jurídica, las normas del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) actúan en un estadio previo, al dirimir los conflictos de leyes y de jurisdicción³.

3. Esa dualidad material-conflictual implica la posible y aparente paradoja de que un mismo negocio jurídico pueda calificarse como contractual en el DIPr., mientras que, para el Derecho material pueda carecer de tal carácter o, incluso, de toda relevancia jurídica. De hecho, las cartas de patrocinio son un claro ejemplo de ello. En multitud de ocasiones, las distintas declaraciones podrán limitarse a la mera aportación de información o, incluso, contener tan solo obligaciones morales, pero ello no será obstáculo para que en el DIPr. pueda reivindicarse su naturaleza contractual⁴.

4. Ahora bien, para comprender ese último inciso se ha de adelantar que los distintos instrumentos europeos en materia de DIPr. gozan de una autonomía conceptual característica, que ha traído consigo el empleo de términos no siempre coincidentes con el Derecho interno de los Estados Miembros. En efecto, el DIPr. europeo constituye un ordenamiento jurídico propio y, en cuanto tal, está dotado de sus propias normas e instituciones legales. Por ello, la interpretación y calificación en el Reglamento Bruselas I-bis⁵ y los Reglamentos Roma I⁶ y Roma II⁷ ha exigido el manejo de un método particular y diferente del usado en el DIPr. de producción interna⁸.

5. Desde dicha autonomía existe cierta paz doctrinal en torno a la calificación contractual de las cartas de patrocinio⁹. No obstante, dada la disparidad existente entre la calificación material y la calificación conflictual, en el presente trabajo se pretende ahondar en ese carácter contractual de las cartas de

¹ M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 80; C. ALCHOURRÓN / E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 304 ss.

² J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, "Interpretación y calificación jurídica de hechos", *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2019, p. 26.

³ J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 1971, pp. 134-135.

⁴ Un claro ejemplo son las cartas de patrocinio con cláusulas conocidas como "*pactos entre caballeros*", "*engagement d'honneur*", "*binding in honour only*" o "*gentlemen's agreements*", que, pese a ello, entran dentro del amplio concepto de "material contractual" propio del DIPr europeo. Vid. M. P. DIAGO DIAGO, "Gentlemen's agreements y contratos de financiación internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 4 (1), 2012, pp. 122-150.

⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En adelante, RBI-bis.

⁶ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En adelante, RRI.

⁷ Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). En adelante, RRII.

⁸ Sobre la calificación contractual y extracontractual, vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, "Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 6 (2), 2014, pp. 315-320.

⁹ Entre otros, M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, op. cit., pp. 93-97; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Vol. III, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 3273 y ss.

comfort a la que se refiere la doctrina, aportando una perspectiva singular desde la semiótica y la pragmática. Un análisis que pretende profundizar en la idea latente del compromiso existente en toda declaración de patrocinio y que, lejos de quedar en una órbita meramente teórica, puede tener un gran alcance práctico.

II. El fenómeno de las Cartas de Patrocinio en el comercio internacional

6. En el ámbito de las negociaciones empresariales y, en particular, en el marco del comercio internacional, se han ido desarrollando distintos instrumentos jurídicos y financieros para flexibilizar los parámetros de la negociación al margen de las tradicionales figuras contractuales. Una de estas figuras son las ya citadas cartas de patrocinio, comúnmente conocidas por su denominación anglosajona como *comfort letters*¹⁰. Estas constituyen un conjunto de documentos redactados en forma epistolar, emitidas por una sociedad -generalmente una empresa matriz- y dirigidas a una o varias entidades bancarias con el fin de inducir a estas a acordar, mantener o extender un préstamo u otras exigencias de financiación a favor de un tercero con el que mantiene un estrecho vínculo económico¹¹.

7. Se trata de un negocio jurídico ampliamente conocido, pero pese a su difusión, su comprensión aún resulta complicada. El carácter polimorfo y sibilino de las declaraciones que en ellas se contienen son las principales dificultades que presentan a la hora de clasificar todo ese gran cúmulo en una sola categoría. Unos obstáculos que se suscitan en plano dogmático, pero que tienen su correlato reflejo en el ámbito normativo, dando lugar a una inexistente regulación uniforme¹². Una situación que aún persiste pese al paulatino desarrollo jurisprudencial de las mismas y que ha llevado a afirmar a algunos autores -con razón- que tales cartas “son todo o nada según se mire”¹³.

8. En definitiva, la principal problemática ha sido determinar el alcance jurídico de las cartas de patrocinio, pues esa atipicidad, unida a la versatilidad que las caracteriza, suscita dudas en torno a los supuestos en que tales epístolas vinculan al emisor y, por consiguiente, puede exigirse algún tipo de responsabilidad. Sin embargo, la óptica propia del DIPr. ha planteado la cuestión de forma diferente y, por ello, el principal debate ha pivotado en torno a la determinación de carácter contractual o delictual de las declaraciones, pues esto será lo que determine la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Unas razones que exigen analizar sus dos características principales: el contenido de las múltiples declaraciones de patrocinio y su concreta finalidad económica.

1. Versatilidad y multiplicidad de las declaraciones de patrocinio

9. El análisis de las cartas de patrocinio exige examinar el contexto económico en el que surgen y en el que se desenvuelven, pues ello permitirá esclarecer numerosos aspectos que, de otra manera, se mantendrían ocultos. Así, aunque no se dan exclusivamente en este sector, generalmente, cuando se habla de cartas de patrocinio como garantía personal se hace referencia aquellas que se emiten en el ámbito de la financiación¹⁴. Cuando una entidad de crédito -u otro sujeto financiador- recibe una solicitud

¹⁰ R. DIÉGUEZ OLIVA, “Vinculatoriedad de las *cartas de patrocinio* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en E. OLMEDO PERALTA / A. F. GALACHO ABOLAFIO / M. B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de Sociedades de Capital*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 509 y s.

¹¹ En términos similares, J. L. DE CASTRO MARTÍN, *Las Cartas de Patrocinio*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 13 y F. SEVERINI, “Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, p. 884.

¹² En el Derecho español se trata de una figura atípica a diferencia de otros ordenamientos jurídicos vecinos como es el caso francés. Este país ha sido de los pocos que ha regulado esta figura en el *Code Civil*, a propósito de la reforma operada por la *Ordonance* de 23 de marzo de 2006 (vid. art. 2322).

¹³ J. C. ESPIGARES HUETE, “La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera”, *Revista de derecho mercantil*, Núm. 275, 2010, p. 128, cit. también en M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, op. cit., p. 61.

¹⁴ Ciertamente, aunque es en el ámbito de la financiación el sector de difusión más conocido, este no es el único. También se

de préstamo o cualquier otra facilidad crediticia, requiere la aportación de algún tipo de garantía que dé cobertura a los riesgos de dicha operación. Lo normal será exigir la constitución de fianzas o avales, aunque no siempre se encontrarán en disposición para mantener tales exigencias. Ya sea por razones de competencia, ya sea por motivos del mercado, en ciertas ocasiones las entidades bancarias se ven obligadas a admitir garantías más ligeras¹⁵. De este modo, las *comfort letters* surgen como medio para obtener ciertos compromisos de la patrocinadora -agentes potentes en el mercado- en relación con el sujeto patrocinado o con la operación que se pretenden financiar.

10. Como se puede advertir, la amplitud de su contenido resulta casi inabarcable. Un hecho que explica ese estado permanente de indefinición y que ha obligado al operador jurídico a elaborar una suerte de sistematización en tipos de declaraciones, más o menos generales, a la luz de la práctica mercantil. Así, doctrina y jurisprudencia comparada han barajado diversos criterios para esa clasificación que, principalmente, se centran en la materia sobre la que versan sus declaraciones y en la eficacia jurídica de las mismas.

11. En relación con el primer criterio, es conocida la clasificación ofrecida por BELLIS, quien propone distinguir entre cartas que hacen referencia al crédito, aquellas otras relativas a la participación del emisor en el capital de la filial, las que versan sobre calidad de la gestión de la patrocinada y, un último grupo, que se refiere a la situación financiera de la filial¹⁶. En relación con el segundo criterio, se distingue entre cartas “fuertes” y cartas “débiles”, según se dé en ellas un compromiso jurídicamente vinculante, es decir, una obligación en sentido técnico-jurídico¹⁷.

12. No obstante lo anterior, desde la perspectiva del DIPr. europeo resulta oportuno abordar esta casuística de una forma alternativa. De este modo, más allá del alcance vinculante de la declaración o de la materia sobre la que verse, lo verdaderamente trascendente será determinar el tipo de compromiso que se asume. Por ello, las distintas cartas de patrocinio pueden agruparse en dos grandes categorías fácilmente identificables: aquellas que contienen declaraciones de conocimiento y aquellas que contienen declaraciones de voluntad¹⁸.

13. (i) Cartas que incluyen declaraciones de conocimiento. En esta categoría se incluyen todas aquellas misivas en las que el patrocinador formula una serie de proposiciones de carácter enunciativo o informativo, manifestando la conformidad o el conocimiento con respecto ciertos hechos o circunstancias. Se trata de un conglomerado de declaraciones que contienen compromisos despojados de toda con-

emiten *comfort letters* a propósito de una Oferta Pública de Venta (OPVs); para asegurar acuerdos como los denominados “*validity agreement*” relativos a la financiación de activos; las denominadas “*black box letter*”, en torno a la transferencia de propiedad intelectual o en materia de leasing inmobiliario. En igual sentido, L. A. DIMATTEO / R. SACASAS, “Credit and ValueComfort Instruments: Crossing the Line from Assurance to Legally Significant Reliance and toward a Theory of Enforceability”, *Baylor Law Review*, Vol. 47, Núm. 2, 1995, pp. 361-364.

¹⁵ Sobre el contexto económico en el que se gestan las cartas de patrocinio vid. C. VAN WYMEERSCH, “Contexte économique et financier des lettres de patronage”, en M. BELLIS / M. COIPEL / J. LE BRUN / Y. POULLET / C. VAN WYMEERSCH (coords.), *Les lettres de patronage*, Feduci, 1984, pp. 1-11; D. E. ALLAN, “Credit and Security: Economic Orders and Legal Regimes”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, Núm. 1, 1984, pp. 22-38.

¹⁶ Vid. M. BELLIS, “Définition et typologie”, en AAVV, *Les Lettres de patronage*, *op.cit.*, pp.16-20. Otros autores abordan una clasificación atendiendo a la materia de forma diferente, v. gr., M. OBERMÜLLER, “Die Patronatserklärung”, *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, Vol. 4, 1975, p. 2; M. SEGNI, “La “lettre de patronage” come garanzia personale impropria”, *Rivista di Diritto Civile*, 1975, p. 126.

¹⁷ Esta es la clasificación más extendida y es la seguida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias. Vid. STS 16 diciembre 1985 [RJ 1643/1985], STS 30 junio 2005 [RJ 4375/2005], STS 13 febrero 2007 [RJ 1026/2007], STS 18 marzo 2009 [RJ 1257/2009], STS 14 octubre 2014 [RJ 4433/2014], STS 26 diciembre 2014 [RJ 5755/2014], STS 28 Julio 2015 [RJ 4276/2015], STS 27 junio 2016 [RJ 3055/2016].

¹⁸ Entre otros, S. LÓPEZ URIEL, “Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 72, 1986-1987, p. 326; F. J. VALENZUELA GARACH, “La seriedad de las llamadas cartas de patrocinio”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 185, 1987, p. 358; M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

notación promisorio y que se asemejan más a una simple relación de datos o una dación de cuenta. A esta categoría pertenecerían -sin ánimo de exhaustividad- aquellas declaraciones en las que el patrocinador manifiesta el conocimiento o la aprobación de la operación de crédito o de otras facilidades a las que esté dispuesta la entidad bancaria; declaraciones por las que la matriz expone su poder de control o su capacidad para influir sobre la filial, por la ostentación de alguna cualidad fáctica o jurídica; o declaraciones genéricas que expresan las cualidades de la empresa patrocinada, acompañada, en ocasiones, de juicios de valor sobre ella, sus circunstancias, su política empresarial o sobre la gestión del directorio de la filial.

14. (ii) Cartas que incluyen declaraciones de voluntad. En este segundo tipo de declaraciones la sociedad patrocinadora manifestaría su voluntad de ejecutar o no ejecutar ciertas conductas, de realizar -por ella o por un tercero- una determinada acción o de causar un concreto estado de cosas. En general, se trata de una serie de compromisos positivos o negativos que se subordinan a la satisfacción del interés del acreedor-receptor de la carta. Un conjunto de declaraciones con gran riqueza casuística, entre las que se pueden destacar aquellas por las que se compromete a ejercer una suerte de control, supervisión o influencia sobre el deudor para garantizar la correcta ejecución de las obligaciones del prestatario; declaraciones en las que la matriz se obliga a poner a disposición del deudor los medios necesarios para el cumplimiento de su obligación, a realizar actuaciones tendentes a que no disminuya su capacidad económica o su situación financiera o, en su caso, a establecer garantías alternativas en el eventual supuesto en que varíe su participación en la filial; declaraciones que incluyen una obligación fideiusoria o de garantía a primer requerimiento, en las que el patrocinador asume el compromiso de pagar directa o subsidiariamente en caso de no hacerlo la filial; o declaraciones que contienen promesas difusas en las que se garantiza la satisfacción del acreedor mediante una solución alternativa determinada o indeterminada en el momento de la emisión.

15. Finalmente, debe advertirse que en numerosas supuestas las cartas de patrocinio no contienen un único tipo de declaración. Así, será corriente encontrar epístolas en las que, además de aportar determinada información, también puedan contener diversas declaraciones de voluntad de mayor o menor intensidad.

2. La finalidad económica de las Cartas de Patrocinio

16. Hablar de la finalidad económica de las cartas de patrocinio es hablar de su causa. No de cualquier causa, sino de la causa de su causalidad¹⁹, pues todo negocio jurídico tiene una causa final y descubrir esta dará respuesta a los grandes interrogantes que plantean los conflictos de leyes y los problemas relativos a competencia judicial internacional. Una finalidad, en todo caso, objetiva y distinta a los móviles personales de los agentes²⁰.

17. La comprensión de esa finalidad exige, en primer lugar, su puesta en relación con el origen de las cartas de patrocinio y con las razones que las hacen necesarias. Como se ha señalado, cualquier entidad bancaria o sujeto financiador, antes de conceder un préstamo, ha de evaluar la viabilidad financiera del proyecto en cuestión y de la capacidad de pago de los clientes-deudores. En este sentido, solo mediante una adecuada cobertura la entidad bancaria estará en disposición de concederlo. De ello se desprende, entonces, que el origen de las cartas de patrocinio se encuentra estrechamente relacionado con el riesgo, es decir, con la posibilidad de que se produzca un evento con consecuencias dañinas para el acreedor. Así, el riesgo genera incertidumbre, la incertidumbre provoca temor y ese miedo dificulta la toma de decisiones o determina la negativa para asumir ciertas acciones.

18. Expuesto esta circunstancia, queda claro cuál es la causa final de las cartas de *comfort*, pues no es otra que dar confianza y seguridad al acreedor, además, de fomentar la perfección de acuerdos entre las

¹⁹ P. L. LANDESTOY MENDEZ, *La causa final del negocio jurídico*, Ediciones Olejnik, 2022, pp. 38 y s.

²⁰ Entre los partidarios de la concepción objetiva de la causa, vid. R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. 1, Editorial Reus, 1929, pp. 278-286; E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 132-142.

partes implicadas²¹. Una finalidad económica que se concreta en la concesión al destinatario de la misiva de un estado de seguridad o quietud en relación con su posición crediticia²². Una previsión positiva de sus expectativas y que, a su vez, produce el cese transitorio de la incertidumbre provocada por el riesgo. En virtud de este estado, se potencia la predictibilidad de sus previsiones, facilitando la toma de decisiones en torno a esa relación jurídica subyacente. Un estatus de seguridad que el acreedor adquiere por mor de un concreto compromiso asumido por el garante, con independencia de cuál sea la forma en que se configure.

19. Así las cosas, se puede comprender que todas las declaraciones vienen a cumplir con esa finalidad, ya se trate de la asunción de algún tipo de promesa, ya sea la mera aportación de información. En las declaraciones de tipo promisorio o en las que se manifiesta cualquier otra declaración de voluntad, la finalidad se alcanzará por medio del desarrollo de una determinada conducta, que podrá ser el pago en defecto del deudor o la realización de cualquier otra actividad en beneficio del correcto desarrollo de la obligación garantizada. En las declaraciones de conocimiento se predica esa misma finalidad, diferenciándose de las anteriores en el modo en que el compromiso se ejecuta.

20. Efectivamente, aunque en las declaraciones de conocimiento la matriz no se proponga llevar a cabo una conducta posterior, el crédito se ve en sí mismo asegurado, pues qué duda cabe que, al emitir una declaración de este tipo, se expone a cierto grado de responsabilidad. Con independencia de que, finalmente, la frustración del crédito garantizado no provoque consecuencia jurídica para la emisora, nada obsta el cumplimiento de esa finalidad, pues esta se alcanza por su lógica inspiradora que invita o exhorta a la confianza en la empresa patrocinada al evidenciar un interés económico del garante. De esta manera, aun cuando pueda concurrir algún ánimo fraudulento, al exponerse en el mercado de esta forma, la matriz afecta su propio patrimonio –tangible o intangible–, presuponiendo su colaboración con el buen fin de la relación garantizada²³.

III. Las Cartas de Patrocinio en el Derecho Internacional Privado de la UE

21. Como se ha tenido ocasión de señalar, el DIPr. europeo constituye un ordenamiento jurídico propio y, por tanto, goza de sus propias normas e instituciones jurídicas. Un ordenamiento que dispone, además, de un sistema particular de interpretación y calificación jurídica para garantizar su correcto desenvolvimiento.

22. En este orden de cosas, se ha de advertir que, aunque la tarea de interpretación suele incluirse dentro del proceso calificador, se trata de dos acciones diferentes e independientes. Mientras que la interpretación supone la determinación del concreto significado de los términos utilizados en los reglamentos europeos, la calificación implica la subsunción de un supuesto fáctico dentro de esas categorías determinadas. Dos actuaciones que han de efectuarse en clave europea²⁴, pues solo de este modo se puede garantizar la aplicación uniforme en todos los Estados Miembros y reivindicar la naturaleza contractual de todas las cartas de patrocinio como contratos de prestación de servicios.

1. Naturaleza contractual de las Cartas de Patrocinio

23. Cuando se alude a la naturaleza jurídica de las cartas de patrocinio se hace referencia a la intelección genética del plexo normativo que tipifica y disciplina una determinada institución jurídica²⁵. Ahora bien, para comprender como adviene esa realidad contractual en el DIPr. europeo, se ha de tener

²¹ H. BERNSTEIN / J. ZEKOLL, “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States”, *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 46, 1998, pp. 98-99.

²² S. LÓPEZ URIEL, *op. cit.*, p. 350.

²³ M. P. DIAGO DIAGO, “Gentlemen’s agreements y contratos de financiación internacional”, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

²⁴ M. A. CEBRIÁN SALVAT, *op. cit.*, pp. 318 y ss.

²⁵ J. L. ESTEVEZ, “Sobre el concepto de “Naturaleza jurídica””, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 4, 1956, pp. 159-182.

en cuenta los parámetros de este ordenamiento jurídico. Así, la autonomía conceptual de los distintos instrumentos internacionales ha traído consigo una serie de conceptos que, aunque aparentemente pueden coincidir con otros del Derecho interno, su significado se ha ido concretando de forma autónoma²⁶.

24. El paradigma de tales conceptos viene determinado por el binomio contractual-delictual. Dos materias que delimitan un amplio campo de aplicación de este especial sistema normativo y que son compartidas por diversos Reglamentos²⁷. Nociones que, por ende, han de ser interpretadas de manera uniforme con las salvedades que puedan existir por la diferencia del sector regulado²⁸.

25. Una primera aproximación a los textos internacionales pone de manifiesto cómo estos dos términos no gozan de una definición legal. Por ello, el TJUE ha ido desarrollando los contornos de su significado de forma pragmática, pues sin ofrecer una noción exhaustiva de los mismos, ha ido aportando unos criterios de interpretación mediante el análisis individualizado de los casos presentados. Por esta razón, se dice que son conceptos jurídicos “vivos” o conceptos en desarrollo²⁹, a los que, sin embargo, se les ha atribuido un contenido desigual³⁰.

26. En términos generales, el TJUE ha señalado que la “materia contractual” comprende aquellos litigios que derivan de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra³¹. Por consiguiente, el elemento *ad essentialiam* de esta materia -aquel que permite hablar de contrato- será la existencia de “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”³².

27. Así configurado, la amplitud de este concepto tiene notables consecuencias, pues abarca supuestos que, desde el plano material, suelen quedar excluido de la órbita contractual. Al respecto, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ ofrecen una síntesis de tales supuestos³³:

- 1º. A pesar de que se hable de materia contractual, no será preciso que se configure materialmente un contrato. Por tanto, este concepto incluye todos aquellos negocios en el que exista un compromiso libremente asumido, aunque no haya contrato o el contrato sea nulo. En todo caso, lo importante es que la obligación jurídica sea identificable.
- 2º. Al no precisar la concurrencia de voluntades para que pueda darse esa materia contractual, se incluyen aquí los negocios jurídicos de carácter unilateral³⁴. Así, este concepto europeo

²⁶ Una concreción del significado que se efectúa atendiendo, fundamentalmente, al sistema y a los objetivos que marcan los distintos instrumentos internacionales, evitando el reenvío al Derecho nacional de los Estados implicados. Vid. STJCE 22 marzo 1983, C-34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp. 987-1012, párrafo 9.

²⁷ Así, respecto de la materia contractual, los arts. 7.1 RBI-bis y 1.1 RRI y, respecto a la materia extracontractual, los arts. 7.2 RBI-bis y 1.1 RRII.

²⁸ Esa interpretación uniforme se impone de manera explícita en el considerando 7 de los Reglamentos Roma I y Roma II. Así, el considerando del Reglamento Roma I establece que “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [5] (Bruselas I), y el Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”.

²⁹ M. A. CEBRIÁN SALVAT, *op. cit.*, p. 329.

³⁰ En efecto, aquello que debe incluirse dentro del concepto “materia delictual” se ha configurado de manera residual respecto de la “materia contractual”, englobándose en ella todos aquellos supuestos que no se encuentren relacionados con la primera. Por ello, las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual exigen la necesidad previa de revisar la aplicabilidad de las disposiciones previstas a la responsabilidad contractual. G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, 2016, p. 138.

³¹ Entre otras, STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, p. 3994, párrafo 15.

³² STJUE 20 enero 2005, C-27/02, *Petra Engler vs. Janus Versand GmbH*, *Recopilación*, p. 518, párrafo 51; STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, *Recopilación*, p. 7, párrafo 33.

³³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Tirant lo Blanch, 2022, p. 2881.

³⁴ P. MANKOWSKI, “Art. 7”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (coords.), *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2015, p. 164.

abarcaría las promesas unilaterales de pago, las ofertas públicas, las donaciones –recepticias o no recepticias- y las obligaciones dimanantes del conocimiento de embarque o de otros instrumentos negociables.

- 3º. Dado que el eje de gravedad de este concepto recae en el sujeto que sume la obligación es irrelevante la determinación o indeterminación de la contraparte en dicho vínculo obligacional; de que esta última haya intervenido en el acuerdo con la persona que libremente se obliga o que, ni tan siquiera, haya aceptado la obligación de la primera.

28. Una vez delimitado el alcance del significado de esta categoría jurídica, se ha de verificar si las cartas de patrocinio encuentran acomodo en la misma. Una calificación que, al igual que el proceso anterior, ha de efectuarse de forma autónoma, atendiendo a los datos de hecho que se exponen y sin necesidad de verificar su existencia con arreglo a ningún otro Derecho. De este modo, y a la luz de esa visión expansiva de las obligaciones contractuales, se puede afirmar que las cartas de patrocinio se incluyen dentro esta categoría, pues todas ellas contienen compromisos con independencia de cuál sea el cumulo de declaraciones que albergue.

29. En las cartas de patrocinio que incluyen declaraciones de voluntad es evidente que se hayan compromisos, pues el emisor asume el deber de realizar una conducta objetivamente considerada y, por tanto, plantea un programa prestacional específico. Igualmente, las cartas que incluyen declaraciones de conocimiento también contienen compromisos, sin embargo, esa idea de compromiso no se extrae de la prestación explicitada sino, como afirma DIAGO DIAGO³⁵, del sentido mismo de su emisión y del significado de esa emisión. En efecto, aunque se trate de declaraciones que contienen informaciones, no se limitan a informar. Con ellas se generan expectativas respecto del receptor con independencia del contenido. Unas expectativas que permiten cumplir con esa finalidad económica y que se sintetiza en la creación de un estado de seguridad.

2. Las Cartas de Patrocinio como contratos de prestación de servicios

30. Una vez determinada la inclusión de las cartas de patrocinio dentro de la esfera de lo contractual en el DIPr. europeo, se ha de continuar con ese proceso de interpretación y calificación para verificar si pueden integrarse dentro de algunas de las categorías contractuales típicas, como es el contrato de prestación de servicios. Un proceso que, al igual que el anterior, ha de realizarse de forma autónoma.

31. La primera consideración que debe efectuarse al respecto es que el contrato de prestación de servicios es un concepto económico y no jurídico y, en consecuencia, su definición debe realizarse bajo criterios económicos y al margen de la disciplina normativa de la relación contractual. De esta manera, la prestación de servicios ha de considerarse como la prestación de una ventaja económica. Por ello, BERLIOZ define esta modalidad contractual como aquella operación que tiene por finalidad el cumplimiento por una persona, en beneficio de otra, de un acto positivo o negativo, a título oneroso o lucrativo. Un tipo contractual que englobaría lo que se ha denominado “*commerce des invisibles*”, en tanto implica la realización de una actividad o la causación de un estado por parte de un agente económico, abarcando todos aquellos contratos que generan obligaciones, tanto de hacer y no hacer, como medios y resultados³⁶.

³⁵ M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, op. cit., pp. 79-97.

³⁶ P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *Journal du Droit International (Clunet)*, Núm. 3, 2008, pp. 675-717; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, 2018, pp. 915-916. Por su parte, entre los pronunciamientos europeos más destacados al respecto se encuentra la STJUE 14 julio 2016, C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2016:559; STJUE 19 diciembre 2013, C-9/12, *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:860.

32. Ahora bien, hechas estas consideraciones, cabría preguntarse si las cartas de patrocinio cumplen con ese esquema normativo y, en su caso, de qué manera. Algo que deviene problemático dada la gran variedad de declaraciones que pueden contener y que obliga a tener en consideración algún elemento que permita advertir la existencia de alguna ventaja económica a favor del destinatario. A tal efecto, el TJUE ha barajado varios criterios para calificar diversos negocios jurídicos de entre las diferentes modalidades típicas. Concretamente, para calificar un contrato a efectos del art. 7.1 RB-I bis ha señalado que es preciso basarse en la obligación característica del contrato en cuestión³⁷. Una opción que resulta controvertida respecto a estas garantías por diversos motivos: el primero, porque en las declaraciones exclusivamente informativas resulta complicado identificar una obligación; el segundo, porque en algunos casos la matriz puede asumir más de una obligación con caracteres que impidan esclarecer cuál de ellas es la principal. Unos óbices que, no obstante, parecen encontrar solución con el criterio teleológico establecido a tal objeto. De este modo, para identificar la obligación característica se tendrá que acudir a la finalidad económica del contrato³⁸.

33. En el caso de las declaraciones de patrocinio, es su causa la que va a permitir la calificación como contrato de prestación de servicios. Se ha afirmado que todas las declaraciones constituyen diversas formas de garantía y, en consecuencia, presentan una misma finalidad económica: ofrecer al destinatario un estado de seguridad en torno a sus concretas expectativas. Por tanto, la existencia de una prestación es evidente, pues qué duda cabe que ofrecer certidumbre en un proyecto afectado por el riesgo es una efectiva ventaja económica³⁹. Consiguientemente, si el elemento determinante para esa calificación es su finalidad económica y, en la medida en que este es el eje sobre el que pivotan todas las cartas de patrocinio, será indiferente cual sea el contenido de sus múltiples declaraciones a los efectos de dicha calificación.

34. Configuradas las cartas de patrocinio como contrato de prestación de servicios, será entonces aplicables las normas que los distintos reglamentos establecen al efecto. Así, en relación con la competencia judicial internacional será de aplicación el art. 7 RBI-bis y, en consecuencia, además de la concurrencia de los foros generales, serán competentes los tribunales del lugar donde, según el contrato, hubieran sido o debieran ser prestados los servicios. Del mismo modo, y a propósito de la ley aplicable, será de aplicación el art. 4.1. RRI que determina que tales cartas se registrarán por ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual⁴⁰.

35. Dicho lo anterior, la aplicación de tales disposiciones a este particular negocio jurídico presenta aún ciertas dificultades. La diversidad de declaraciones que pueden albergar las cartas exige tener en consideración los concretos compromisos para localizar el lugar de prestación de los servicios e identificar al prestador de los mismos. Una respuesta que será diferente según sean cartas de patrocinio que incluyan manifestaciones de voluntad o de conocimiento y que obliga a tener en cuenta la estructura lógica de los compromisos asumidos en cada una de estas.

IV. Análisis de las declaraciones de patrocinio como actos lingüísticos: semiótica y pragmática jurídica

36. Como se infiere del título de este trabajo, la naturaleza contractual de las cartas de patrocinio implica la presencia de un compromiso libremente asumido. Ahora bien, decir que todas las declara-

³⁷ STJUE 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl*, Recopilación, 2010, p. 1250, párrafo 32.

³⁸ STJUE 19 diciembre 2013, C-9/12, *Corman-Collins c. La Maison du Whisky*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, párrafo 27.

³⁹ M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, op. cit., pp. 147 y s.

⁴⁰ Vid. M. P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales: estudio jurídico*, op. cit., pp. 169-172.; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., Vol. III, Tirant lo Blanch, 2022, p. 3273.

ciones de patrocinio tienen esta naturaleza confronta con la idea que tradicionalmente se tiene de lo que es una obligación o un compromiso. En efecto, uno de los elementos estructurales de la obligación contractual es la prestación, entendida comúnmente como programa de actuación a ejecutar. Como conjunto de conductas (dar, hacer o no hacer) que deben llevarse a cabo por el deudor en un lapso de tiempo determinado. Una noción que, si bien parece extraerse fácilmente de las declaraciones preceptivas o dispositivas, presenta mayores dificultades en relación con aquellas declaraciones enunciativas o representativas⁴¹.

37. Esta situación obliga a plantear dos situaciones posibles: o las declaraciones de conocimiento no contienen compromiso alguno o el compromiso es un concepto más amplio de lo usualmente fijado. No obstante, teniendo en cuenta esa autonomía conceptual reivindicada por el TJUE y los pronunciamientos doctrinales considerando todas esas modalidades como auténticas obligaciones, es dable indagar sobre su posible estructura lógica. Por ello, más que al concreto sentido de las palabras o alcance jurídico de los términos empleados, hay que atender al acto que el emisor realiza con dichas declaraciones y a los efectos que con ellas se producen⁴².

1. La “teoría de los actos de habla” y las *Comfort Letters*

38. Como se ha podido advertir, las cartas de patrocinio pueden contener una gran variedad de declaraciones. Si bien de la gran mayoría se podrían desprender auténticas obligaciones explícitas, otras se limitan a aportar una determinada información. A pesar de que, en relación con estas últimas, ha sido común excluir cualquier tipo de halito compromisorio, un nutrido y autorizado sector doctrinal reivindica esa naturaleza obligacional, aunque se traten de compromisos verdaderamente atípicos⁴³.

39. Ciertamente, la idea de compromiso u obligación está estrechamente ligada con las formulas promisorias, pero no siempre ocurre así. También existen compromisos cuando se formula una mera aserción sobre ciertas circunstancias, en la medida en que el emisor se compromete con la verdad de lo dicho⁴⁴. Por esta razón, se propugna desde la filosofía del lenguaje que el hecho de decir algo con un concreto significado, implica la imposición de ciertas condiciones de satisfacción sobre lo afirmado⁴⁵. Una circunstancia que exige analizar este tipo de emisiones como lo que son: actos de comunicación o actos del lenguaje.

40. Las modernas orientaciones filosóficas ponen de manifiesto la necesidad de distinguir entre el lenguaje y su utilización, pues una cosa es hablar y, otra, que ese acto implique una conducta social. Así, frente a la tradicional visión de que el uso lingüístico se limitaba a los *enunciados constatativos* -de forma que solo podían ser calificados como verdaderos o falsos-, se propugnan en la actualidad, además, una *eficacia performativa* del lenguaje, de modo que, como ya señalara AUSTIN, al decir algo se está haciendo algo distinto al hecho de decirlo⁴⁶.

⁴¹ E. BETTI, *op. cit.*, pp. 117 y s.

⁴² En el seno de la metodología jurídica contemporánea se ha ido elaborando una metodología cuyo objeto y fundamento es el lenguaje y su estructura. Esta técnica se descompone, a su vez, en tres ramas: la sintaxis, que estudia la arquitectura del lenguaje; la semántica, que busca identificar el contenido y el significado de esos signos; y la pragmática, que analiza el lenguaje en contextos de comunicación concretos y su influencia efectiva en la conducta de los individuos. Vid. entre otros, C. MORRIS, *Fundamento de la teoría de los signos*, Paidós, 1985, pp. 31-36; U. Eco, *Tratado de la Semiotica General*, Lumen, 2000, pp. 63-66; J. L. MIRETE NAVARRO, *Teoría del Derecho*, Diego Marin, pp. 203-217.

⁴³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, Vol. III, Tirant lo Blanch, 2022, p. 3275.

⁴⁴ C. S. PEIRCE, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Belknap Press of Harvard University Press, 1974, Vol. 5, p. 543.

⁴⁵ M. L. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “Esa fuerza tan especial del compromiso”, *Logos. Anales Del Seminario de Metafísica*, Núm. 36, 2003, pp. 283-288.

⁴⁶ J. L. AUSTIN, *Como hacer cosas con palabras*, Paidós, 1990, p. 53.

41. La teoría de los “actos de habla”⁴⁷ señala que la emisión de un enunciado posee tres dimensiones diferentes, siempre que concurren una serie de factores sobre el emisor, el receptor y el contexto⁴⁸. Tales dimensiones serían:

- 1º. El *acto locutivo*, con el que se hace referencia al hecho físico de enunciar y al relato informativo contenido en la simple formulación.
- 2º. El *acto ilocutivo*, con el que se alude a la intención del emisor y a la acción que se realiza por medio de dicho enunciado.
- 3º. El *acto perlocutivo*, la reacción o el efecto que el acto ilocutivo produce en la realidad y, en particular, sobre el destinatario del enunciado.

42. De este modo, al emitir una declaración del tipo “*No modificaremos nuestra participación en el capital social de la Sociedad X*”, se están realizando simultáneamente tres actos distintos: se está diciendo algo (acto locutivo); se está prometiendo o asegurando una acción (acto ilocutivo) y se está generando un estado de confianza o seguridad en el interlocutor (acto perlocutivo).

43. Una primera aplicación de esta teoría a las cartas de patrocinio, exigiría determinar cuál es la intención del declarante con la emisión de estas declaraciones y que conducta está realizando con aquellas, pues no es el enunciado en sí mismo la unidad mínima de la comunicación lingüística, sino la emisión del enunciado al realizar el acto de habla⁴⁹. Ello implica que, como unidad mínima de comunicación, es también unidad básica de significado, de manera que no puede disociarse el significado del enunciado del acto de habla que lo emite. Así, el significado es total, pues incluye tanto el significado lingüístico de la expresión, como el significado del hablante⁵⁰.

44. Desde esta óptica ilocutiva (o ilocucionaria), son varios los propósitos que puede tener la entidad matriz (emisor de la declaración) y que, fundamentalmente, pueden resumirse en representaciones, promesas y órdenes. Así las cosas, es comúnmente aceptado clasificar esa eficacia ilocucionaria en los siguientes tres actos⁵¹:

- 1º. *Actos representativos o constataivos*, mediante el cual se pretende decir algo de la realidad, afirmando o negando con diferentes grados de certeza.
- 2º. *Actos comisivos*, por el que el emisor manifiesta su compromiso de realizar una conducta futura o mantener un determinado comportamiento.
- 3º. *Actos directivos*, con el que se pretende impulsar al receptor para realizar algo determinado, ejerciendo sobre él una determinada influencia.

45. La mayoría de la doctrina que ha tratado la temática, cuando pretenden extraer alguna consecuencia jurídica de tales declaraciones, ha sostenido que mediante aquellas cartas se están emitiendo órdenes o promesas. Un razonamiento que se justifica en que tales actos ilocucionarios podrían asociarse con determinados tipos negociales, de suerte que pueda extraerse algún tipo de obligación o compromiso y, consecuentemente, algún tipo de responsabilidad. En particular, DE CASTRO, al tratar las cartas

⁴⁷ La teoría de los actos de habla fue formulada inicialmente por J. L. AUSTIN y seguida y reelaborada posteriormente por su discípulo J. SEARLE en su obra “Speech Act” en 1969. Si bien, a estos aportes les han sucedido posteriormente numerosos estudios multidisciplinares, principalmente, desde la Filosofía del lenguaje y de la Pragmática.

⁴⁸ M. V. ESCANDELL VIDA, *Introducción a la pragmática*, Ariel. 1996, pp. 67 ss.; M. BERTUCELLI, *Qué es la pragmática*, Paidós, 1996, pp. 38 y ss.

⁴⁹ J. SEARLE, *Actos de Habla*, Planeta De Agostini, 1994, p. 25 y ss.

⁵⁰ J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, “Clasificación de las normas jurídicas como enunciados de actos ilocutivos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 6, 2005, p. 467.

⁵¹ Aunque son diversas las clasificaciones sobre los actos de habla según su eficacia ilocucionaria, se ha seguido la triple distinción ofrecida J. L. DE CASTRO MARTIN, *op. cit.*, pp. 127-128.

de patrocinio como actos del habla, viene a concluir que las mismas constituyen una especie de acto directivo, de modo que todas ellas podrían reconducirse a la figura del mandato de crédito⁵².

46. Dicho lo anterior, aunque esta aproximación pragmática puede tener relevancia a la hora de interpretar y calificar las cartas de patrocinio en el plano material, no parece predicarse ese resultado en el ámbito conflictual. Aquí, el elemento determinante es la existencia de un compromiso libremente asumido, por lo que, más que identificar ese acto ilocucionario que realiza la matriz, se debe examinar si es posible advertir la existencia de compromisos, cualquiera que sea el acto ilocucionario en cuestión. Un planteamiento ciertamente controvertido al que, sin embargo, parecen orientarse modernos estudios de la filosofía del lenguaje.

2. Los compromisos existentes en las declaraciones de patrocinio

47. El ser humano se encuentra integrado en una dinámica natural que acoge y gobierna la vida y le hace dependiente de los demás para multitud de actuaciones. Esta realidad insoslayable impone la necesidad de coordinar las acciones de los individuos entre sí, de tal forma que las expectativas de unos y otros puedan ser gestionadas. El compromiso surge, de esta manera, como vehículo destinado a satisfacer tal necesidad, pues permite la confianza entre distintos sujetos para actuar, de modo que los intervinientes puedan coordinar sus actividades. Así las cosas, se advierte que el compromiso -al igual que la obligación- es una noción deóntica o normativa que supone algún tipo de regulación⁵³. Esta idea encierra en sí misma una dimensión social determinante, en la medida en que supone algún tipo de relación para con los demás, desde la perspectiva de la ética o de la justicia.

48. A este respecto, los teóricos del lenguaje propugnan que los compromisos se hayan presenten en muchos tipos de actos de habla, como en las promesas o en las aserciones⁵⁴. Incluso, novísimas teorías postulan que la finalidad de la comunicación, antes que transmitir intenciones o creencias, es compartir compromisos. Según estas, los actos de habla, como unidades principales de la comunicación, deberían entenderse como una expresión de compromisos públicos o sociales, en la medida en que el hablante se compromete con el oyente -implícita o explícitamente- para actuar sobre un determinado contenido proposicional. De esta manera, se podría afirmar que un compromiso es una relación triangular que se da entre dos sujetos y una proposición y en cuya virtud uno de ellos estatuye frente a otro una norma de conducta sobre dicho contenido proposicional. Una actuación, en todo caso, consistente con la verdad de esa proposición y capaz de generar en el destinatario la suficiente confianza para intervenir, también, sobre ese contenido proposicional⁵⁵.

⁵² J. L. DE CASTRO MARTIN, *op. cit.*, pp. 131. 160 y ss.

⁵³ Debe traerse a colación que la traducción oficial de la jurisprudencia del TJUE parece hacer un uso indistinto del término compromiso y de obligación. Así, *vr.gr.*, en la traducción de la STJCE 17 junio 1992, C- 26/29, al español, francés, o al portugués utiliza el primer término (*compromiso, engagement, compromisso*), mientras que la traducción al inglés y al italiano utiliza el segundo (*obligation, obbligo*). Por esta razón, en el presente estudio se utilizarán ambos conceptos como sinónimos, a pesar de que el termino obligación tenga una fuerte carga de significado en el plano jurídico-material.

⁵⁴ Si bien existe una rica bibliografía en torno al estudio de los posibles compromisos que pueden existir en los distintos actos de habla, es igualmente cierto que en su mayoría se centran en concretos actos de habla. Vid. J. L. AUSTIN, *Como hacer cosas con palabras, op. cit.* pp. 200-212; J. SEARLE, *Expression and Meaning. Studies in the theory of speech acts*, Cambridge University Press, 1979, pp. 12-20; D. VANDERVEKEN, *Meaning and Speech Act. Vol. 1. Principles of language use*, Cambridge University Press, 1990.

⁵⁵ Vid. *i.a.*, B. GEURTS, „Communication as commitment sharing: speech acts, implicatures, common ground“, *Theoretical Linguistics*, Vol. 45, Núm. 1-2, 2019, pp. 1-30; R. BRANDON, *Making it Explicit*, Harvard University Press, 1994, pp. 157-166; R. KIBBLE, „Speech acts, commitment and multi-agent communication“, *Computational & Mathematical Organization Theory*, Vol. 12, 2006, pp. 127-145; P. DE BRABANTER / P. DENDALE, „Commitment: the term and the notions“, *Belgian Journal of Linguistics*, Núm. 22, pp. 1-14; M. KRIFKA, „Bias in commitment space semantics: declarative questions, negated questions, and question tags“, en S. D'ANTONIO / M. MORONEY / C. R. LITTLE (coords.), *Proceedings of SALT 25*, Linguistic Society of America, 2015, pp. 328-345. C. BEYSSADE / J.-M. MARANDIN, „Commitment: Une attitude dialogique“, *Langue Française*, Num. 162, 2009, pp. 89-107; S. LAUER, *Towards a dynamic pragmatics*, University of Stanford, 2013, pp. 122-123.

49. Aunque no hay unanimidad en torno a la definición de compromiso, esta noción resultaría ciertamente ventajosa, pues todos los actos de habla serían susceptibles de ser incardinados en el esquema propuesto. Así, todos los actos incluirían compromisos, porque en todos ellos se daría ese vínculo nomológico sobre el contenido proposicional. Ahora bien, se trataría de una obligación diferente en cada uno de tales actos, distinguiéndose entre sí por la *telicidad*, es decir, por la expresión –o no– de una meta concreta⁵⁶. Una propiedad de carácter ontológico relacionada con el desarrollo temporal, que permitiría establecer la distinción entre *compromiso télico* y *compromiso atélico*⁵⁷. Los primeros serían aquellos que contendrían un término inherente en su desarrollo para que pueda decirse de ellos que han sido realizados; los segundos, por el contrario, se encontrarían despojados de ese punto natural de conclusión, teniendo lugar su realización desde el mismo momento en que comienzan⁵⁸. Como consecuencia de lo anterior, se podría afirmar que los actos comisivos y directivos serían expresión de un compromiso télico, mientras que los actos representativos provocarían un compromiso atélico.

50. Ahora bien, más allá de los problemas que tales propuestas pueden plantear en el ámbito de la filosofía del lenguaje o en el plano semiótico y pragmático, esta dicotomía resulta interesante, pues sería aplicable a las cartas de patrocinio para poder captar los posibles compromisos existentes en cada una de sus declaraciones. Así, las declaraciones preceptivas o dispositivas (declaraciones de voluntad) expresarían un compromiso télico, mientras que las declaraciones enunciativas o representativas (declaraciones de conocimientos) contendrían un compromiso atélico. Una perspectiva que, por otro lado, enfatiza la esencia todo negocio jurídico, ya que, como conjunto de declaraciones, es la consecuencia directa de un acto y de una iniciativa libre y consciente y, a mayor abundamiento, fuente de responsabilidad.

51. De esta manera, se pone en evidencia que “iniciativa” –libertad del acto regulador de intereses– y “autorresponsabilidad” –necesidad de soportar la deriva del acto vinculante– son conceptos mutuamente concatenados que, en el seno de una interacción social, se presuponen e interpelan recíprocamente, conformando el núcleo de la obligación. Tal es así que, activado ese mecanismo, el precepto de la autonomía de la voluntad se proyecta sobre su autor, aun antes de su recepción jurídica. Y es que la libertad que sirve de fundamento al negocio jurídico es una libertad responsable, coordinada y subordinada a un interés social superior. Por este motivo, en todo negocio jurídico se da esa relación de causa-efecto, revestida de una aparente antinomia entre la previa libertad del individuo y su lógica autorresponsabilidad. Una tensión dialéctica entre el significado del declarante al ejecutar ese acto de su libre arbitrio y el significado objetivo del negocio una vez ha sido consumado⁵⁹.

A. Las declaraciones de voluntad como expresión de un *compromiso télico*

52. En el ámbito jurídico, las declaraciones de voluntad son aquel conjunto de signos que se puedan considerar expresivos de una voluntad dirigida a conseguir un resultado social o un propósito negocial que el Derecho estima digno de amparo⁶⁰. Sin embargo, no quiere decirse que esta sea la única

⁵⁶ En lingüística, la telicidad (del griego *τέλος* <fin, meta>) es la propiedad de un enunciado o frase verbal que presenta una acción o evento como si tuviera un punto final específico. Al respecto, se han elaborado diversas definiciones que atienden a características diferentes. Así, algunos sostienen que un evento es télico cuando se dirige o tiende hacia un punto temporal determinado. Otros, sostienen que la telicidad de un evento supone la causación de un estado resultante, de modo que este concluye cuando se verifica aquel. Finalmente, también hay quienes sostiene que los eventos télicos albergan un argumento interno que determina la extensión temporal del mismo. Tres visiones que, aunque en ocasiones pueden ir aparejadas o ser complementarias, también pueden darse por separado. Vid. respectivamente, Z. VENDLER, “Verbs and Times”, *The Philosophical Review*, Vol. 66, Núm. 2, 1957, pp. 143-160; D. R. DOWTY, *Word Meaning and Montague Grammar*, Springer, 1979, pp. 168 y ss.; C. TENNY, ‘The Aspectual Interface Hypothesis’, en I. A. SAG / A. SZABOLCSI (coords.), *Lexical Matters*, Stanford University, 1992, pp. 1–27.

⁵⁷ B. GEURTS, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁵⁸ Siguiendo la definición ofrecida por E. ALCARAZ VARÓ / M. A. MARTÍNEZ LINARES, *Diccionario de lingüística moderna*, Ariel, 1997, p. 550.

⁵⁹ E. BETTI, *op. cit.*, pp. 124 y s.

⁶⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, p. 65.

forma de expresión de la voluntad, sino que con esta denominación se pretende acentuar la idea de que dichas declaraciones establecen explícitamente una pauta de conducta, bien al propio declarante (acto comisivo), bien a un tercero (acto directivo)⁶¹.

53. (i) Las declaraciones de voluntad y los actos comisivos. Centrados en los actos comisivos, se ha puesto de manifiesto que su objeto ilocutivo es revelar la intención del emisor de realizar la acción descrita en el contenido proposicional. Así, en este tipo de declaraciones el hablante se comprometería con el curso de una acción o con un estado de cosas futuro⁶² y, por ello, destacarían las formulas promisorias, en donde el declarante asumiría un deber de actuación para que lo prometido se haga realidad, obligándose a sí mismo para hacer algo específico en relación con esa proposición⁶³.

54. En este sentido, se puede afirmar que las declaraciones de voluntad supondrían la expresión de un compromiso télico en los términos pragmáticos referidos, pues tendrían como característica expresar el objetivo del declarante, es decir, la manifestación de una meta específica a alcanzar para cumplir la finalidad que se pretende. Objetivos que, por otro lado, deben entenderse en un sentido amplio, pues no solo se incluirían aquellos que se consiguen por el emisor (promesa de hecho propio), sino también, aquellos que solo pueden realizarse por terceras personas (promesa de hecho ajeno).

55. Obsérvense los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1. Le aseguramos que si nuestra filial no hiciese frente a sus obligaciones derivadas del préstamo en cuestión, procederemos al pago de las cantidades pendientes⁶⁴.

Ejemplo 2. De acuerdo con nuestra política constante, nuestra filial estará siempre en disposición de cumplir con sus obligaciones financieras⁶⁵.

56. Como se puede advertir, la finalidad económica de estas dos declaraciones es idéntica, pues ambas buscan generar en el destinatario un estado de seguridad. Una finalidad común, pero con distinto itinerario para su consecución. Si bien se trata de dos formas de garantía, en las cuales la sociedad interviene y se compromete, se presenta en cada una de ellas un programa prestacional diferente. Mientras que en el Ejemplo 1º se formula una promesa de hecho propio, cuya meta en última instancia es el pago subsidiario de la deuda de la filial⁶⁶, en el Ejemplo 5º se manifiesta una promesa de hecho ajeno. En esta última declaración, el objetivo explicitado es que la filial se encuentre en disposición de cumplir con las obligaciones dimanantes del crédito concedido. Así, aunque es la filial quien ha de efectuar el hecho que promete la matriz, es esta última quien asegura ese cumplimiento. Por tanto, serán distintos los modos en que la matriz podrá intervenir sobre ese contenido proposicional. Según el contexto, podrá asumir el deber de actuar con diligencia, realizar actuaciones necesarias para que el tercero cumpla con lo estipulado o indemnizar los perjuicios ocasionados en caso de que, finalmente, el tercero no cumpla el hecho prometido⁶⁷.

57. En resumen, los actos comisivos se englobarían dentro de las declaraciones de voluntad porque tendrían un propósito normativo o dispositivo, en cuanto pretenden explicitar un precepto regulador

⁶¹ En efecto, la dicotomía entre declaraciones de voluntad y declaraciones de conocimiento no debe inducir a pensar que no exista una manifestación de la voluntad en estas últimas, pues no se debe confundir el fin del acto con su contenido. Vid. E. BETTI, *op. cit.*, p. 113.

⁶² D. CRYSTAL, *A Dictionary of Linguistics and Phonetics*, Blackwell Publishing, 2008, p. 88.

⁶³ J. L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 199 y 205 y ss.

⁶⁴ En análogos términos se expresa la carta analizada en la STS 14 octubre 2014 [RJ 4433/2014].

⁶⁵ Y. POULLET, "Les règles d'interprétation leur application aux lettres de patronage", en AAVV, *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁶ Como se puede apreciar, no es extraño que algún sector doctrinal haya denominado a la fianza como "promesa de hecho propio en garantía del ajeno". Vid. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, Vol. 12, Reus, 1907, p. 154.

⁶⁷ En torno a la naturaleza de la prestación del promitente, vid. G. MENGUAL PUJANTE, "La promesa de hecho ajeno: cuestiones de competencia judicial internacional en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Núm. 1, 2019, p. 844; A. GULLÓN BALLESTEROS, "La promesa de hecho ajeno", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, Núm. 1, 1964, pp. 3-20.

de la conducta del declarante. En estos dos tipos de compromiso se encerraría una conducta positiva en torno al contenido proposicional. Un deber concreto que se materializaría en la asunción de una acción posterior, inferida directamente de los términos de la declaración en el Ejemplo 1º, al describir ese programa conductual y, de manera indirecta en el Ejemplo 2º, por el contexto en el que se desenvuelve. En esta segunda, si bien es cierto que el promitente no puede determinar de modo absoluto el hecho del tercero, sí que puede hacer todo lo que esté a su alcance para que se logre dicho objetivo. Con esta emisión, la matriz transmite al destinatario la asunción de un deber concreto para procurar ese hecho, que variará según los elementos condicionales del caso.

58. (ii) *Las declaraciones de voluntad y los actos directivos.* Junto a los anteriores, también se incluirían dentro de las declaraciones de voluntad los actos directivos. A través de estos, el hablante intentaría mover la voluntad del destinatario hacia un determinado sentido, bien para realizar una concreta conducta, bien para alcanzar un estado de cosas⁶⁸. Por ello, por ese propósito reglamentario de la voluntad, se incluirían dentro de este tipo de actos un amplio espectro de posibilidades, entre las que se encontrarían las peticiones, las órdenes y los mandatos⁶⁹. En general, un conglomerado de posibilidades mediante las cuales, un sujeto puede o pretende influir en el comportamiento de otro para alcanzar un objetivo específico.

59. En el plano pragmático se han mostrado ciertas reticencias en considerar que los actos directivos serían susceptibles de contener compromisos, más allá de los supuestos en que medie la aceptación por parte del destinatario de la orden o del mandato⁷⁰. Sin embargo, según las nuevas orientaciones indicadas, se ha de poner énfasis en que la apreciación de su existencia no depende tanto de la naturaleza del acto, sino de la noción misma de compromiso⁷¹. De esta manera, una mirada a este tipo de declaraciones sobre la base de una amplia concepción del compromiso permitiría sostener una tesis distinta.

60. Con el fin de ampliar esta idea, examínense los siguientes ejemplos:

Ejemplo 3. Por la presente, le instamos a que conceda el crédito mencionado a nuestra filial.

Ejemplo 4. Siguiendo con nuestra leal trayectoria, le solicitamos que otorgue a dicha empresa el préstamo por el importe indicado.

61. Se puede constatar que, mediante este tipo de declaraciones, la entidad matriz intentaría influir en la conducta de la entidad bancaria para que conceda el crédito a una empresa determinada. En un contexto comercial concreto, estas declaraciones no son una mera solicitud, sino que a través de aquellas la matriz asumiría un compromiso que proyectaría una serie de responsabilidades y expectativas sobre el declarante y, si accede a lo solicitado, también sobre el destinatario⁷².

62. En efecto, al emitir estas declaraciones la emisora estaría asumiendo un compromiso télico, pues se explicitaría una meta concreta (la concesión del crédito). Sin embargo, a diferencia de los compromisos presentes en los actos comisivos, estos presentarían una estructura eventitiva diferente. Así, aunque en estos tipos de compromiso el objeto a alcanzar solo se podría llevar a cabo por el destinatario de la declaración, el declarante asumiría la posibilidad, y consecuente responsabilidad, de que el crédito sea concedido. En este sentido, la emisora establecería una previsión positiva sobre el buen desarrollo de la concesión del crédito ya que, al instar o solicitar a una entidad bancaria la concesión de un préstamo a favor de otra empresa, la matriz estaría confirmando, de un lado, que el destinatario de la directiva podría concederlo y, de otro, que la empresa estaría en disposición de cumplir con sus

⁶⁸ J. SEARLE, *op. cit.*, pp. 21 y s.

⁶⁹ J. L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁰ M. S. GREEN, *Self-Expression*, Oxford University Press, 2007, p. 76.

⁷¹ M. HANCHER, "The classification of cooperative illocutionary acts", *Language in Society*, Vol. 8 (1), 1979, pp.1-14; B. GEURTS, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁷² Así, entre el dador de la orden y el destinatario de la orden se da una suerte de vinculación por razón de una "acción normativa". G. H. V. WRIGHT, *Norma y acción: una investigación lógica*, Tecnos, 1979, pp. 91-92.

obligaciones. Una inferencia que deriva del propio entorno en el que se desenvuelve la propia emisión de estas declaraciones.

63. Como se ha dicho a propósito de la causa de este negocio jurídico, estas cartas se emiten en el contexto del riesgo de incumplimiento por el deudor, con el fin de dar seguridad y certidumbre al acreedor. Por ello, esa solicitud y ese mandato supondrían un interés por parte del mandante en torno a la operación a la que hace referencia, de modo que presupondría que estaría dispuesto a asumir las consecuencias que se predicaran de lo mandado⁷³. Un hecho que generaría confianza en el destinatario de la misiva, en tanto el mandante tendría relación con la operación a financiar. Por este motivo, se dice que existiría un compromiso, pues estas declaraciones conllevan una serie de implicaturas sobre lo que ha de suceder en caso de que se frustren las expectativas proyectadas. Un compromiso, en definitiva, de responsabilidad o de cobertura adicional en torno a ese contenido proposicional⁷⁴. De lo contrario, sin esa responsabilidad accesoria, cualquier solicitud, mandato o autorización de crédito perdería toda lógica y función.

B. Las declaraciones de conocimiento como expresión de un compromiso atético

64. Según la naturaleza de lo declarado, es común en la literatura jurídica hablar de declaraciones de conocimiento -o de ciencia- para referirse a aquellas que tienen un contenido testimonial o aser-tórico, como materia de conocimiento⁷⁵. Unas declaraciones que, en el plano pragmático, supondrían un acto representativo o enunciativo, cuyo objeto ilocucionario sería decir algo sobre la realidad. Declaraciones que, según lo expuesto, serían, además, expresión de un compromiso atético, pues, aunque su contenido proposicional carecería de un final natural, el emisor asumiría la responsabilidad de que el estado de cosas o circunstancias aludido sea real o exista.

65. *Declaraciones de conocimiento y actos representativos.* Como se puede observar, la estructura compromisoria de estos actos difiere de la de otros ilocucionarios. En estos no se explicitaría por el declarante un objetivo concreto, sino que, simplemente, se daría cuenta de una realidad conocida. Sin embargo, la potencialidad de tales declaraciones sería capaz de satisfacer las necesidades del destinatario. Por ello, se dice que en estos casos existiría un compromiso con la verdad de lo dicho, esto es, un compromiso de que esa proposición coincida con la realidad⁷⁶. Compromiso que, a su vez, generaría confianza y expectativas, pues el declarante, aun no asumiendo un concreto deber de actuar, sí que asumiría la responsabilidad de lo dicho. Una actuación que se ha definido como la exposición a la culpa, censura, reproche o deber de responder, en caso de que la proposición no sea verdadera en los términos indicados⁷⁷.

66. Para profundizar sobre esta cuestión, analícense los siguientes ejemplos:

Ejemplo 5. Esta sociedad es una compañía en donde yo mismo y mi grupo empresarial ostentamos una posición de mayoría absoluta en el capital de la misma y tenemos interés de que la citada operación se resuelva con toda normalidad⁷⁸.

⁷³ En el plano pragmático, los teóricos señalan que la adecuación del enunciado –en este caso, del acto directivo- requiere la concurrencia de una serie de condiciones. Así, junto a las del contenido proposicional, han de darse las condiciones preparatorias, es decir, que el emisor tenga autoridad para emitir la declaración; condiciones de sinceridad, que el hablante desee que el acto ordenado se ejecute y la condición esencial, que tiene que ver que con la intención del hablante de que el hecho de la emisión lleve al oyente a llevar a cabo el acto. J. SEARLE, *op. cit.*, p. 72.; M. V. ESCANDELL VIDA, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁴ Numerosos cuerpos legales han aprehendido este compromiso, tipificando el mandato de crédito como garantía personal, del que se deriva una obligación de tipo fideiusorio a cargo del mandante. En este sentido, el art. 758 BGB alemán (*Kreditauftrag*), art. 1958 del Codice civile italiano (*mandato di credito*) y la ley 526 de la ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

⁷⁵ E. BETTI, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁶ J. SEARLE, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ W. ALSTON, *Illocutionary acts and sentence meaning*, Cornell University Press, 2000, p. 55.

⁷⁸ En análogos términos la carta de patrocinio trata en la STS 13 febrero 2007 [RJ 1026/2007].

Ejemplo 6. Por respeto a nuestra reputación, siempre hemos tratado las obligaciones de nuestra filial de la misma manera que nuestras propias obligaciones⁷⁹.

67. A la luz de lo expuesto, se ha de insistir en que asumir un compromiso no siempre conlleva una conducta activa, sino, también, puede suponer una conducta pasiva, como es la de asumir cierto grado de responsabilidad o, más concretamente, exponerse a las posibles consecuencias que se prediquen de la quiebra de lo dicho o de lo hecho. En este tipo de misivas, el declarante no solo estaría transmitiendo un conocimiento, sino asumiendo una posición consciente en torno a lo dicho que, lógicamente, conllevaría ciertas implicaciones, pues su emisión no tiene carácter neutro, aunque no muestre un objetivo o un juicio explícito.

68. En efecto, solo desde una óptica excesivamente formalista y carente de una completa hermenéutica del acto se podría considerar que tales declaraciones se limitan a informar o a dar a conocer una determinada circunstancia. Así, sería un error considerar que en los actos constatativos o representativos existiera una suerte de incompatibilidad lógica entre el acto en cuestión y la autonomía de la voluntad o, si se prefiere, entre el acto de informar y el acto de disponer. En tal sentido, pese a la naturaleza enunciativa de estas declaraciones, no supone ello que, en el contexto de la interacción social, no adquieran un significado práctico como criterio de conducta⁸⁰. Tal y como se puede advertir, los dos ejemplos manejados no se limitarían a informar ni a describir determinados extremos, sino que con ellas se pretendería establecer una inferencia práctica en torno a una situación económicamente relevante para las partes⁸¹. Estas aseveraciones establecerían un valor o un deber ser, dentro de un contexto determinado, que sirve de guía para futuras acciones o comportamientos del destinatario de la misiva⁸². En definitiva, ambas declaraciones tendrían un objetivo claro y una función esencial: garantizar la realidad de un hecho como presupuesto de potenciales relaciones económicas futuras.

69. De este modo, mediante las declaraciones de conocimiento, la matriz asumiría un compromiso de ejecución instantánea. A diferencia de las declaraciones de voluntad, en las que su núcleo central viene representado por un acto futuro sobre el contenido proposicional, en estas declaraciones el núcleo del compromiso vendría representado por acto presente o simultáneo. Mientras que en las primeras, la asunción del compromiso exigiría la realización de una serie de conductas posteriores –positivas o negativas– para cumplir con la meta explicitada, las segundas no implicarían una conducta posterior⁸³, sino que, por la sola emisión de la declaración se cumpliría con la finalidad pretendida, al exponerse a cierto grado de responsabilidad. Todo ello, con independencia de cuál sea el elemento normativo al que se encuentre afecto dicho vínculo⁸⁴.

V. Consecuencias prácticas

70. Como se ha tenido ocasión de señalar, el concepto de „materia contractual“ o de „obligaciones contractuales“ en el ámbito del DIPr. europeo descansa sobre la existencia de un compromiso

⁷⁹ M. OBERMÜLLER, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁰ E. BETTI, *op. cit.*, p. 43.

⁸¹ En torno a esta idea, H. V. WRIGHT, *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, 1987, pp. 121 y ss.

⁸² En este sentido, afirmaba KALINOWSKI que la diferencia entre la razón en su uso teórico o en su práctico no deriva de la alteridad de las operaciones mentales, sino en la diversidad de los fines perseguidos. G. KALINOWSKI, “La razón práctica. Sus conceptos, juicios y razonamientos”, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Granda, 1977, Núm. 17, p. 203. A este respecto, se ha llegado a afirmar que toda proposición es susceptible de dirigir la acción humana. Vid. M. BALLESTER, “La unidad interna del saber en G. Kalinowski”, *Revista Internacional de Filosofía*, 1994, Núm. 8, p. 133.

⁸³ En torno a la vinculación entre las promesas y las aserciones, vid. G. WATSON, “Asserting and Promising”, *Philosophical Studies*, Núm. 117 (1-2), 2004, pp. 57-77.

⁸⁴ En el contexto socioeconómico en el que se desenvuelve esta figura subyace una triple relación que permite al beneficiario confiar en la solvencia del deudor. Así, el beneficiario siente confianza a través de un mecanismo específico: el convencimiento de que el garante no le inducirá a error. Una confianza inspirada en situaciones derivadas del contexto (posición social, política, económica o de otro tipo) que otorgan al garante un plus de credibilidad. Vid. en igual sentido, S. LÓPEZ URIEL, *op. cit.*, p. 355.

libremente asumido o de una obligación jurídica identificable. Sin embargo, el TJUE no ha especificado que debe entenderse por tal compromiso u obligación, sino que se ha limitado a indicar cuando un caso presenta esa naturaleza contractual y cuando no. No obstante, de la exégesis de sus pronunciamientos se puede extraer que existe un compromiso cuando una parte asume el deber o la responsabilidad de realizar una prestación o ventaja económica a favor de otra.

71. Desde esta perspectiva, es fácil identificar una obligación en aquellas cartas de patrocinio que incluyen declaraciones de voluntad, en tanto se explicita un programa prestacional propuesto por la matriz. Ahora bien, esta concepción tradicional de las obligaciones en su fórmula promisoria no impide apreciar la existencia de otras obligaciones formuladas en una aserción, pues los compromisos y las obligaciones no siempre implican conductas activas, sino también puede implicar conductas pasivas, como ocurre con las declaraciones de conocimiento en las que simplemente se aporta un relato informativo.

72. En este sentido, el análisis de estas declaraciones como actos de habla permite advertir criterios que, no solo facilitan la identificación y caracterización de esos compromisos, sino también ofrecen una posible clasificación. Así, en la medida en que es la estructura temporal interna de la prestación la que mayor dificultad presenta a la hora de identificar un compromiso en determinadas declaraciones, la telicidad se erige como factor determinante para su comprensión. Un criterio por el que se pueden distinguir compromisos *télicos* y compromisos *atélicos*. De esta manera, las declaraciones de voluntad serían expresión de los primeros, en tanto expresarían la meta u objetivos concretos a realizar o conseguir para entender cumplido ese compromiso. En contraposición, las declaraciones de conocimiento albergarían este segundo tipo de compromisos, al carecer de ese punto natural de conclusión. Mientras que los primeros precisarían de una actuación -generalmente posterior- para alcanzar la finalidad económica propuesta, los segundos serían autorealizativos, en tanto se efectuarían tan pronto como nacen o surgen.

73. Dicho lo anterior, debe reiterarse que el análisis planteado se ha de entender en un sentido económico más que jurídico. La telicidad pretende destacar la estructura eventitiva del compromiso y no su posible eficacia jurídica en el plano sustantivo. Sin embargo, se trata de una idea que ofrece grandes posibilidades tanto en el ámbito teórico, como en el plano práctico. Una serie de conjeturas que parecen converger en las conclusiones que ya la doctrina internacionalprivatista había prefigurado.

74. Consecuencia de todo lo anterior, y desde la autonomía conceptual que caracteriza al DIPr. de la Unión Europea, se puede afirmar que las cartas de *comfort* presentan una naturaleza contractual y, concretamente, pueden ser calificadas como un contrato de prestación de servicios. Un razonamiento que se fundamenta sobre la base de una premisa fundamental: que todas las declaraciones de patrocinio presentan compromisos con una misma finalidad económica, concretada en la atribución al destinatario de un estado de seguridad en torno su posición crediticia.

75. A este respecto, el RRI señala que los contratos de prestación de servicios se regirán por la ley del domicilio del prestador del servicio. En la medida en que la finalidad económica es la que marca la calificación de las cartas como contrato de servicios, el prestador de aquellos será el emisor de las declaraciones, pues es este quien con su conducta alcanza dicho fin. Por tanto, la gran mayoría de las cartas de patrocinio se regirán por la ley del lugar del domicilio de la matriz.

76. Por su parte, esa calificación en un litigio internacional abrirá, también, el foro contractual consagrado en el RBI-bis, de modo que serán competentes los tribunales del lugar de prestación de servicios. Ahora bien, cuando tales cartas expresen declaraciones de voluntad (compromiso *télico*), aquel lugar será donde se cumple la meta fijada y que, generalmente, coincidirá con el lugar del domicilio de la filial. En contraposición, en las cartas que incluyan declaraciones de conocimiento (compromiso *atélico*) el lugar de la prestación del servicio será aquel en donde cumple su finalidad. En la medida en que está se identifica con la generación de estado de seguridad a favor del destinatario, este no será otro que el lugar de su domicilio.

El empleo verde: contexto supranacional, aproximaciones conceptuales y retos para las políticas del mercado de trabajo*

Green jobs: supranational context, conceptual approaches and challenges for labour market policies

MIRIAM MONJAS BARRENA

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

ORCID: 0000-0001-6438-2915

Recibido:07.06.2025 / Aceptado:28.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9890

Resumen: En un escenario global de “permacrisis” (económicas, climática, sanitaria, energética...) la transición ecológica hacia un modelo de desarrollo sostenible se ha convertido en una cuestión central para las políticas internacionales y supranacionales y, en consecuencia, también para las políticas y economías nacionales. Esta transición ecológica tiene (y está teniendo ya) impactos sociales significativos y desiguales que deben ser gestionados de la manera más justa posible, particularmente, en términos de empleo. Aparece así la transición justa como concepto de referencia para situar la justicia social en el centro de las transiciones ecológicas que tiene su manifestación más relevante en el empleo verde como instrumento para superar los desafíos que la transición hacia la economía verde supone para las políticas nacionales del mercado de trabajo.

Palabras clave: Empleos verdes, transición ecológica, transición justa, políticas del mercado de trabajo.

Abstract: In a global scenario of “permacrisis” (economic, climatic, health-related, energy-related, etc.), the ecological transition toward a model of sustainable development has become a central issue for international and supranational policies and, consequently, for national policies and economies as well. This ecological transition has (and is already having) significant and unequal social impacts that must be managed as fairly as possible, particularly in terms of employment. Thus, the concept of a just transition emerges as a key framework to place social justice at the heart of ecological transitions. Its most relevant manifestation is green employment, which serves as a tool to overcome the challenges that the shift toward a green economy poses for national labor market policies.

Key words: Green jobs, green transition, just transition, labor market policies.

Sumario: I. Consideraciones previas. II. El contexto de políticas, estrategias, objetivos y normas: cambio climático, transición justa, desarrollo sostenible y otros conceptos relacionados con los empleos verdes: 1. Cambio climático y transición ecológica. 2. Transición ecológica, pero justa. 3. Desarrollo sostenible hacia una economía verde. 4.- El marco estratégico español. III. Aproximaciones al concepto de empleo verde en la acción política internacional y de la Unión Europea: 1. El punto de partida. 2. La OIT y los empleos verdes. 3. Los empleos verdes en la UE. 4. De los empleos

*Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Hacia una nueva gobernanza en la UE: de la RSC a los factores ESG (PP2024_18)” de la convocatoria de Financiación de Proyectos de Investigación Propios 2024, financiada por la Universidad Pontificia Comillas”.

verdes a las competencias verdes. IV. Algunos retos del empleo verde para las políticas del mercado de trabajo en España: 1. El concepto de empleos verdes. 2. El fomento del empleo verde. 3. La formación profesional (en competencias verdes) en el empleo. 4. El diálogo social y la negociación colectiva verdes.

I. Consideraciones previas

1. La idea de empleo verde surge en el contexto de un escenario global de crisis múltiples y casi permanentes (económicas, climática, sanitaria, energética...) y, sin duda, alguna en el marco de la proyectada ruta para la superación de éstas, la de transición (ecológica y justa) hacia una economía mundial basada en el desarrollo sostenible.

2. Esta transición ecológica requiere una profunda transformación del modelo productivo actual en otro basado en el desarrollo económico, ambiental y socialmente sostenible que afectará (está afectando ya) al mundo del empleo, a través de la destrucción de muchos puestos de trabajo, la creación de otros y la modificación de los perfiles profesionales. Y, si bien, es cierto que hay consenso en afirmar que los beneficios de la transición superarán, con creces, los costes, con un balance neto positivo de empleo, el resultado no se producirá solo, ni automáticamente. Por ello, el camino hacia una economía verde exige una delicada combinación de políticas económicas, ambientales y laborales específicas que permitan crear el entorno adecuado para lograr que la transición sea socialmente justa.

3. Precisamente, en este contexto de crisis y de profundos cambios, en el discurso de los organismos internacionales, se propugna la noción de empleo verde como una suerte de mecanismo de compensación de los efectos negativos pronosticados para el empleo a causa de la transición ecológica. Y así, se multiplican los estudios que ofrecen mediciones y estadísticas sobre los empleos verdes ya creados, sobre sus perspectivas de crecimiento a medio y largo plazo o sobre los sectores económicos en los que es más probable la aparición de yacimientos de empleos verdes, insistiendo en el enorme potencial que la transición ecológica tiene para la creación y transformación de empleo de calidad.

4. Así las cosas, en las páginas que siguen se intentará ofrecer una revisión actualizada, sintética y crítica de las orientaciones, políticas e instrumentos adoptados, a nivel internacional y comunitario, en materia de transición ecológica y, en particular, en el ámbito del empleo verde, con el fin de facilitar y apoyar la formulación e implementación de las políticas nacionales de mercado de trabajo que permitan superar los desafíos que plantea una transición ecológicamente justa y hacer así realidad el potencial de creación de nuevos y mejores empleos en la nueva economía verde, con especial atención a los retos que se plantean en nuestro mercado de trabajo.

II. El contexto de políticas, estrategias, objetivos y normas: cambio climático, transición justa, desarrollo sostenible y otros conceptos relacionados con los empleos verdes

5. La creciente preocupación por los problemas climáticos y ambientales es una cuestión central para las relaciones internacionales y, de la mano de la Unión Europea, también para las políticas y economías nacionales de los Estados Miembros¹. Desde los años noventa del siglo pasado, nos encontramos inmersos en una dinámica global de políticas de cambios y transiciones (energética, ecológica, justa) que se enmarcan en el proceso internacional liderado por la organización de Naciones Unidas (ONU), bajo la denominación de “desarrollo sostenible”.

¹ JÉRÔME PORTA, “Quelle écologisation du droit du travail?“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 3/2023, mis en ligne le 01 décembre 2023, <http://journals.openedition.org/rdctss/6216>,

6. Este proceso se manifiesta globalmente a través de la proclamación de una serie de objetivos que están sujetos a ambiciosas agendas de cumplimiento y que se proyectan en los diferentes organismos especializados de la ONU, y también en otros de carácter supranacional y regional, encargados todos ellos de concretar las directrices y principios que deben inspirar las políticas de los Estados para su consecución².

7. Así, la ONU ha situado la sostenibilidad en el centro del debate político, jurídico, social y también mediático. La Agenda 2030 ha fijado una serie de objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que tienen una indudable repercusión a nivel planetario y que han sido plenamente asumidos por la UE como ejes de orientación de su acción política y normativa para 2030 y 2050³.

8. Como después se verá, los empleos verdes están relacionados con muchos de estos ODS, aunque, en puridad, su nacimiento se produce en el contexto de las primeras medidas adoptadas a nivel internacional para luchar contra el cambio climático. Por ello, antes de entrar de lleno en el análisis de los empleos verdes, conviene detenerse, aunque sea brevemente, en aquellos conceptos que, aun no siendo propiamente jurídicos, están en el origen y desarrollo de aquéllos.

1. Cambio climático y transición ecológica

9. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), define éste, en su artículo 1, como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera global y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”⁴.

10. Sin entrar en los extensos y controvertidos debates científicos sobre las causas, el alcance y las consecuencias del cambio climático y, aceptando el hecho de que el clima terrestre siempre ha sufrido variaciones naturales, la cuestión más relevante en esta materia es determinar cómo y hasta qué punto influye la actividad humana en el cambio climático para poder entonces adoptar las correspondientes medidas de mitigación y de adaptación, así como de financiación de los ajustes necesarios⁵.

11. La preocupación por el cambio climático y la transición energética no es nueva, pero parece que la combinación entre la experiencia (ya casi diaria) sobre los efectos del calentamiento global y la suma de evidencias científicas ha provocado un cambio fundamental en la opinión pública y en el discurso político, de modo que la comunidad internacional ha llegado a un consenso sobre la gravedad de la situación climática actual⁶; así, sobre la base de los informes emitidos por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)⁷, las sucesivas Conferencias de las Partes (de Naciones

² S. DE SOTO RIOJA, *Retos del empleo verde* (guion de la intervención), pág. 3, www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Sebastián%20de%20Soto.pdf

³ T. SACHS, “L’environnementalisation du droit du travail au milieu du gue”, *Revue Internationale du Droit Économique*, 2023, pág. 71.

⁴ <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

⁵ *Trabajo y cambio climático: la iniciativa verde*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017, pág. 1.

⁶ *Ibidem*, pág. 2.

⁷ La creación del Grupo Internacional de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) de fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988. Su tarea inicial, como se describe en la Resolución 43/53 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 6 de diciembre de 1988, fue preparar un examen exhaustivo y recomendaciones con respecto al estado de los conocimientos de la ciencia del cambio climático; el impacto social y económico del cambio climático, y las posibles estrategias de respuesta y elementos para su inclusión en una posible convención internacional futura sobre el clima. Desde 1988, el IPCC ha tenido seis ciclos de evaluación y ha entregado seis informes de evaluación, los informes científicos más completos sobre el cambio climático producidos en todo el mundo. También ha producido una serie de informes metodológicos, informes especiales y documentos técnicos, en respuesta a solicitudes de información sobre asuntos científicos y técnicos específicos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), los gobiernos y las organizaciones internacionales, disponible en <https://www.ipcc.ch/about/history>

Unidas) han convertido la preocupación climática en una cuestión central para las relaciones internacionales y las políticas y economías nacionales⁸.

12. En cuanto a lo primero, el IPCC, la autoridad más reconocida por la comunidad internacional en la materia, en su último informe de síntesis de 2023, llega, entre otras, a las siguientes conclusiones⁹:

- Las actividades humanas, principalmente a través de las emisiones de gases de efecto invernadero, han causado inequívocamente el calentamiento global y siguen aumentándolos, con contribuciones históricas y actuales desiguales derivadas del uso insostenible de la energía, el uso de la tierra y el cambio de uso de la tierra, los estilos de vida y los patrones de consumo y producción en las distintas regiones, entre los países y dentro de ellos, y entre los individuos.
- Para limitar el calentamiento global provocado por el hombre a 1,5 o 2 °C, es necesario que las emisiones netas de CO₂ sean cero en esta década. Aunque algunos cambios futuros son inevitables y/o irreversibles, una reducción profunda, rápida y sostenida de las emisiones de gases de efecto invernadero conduciría a una desaceleración perceptible del calentamiento global en alrededor de dos décadas, y también a cambios perceptibles en la composición atmosférica en unos pocos años.
- La adopción de medidas aceleradas y equitativas, para mitigar los efectos del cambio climático y adaptarse a ellos es fundamental para el desarrollo sostenible, dentro del marco establecido por los ODS, priorizando la equidad, la justicia climática, la justicia social, la inclusión y los procesos de transición justa, así como un desarrollo resiliente al clima.

13. Respecto de lo segundo, las Conferencias de las Partes (COP) se celebran anualmente para adoptar las decisiones que, con fundamento en las aportaciones científicas del IPCC, permitan avanzar en los compromisos de los Estados para luchar contra el cambio climático. Este proceso internacional, liderado por Naciones Unidas, comienza en la Cumbre de Río de 1992, con el nacimiento de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que inicia la consideración formal de éste y cuyo objetivo es, en consecuencia, "estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero a un nivel que impida interferencias antropógenas (inducidas por el hombre) peligrosas en el sistema climático y que debería alcanzarse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible"¹⁰.

14. El valor de la Convención es doble: por un lado, los países industrializados asumen el compromiso de adoptar medidas de mitigación de los gases de efecto invernadero (GEI) en el marco de sus políticas nacionales con el apoyo financiero del Fondo para el Medio Ambiente Mundial; por otro lado,

⁸ Desde la creación del IPCC, cada Informe de Evaluación ha contribuido directamente a la formulación de políticas climáticas internacionales. En 1990, el Primer Informe de Evaluación del IPCC (FAR) subrayó la importancia del cambio climático como un desafío con consecuencias globales y que requiere cooperación internacional. Desempeñó un papel decisivo en la creación de la CMNUCC, el tratado internacional clave para reducir el calentamiento global y hacer frente a las consecuencias del cambio climático. El Segundo Informe de Evaluación (SAR, 1995) proporcionó material importante para que los gobiernos se basaran en el período previo a la adopción del Protocolo de Kioto en 1997. El Tercer Informe de Evaluación (TAR, 2001) centró la atención en los impactos del cambio climático y la necesidad de adaptación. El Cuarto Informe de Evaluación (AR4, 2007) sentó las bases para un acuerdo posterior a Kioto, centrándose en limitar el calentamiento a 2 °C. El Quinto Informe de Evaluación (AR5) se finalizó entre 2013 y 2014. Aportó la aportación científica al Acuerdo de París. El IPCC ha completado su sexto ciclo de evaluación, en el que produce tres Informes Especiales, un Informe Metodológico y el Sexto Informe de Evaluación. El primero de estos informes especiales, Calentamiento global de 1,5 °C (SR15), fue solicitado por los gobiernos del mundo en el marco del Acuerdo de París. En mayo de 2019, el IPCC finalizó la Revisión 2019, una actualización de las Directrices del IPCC de 2006 sobre los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero. El Informe especial sobre el cambio climático y la tierra (SRCCL) se publicó en agosto de 2019 y el Informe especial sobre el océano y la criosfera en un clima cambiante (SROCC), en septiembre de 2019. El Sexto Informe de Evaluación (AR6) se finalizó en marzo de 2023, a tiempo para el primer balance mundial a fines de 2023, disponible en <https://www.ipcc.ch/about/history/>

⁹ Disponible en <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr>

¹⁰ <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/>

supone el punto de partida de las reuniones anuales de las COP y de la acción normativa posterior en materia de cambio climático¹¹.

15. Así nace el Protocolo de Kioto, primer tratado internacional que establece objetivos jurídicamente vinculantes para poner en marcha CMNUCC, de modo que, sobre la base de sus principios y disposiciones, los países más contaminantes (especialmente, algunos integrantes de la Unión Europea) se obligan a reducir sus emisiones en virtud del principio de responsabilidades comunes, en función de sus capacidades, y con dos periodos de cumplimiento que llegan hasta el año 2020¹².

16. Posteriormente, en la COP 21, se adopta el Acuerdo de París de 2015, que supone un hito en el proceso multilateral de lucha contra el cambio climático porque, por primera vez, un acuerdo vinculante aúna a todos los países miembros de Naciones Unidas en el objetivo común de emprender esfuerzos ambiciosos, no solo para combatir sino también para adaptarse a los efectos del cambio climático. El de París es el primer acuerdo universal para luchar contra el cambio climático, con un plan de actuación en el que las partes adoptan, en esencia, los compromisos que siguen¹³:

- Mantener a largo plazo el aumento de la temperatura media mundial, “muy por debajo” de los 2 °C, procurando al mismo tiempo limitarlo a 1,5 °C, con respecto a los niveles preindustriales, durante este siglo”.
- Estabilizar lo antes posible las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero y conseguir el objetivo de cero emisiones netas en la segunda mitad del presente siglo.
- Asegurar la transparencia y supervisión de las acciones emprendidas en los correspondientes planes quinquenales de acción mediante la información del grado de consecución de sus objetivos tanto de mitigación como de adaptación, a los efectos derivados del calentamiento global.
- Financiar esta lucha contra el cambio climático para ayudar a los países vulnerables tanto a reducir las emisiones como a aumentar la resiliencia frente al cambio climático.

17. Esta acción climática internacional se ha visto reforzada por la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en el marco de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, pues el cambio climático está expresamente contemplado en el ODS 13, denominado “Acción por el clima”, cuyas metas proponen la incorporación de medidas para luchar contra aquél en las políticas y estrategias nacionales, así como la mejora de la educación y sensibilización de la población (y también de las instituciones) en la mitigación del calentamiento global del planeta. En realidad, puede afirmarse que todos los objetivos y metas contribuyen a la agenda climática, no solo los directamente vinculados a cuestiones ambientales como el agua, la energía, los bosques y los océanos sino también los relacionados con la pobreza, la salud, la igualdad de género, la industria, el consumo, las ciudades, la economía o el empleo. No en vano, los 17 ODS y sus 169 metas constituyen una estrategia de transformación social para un desarrollo humano ambientalmente sostenible¹⁴.

18. Por su parte, la Unión Europea (UE), que ratificó el Acuerdo de París el 5 de octubre de 2016, está decidida a liderar el camino que lleva a acelerar la acción por el clima y el medio ambiente en todos los frentes. Para ello ha desarrollado una intensa acción normativa asociada a los objetivos del Acuerdo, con fundamento en los artículos 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento (TFUE), que le atribuyen la competencia en materia de política de medio ambiente, incluyendo como ámbitos de actuación, la contaminación del aire y del agua, la gestión de residuos y el cambio climático¹⁵.

¹¹ *Ibidem*.

¹² El Protocolo de Kioto fue aprobado el 11 de diciembre de 1997, pero el proceso de ratificación por las partes fue enormemente complejo por lo que no entró en vigor hasta el 16 de febrero de 2005; disponible en https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

¹³ Disponible en <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris>

¹⁴ J. NIETO SÁINZ/ A. B. SÁNCHEZ Y J. LOBATO, “Transición justa: la dimensión sociolaboral del cambio climático”, *Papeles de Economía Española*, N° 163, 2020, pág. 123.

¹⁵ Según el artículo 11 del TFUE “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y

19. Así, en diciembre de 2019, la Comisión Europea presenta el Pacto Verde, estrategia económica a largo plazo que incorpora un ambicioso paquete de medidas y una hoja de ruta de las actuaciones clave para conseguir dos objetivos: el primero y principal, convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro, a más tardar, en el año 2050; el segundo, proteger, conservar y mejorar la biodiversidad y proteger a los ciudadanos de los riesgos medioambientales, todo ello en el marco de una transición socialmente justa¹⁶.

20. En 2021, se aprueba la primera Ley Europea del Clima¹⁷ que consagra normativamente el objetivo de alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050, dotándolo de obligatoriedad; por un lado, en la industria, la meta señalada está en lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 al 50 %, como mínimo, y hacia el 55 % con respecto a los niveles de 1990, de manera responsable¹⁸; por otro lado, se da prioridad a la eficiencia energética mediante el desarrollo de un sector eléctrico basado en gran medida en fuentes renovables, completado con un rápido proceso de eliminación del carbón y con la descarbonización de gas¹⁹. En ese mismo año, se lanza también el paquete legislativo “Objetivo 55”, que incluye reformas normativas en áreas clave como el comercio de emisiones, las energías renovables, la eficiencia energética y el transporte que deberán ser integradas por los Estados miembros a través de sus planes nacionales de energía y clima (PNIEC)²⁰.

21. En 2003, se aprueba el Plan Industrial del Pacto Verde, con el objetivo de fortalecer la resistencia económica y la autonomía estratégica de Europa. A través del mismo, la UE ha propuesto tres normas clave: la Ley de Materias Primas Críticas, la Ley de Industria Neta Cero y la reforma del diseño del mercado eléctrico de la UE. Se pretende así mejorar el abastecimiento, reducir la dependencia de terceros países y garantizar la independencia energética en un entorno global cada vez más inestable²¹.

22. En fin, con el apoyo de inversiones en tecnologías ecológicas, sistemas sostenibles y nuevas empresas, el Pacto Verde pretende ser una nueva estrategia de crecimiento de la Unión para transformarla en una economía sostenible y competitiva, limpia y circular, que impulse el uso eficiente de los recursos para reducir la contaminación, detener el cambio climático y revertir la pérdida de la biodiversidad²².

23. Esta transición ecológica tendrá (está teniendo ya, de hecho) impactos sociales significativos que deben ser gestionados de la manera más justa posible, particularmente en términos de empleo, como se trata a continuación.

en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”. Por su parte, los artículos 191 a 193, bajo la rúbrica “Medio Ambiente” se dedican a la regulación de los instrumentos que integran la política medioambiental de la Unión Europea.

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea “El Pacto Verde Europeo”, de 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final.

¹⁷ El Reglamento 2021/1119/UE, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) n.º 2018/1999, (“Legislación europea sobre el clima”), DO L 243 de 9.7.2021.

¹⁸ Además, tal como exige la Ley del Clima, la Comisión también fija, en febrero de 2024, un objetivo intermedio adicional de reducir un 90 % las emisiones de aquí a 2040, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Garantizar nuestro futuro El objetivo climático de Europa para 2040 y la senda hacia la neutralidad climática de aquí a 2050. Construir una sociedad sostenible, justa y próspera”, COM/2024/63 final.

¹⁹ H. ÁLVAREZ CUESTA, “La transición energética y hacia una economía circular en el marco del trabajo digno”, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Y H. ÁLVAREZ CUESTA, (Dirs.), *Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación*, Colex, 2024, pág. 206.

²⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/869731/Architecture_factsheet_ES.pdf

Además, hay que citar la iniciativa *RepowerEU*, presentada en mayo de 2022, centrada en reducir la dependencia de la UE de los combustibles fósiles rusos en respuesta a la crisis energética producida por la guerra en Ucrania. A través de esta iniciativa, se busca diversificar las fuentes de energía, aumentar la eficiencia y acelerar la transición hacia energías renovables.

²¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/874492/Factsheet_ES.pdf

²² El “Objetivo 55”, ya prácticamente implementado, incluye un paquete de medidas legislativas sobre cinco áreas fundamentales: el comercio de los derechos de emisión de la UE; las emisiones del transporte marítimo, de los edificios, transporte por carretera y otros sectores, las emisiones de la aviación, el mecanismo de ajuste por cambio en frontera y el funcionamiento del Fondo sobre el Clima. Fichas temáticas sobre la Unión Europea–2025, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/72/la-lucha-contr-el-cambio-climatico>

2. Transición ecológica, pero justa

24. Tal y como reconoce la OIT, el cambio climático no es justo y las políticas de transición ecológica pueden tener consecuencias no deseadas para el empleo, los medios de subsistencia y el trabajo decente, así como para la pobreza, desigualdad y el desarrollo sostenible, en general²³. En concreto, las consecuencias para el empleo pueden contemplarse desde las cuatro perspectivas siguientes: (1) se crearán nuevos empleos; (2) algunos empleos podrían ser sustituidos por otros; (3) algunos empleos se perderán o eliminarán sin ser sustituidos por otros y (4) la mayoría de los empleos se transformarán. Además, estas consecuencias se distribuyen de modo desigual y, a menudo, se concentran en regiones o comunidades específicas, por lo que las nuevas oportunidades de empleo no siempre son para los mismos trabajadores que lo han perdido y en los mismos lugares, ni tampoco en el mismo periodo de tiempo, lo que provoca desajustes geográficos y temporales. Por otra parte, en la transición hacia una producción y consumo sostenibles, algunos sectores sufrirán, otros prosperarán y algunos otros experimentarán una transformación radical, dando paso a nuevas formas de producción, trabajo, consumo e, incluso, de vida²⁴.

25. No obstante, por lo que respecta al empleo, los estudios de la OIT concluyen que, si se adoptan medidas concertadas y coherentes por parte de todos los actores implicados, el empleo que se genere en un contexto de transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles compensará el riesgo de destrucción de puestos de trabajo y el resultado será una ganancia neta de empleo²⁵.

26. Aparece así la transición justa como el concepto de referencia para situar la justicia social en el centro de las transiciones ecológicas²⁶. La noción de transición justa surge, en un primer momento, de la mano del movimiento sindical para superar definitivamente las tradicionales contradicciones entre la concepción del trabajo, como uno de los pilares del sistema productivo y del crecimiento económico, y las exigencias medioambientales. En efecto, en los años 70 del siglo pasado, el sindicalismo estadounidense ya propuso la creación de un “superfondo” destinado a proteger a los trabajadores afectados por los cambios económicos derivados de las exigencias climáticas en la industria de las energías fósiles. En el año 2000, es la Confederación Sindical Internacional (CSI) la que recupera esta noción de transición justa para afrontar el importante reto de convertir a los trabajadores afectados por la descarbonización en actores del cambio climático junto al resto de protagonistas, esto es, los organismos internacionales, los Estados y la propia empresa²⁷.

27. Esta idea de “transición justa” es acogida rápidamente por los organismos internacionales; así, el Acuerdo de París 2015 tiene ya en cuenta “los imperativos de una reconversión justa de la fuerza laboral y de la creación de trabajo decente y de empleos de calidad, de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional”²⁸; y, en especial, la “Declaración de Silesia sobre la Solidaridad y la Transición Justa”, adoptada en la COP 2018, subraya el compromiso de reforzar la implementación de una transición justa para los trabajadores así como salvaguardar y crear empleo duradero y trabajo digno. De este modo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) integra la transición justa como un elemento esencial del desarrollo sostenible afirmando que “bien gestionadas, las transiciones hacia economías ambiental y socialmente sostenibles pueden constituir un importante motor para la creación de puestos de trabajo, la mejora de la calidad del empleo, la justicia social y la erradicación de la pobreza”²⁹.

²³ *Lograr una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2023, pág. 12.

²⁴ *Ibidem*, pág. 12.

²⁵ *Sostenibilidad ambiental con empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, pág. 46.

²⁶ TATIANA SACHS, ob. cit., pág. 74.

²⁷ JÉRÔME PORTA, ob. cit., pág. 3.

²⁸ Acuerdo de París, Naciones Unidas, 2015, pág. 2, disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

²⁹ *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*,

28. La OIT define la transición justa como el instrumento que permite ecologizar la economía de la manera que sea lo más justa e inclusiva posible para todos los interesados, creando oportunidades de trabajo decente y sin dejar a nadie atrás. Añade que la transición justa implica maximizar las oportunidades sociales y económicas de la acción climática, al tiempo que se minimizan y gestionan con cuidado los desafíos, mediante un diálogo social efectivo entre todos los grupos afectados y el respeto de los principios y derechos laborales fundamentales³⁰.

29. Las “Directrices de la OIT para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos”, adoptadas en 2015, hoja de ruta mundial para implementar la transición justa, proponen un marco de acción consensuado, a través de una serie de principios que sirvan de guía a las políticas nacionales para la consecución de la sostenibilidad económica y social. En esencia, proporcionan un conjunto completo de orientaciones a los países miembros, un marco amplio de acción que abarca el proceso y los mecanismos que posibilitan una transición justa basada en los siguientes ámbitos principales: políticas macroeconómicas y de crecimiento; políticas industriales y sectoriales; políticas relativas a las empresas; desarrollo de competencias; seguridad y salud en el trabajo; protección social; políticas activas del mercado de trabajo; derechos, y diálogo social y tripartismo³¹. Además, estas directrices están estrechamente vinculadas con la consecución de los objetivos de la Agenda de Desarrollo Sostenible, como después se verá.

30. En la UE, por su parte, el propio Pacto Verde Europeo (PVE) reconoce que abordar el cambio climático supone un esfuerzo sin precedentes de transformación para las economías, las políticas y las sociedades europeas. Requiere de una acción estratégica que combine reformas estructurales, normativas, de inversión y de innovación en numerosos ámbitos como el medio ambiente, la energía, el transporte, la industria, la agricultura o la construcción con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática. Esta(s) estrategia(s) implica(n) transformaciones de gran calado en el conjunto de sectores productivos antes mencionados que, como es lógico, impactan, también, de lleno, en el mundo laboral. Por ello, el PVE pone especial énfasis en que la transición debe ser socialmente justa y en que “no se llevará a cabo (o se llevará mal) sin tener en cuenta a los trabajadores”; así, no basta con fijar objetivos, sino que también es necesario propiciar el entorno adecuado para cumplirlos, poniendo a las personas y a los trabajadores en el centro de la transición³².

31. En términos de empleo, los efectos de esta transición variarán según el sector y la región, en función de su dependencia de actividades específicas. Los sectores dependientes de los combustibles fósiles, como el transporte y las industrias con un uso intensivo de la energía, experimentarán una transformación fundamental. Los trabajadores, las comunidades y las regiones que dependen de actividades con un uso intensivo de carbono serán los más afectados, por lo que se requiere un apoyo continuo para la transición justa a medida que ésta toma forma, junto con medidas y acciones de los Estados miembros estrechamente coordinadas y globales. La transición traerá nuevas oportunidades para las empresas y la creación de empleo para los trabajadores de todos los niveles de cualificación, pero beneficiará a algunas regiones más que a otras³³.

32. Se crea así el mecanismo de Transición Justa que, junto con el resto de los instrumentos de inversión que integran la política de cohesión de la UE, desempeña un papel esencial en el apoyo a las

Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, pág. 5, disponible en https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf

³⁰ <https://www.ilo.org/resource/other/climate-change-and-financing-just-transition>

³¹ *Lograr una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, ob. cit., pág. 14.

³² SEBASTIAN SABATO Y SOTIRIA THEODOROPOULU, “The socio-ecological dimension of the EU’S recovery: further traction for the European Green Deal en BART VANHERCKE, SEBASTIAN SABATO AND SLAVINA SPASOVA, *Social policy in the European Union: state of play 2022, Policymaking in a permacrisis*, ETUI, Brussels, 2023, pág. 45.

³³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Garantizar nuestro futuro. El objetivo climático de Europa para 2040 y la senda hacia la neutralidad climática de aquí a 2050. Construir una sociedad sostenible, justa y próspera”, COM/2024/63 final.

regiones y sectores más afectados por la transición porque dependen de combustibles fósiles o de procesos intensivos en carbono. Tiene como objetivo proteger a los ciudadanos y trabajadores más vulnerables a la transición, sufragando los costes económicos de ésta y facilitándoles el acceso a programas de reciclaje profesional, empleo en nuevos sectores de la economía o viviendas eficientes, desde el punto de vista energético, todo ello con apoyo en los planes territoriales de transición elaborados por los Estados Miembros y las regiones afectadas³⁴.

33. En concreto, se fomenta la adopción por los EE MM de acciones que, en atención a las circunstancias particulares, comprendan las siguientes medidas³⁵:

- Medidas para apoyar el empleo de calidad y facilitar la transición de un trabajo a otro lo que incluye, por ejemplo, ofrecer asistencia personalizada para la búsqueda de empleo y promover la creación de empleo, y facilitar el acceso a la financiación y a los mercados para las microempresas, las pequeñas y medianas empresas, en particular las que contribuyen a los objetivos medioambientales y climático. Medidas para apoyar la igualdad de acceso a una educación y formación de calidad sobre habilidades y competencias relevantes para la transición.
- Medidas para apoyar sistemas equitativos de protección social y fiscalidad, evaluándolos y, cuando sea necesario, adaptándolos, para contribuir a los objetivos climáticos y medioambientales.
- Medidas para apoyar el acceso asequible a servicios esenciales, a través de la inversión en energías renovables.
- Medidas para coordinar la acción política, seguir un enfoque de economía integral e involucrar activamente a los interlocutores sociales, la sociedad civil, las autoridades regionales y locales y otras partes interesadas.
- Aprovechamiento óptimo de la financiación pública y privada, en especial, a través de los mecanismos financieros que la UE pone a disposición de los EE MM para aplicar las medidas necesarias para una transición verde justa, promoviendo, por ejemplo, la creación de empleos verdes y el desarrollo de habilidades ecológicas³⁶.

34. En fin, el Pacto Verde Europeo, estrategia de crecimiento de la UE para hacer que las economías y sociedades de los EE MM sean ambientalmente sostenibles, insiste en el objetivo de una transición justa “que no deje a nadie atrás” y reconoce el papel esencial del Estado del bienestar para su consecución, a través de los mecanismos que le son propios y que se concretan en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Por ello, a partir de este Pacto, se ha ido conformando, progresivamente, un marco europeo para una transición verde justa que comprende orientaciones, políticas e instrumentos dirigidas a que los EE MM puedan amortiguar los desafíos sociales planteados³⁷, tal y como se tratará en las páginas que siguen.

³⁴ El primer pilar del Mecanismo para una Transición Justa (MTJ) es el Fondo de Transición Justa que constituye una herramienta fundamental para prestar apoyo personalizado a los territorios más afectados por la transición hacia la neutralidad climática. Se ejecuta en un régimen de gestión compartida, dentro del marco general de la política de cohesión, la principal política de la UE para reducir las disparidades regionales y abordar los cambios estructurales en la Unión. Reglamento (UE) 2021/1056, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa.

³⁵ Recomendación de la Comisión al Consejo para garantizar una transición equitativa hacia la neutralidad climática, COM (2021) 801 final.

³⁶ Así, *Next Generation EU* es un instrumento temporal para reparar el daño económico y social inmediato causado por la pandemia de coronavirus e impulsar la recuperación de la UE a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, aprobado por Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 (DO L 57 de 18.2.2021). También hay que mencionar aquí el Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021 (DO L 231 de 30.6.2021) por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus y el Reglamento (UE) 2023/995 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023 (DO L DOUE-L 80660 de 6.5.2023) por el que se establece el Fondo Social sobre el Clima.

³⁷ SEBASTIAN SABATO, MILENA BÜCHS AND JOSEFINE VANHILLE, ob. cit., pág. 4.

3. Desarrollo sostenible hacia una transición justa

35. La lucha contra el cambio climático y la transición justa son instrumentos de un objetivo mucho más ambicioso, el de la transformación del modelo económico de crecimiento, centrado en el aumento constante de la producción y del consumo, en otro basado en el desarrollo económico sostenible, en términos socio-ecológicos. Se trata del fin al que llevan todas las transiciones en marcha, englobadas bajo la denominación de “transición verde justa” por la UE y que, a nivel global, se plasma, con mayor o menor acierto, en la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la ONU en 2015, hoja de ruta de las Naciones Unidas para “mejorar la vida de las personas, sin dejar a nadie atrás”. Puede afirmarse que el desarrollo sostenible es el principio que debe guiar los desafíos mundiales de protección del medio ambiente, desarrollo económico e inclusión social³⁸.

36. El concepto de desarrollo sostenible se generaliza en 1987 a partir de un informe de la Comisión sobre medio ambiente y desarrollo de la ONU (Informe Brundtland), entendido como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. El éxito de la fórmula radica en su generalidad que permite que el concepto se vaya construyendo y evolucionando y que se pueda interpretar de muchas maneras igualmente válidas³⁹.

37. Aun cuando la interconexión entre derechos medioambientales y sociales no es ninguna realidad nueva en el discurso de la ONU, este concepto de desarrollo sostenible es formalmente acogido por la comunidad internacional en la Cumbre de la Tierra de las Naciones Unidas de 1992 que supuso una primera toma de conciencia sobre la necesaria gestión mundial del desarrollo humano, y de los recursos naturales y en la que se declaran 21 principios fundamentales sobre desarrollo sostenible⁴⁰.

38. Diez años después, en la Cumbre Mundial de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, se contrajo el compromiso de promover la integración de los tres componentes del desarrollo sostenible (desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente) como pilares interdependientes que se reforzaran mutuamente. Este compromiso será renovado en la Cumbre de Río de 2012 en la que, además, se incorporará la noción de transición justa, ya vista⁴¹.

39. Existe un claro acuerdo acerca de que el concepto de desarrollo sostenible se asienta sobre tres pilares o dimensiones (si bien no faltan quienes adicionan otras como la cultural o la de gobierno)⁴²:

- El pilar ambiental se fundamenta en el hecho de que la naturaleza no es una fuente inagotable de recursos por lo que hay que transitar hacia la sostenibilidad ambiental a través de políticas que, desde diversos frentes, contribuyan al cuidado del medio ambiente, la inversión en energías renovables, el ahorro de agua, la apuesta por la movilidad sostenible o la innovación en construcción y arquitectura sostenible, entre otros objetivos.

³⁸ *El papel de los ODS en la transición justa*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2020, pág. 9.

³⁹ Este informe también subraya que “existen dos conceptos inherentes a esta definición: el concepto de necesidades, especialmente, las necesidades esenciales de los más desfavorecidos, a quienes debemos dar prioridad absoluta, y el concepto de limitación, que nuestros medios y organizaciones sociales imponen a la capacidad del medio ambiente de responder a las necesidades actuales y futuras”. *Sindicalismo europeo y desarrollo sostenible*, European Trade Union Institute (ETUI), 2009, pág. 39.

⁴⁰ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) — también conocida como Cumbre de la Tierra, celebrada en 1992, en Río de Janeiro, insistió en que era indispensable establecer un equilibrio entre las dimensiones económica, social y medioambiental del desarrollo sostenible; no obstante, en el documento final se abordaron muy someramente las cuestiones que tenían que ver con el trabajo y prácticamente se pasó por alto su relación con el desarrollo sostenible. *Informe V. El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*, OIT. Ginebra, 2013, pág. 4.

⁴¹ *El futuro que queremos*, Declaración final de la Cumbre Internacional sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro, 2012, disponible en <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>

⁴² *Sindicalismo europeo y desarrollo sostenible*, ob. cit., págs. 45.

- La dimensión económica, dedicada a facilitar un crecimiento económico sostenible que genere riqueza equitativa, sin perjudicar los recursos naturales, y que promueva una inversión y reparto igualitario de los recursos económicos, lo que permitirá potenciar los otros dos pilares para lograr un desarrollo sostenible pleno.
- En el plano social, el desarrollo sostenible se centra en “satisfacer las necesidades del presente”, es decir, trabajar para que las personas, comunidades y culturas para alcancen un nivel global de calidad de vida, sanidad y educación adecuado y equitativo que se identifica, como mínimo, con los derechos sociales fundamentales reconocidos internacionalmente, que incluyen los propugnados en la Agenda del trabajo decente de la OIT.

40. Sin embargo, falta consenso sobre cómo se integran las tres dimensiones, o sobre si debe primarse el pilar ambiental sobre los demás para garantizar la habitabilidad del planeta o, en fin, sobre cuál deba ser el grado de integración entre los objetivos de las políticas sociales y ambientales⁴³.

41. En cualquier caso, el desafío del desarrollo sostenible supone trabajar para satisfacer las necesidades del conjunto de la humanidad (dimensión económica), preservando los recursos naturales (dimensión ecológica), en un marco de relaciones sociales igualitarias que permitan garantizar la cohesión social (dimensión social)⁴⁴. Y así, en la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 2015, los Estados coincidieron en la necesidad de establecer un programa internacional ambicioso que, integrando los tres pilares del desarrollo sostenible, concitase un mayor compromiso de los poderes públicos y de todos los agentes sociales para ampliar la perspectiva del desarrollo humano sostenible⁴⁵. Nace así la Agenda 2030, como escenario de acción internacional para el desarrollo sostenible, con la idea central de que la eliminación de la pobreza debe ir de la mano de estrategias que fomenten el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales como la educación, la sanidad, la protección social y las perspectivas de empleo, al tiempo que se combate el cambio climático y se protege el medio ambiente. Su eje central se compone de 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS), divididos en 169 metas, que presentan una serie de

Objetivos de desarrollo sostenible	
Objetivo 1.	Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo
Objetivo 2.	Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible
Objetivo 3.	Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades
Objetivo 4.	Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos
Objetivo 5.	Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas
Objetivo 6.	Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos
Objetivo 7.	Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos
Objetivo 8.	Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos
Objetivo 9.	Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación
Objetivo 10.	Reducir la desigualdad en los países y entre ellos
Objetivo 11.	Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles
Objetivo 12.	Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles
Objetivo 13.	Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*
Objetivo 14.	Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible
Objetivo 15.	Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad
Objetivo 16.	Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas
Objetivo 17.	Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible

* Reconociendo que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático.

Fuente: Resolución de la Asamblea General de 25-0-2015 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

⁴³ SEBASTIAN SABATO, MILENA BÜCHS AND JOSEFINE VANHILLE, ob. cit., pág. 6.

⁴⁴ *Sindicalismo europeo y desarrollo sostenible*, ob. cit., pág. 46.

⁴⁵ *El papel de los ODS en la transición justa*, ob. cit., pág. 9.

La Agenda 2023 tiene como precedente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio que fueron el marco de desarrollo predominante de 2000 a 2015 para la construcción de un mundo más pacífico, próspero y justo.

retos, interrelacionados entre sí, de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y universal, y que conjugan las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible⁴⁶.

42. Así, los ODS están dirigidos a la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro de los países y entre ellos, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, y el fomento de la inclusión social⁴⁷. En el marco de estas metas, el compromiso de los países firmantes es integrar los ODS en sus procesos de planificación y en sus estrategias y políticas internas, de acuerdo con sus realidades, capacidades y niveles propios de desarrollo, de manera que la Agenda 2030 se convierte así, no solo en un programa concreto de actuaciones, sino también en un marco de examen para las políticas públicas impulsadas por las Administraciones, en sus diferentes niveles⁴⁸.

43. En este punto, es conveniente destacar el importante papel desarrollado por la OIT en el proceso de integración de las políticas ambientales y laborales, con un temprano enfoque de transición justa, especialmente, en materia de cambio climático y empleos verdes⁴⁹. En realidad, casi todos los ODS tienen alguna relación con el mandato de la OIT y con los cuatro pilares de su Programa de Trabajo Decente, bien sea de modo explícito o indirecto. Por ello, si bien aquella colabora intensamente con Naciones Unidas en la efectiva implantación de todos los ODS, su labor se dirige, particularmente, a la consecución del Objetivo 8: *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*⁵⁰.

44. En fin, el reto es enorme y es global: lograr que el desarrollo mundial equilibre las dimensiones sociales, económicas y medioambientales. La transición ecológica del sistema productivo comportará procesos múltiples a largo plazo en los que la sostenibilidad se convierta en el principio rector de las políticas en todos los ámbitos y niveles, lo que requerirá transformaciones radicales de las economías y sociedades y que, en consecuencia, generará conflictos, contrapartidas y muchas incertidumbres⁵¹.

45. La Unión Europea, por su parte, ya venía propugnando desde los años noventa del siglo pasado, la relación entre medio ambiente y empleo⁵², así como la necesaria transición hacia un sistema económico y productivo sostenible⁵³, especialmente, a través de políticas comunitarias como la Estrategia de Lisboa de 2000 sobre crecimiento, competitividad y empleo que encontraba en las tecnologías ambientales “un importante potencial a favor de la economía, el medio ambiente y el empleo”⁵⁴.

⁴⁶ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es>

La Agenda 2030, documento de referencia en el que se enmarcan los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus 169 metas, se inspira en la Carta de Naciones Unidas, los Tratados de Derecho Internacional y Derechos Humanos, las Cumbres y Conferencias de Naciones Unidas que han sentado las bases del desarrollo humano, los Objetivos de Desarrollo del Milenio y todos los principios de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

⁴⁷ Véase, en extenso, la Resolución aprobada por la Asamblea General el 29 de septiembre de 2023 “Declaración política del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible celebrado bajo los auspicios de la Asamblea General, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/4025276/files/A_RES_78_1-ES.pdf

⁴⁸ *El papel de los ODS en la transición justa*, ob. cit., pág. 10.

⁴⁹ J. NIETO SÁINZ, A. B. SÁNCHEZ Y J. LOBATO, ob. cit., pág. 117.

⁵⁰ <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/trabajo-decente-y-la-agenda-2030-de-desarrollo-sostenible>

⁵¹ *El diálogo social y la negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición justa*, Secretaría de Salud laboral y Medio ambiente UGT-CEC, 2020, pág. 9.

⁵² Resolución 93/C 138/01, de 1 de febrero de 1993, del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, sobre un programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993. Es el V Programa de Acción Ambiental (*Hacia el desarrollo sostenible*) cuyo objetivo general era orientar progresivamente el modelo de crecimiento europeo hacia el desarrollo sostenible, creando el marco adecuado para un nuevo planteamiento del medio ambiente y de la actividad y desarrollo económico y social. De este modo, se pretendía la instauración en la UE de una política medioambiental horizontal, capaz de extender su contenido hacia todas las acciones de la Unión y de sus Estados miembros.

⁵³ Decisión nº 1600/2002/CE del PE y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el VI Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente (*El futuro en nuestras manos*), DOCE L 242, de 10 de septiembre de 2002.

⁵⁴ “Informe Empleo verde en una economía sostenible”, Fundación Biodiversidad, 2010, pág. 19.

46. La dimensión socioambiental fue formalmente incorporada en el Consejo Europeo de Göttingen de 2001, a través de su primera Estrategia Europea para el Desarrollo Sostenible (revisada en 2006), en la que se establecía, como objetivo fundamental de los Tratados, un modelo integral de desarrollo sostenible que exigía “utilizar las políticas económicas, sociales y ambientales de forma interactiva”, de modo que todos los sectores económicos “participen en el desarrollo y una mayor utilización de nuevas tecnologías favorables al medio ambiente”⁵⁵.

47. Posteriormente, con ocasión de la aprobación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, la Comisión europea adopta una estrategia global en materia de ODS, que se integrarán en todas las políticas de la UE, inspirando también la actuación estratégica de los Estados miembros, a través de un proceso europeo de coordinación de las políticas con los ODS, que refleje el carácter transversal y la interrelación entre los mismos⁵⁶.

48. Se parte de la premisa de que existe un amplio consenso entre los Estados miembros, las empresas y la sociedad civil de la UE sobre el necesario compromiso para garantizar un futuro sostenible en 2030 (y más allá) en el interés global de una economía moderna, un medioambiente limpio y el bienestar social, al tiempo que se asegura un planeta habitable. Por ello, los ODS se utilizan para orientar el desarrollo de la estrategia de crecimiento de la UE en los ámbitos con más valor añadido como la economía circular; la investigación e innovación; el empleo y la inclusión social; el clima y la energía; los sistemas alimentarios, la agricultura y el uso de la tierra y la política de cohesión. Por su parte, los Estados miembros elaboran sus estrategias nacionales sobre los ODS, que serán supervisadas posteriormente por la UE. Y, por último, se da también prioridad a la acción exterior de la UE en el contexto de los ODS⁵⁷.

49. Así ocurre con el mencionado Pacto Verde Europeo, pues la propia Comisión europea reconoce que el mismo es parte esencial de la estrategia de la UE para implementar la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible y los ODS y “da paso a una nueva estrategia de crecimiento que sustenta la transición de la UE hacia una sociedad equitativa y próspera que responda a los desafíos del cambio climático y la degradación del medio ambiente, mejorando la calidad de vida de las generaciones presentes y venideras”⁵⁸.

50. Esta opción por el desarrollo sostenible integral y la progresiva consolidación del marco normativo resultante de las estrategias comunitarias en la materia vienen ofreciendo importantes oportunidades de actividad económica y de generación de empleo en el sector medioambiental⁵⁹.

51. En fin, en este contexto de sostenibilidad, el desarrollo supone la transición hacia una economía verde, esto es, un modelo económico en la que la capacidad de atender las necesidades futuras no esté limitada por la utilización de los recursos, las emisiones y los desechos actuales. Una economía verde es aquella que “redunda en una mejora del bienestar humano y la equidad social, reduciendo considerablemente los riesgos para el medio ambiente y las carencias ecológicas”. Es una economía con bajas emisiones de carbono, que utiliza eficientemente los recursos y es socialmente inclusiva⁶⁰.

52. La economía verde implica sostenibilidad medioambiental y trabajo decente e integra los Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre otras cosas, mediante la promoción de la acción por el clima,

⁵⁵ A. GARCÍA LUPIOLA, “Cinco décadas de programas europeos sobre medio ambiente. Un repaso antes la llegada del octavo programa”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. XII Núm. 2 (2021), pág. 21.

⁵⁶ Fichas temáticas sobre la Unión Europea-2025, FTU_2.5.1, desarrollo sostenible, pág. 3, disponibles en www.europarl.europa.eu/factsheets/es

⁵⁷ *Para una Europa sostenible de aquí a 2030*, Comisión Europea, págs. 33 y ss., disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/reflection-paper-towards-sustainable-europe-2030_es

⁵⁸ SEBASTIAN SABATO AND SOTIRIA THEODOROPOULU, ob. cit., pág. 45.

⁵⁹ SEBASTIAN SABATO, MILENA BÜCHS AND JOSEFINE VANHILLE, ob. cit., pág. 7.

⁶⁰ *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*, PNUMA, 2011, disponible en www.unep.org/greeneconomy

la protección de la vida submarina y de los ecosistemas terrestres, el suministro de energía asequible y no contaminante y el fomento del trabajo decente y el crecimiento económico. La transición hacia una economía verde se asemeja a una revolución industrial, lo que conlleva oportunidades y desafíos para los mercados de trabajo. Por ello, esta transición verde debe complementarse con políticas de mercado de trabajo adecuadas, a fin de garantizar una transición fluida y justa⁶¹.

4. El Marco estratégico español

53. El nuestro es uno de los países de la UE en los que se esperan mayores impactos del cambio climático. En términos de contribución a la generación de gases de efecto invernadero, España emite el 0,8% de las emisiones mundiales y es el sexto mayor emisor de la UE-28, con un 8% de las emisiones. También es el país europeo en el que más han aumentado las emisiones de gases de efecto invernadero, en valor absoluto, entre 1990 y 2017, principalmente a causa de las provenientes del sector del transporte rodado, la generación de electricidad y calor, el sector residencial y el de servicios⁶².

54. La actuación de España en materia de transición ecológica es tributaria de las directrices establecidas por la Unión Europea y, al igual que los demás Estados Miembros (EE MM), también se ha comprometido a alcanzar los objetivos previstos en el Pacto Verde Europeo, en el paquete “*Fit for 55*” y en el Pacto Industrial Verde y, con ellos, además, los fijados en el Acuerdo de París y en los ODS (ya integrados por la UE en los primeros). Para ello, España cuenta con Marco Estratégico de Energía y Clima, concebido en 2019 como la herramienta para lograr el objetivo fundamental de la descarbonización de la economía y que pivota sobre tres ejes principales: la mitigación, la adaptación y la transición justa. Es el marco normativo y jurídico en el que se integran las medidas estratégicas para alcanzar las metas económicas y sociales fijadas para 2030 en España, en consonancia con las políticas europeas de energía y clima⁶³.

55. Las piezas clave de este Marco Estratégico son las que siguen⁶⁴:

- La Ley 7/2021, de Cambio Climático y Transición Energética⁶⁵, instrumento normativo que tiene por objeto la progresiva adecuación de nuestra realidad socioeconómica a las exigencias que regulan la acción climática. De acuerdo con su artículo 1, la Ley se apoya en cuatro pilares: (1) asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París; (2) facilitar la descarbonización de la economía española; (3) promover la adaptación a los impactos del cambio climático e (4) implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente. Precisamente, entre sus principios rectores, recogidos en el art. 2, vuelve a aparecer el desarrollo sostenible, unido a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres. En fin, esta norma constituye el marco legal del PNIEC y de la ETJ⁶⁶.
- El Plan Nacional de Energía y Clima 2023-2030 (PNIEC)⁶⁷, herramienta de orientación estratégica nacional que integra la política de energía y clima con un horizonte temporal a 2030,

⁶¹ *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo. Sostenibilidad medioambiental con empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, pág. 40, disponible en https://webapps.ilo.org/weso_greening/documents/WGEX_ES.pdf

⁶² *Los españoles ante el cambio climático*, Real Instituto Elcano, julio 2019.

⁶³ M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO: “Empleo de calidad en los sectores de economía verde: transporte y movilidad e industria automotriz”, en S. Rodríguez Escanciano y H. Álvarez Cuesta (Dirs.), *Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia hacia la despoblación*, Colex, A Coruña, 2024, pág. 281.

⁶⁴ <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/marco-estrategico-energia-clima.html>

⁶⁵ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, BOE nº 121, de 21 de mayo de 2021.

⁶⁶ H. ÁLVAREZ CUESTA, “La transición energética y hacia una economía circular en el marco de un trabajo digno”, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO Y H. ÁLVAREZ CUESTA (DIRS.), *Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia hacia la despoblación*, Colex, A Coruña, 2024, pág. 207.

⁶⁷ Real Decreto 986/2024, de 24 de septiembre, por el que se aprueba la actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030, BOE nº 232, de 25 de septiembre de 2024.

de acuerdo con la normativa nacional y europea.⁶⁸ El Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre, sobre la Gobernanza para la Unión de la Energía y la Acción por el Clima recoge, en su artículo 14, un calendario de actualización de los Planes, en el que los objetivos solo pueden revisarse al alza. En este marco de revisión, el proceso de actualización del PNIEC, responde a varios elementos ligados a una actualización de los objetivos a nivel europeo y a un nuevo contexto de aceleración de la transición energética facilitada por los avances normativos, impulsada por la necesidad de reforzar la autonomía estratégica y apuntalada por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). Define los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, de penetración de energías renovables y de eficiencia energética⁶⁹.

- La Estrategia de Transición Justa (ETJ)⁷⁰, instrumento que permite la identificación y adopción de medidas que garanticen a trabajadores y territorios afectados por la transición hacia una economía baja en carbono, un tratamiento equitativo y solidario. El objetivo es que no se produzcan impactos negativos sobre el empleo, ni despoblación. El artículo 27 de la Ley del Clima establece que la Estrategia de Transición Justa se aprobará cada cinco años e incluirá los siguientes contenidos:
 - a) Identificación de colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en emisiones de carbono.
 - b) Análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética.
 - c) Políticas industriales, agrarias y forestales, de investigación y desarrollo, de innovación, de promoción de actividad económica y de empleo y formación ocupacional para la transición justa.
 - d) Instrumentos para el seguimiento del mercado de trabajo en el marco de la transición energética mediante la participación de los agentes sociales, así como en las mesas de diálogo social.
 - e) El marco de elaboración de los convenios de Transición Justa.

En definitiva, desde el punto de vista jurídico-laboral, la transición energética ha de aunar el calificativo de justa, comprendiendo el trabajo decente, la inclusión social, la erradicación de la pobreza y el respeto y defensa del medioambiente; es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo⁷¹.

- El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 instrumento de planificación básico para promover la acción coordinada frente a los efectos del cambio climático en España, cuyo principal objetivo es evitar o reducir los daños presentes y futuros derivados del cambio climático, sino también “favorecer una mejor preparación para la recuperación tras los daños” y construir así una economía y una sociedad más resilientes⁷².

56. También hay que tener en cuenta la Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2025, que persigue el objetivo de que España reduzca, a no más tarde en 2050, sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en un 90%, respecto a 1990. Esta transformación implica no solo un sector eléctrico

⁶⁸ Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros, de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030, BOE número 49, de 26 de febrero de 2025.

⁶⁹ H. ÁLVAREZ CUESTA, ob. cit., pág. 208.

⁷⁰ La ETJ 2020-2024 puede consultarse en <https://www.transicionjusta.gob.es/es/la-transicion-justa/la-estrategia-de-transicion-justa.html> https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/images/es/1marcoestrategicodeenergiayclima_tcm30-487329.pdf

Según el Plan de Actuación 2025 del Instituto de Transición Justa, a lo largo de este año “se desarrollará tanto la evaluación de la estrategia vigente como el avance en la nueva Estrategia, en cumplimiento del artículo 27 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética”.

⁷¹ H. ÁLVAREZ CUESTA, ob. cit., pág. 209.

⁷² Orden TED/132/2022, de 21 de febrero, por la que se adopta el Primer Programa de Trabajo del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030, BOE n° núm. 50, de 28 de febrero de 2022.

100% renovable, sino un sistema energético nacional también prácticamente renovable al 100% en el uso final de la energía⁷³.

III. Aproximaciones al concepto de empleo verde en la acción política internacional y de la Unión Europea

1.- El punto de partida

57. No es fácil encontrar el origen concreto de los empleos verdes en el marco de una evolución de decenios en las relaciones entre la política ambiental y la de empleo. Sin embargo, puede afirmarse que la idea del empleo verde nace en un contexto de crisis: la climática y la(s) económica(s); y, sin duda alguna, en el marco de la proyectada ruta para la superación de éstas: el desarrollo económico sostenible y la transición justa hacia una economía verde⁷⁴.

58. En efecto, durante mucho tiempo, las políticas de empleo y las medioambientales transcurrieron por caminos muy diferentes e, incluso, antagónicos pues, en esencia, se concebían como políticas que perseguían fines opuestos. Así, en las de empleo, ligadas a un modelo económico basado en la producción y el consumo y orientadas a conseguir el pleno empleo⁷⁵, subyacía la idea de que la protección del medio ambiente significaba la reducción de puestos de trabajo. Por su parte, las políticas medioambientales, destinadas a proteger y restaurar del medio ambiente natural⁷⁶, consideraban que un sistema económico basado en el objetivo de crecimiento continuo de la producción económica y del empleo, conllevaba, necesariamente, el deterioro del medio ambiente⁷⁷.

59. Sin embargo, cuando la crisis climática y sus incertidumbres se colocan en el centro de la agenda internacional y se ondea la bandera de la transición energética hacia una economía descarbonizada, es necesario tener en cuenta los impactos que se van a producir sobre todos los aspectos de la economía y también sobre las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores del sector energético. Por ello, el diseño de esa transición debe paliar estas consecuencias, debe ser socialmente justa, para poder superar así las contradicciones entre los intereses de los trabajadores y las exigencias de la política medioambiental⁷⁸.

60. Por tanto, es la creciente evidencia de los efectos globales del cambio climático y de la necesidad de adoptar medidas de mitigación y adaptación para luchar contra el mismo (en el seno de las COP) el escenario que, finalmente, va a impulsar los empleos verdes como concepto que aúna las tres dimensiones del desarrollo sostenible, económica, ambiental y la social⁷⁹.

⁷³ Adicionalmente, existen numerosas iniciativas de carácter estratégico, entre ellas, la Hoja de ruta del Autoconsumo, la Hoja de ruta del Hidrógeno renovable, la Hoja de ruta del Biogás, la Hoja de ruta para el desarrollo de la Eólica Marina y de las Energías del Mar en España, Hoja de Ruta para la gestión sostenible de las Materias Primas Minerales, la Estrategia de Almacenamiento Energético, la Planificación de la red de transporte de energía eléctrica Horizonte 2026, La Estrategia de Biodiversidad, la Estrategia de Economía Circular o la Estrategia nacional contra la pobreza energética.

⁷⁴ S. DE SOTO RIOJA, ob. cit., pág. 5.

⁷⁵ El artículo 40.1 de la Constitución Española establece que “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

⁷⁶ Así se dispone en el artículo 45 de la Constitución Española:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁷⁷ JÉRÔME PORTA, “Quelle écologisation du droit du travail?“, ob. cit., pág. 3.

⁷⁸ S. DE SOTO RIOJA, ob. cit., pág. 5.

⁷⁹ H. ÁLVAREZ CUESTA, *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 24.

61. A partir del momento en el que las industrias más intensivas en la emisión de GEI acuden al argumento de la pérdida de empleos para evitar su reducción comienzan a desarrollarse, en el seno de los organismos internacionales, numerosos estudios demostrando la capacidad de las políticas de cambio climático y de sus acuerdos internacionales de generar fuertes necesidades de empleo verde en la economía mundial⁸⁰. Por ello, puede decirse que, al menos en su concepción inicial, los empleos verdes aparecen, en el discurso de los organismos internacionales, como una especie de mecanismo de compensación de los efectos negativos pronosticados para el empleo a causa de la transición energética hacia una economía verde.

62. Y así, sin perjuicio de los numerosos trabajos previos que ya abogaron, de manera temprana, por una necesaria vinculación entre trabajo y el medioambiente⁸¹, el punto de inflexión puede situarse en 2009, cuando Naciones Unidas lanza su iniciativa *Global Green New Deal*⁸² para hacer frente a la crisis económica y financiera mundial. La promueve el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas (PNUMA), rememorando el *New Deal* puesto en marcha para reactivar la economía tras la crisis de 1929 y trata también de emprender reformas financieras y activar el gasto público, pero con el objetivo ahora de transitar hacia un nuevo modelo productivo económico, social y ambientalmente más justo y sostenible⁸³.

63. La iniciativa tiene tres objetivos: (1) Contribuir significativamente a la creación de empleo; (2) promover el crecimiento sostenible e incluyente y el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (el antecedente de los ODS), especialmente, el de acabar con la pobreza extrema para 2025 y (3) reducir la dependencia del carbono y la degradación de los ecosistemas, riesgos clave en el camino hacia una economía mundial sostenible. En esencia, su mensaje principal es que la crisis financiera pone en evidencia los límites un modelo económico de crecimiento con un gran impacto ambiental, por lo que, para hacer frente a aquélla, al desempleo y al cambio climático, se necesita un nuevo acuerdo global en el que las inversiones públicas permitan reorientar la actividad económica hacia una economía verde y sostenible, lo que creará millones de nuevos empleos en el mundo⁸⁴.

64. Desde la perspectiva del empleo, la propuesta se completa con el informe PNUMA⁸⁵, OIT, Confederación internacional sindical (CSI)⁸⁶ y Organización internacional de empresarios (OIE)⁸⁷ titulado “*Empleos Verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*”⁸⁸, en el que se afirma que este tipo de empleo es esencial en la ecologización de las empresas y la respuesta para hacer frente a dos desafíos estrechamente vinculados y permanentes de este siglo

⁸⁰ Informe Empleo verde en una economía sostenible, ob. cit., pág. 20.

⁸¹ Ya en 1978, la OCDE publicaba una primera aproximación en el estudio entre economía y medioambiente planteando un marco analítico para medir los efectos positivos y negativos de las políticas ambientales sobre el empleo a corto y largo plazo, señalando algunos factores para reforzar la relación ente medio ambiente y empleo tales como continuidad, nivel y estructura del gasto ambiental, disponibilidad de recursos humanos cualificados o desarrollo de políticas fiscales. En 1999, la OCDE y Eurostat publicaron una tabla en la que se definían las categorías de empleo verde y que ha sido la referencia más frecuentemente utilizada para la clasificación de los empleos verdes, Informe Empleo verde en una economía sostenible, ob. cit., pág. 20.

⁸² Nuevo Acuerdo Verde Global. Informe de Política, PNUMA 2009, disponible en https://www.unclearn.org/wp-content/uploads/library/unep90_spn_0.pdf

⁸³ J. NIETO, “Economía sostenible y empleos verdes en tiempos de crisis” en *Ecología Política. Cuadernos de Debate Internacional*, n° 40, 2010, pág. 35.

⁸⁴ Informe Empleo verde en una economía sostenible, ob. cit., pág. 43.

⁸⁵ El PNUMA es el portavoz del medio ambiente en el sistema de las Naciones Unidas. Es promotor, educador, catalizador y facilitador, que impulsa el uso sensato de los activos naturales del planeta en favor del desarrollo sostenible.

⁸⁶ La CSI es la Confederación Sindical Internacional. Su misión primaria es la promoción y defensa de los derechos e intereses de los trabajadores, mediante la cooperación internacional entre los sindicatos, la realización de campañas y la promoción dentro de las grandes instituciones mundiales.

⁸⁷ La OIE es reconocida como la única organización de nivel internacional que representa los intereses de las empresas en el ámbito de las políticas laborales y sociales.

⁸⁸ *Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, PNUMA, Nairobi, 2008, disponible en https://www.uat.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/documents/publication/wcms_098504.pdf

XXI: el cambio climático y el trabajo decente. Al mismo tiempo, se propone la primera definición de los empleos verdes, tal y como se tratará a continuación.

2. La OIT y los empleos verdes

65. El citado Informe propone una definición de empleos verdes (que sigue siendo la más reconocida a nivel internacional), en los términos que siguen:

Definimos los empleos verdes como ocupaciones en agricultura, industria, construcción, instalación y mantenimiento, así como en actividades científicas y técnicas, y administrativas y de servicios relacionadas, que contribuyen sustancialmente a preservar o restaurar la calidad ambiental. Específicamente, pero no exclusivamente, ello incluye empleos que ayudan a proteger y restaurar ecosistemas y biodiversidad; a reducir el consumo de energía, materiales y agua a través de estrategias de alta eficiencia y evitación; a descarbonizar la economía; y a minimizar o evitar por completo la generación de todas las formas de desechos y contaminación. Pero los empleos verdes, como argumentamos a continuación, también deben ser buenos empleos que cumplan con las demandas y objetivos de larga tradición del movimiento laboral, tales como salarios adecuados, condiciones de trabajo seguras y derechos de los trabajadores, incluido el derecho a la libertad sindical⁸⁹.

66. En otras palabras, el concepto engloba aquellos empleos que reducen el impacto ambiental de las empresas y sectores económicos a niveles sostenibles, ayudando a reducir el consumo de energía, de materias primas y de agua, mediante estrategias de gran eficiencia, así como a descarbonizar la economía, reducir las emisiones GEI, minimizar o evitar por completo todas las formas de residuos o contaminación y a proteger y reestablecer los ecosistemas y la biodiversidad⁹⁰.

67. Según la propia OIT, los empleos verdes así definidos tienen las siguientes características⁹¹:

- Son aquellos que contribuyen sustancialmente a preservar o restaurar la calidad ambiental entendiendo, además, que el término “empleo” se utiliza para hacer referencia al trabajo asalariado, de acuerdo con la definición estándar internacionalmente aceptada. Por otro lado, muchos trabajos que son verdes “en teoría” no lo son en la práctica pues implican prácticas inadecuadas que causan un daño ambiental, por lo que el concepto de empleo verde no es absoluto, hay “tonalidades” de verde y, además, es un concepto sujeto a constante evolución⁹².
- La definición proporciona una enumeración de actividades en amplios sectores económicos que no debe considerarse exhaustiva y que debe permitir incluir también las actividades productivas sectoriales, así como otras omisiones notables como, por ejemplo, la del sector de la energía.
- Los tres sectores económicos clave en esta definición son la agricultura, construcción y la industria, lo que tiene la ventaja de ayudar a los operadores en la implantación de políticas eficaces, pero puede suponer una limitación del alcance sectorial asociado a los empleos verdes, que tienen un enorme potencial de crecimiento.
- Los empleos verdes deben ser “buenos”, expresión referida al empleo decente, de acuerdo con los estándares establecidos por la propia OIT. “La evidencia demuestra que los empleos verdes no constituyen automáticamente trabajo decente y que muchos de estos trabajos son sucios, peligrosos y difíciles; así, en industrias como el reciclado y los residuos, energía de

⁸⁹ *Ibidem*, págs. 35 y 36.

⁹⁰ https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40webdev/documents/publication/wcms_098489.pdf

⁹¹ *Green Jobs, green economy, just transition and related concepts: a review of definitions developed through intergovernmental processes and international organizations*, International Labour Organisation, 2023, págs. 4 a 6.

⁹² *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Organización Internacional del Trabajo, disponible en https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_098486.pdf

la biomasa y la construcción, el empleo suele ser precario y los ingresos bajos; así, para que los empleos verdes representen un puente para un futuro verdaderamente sostenible, deben abarcar el trabajo decente”.

68. En 2009, la OIT aprueba su “Programa de Empleos Verdes” (PEV) con el fin de ayudar a las políticas nacionales y a los interlocutores sociales a convertir en realidad este potencial de trabajo verde y decente, en un contexto de armonización de los objetivos ambientales y laborales. A los fines de este programa, ofrece la siguiente definición de empleos verdes:

“Los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente ya sea en los sectores tradicionales como la manufactura o la construcción o en nuevos sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética.

Los empleos verdes permiten:

- *Aumentar la eficiencia del consumo de energía y materias primas*
- *Limitar las emisiones de gases de efecto invernadero*
- *Minimizar los residuos y la contaminación*
- *Proteger y restaurar los ecosistemas*
- *Contribuir a la adaptación al cambio climático*

A nivel empresarial los empleos verdes pueden producir bienes o prestar servicios que beneficien al medio ambiente. Como ejemplo, los edificios verdes o el transporte limpio. Sin embargo, es importante destacar que estos productos y servicios verdes no siempre se basan en la producción y tecnologías verdes. Pero los empleos verdes también pueden contribuir a procesos de producción más respetuosos con el medio ambiente en las empresas. Por ejemplo, pueden reducir el consumo de agua o mejorar el sistema de reciclaje. Los empleos verdes definidos a través de procesos de producción no terminan necesariamente en bienes o servicios ambientales”⁹³.

69. En cuanto a esta definición, cabe apuntar que, aun incorporando elementos de la primera, presenta diferencias relevantes⁹⁴:

- Incluye nuevos sectores verdes emergentes, como la energía renovable y la eficiencia energética, pero utiliza un lenguaje más moderado con relación a cómo y en qué medida contribuyen los empleos verdes a la preservar o restaurar el medio ambiente.
- Introduce una característica esencial en la delimitación de los empleos, esto es, su doble naturaleza, bien como trabajos que producen bienes o servicios que benefician el medio ambiente, bien como trabajos que contribuyen a procesos más respetuosos con el medio ambiente. Algunos trabajos pueden reunir ambas características (resultado y proceso verde) o solamente una de ellas, como es el caso de trabajos que producen energía renovable sin utilizar procesos respetuosos con el medio ambiente.

70. En todo caso, son definiciones que se complementan mutuamente y que, a menudo, se utilizan de manera conjunta pues, a la postre, la finalidad de estas definiciones es la de servir de orientación a la labor de los Estados y organizaciones en la implementación de medidas faciliten una transición justa que genere oportunidades de trabajo digno y que minimice los impactos sociales derivados de la transformación hacia la economía verde⁹⁵.

⁹³ <https://www.ilo.org/es/resource/article/que-es-un-empleo-verde>

⁹⁴ Conviene señalar que esta es la definición que, en general, se sigue utilizando por la OIT en su renovado “Programa de Acción Prioritaria de la OIT sobre transiciones justas hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles” que, en 2023, integra el “Programa de Empleos Verdes”.

⁹⁴ *Green Jobs, green economy, just transition and related concepts: a review*, ob. cit., pág. 12.

⁹⁵ *Sostenibilidad medioambiental con empleo*, OIT, Ginebra, 2018, pág. 16.

71. En fin, la verdadera aportación de la OIT en este ámbito es, sin duda, la dimensión “decente” de los empleos verdes. Seguramente, la integración de estas dos variables, que supera el ámbito material de los Convenios OIT sobre medio ambiente de trabajo y seguridad y salud en el trabajo, dará como resultado un nuevo instrumento normativo en los próximos años⁹⁶.

3. Los empleos verdes en la Unión Europea

72. Además de la ingente producción normativa ambiental desplegada por la UE para conseguir los objetivos fijados en el Pacto Verde, que ha propiciado el crecimiento de la demanda de actividades generadoras de bienes y servicios ambientales, se multiplican los estudios que, también desde el punto de vista sociolaboral, insisten en el enorme potencial que la transición hacia la economía sostenible tiene para la creación y transformación del empleo. En ellos, partiendo de las propuestas y trabajos de la OIT (o complementándolos), se ofrecen mediciones y estadísticas sobre los empleos ya creados en los sectores “tradicionales” de la economía verde, clasificaciones, proyecciones y perspectivas de crecimiento de los mismos para 2030 y 2050 y, particularmente, se analizan los sectores económicos en los es previsible la aparición de yacimientos de empleo, con el objetivo primordial de propiciar que los Estados Miembros puedan anticiparse y articular las políticas de capacitación necesarias para equilibrar las necesidades entre la demanda y la oferta de empleo verde⁹⁷.

73. Sin embargo, aun cuando existen innumerables aproximaciones al concepto de empleo verde, y también abundan las definiciones ensayadas por la doctrina científica económica, más que jurídica, la UE todavía no ha llegado a completar la difícil tarea de formular una definición unívoca que ofrezca parámetros seguros para delimitar, clasificar, medir y anticipar la creación de empleo verde, apoyando y facilitando así la formulación de políticas de los Estados miembros encaminadas a garantizar una transición justa y sostenible, que haga realidad el potencial de creación de nuevos y mejores empleos en la economía verde⁹⁸.

74. Ya en 2010, la Estrategia “Europa 2020”⁹⁹ apuesta por la orientación hacia un modelo de desarrollo sostenible basado en el crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente. Reconoce que el desarrollo sostenible implica construir una economía que, aprovechando los recursos con eficacia, sea sostenible y competitiva, con altos niveles de empleo, productividad y cohesión social. Para ello se fijan cinco objetivos clave a alcanzar para 2020 en los ámbitos de empleo, educación, investigación e innovación, cambio climático y energía, integración social y reducción de la pobreza y de la exclusión social. Aunque no se hace referencia expresa al mismo, el empleo verde es el que se genera en las interrelaciones entre economía y medio ambiente, por lo que su potencial de crecimiento está vinculado al desarrollo de una nueva economía sostenible. En este sentido, se afirma que “invertir en tecnologías más limpias y con menores emisiones de carbono ayudará a nuestro medio ambiente, contribuirá a luchar contra el cambio climático y creará nuevas oportunidades empresariales y de empleo”¹⁰⁰.

75. Precisamente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el desarrollo del potencial de

⁹⁶ ANA MARTA OLMO GASCÓN, “Divergencias y confluencias en el tratamiento del empleo verde por parte de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea”, en *Futuro del Trabajo: Trabajo decente para todos, mes 3 (marzo), 2017*, pág. 5. Se hace referencia a los Convenios OIT n° 148, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) de 1977, y n° 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981, que acuñan el término “medio ambiente de trabajo”, posteriormente incorporado en la UE.

⁹⁷ SEBASTIAN SABATO, MILENA BÜCHS AND JOSEFINE VANHILLE, ob. cit., pág. 16.

⁹⁸ STANEF-PUICĂ, M.R.; BADEA, L.; ȘERBAN-OPRESCU, G.-L.; ȘERBAN-OPRESCU, A.-T.; FRÂNCU, L.-G.; CREȚU, A., *Green Jobs—A Literature Review*, Int. J. Environ. Res. Public Health 2022, <https://doi.org/10.3390/ijerph19137998>

⁹⁹ Comunicación de la Comisión “EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 final

¹⁰⁰ “Empleo Verde: concepto y tendencias” *Análisis y prospectiva* – Serie Medio Ambiente n° 6, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, mayo 2013, pág. 1.

creación de empleo será de una nueva economía sostenible que va a señalar con ocasión de la Estrategia “Europa 2020”, lo que sigue¹⁰¹:

- Debe acogerse como definición de trabajo la propuesta por PNUMA/OIT, según la cual todos los empleos que impulsen el desarrollo sostenible pueden considerarse “empleos verdes sostenibles”.
- Esta definición engloba tanto los empleos que reducen directamente el consumo de energía y de materias primas, protegen el ecosistema y la biodiversidad y minimizan la producción de residuos y la contaminación atmosférica como aquellos otros que reducen la huella ecológica.
- El concepto de empleo verde aparece estrechamente vinculado a este desarrollo sostenible, tanto en los sectores tradicionalmente asociados al medio ambiente, como en aquellos otros que incorporen la sostenibilidad como eje de su actividad.
- Es importante de prestar especial atención al trabajo digno, a la necesidad de cualificaciones y a una transición socialmente justa que minimice los riesgos del cambio y optimice los beneficios para todos los trabajadores, como elemento esencial del desarrollo sostenible.
- Reconoce, sin embargo, que la definición tiene carácter relativo por lo que no resulta posible delimitar, de modo definitivo, el potencial de crecimiento del empleo verde.

76. Más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre creación de empleo, transiciones justas e inversiones con impacto recoge, entre otras, las siguientes conclusiones¹⁰²:

- Con relación a las oportunidades de creación de empleo ecológico, se subraya que la transición hacia economías y sociedades sostenibles, renovables y circulares, si bien prevista, impulsada y financiada, brinda oportunidades tanto para crear un número significativo de nuevos puestos de trabajo como para transformar el empleo existente en la mayoría de los sectores económicos con el apoyo crucial de los fondos de cohesión, FSE+, Fondo de Transición Justa y Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.
- Se insiste en que la transición debe justa y beneficiar a todos, tanto a los trabajadores actuales como a los que están en transición a nuevos puestos de trabajo, garantizando el pleno cumplimiento del acervo social y laboral europeo, con mejores condiciones de trabajo, empleo estable, y de calidad, salarios dignos y garantía de seguridad y salud en el trabajo, con el apoyo de una negociación colectiva sólida.
- Es crucial invertir significativamente en las personas, a través de una educación y una formación de calidad, inclusiva y subvencionada en los ámbitos vinculados a las necesidades de capacidades y competencias detectadas en el mercado laboral, así como en el reciclaje y perfeccionamiento profesional en programas formales e informales para crear competencias ecológicas; subrayando que la política de formación profesional es un importante motor en la transición ecológica.
- Es necesario trabajar en la coherencia entre las políticas medioambientales, sociales y laborales para garantizar una transición justa; en particular, en unos sistemas nacionales de Seguridad Social sólidos que garanticen una protección adecuada y accesible para incentivar la creación de empleo sostenible y reducir las desigualdades.

77. Por su parte, la Comisión Europea lanza, en 2014, la “Iniciativa de Empleo Verde”¹⁰³ con el fin de establecer el marco estratégico y los instrumentos específicos para garantizar la convergencia

¹⁰¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el desarrollo potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible, CELEX:52010IP0299:ES

¹⁰² Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2023, sobre creación de empleo, transición justa e inversiones con impacto (2022/2170 INI), C/2024/4224.

¹⁰³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones “*Iniciativa de Empleo Verde. Aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde*”, de 2 de julio de 2014, COM (2014) 446 final.

entre las políticas de empleo y medioambiente y aprovechar así, al máximo, el potencial de creación de empleo y puestos de trabajo en la economía verde. En este texto, la Comisión:

- Acoge la definición de 2014 de la OIT, afirmando que el desarrollo de una economía ambientalmente sostenible no solo va a provocar la creación de los llamados “empleos verdes” sino que también muchos de los trabajos actuales tendrán que adoptarse a este modelo. Por ello, define los empleos verdes como “aquellos puestos que dependen del medio ambiente o que se crean, transforman o redefinen durante la transición hacia una economía sostenible. Esto incluye cambios en las habilidades requeridas, los métodos de trabajo y los perfiles profesionales”.
- Reconoce que esta definición amplia complementa, sin oponerse, la formulada por PNUMA/OIT. Así, por ejemplo, se crearán nuevos empleos gracias al desarrollo de tecnologías como las energías renovables o la captura de carbono; al mismo tiempo, algunos empleos se sustituirán, como ocurre en la fabricación de vehículos híbridos y no los tradicionales; en fin, otros se redefinirán, como es el caso, por ejemplo, de los instaladores de gas que adoptan sistemas combinados de calor y energía¹⁰⁴.
- Señala que, los „empleos verdes“, como oportunidad clave para avanzar hacia una economía más sostenible, transformarán tanto el mercado laboral como las competencias profesionales. Por ello, entender las repercusiones de la transición para el mercado de trabajo es esencial para prever y gestionar adecuadamente los ajustes estructurales.
- Afirma que la acción de la UE y de los Estados miembros debe centrarse en los siguientes aspectos estratégicos¹⁰⁵:
 - Superar las carencias de capacidades para respaldar la transición ocupacional, desarrollando normas sectoriales que adapten la oferta de formación profesional a las necesidades del mercado de trabajo aumentando la disponibilidad de trabajadores cualificados;
 - Anticiparse al cambio, garantizar las transiciones y promover la movilidad, elaborando orientaciones específicas para los sectores de la economía en los que se espera que tenga lugar un aumento, reducción o transformación significativa del empleo;
 - Apoyar la creación de empleo verde, sostenible e integrador, adecuando la demanda de mano de obra y las capacidades, con el apoyo de los programas y políticas de financiación de la UE;
 - Mejorar la calidad de los datos para facilitar la elaboración y seguimiento de las políticas de empleo, así como la anticipación de los efectos transitorios en el mercado de trabajo y en la identificación de las capacidades necesarias.
 - Favorecer el diálogo social y reforzar la cooperación internacional en la transición hacia la economía verde.
- Finalmente, reconoce que medir los empleos verdes es un gran desafío porque no surgen en un sector claramente definido en el mercado laboral, porque las habilidades requeridas no son necesariamente nuevas, sino que ya existen en muchas ocupaciones actuales y porque el concepto de empleo verde es dinámico, por la mejora en el uso de recursos, procesos de producción y habilidades requeridas¹⁰⁶.

78. Como ya se ha apuntado, hoy en día, el Pacto Verde Europeo (PVE) consagra la estrategia global de la UE para liderar la transición hacia la neutralidad climática al tiempo que protege la diver-

¹⁰⁴ Documento de trabajo del personal de la Comisión “Aprovechar el potencial de empleo del crecimiento verde”, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=swd:SWD_2012_0092

¹⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones “*Iniciativa de Empleo Verde...*”, ob. cit., págs. 5 y 6.

¹⁰⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones “*Iniciativa de Empleo Verde...*”, ob. cit., pág. 10.

sidad de la UE. También reconoce que esta transición verde tendrá consecuencias sociales muy significativas por lo que es imprescindible que sea socialmente justa e igualitaria y que no deje a nadie atrás, subrayando que el instrumento clave para alcanzarla es el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PSE)¹⁰⁷.

4.- De los empleos a las competencias verdes

79. Antes de nada, conviene subrayar que no existe una definición universalmente aceptada de “empleo verde”, ni siquiera una común, ni en la literatura “política”, ni en la científica, ni mucho menos a nivel normativo, sino que el concepto parece encontrarse en un estado de construcción permanente lo que puede deberse, entre otras muchas razones, a que la expresión se deriva de la conocida como “*Green Economy*” sobre la que tampoco existe una definición única o una visión comúnmente afectada sobre sus implicaciones¹⁰⁸.

80. Es cierto que, como ya se ha afirmado, no es una tarea fácil la delimitación sectorial u ocupacional de los mismos, ni resulta sencillo tampoco identificar los elementos que integran el concepto de empleos verdes, por lo que éstos se definen de diferente modo dependiendo del enfoque que se adopte y, particularmente, de la estrategia metodológica por la que se opte para su medición. En todo caso, a partir la definición formulada por PNUMA/OIT en 2008, que sigue siendo la mayoritariamente adoptada como punto de partida para abordar la cuestión del empleo verde, es cierto que se ha avanzado hacia conceptos más amplios que tratan de delimitar los sectores y empleos verdes, no solo por ámbitos de actividad, sino también por ocupaciones, a través de la identificación de las capacidades requeridas para el desempeño de las llamadas “tareas verdes”, en lo que ha venido a denominarse el “reverdecimiento” de las ocupaciones en la transición verde¹⁰⁹.

81. De este modo puede afirmarse que, a nivel teórico, se manejan, al menos, dos aproximaciones a la hora de definir los empleos verdes, la de resultado y la de proceso, sin perjuicio la combinación de ambos enfoques. Incluso puede aludirse a una tercera aproximación, que se centraría en identificar los tipos de habilidades o competencias verdes que se van incorporando progresivamente a todos los

¹⁰⁷ En abril de 2017, la Comisión presentó el pilar europeo de derechos sociales, que define veinte principios y derechos esenciales para guiar un proceso renovado de convergencia hacia mejores condiciones de vida y trabajo. Se dividen en tres categorías:

- i) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral,
- ii) condiciones de trabajo justas,
- iii) protección e integración social.

En la Cumbre Social de Gotemburgo de 2017, el Parlamento, el Consejo y la Comisión pusieron de relieve su compromiso compartido mediante la adopción de una proclamación conjunta sobre el pilar europeo de derechos sociales. El plan de acción de aplicación del pilar europeo de derechos sociales de 2021 estableció tres objetivos principales a escala de la Unión que deben alcanzarse para 2030, entre los que se incluyen los siguientes:

- empleo: como mínimo el 78 % de la población con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años debe tener empleo de aquí a 2030;
- capacidades: como mínimo el 60 % de los adultos debe participar en actividades de formación todos los años.

Las orientaciones para el empleo se han ido adaptando gradualmente a los principios del pilar europeo de derechos sociales y han integrado elementos relacionados con la crisis de la COVID-19, las transiciones ecológica y digital, la equidad en la transición ecológica, los ODS y la invasión rusa de Ucrania. *Fichas temáticas de la Unión Europea*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/58/el-dialogo-social>

¹⁰⁸ S. DE SOTO RIOJA, ob. cit., pág. 3.

De hecho, no faltan opiniones en el sentido de que, en realidad, “*más que de empleos verdes, debería hablarse, entonces, de empresas verdes y más correctamente de actividades respetuosas con el medio ambiente bien por dedicarse a un sector económico intrínsecamente verde, bien por actuar económicamente en sectores de la economía tradicional, pero con implementación de actitudes verdes*”, en ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, “A qué queremos referirnos cuando hablamos de empleos verdes”, en *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios jurídicos en homenaje al Pr. Doctor Feliciano González Pérez* (ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, Coord.), DYKINSON, Madrid, 2013, pág. 141.

¹⁰⁹ STANEF-PUICĂ, M.R.; BADEA, L.; ȘERBAN-OPRESCU, G.-L.; ȘERBAN-OPRESCU, A.-T.; FRÂNCU, L.-G.; CREȚU, A., *Green Jobs—A Literature Review*, ob. cit.

trabajos¹¹⁰. De este modo, se puede distinguir entre (1) empleos verdes, (2) ocupaciones verdes y (3) competencias verdes, tal y como se trata a continuación.

82. Así, en primer lugar, en atención al resultado del trabajo o bienes o servicios producidos, son empleos verdes los contribuyen a preservar y restaurar el medioambiente, ya sea en los sectores tradicionales, como la manufactura o la construcción, como en nuevos sectores emergentes, como las energías renovables y la eficiencia energética, además de los que pueden encontrarse en los subsectores correspondiente. Este concepto, formulado por la OIT, asocia los empleos verdes con actividades directamente relacionadas con el sector medio ambiental (que además deben ser decentes) y que está influenciado por el sistema de medición y clasificación utilizado por Eurostat, a través de las cuentas de Servicios y Bienes Ambientales (EGSS), para delimitar las perspectivas de generación y transformación del empleo en estos sectores de actividad¹¹¹.

83. Esta aproximación tradicional tiene la ventaja de que facilita la interpretación de los datos al limitarlos al sector medioambiental, pero puede incluir empleos que aun produciendo bienes y servicios ambientales no pueden considerarse verdes porque utilizan materiales, procesos o tecnologías contaminantes ¹¹². En definitiva, este enfoque *top down* identifica los sectores o industrias que son verdes y considera que todo el empleo en esos sectores o industrias es verde¹¹³.

84. Desde esta perspectiva, atendiendo a los datos más recientes, los sectores en los que se espera una mayor demanda de empleos verdes son el de la energía renovable (en especial en los subsectores de energía solar y eólica), el sector de la construcción (mejora de la eficiencia energética), en la industria y en el sector servicios. Además, se prevé que la economía circular también genere empleo verde en los sectores de gestión de residuos y reciclaje¹¹⁴. En esta línea, la Fundación Biodiversidad ha identificado 14 sectores prioritarios para la creación o reconversión de empleo en España: siete para el ámbito clima (mitigación y adaptación al cambio climático) y otros siete para el ámbito bio (gestión y conservación de la biodiversidad)¹¹⁵.

85. En segundo lugar, desde la perspectiva del proceso de trabajo, también conocida como *bottom up*, son empleos verdes todas aquellas ocupaciones que dependen del medioambiente o que se crean, sustituyen o definen, en cuanto a sus características, capacidades o métodos de trabajo, en el proceso de transición hacia una economía verde¹¹⁶. Con este método o enfoque, mucho más amplio, los empleos u ocupaciones serán verdes si requieren conocimientos o funciones vinculadas a un mejor desempeño medioambiental o sostenible, independientemente del resultado final, esto es, siempre que requieran “competencias verdes”¹¹⁷.

86. Surge así una definición, la de ocupaciones verdes, que va más allá de la clasificación de los empleos en “verdes” o “no verdes”, estudiando la capacidad de “reverdecimiento” de las ocupaciones, a través de las competencias requeridas en la transición hacia una economía verde. Las ocupaciones

¹¹⁰ *Literature review on a measurable definition of green jobs and on the impact on jobs and skills in the green transition*, European Commission, Luxembourg, 2024, pág. 13.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 22.

¹¹² JUAN P. GAMBOA, ITZIAR GARCÍA BLÁZQUEZ, MACARENA LARREA BASTERRA, JORGE FERNÁNDEZ GÓMEZ Y MIKEL ALBIZU ECHEVARRÍA, “Aproximaciones al empleo verde en el País Vasco. De las actividades medioambientales al potencial verde de las ocupaciones”, en *Ekonomiaz*, nº 105, 1er semestre, 2024, pág. 231.

¹¹³ OECD, *Job Creation and Local Economic Development 2023: Bridging the Great Green Divide*: https://www.oecd-ilibrary.org/sites/21db61c1-en/index.html?itemId=/content/publication/21db61c1-en&_csp_=f2842cfc9633a0ce-68042bae4d00dd&itemIGO=oecd&itemContentType=book

¹¹⁴ *Literature review...*, ob. cit., pág. 82.

¹¹⁵ Para más información véase el Informe *Empleo y transición ecológica. Yacimientos de empleo, transformación laboral y retos formativos en los sectores relacionados con el cambio climático y la biodiversidad en España*, Fundación Biodiversidad y Oficina Española del Cambio Climático, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2023.

¹¹⁶ *Empleos verdes y seguridad en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2013, pág. 5.

¹¹⁷ *Jobs 2030: Futuro del trabajo. Empleo verde y transición justa en el futuro del trabajo*, Forética, 2022, pág. 13.

verdes abarcan no solo las que impulsan el cambio tecnológico y las infraestructuras verdes, sino también las que apoyan el cambio hacia sociedades y economías sostenibles y más circulares, y unas y otras requerirán el desarrollo de las respectivas competencias verdes¹¹⁸.

87. Conviene señalar que ambas aproximaciones presentan ventajas e inconvenientes pues mientras la tradicional permite una mejor comparación entre países, la aproximación por proceso, al basarse en ocupaciones concretas, ofrece una información más útil para analizar el mercado laboral y facilita, además, la relación con las políticas educativas y de formación, por lo que son enfoques complementarios y que se suelen utilizar de modo combinado en las definiciones de empleo verdes manejadas, si bien, el verdadero despliegue de éstos dependerá, en gran medida, de la adquisición y desarrollo de las competencias asociadas¹¹⁹.

88. En tercer lugar, si bien durante cierto tiempo los esfuerzos se han centrado, principalmente, en identificar los empleos verdes surgidos por la introducción de nuevas tecnologías y la evolución de los empleos ya existentes, actualmente, en lugar de distinguir entre “empleos verdes” y “empleos marrones”, se habla de “tonalidades de verde” para subrayar que todos los empleos pueden ser ecológicos o verdes, con diferente intensidad¹²⁰.

89. En este contexto, las políticas de educación y formación profesionales, debidamente coordinadas con las ambientales, se convierten en herramientas esenciales para coadyuvar en la transición verde (justa) pues la mayoría de los empleos se verán afectados, de una u otra forma, por una ecologización transversal que requerirá contar con los mecanismos adecuados, tanto para definir como para identificar, monitorear, anticipar y ofertar las competencias verdes necesarias para responder a las nuevas necesidades en los sectores y ocupaciones, para asegurar la empleabilidad y para superar los desajustes entre la oferta y la demanda de mano de obra con competencias verdes¹²¹.

90. Aparece así el concepto de competencias verdes, que busca definir e identificar las habilidades verdes y que, en esencia, va a depender del concepto de empleos verdes adoptado. Así¹²²:

- En el enfoque sectorial, las competencias verdes incluyen los conocimientos técnicos, formación y experiencia específicos para adaptarse a la transición ecológica en el sector medioambiental.
- En el enfoque de sostenibilidad (o de proceso) son competencias verdes el conjunto diferenciado de habilidades genéricas relacionadas con empleos centrados en la sostenibilidad y la reducción del impacto ambiental en cualquier sector.
- En fin, un modelo más amplio entiende, en el sentido ya mencionado, que la transición verde conducirá a una ecologización de todos los trabajos, que tendrán distintas “tonalidades de verde” dependiendo de las “habilidades para la transición verde” que incorporen, bien sean técnicas (para proteger los ecosistemas y reducir el consumo de energía y recursos), bien sean transversales (asociadas con comportamientos profesionales y personales sostenibles)¹²³.

91. Así, el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP) define las competencias verdes como “los conocimientos, habilidades, valores y actitudes necesarios para vivir,

¹¹⁸ *Literature review...*, ob. cit. pág. 56.

¹¹⁹ JUAN P. GAMBOA, ITZIAR GARCÍA BLÁZQUEZ, MACARENA LARREA BASTERRA, JORGE FERNÁNDEZ GÓMEZ Y MIKEL ALBIZU ECHEVARRÍA, ob. cit., pág. 231, 245 y 246.

¹²⁰ *Habilidades verdes en la educación y formación profesional, SGI Europe*, pág. 3, disponible en <https://sgieurope.org/files/FINAL-Green-skills-political-EN.pdf>

¹²¹ *Una aliada en la transición verde*, Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, 2022, pág. 3. Para más información, puede consultarse el informe *Skills in transition. The way to 2035, Cedefop, 2023*, disponible en https://www.cedefop.europa.eu/files/4213_en.pdf

¹²² *Literature review...*, ob. cit., págs 48 a 50.

¹²³ *Work-based Learning and the Green Transition*, Inter-Agency Working Group on Work-based Learning (IAG-TVET), Brussels, 2022, pág. 5.

trabajar y actuar en economías y sociedades que buscan reducir el impacto de la actividad humana en el medio ambiente”. Se afirma, además, que estas competencias son transversales, comprenden el pensamiento y la acción sostenibles y están relacionadas con todos los sectores económicos y profesiones, no solo con los “verdes”¹²⁴.

92. Por lo que se refiere a la identificación, medición y monitoreo de las capacidades verdes, destaca la base de datos ESCO que, de acuerdo con la taxonomía de cualificaciones, competencias y ocupaciones establecida por la Comisión Europea, clasifica las competencias y habilidades verdes relevantes para el mercado laboral y para la educación y formación profesional¹²⁵. En enero de 2022, se añadió el etiquetado de “habilidades verdes” siguiendo la definición del CEDEFOP, actualizado recientemente con hasta 591 competencias verdes¹²⁶.

93. En España, por su parte, la Fundación Biodiversidad, ha identificado necesidades formativas para 40 ocupaciones prioritarias asociadas con competencias generales, técnicas o específicas y transversales¹²⁷. Más recientemente, el Observatorio de ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal observa un incremento en la demanda de competencias sostenibles en el ámbito de la transición hacia una economía verde al tiempo que señala las 10 ocupaciones verdes con más necesidades formativas que van desde los conocimientos técnicos y de gestión, hasta competencias transversales como las digitales y las habilidades personales¹²⁸.

IV. Algunos retos del empleo verde para las políticas del mercado de trabajo en España

94. Como se viene apuntando, en el marco de la hoja de ruta trazada por Pacto Verde Europeo, España, (al igual que el resto de EE MM) ha puesto en marcha una intensa agenda de transición ecológica para la modernización y el crecimiento económico, el desarrollo de ecosistemas industriales, el refuerzo de la competitividad, la reducción de la dependencia energética y, por supuesto, la creación de empleo sostenible de calidad. También se ha mencionado ya que los beneficios de la transición ecológica superarán con creces los costes, generando un balance positivo neto de empleo y reduciendo las des-

¹²⁴ *Una aliada en la transición verde*, ob. cit., pág. 2.

¹²⁵ *Fair Transition Towards Climate Neutrality, Thematic Review 2023, European Commission, 2023*, disponible en https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/thematic-review-2023-fair-transition-towards-climate-neutrality_en

ESCO (*European Skills, Competences and Occupations*) funciona como un diccionario multilingüe que describe, identifica y clasifica las ocupaciones profesionales y las capacidades relevantes para el mercado laboral y la educación y la formación de la UE.

Se basa, en parte, en las clasificaciones definidas en O*NET, sistema que mantiene una base de datos actualizada periódicamente que contiene información sobre las características ocupacionales y los requisitos de los trabajadores en toda la economía estadounidense. Describe las ocupaciones en función de los conocimientos, habilidades y capacidades requeridas, así como la forma en que se realiza el trabajo en términos de tareas, actividades laborales y otros descriptores.

¹²⁶ Observatorio trimestral del mercado de trabajo- febrero 2025, BBVA Research, pág. 25, disponible en <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/observatorio-trimestral-del-mercado-de-trabajo-4t2024/>

¹²⁷ Para más información véase el Informe *Empleo y transición ecológica. Yacimientos de empleo, transformación laboral y retos formativos en los sectores relacionados con el cambio climático y la biodiversidad en España*, Fundación Biodiversidad y Oficina Española del Cambio Climático, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2023.

¹²⁸ Así, las 10 ocupaciones verdes con más necesidades formativas son: ingenieros industriales y de producción; técnicos en electricidad; empleados de oficina de servicios estadísticos, financieros y bancarios; técnicos en mecánica; ingenieros técnicos industriales y de producción; ingenieros industriales y de producción; ajustadores y operadores de máquinas-herramienta; ensambladores de maquinaria mecánica; soldadores y oxicatoradores; y supervisores de la construcción.

Y las necesidades formativas más destacadas, por su parte, son: gestión de proyectos; finanzas; electricidad; manejo de maquinaria; calidad; atención al cliente; mecánica; interpretación de planos; soldadura y productos bancarios, <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-nnff-resumen-2024.html>

Para más información, véase el Informe *de prospección y detección de necesidades formativas 2024*, Observatorio de las Ocupaciones, SEPE, disponible en <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-prospeccion-deteccion-necesidades-formativas.html>

igualdades. En particular, se ha estimado que la transición ecológica podría generar una ganancia neta de empleo de alrededor de un 2% entre 2025 y 2030¹²⁹.

95. Sin embargo, estos beneficios no se producirán solos, ni automáticamente; la transición hacia una economía con bajos niveles de emisión de carbono y una utilización eficiente de los recursos requiere no solo de una política ambiental, sino también de una transformación del modelo productivo que afectará muy directamente en el mundo del trabajo, a través de la creación de empleo, la destrucción de puestos de trabajo y la modificación de los perfiles profesionales. Por ello, el camino hacia una economía verde exige una delicada combinación de políticas económicas, industriales, sectoriales y laborales específicas que creen el entorno adecuado para favorecer actividades y empresas ambientalmente sostenibles que generen no solo empleo verde sino también el “reverdecimiento” de todo el empleo, a través de comportamientos ambientalmente sostenibles¹³⁰.

96. Por eso, es necesario gestionar adecuadamente esta transición, asegurando que sea justa y que no deje a nadie atrás, pues los efectos serán muy diferentes dependiendo de las regiones y de los sectores económicos implicados. Esta es, precisamente, la finalidad de la Estrategia de Transición Justa que, dentro de las medidas a adoptar para su implementación, se refiere, entre muchas otras, a las relativas al fomento del empleo verde y a la formación profesional verde¹³¹. Las acciones propuestas, en línea con las orientaciones internacionales y europeas en la materia, suponen, junto con algún otro, retos importantes para las políticas activas de empleo, tal y como se trata a continuación.

1. El concepto de empleo verde

97. El primer reto para las políticas del mercado de trabajo es el relativo a la necesaria definición y delimitación de los empleos verdes, porque solo se puede medir, monitorear e incentivar, con la intensidad requerida, lo que previamente ha sido objeto de definición. Como bien se ha puesto de manifiesto, la tarea no es, en absoluto fácil, ni a nivel de políticas ni a nivel normativo, a pesar de los numerosos intentos ya estudiados¹³².

98. Por citar los supuestos más significativos, ni la Ley de Cambio Climático ni, sobre todo, la Ley de Empleo han intentado definir o, al menos, ayudar a la mejor concreción de la noción de empleo verde. Tampoco encontramos un concepto en la Estrategia de Transición Justa, en la Estrategia de Apoyo Activo al Empleo o en los Planes Anuales de Fomento del Empleo Digno, a pesar de que, unos y otros, contengan numerosas referencias al empleo verde o sostenible y a la transición ecológica¹³³.

99. Resulta imprescindible adoptar una visión público-privada compartida de la transición verde en los sectores clave de empleo y formación que pueda actualizarse de manera ágil y que proporcione definiciones consensuadas sobre los empleos, las ocupaciones y las competencias verdes. Estas definiciones facilitarán un marco de comprensión y de actuación común que permitirá una mejor planificación, diseño, implementación y evaluación tanto de las políticas de mercado de trabajo (empleo y formación en el trabajo) como de educación y de formación profesional¹³⁴.

¹²⁹ Plan Nacional Integrado de Energía y Clima del Ministerio para la Transición Ecológica, págs.7 y 479, https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/pniec-2023-2030/PNIEC_2024_240924.pdf

¹³⁰ *El diálogo social y la negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición ecológica justa*, UGT, 2020, págs. 15 y 25, https://www.ugt.es/sites/default/files/monografico_008_negociacion_colectiva.pdf

¹³¹ Estrategia de Transición Justa, págs. 37 y 38, disponible en <https://www.transicionjusta.gob.es/es/la-transicion-justa/la-estrategia-de-transicion-justa.html>

¹³² Miñarro Yanini, M.: “Los empleos verdes y sus políticas de mercado de trabajo; un motor pendiente de arranque en la transición ecológica” en *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía: XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2024, págs.719 y ss.

¹³³ De Soto Rioja, S.: Retos del empleo verde, ob. cit., págs. 4 y 12.

¹³⁴ *La Formación Profesional ante los retos de sostenibilidad medioambiental en España. Informe 2024*, Observatorio de la Formación Profesional en España, 2024, pág. 260.

100. En fin, también a nivel europeo, tanto el Consejo de la UE como el Parlamento han reconocido “la necesidad de que la Comisión proponga una definición común de los empleos ecológicos, junto con metodologías precisas para evaluar su magnitud, su tasa de crecimiento y el empleo asociado. Este concepto común aportaría claridad y coherencia y permitiría a las autoridades competentes recopilar una información muy necesaria para contrarrestar la escasez de datos de seguimiento y evaluación y poder así anticiparse al cambio y gestionarlo eficazmente, garantizando, al mismo tiempo, la planificación, aplicación y evaluación de políticas específicas en materia de fomento del empleo y de formación profesional”¹³⁵.

2. El fomento del empleo verde

101. La Estrategia Española de Transición Justa apela, en este punto, a los programas y medidas adoptadas por el Estado y las CC AA, en el marco de sus planes y políticas activas de empleo, para fomentar la creación de empleo verde, proponiendo, entre otras, la adopción de las siguientes medidas:

- La mejora del desempeño de los servicios públicos de empleo y el desarrollo de programas específicos en territorios vulnerables a la transición ecológica

Estas medidas están conectadas con el componente 23 del PRTR y, por tanto, se recogen también en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (EEAE)¹³⁶. Sin embargo, ésta última solo se refiere, de modo muy genérico, a los territorios inmersos en procesos de transformación productiva, es decir, a la elaboración de Planes de Empleo en territorios con una mayor debilidad en los principales indicadores económicos y sociales en el contexto autonómico y/o locales, o bien en territorios cuyas características singulares requieren de una atención diferenciada; pero no los conecta, necesariamente, con la transición ecológica.¹³⁷

- Mejorar la integración de la variable ecológica en los Planes Anuales de Empleo

Aun cuando referida, en general, a las políticas activas de empleo, la inclusión de la transición ecológica no va más allá de su mención formal (tanto en la EEAE como en el Plan Anual de Empleo), dentro de sus objetivos estratégicos, pero sin dedicar ningún eje de actuación ni medida específica a aquélla. En particular, por lo que se refiere al fomento del empleo, tampoco hay incentivos concretamente destinados al empleo verde¹³⁸.

102. Sin perjuicio de las medidas concretas que puedan implantarse en el marco de los Convenios de Transición Justa, el fomento y promoción del empleo, autoempleo e iniciativas emprendedoras

¹³⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2023, sobre creación de empleo, transición justa e inversiones con impacto (2022/2170 INI), C/2024/4224.

¹³⁶ Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, https://planderecuperacion.gob.es/politicas_y_componentes/componente-23-nuevas-politicas-publicas-para-un-mercado-de-trabajo-dinamico-resiliente-e-inclusivo

Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, aprobada por RD 1069/2021, de 4 de diciembre y Plan Anual de Apoyo al Empleo Digno, Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaría de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de julio de 2024.

¹³⁷ Según el informe de evaluación intermedia de la EEAE, se han suscrito o están en proceso de suscripción, Convenios para el desarrollo de Planes de Empleo en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura, Canarias (CA e Isla de La Palma) y se han aprobado convocatorias para corporaciones locales para el desarrollo de Planes de Empleo en Ceuta y Melilla. Estos planes de empleo se fundamentan en el desarrollo de medidas y actuaciones de políticas activas de empleo, es decir, incentivando la contratación, con la creación de empleo o el mantenimiento de puestos de trabajo, así como, aquellas otras actuaciones que en el marco de las políticas activas de empleo permitan: mejorar la cualificación, a través de la adquisición de competencias o mejora de la experiencia profesional; fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social; “Evaluación intermedia de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo”, Servicio Público de Empleo Estatal, 2023, pág. 147.

¹³⁸ Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, <https://www.boe.es/boe/dias/2023/01/11/pdfs/BOE-A-2023-625.pdf>

(verdes) ha estado a cargo de la Fundación Biodiversidad, a través del Programa “Emplea Verde”, que ha servido, así como puente entre la política de empleo y la política ambiental para lograr mejores empleos y empresas más competitivas con el medio ambiente y la sostenibilidad¹³⁹. Sin embargo, aquél fue sustituido, en 2021, por el nuevo Programa “Emplea Verde+” que orienta su acción desde los incentivos al empleo a la promoción de la formación permanente, apoyando proyectos de capacitación para la transición ecológica, especialmente dirigidos a las PYMES¹⁴⁰.

103. En estas circunstancias, el verdadero desafío de las políticas de empleo pasaría por establecer un programa común de incentivos y medidas específicamente destinados a aprovechar el potencial de la transición ecológica para crear empleo verde. Estos incentivos, económicos o de otro tipo, estarían destinados a fomentar la creación o el mantenimiento de puestos de trabajo de calidad, así como el autoempleo, de los colectivos con mayores dificultades de acceso o permanencia en el empleo¹⁴¹, en cualquiera de los yacimientos de empleo identificados por la Fundación Biodiversidad en su informe sobre prospección del empleo verde¹⁴².

3. La formación profesional (en competencias verdes) en el empleo

104. Como ya se ha afirmado, la transición hacia una economía verde va a suponer un cambio muy importante en la delimitación de las competencias y habilidades laborales demandadas, por lo que la formación profesional verde se ha convertido en una herramienta crucial para una transición exitosa.

105. La propia Estrategia de Transición Justa reconoce que la demanda de competencias verdes no se corresponde con una oferta de mano de obra dotada de las cualificaciones adecuadas, por lo que la formación es un elemento clave para dar respuesta a las necesidades de nuevas cualificaciones o de reciclaje de las ya existentes. Entre las numerosas medidas propuestas, se apela, directamente, dentro

¹³⁹ Sobre este programa *vid.* Miñarro Yanini, M.: “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el “Empleo Verde”, en *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Universidad de Jaén, 2022, <https://elibro.net/es/ereader/unex/212745?page=44>

¹⁴⁰ Véase, a este propósito, la convocatoria de subvenciones de la Fundación Biodiversidad para la adquisición o mejora de competencias para la transición ecológica, en el marco del Programa Empleaverde +, cofinanciado por el Fondo Social Europeo Plus; Orden TED/1317/2023, de 29 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones de la Fundación Biodiversidad, F.S.P., en régimen de concurrencia competitiva, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo Plus para impulsar la transición ecológica a través de actuaciones de capacitación dirigidas a personas desempleadas, trabajadoras y emprendedoras, BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 2023.

¹⁴¹ Según el artículo 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo “...Se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad.

Respecto al colectivo de personas con discapacidad, se reconocerá como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento”.

¹⁴² Informe *Empleo y transición ecológica. Yacimientos de empleo, transformación laboral y retos formativos en los sectores relacionados con el cambio climático y la biodiversidad en España*, 2023, ya citado.

de las políticas del mercado de trabajo, al impulso de la formación para el empleo en los sectores productivos de la llamada economía verde y circular, así como a la inclusión de cláusulas para la formación ecológica en los convenios colectivos sectoriales para poder trasladar después su contenido a la oferta formativa de las instituciones competentes en la materia¹⁴³.

106. En cuanto a las medidas de formación para el empleo, tanto la OIT como la Unión Europea coinciden en señalar que uno de los mayores impactos de la transición ecológica se está produciendo en el ámbito de los empleos u ocupaciones ya existentes, que tienen que transformarse para no desaparecer, de la mano de acciones formativas de readaptación o de perfeccionamiento profesional, centradas en competencias verdes¹⁴⁴.

107. En esta materia, el artículo 33 de la Ley de Empleo, después de señalar que será objeto de regulación específica, establece que, en todo caso, la formación en el trabajo responderá, por lo que aquí interesa, a los siguientes fines:

- Favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado.
- Consolidar los derechos a la formación y promoción profesional de los artículos 4.2-b) y 23 del TRET y, en particular, el del permiso individual de formación o cualquier otro que pudiera acordarse.
- Mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y, en especial, las competencias digitales y de sostenibilidad, que incidan en su desarrollo profesional y personal.
- Garantizar que todo el contenido formativo impartido en la formación en el trabajo esté realizado con perspectiva de género.
- Mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.
- Promover que las competencias profesionales adquiridas por las personas trabajadoras, tanto a través de procesos formativos como de procesos de aprendizaje informales, sean objeto de valoración, en el marco de la formación en el trabajo, en los términos pactados en la negociación colectiva.
- Facilitar la transición hacia un empleo de calidad, así como la movilidad laboral.
- Acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género.
- Impulsar la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades específicas de formación más cercanas e inmediatas.

108. El principal desafío es, por tanto, la elaboración de una norma que, en el marco de los fines propuestos, establezca un sistema de formación en el trabajo integrado y eficaz que permita ofrecer a las personas trabajadoras acciones formativas de capacitación adicional (*upskilling*) y/o de reciclaje profesional (*reskilling*), en competencias verdes, según sus necesidades. Desde 2022, se está elaborando un texto normativo para regular la formación en el ámbito laboral en el seno de una mesa de diálogo social constituida al efecto entre el Ministerio de Trabajo, el Servicio Público de Empleo Estatal y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas¹⁴⁵. Es de esperar que esta norma contribuya a implantar un sistema integrado de educación, recualificación y reciclaje para los trabajadores en activo que permita superar el déficit competencial que existe en nuestro país.

¹⁴³ <https://www.transicionjusta.gob.es/es/la-transicion-justa/la-estrategia-de-transicion-justa.html>

¹⁴⁴ *Competencias profesionales para los empleos verdes. Una mirada a la situación mundial*, Oficina Internacional del Trabajo y Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, 2011, https://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/wcms_164629.pdf

¹⁴⁵ “Evaluación intermedia de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo”, Servicio Público de Empleo Estatal, pág. 166.

109. En particular, en el ámbito de la transición ecológica, la formación en competencias verdes exigirá actuar en los siguientes ámbitos:

- Definir y delimitar las competencias y habilidades verdes, tanto las transversales como las específicas y técnicas que demandan las ocupaciones verdes, mejorando la capacidad de monitorización y la medición y evaluación continua de los avances y cambios en las competencias profesionales requeridas para poder anticiparse así a las necesidades del mercado de trabajo.
- Mejorar la oferta formativa que proporciona el sector público, procurando la flexibilización curricular de los contenidos formativos para maximizar su adaptación a las necesidades de reciclaje de las empresas a través de módulos curriculares. tanto para los títulos formativos como para los cursos de especialización, certificados profesionales y especialidades formativas¹⁴⁶.
- Favorecer la contribución de las empresas, sindicatos, asociaciones empresariales y otros agentes sociales en el diseño, desarrollo e implementación de los programas de formación para el empleo ofertados por sector público¹⁴⁷.
- Fomentar la cultura de formación profesional en las empresas como herramienta para las transiciones ecológica y digital, potenciando su papel como entidades proveedoras de formación para el empleo, a través de incentivos económicos o de otro tipo¹⁴⁸.
- Apoyar el incremento de la formación continua en las PYMES y microempresas mediante incentivos y programas sectoriales y territoriales específicos¹⁴⁹.
- Incentivar y mejorar la participación de los trabajadores en activo en programas de recualificación profesional a través de mecanismos como permiso individual de formación u otros que puedan implantarse¹⁵⁰.

4. El papel del diálogo social y de la negociación colectiva verdes

110. Como se ha apuntado ya, tanto en el discurso de la OIT como de la UE, se subraya que el papel del diálogo social es clave en la transición ecológica hacia una economía verde. Así, según la OIT, el desarrollo sostenible solo será posible con la participación del mundo del trabajo, por lo que, en el diseño de las directrices que deben guiar la transición justa, es esencial alcanzar un sólido consenso social sobre el objetivo a alcanzar, así como de las vías más apropiadas para ello. De este modo, como en cualquier transición, la aceptación del cambio que supone pasa por el diálogo social que debe ser una parte integrante del marco institucional que ha de regir la elaboración y puesta en práctica de las políticas, programas y acciones a todos los niveles, lo que incluye también las políticas del mercado de trabajo¹⁵¹.

111. Esta preocupación es compartida también por la Unión Europea que, tanto en el Pacto Verde como en la Ley Europea sobre el Clima, considera el diálogo con los interlocutores sociales como una herramienta imprescindible para la transición justa hacia la neutralidad climática. En este sentido, la Ley refuerza el diálogo social a nivel europeo, a través de iniciativas y acuerdos con los interlocutores sociales

¹⁴⁶ *Sector de la economía verde. Cambios en los perfiles profesionales y necesidades de Formación Profesional en España. Perspectiva 2030, Caixabank Dualiza, 2022*, pág. 23. <https://www.caixabankdualiza.es/wp-content/uploads/2023/11/perspectiva-2030-economia-verde.pdf>

¹⁴⁷ *Vocational Education and Training and the Green Transition: A Compendium of inspiring practices, European Commission, 2024*, pág. 19. https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/document/download/b4b7c905-1947-4e58-a2b1-cbb7fd1253_en?filename=2024%20Compendium_V3.pdf

¹⁴⁸ *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021, pág. 308. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

¹⁴⁹ Este es el objetivo del Programa Empleaverde +, cofinanciado por el Fondo Social Europeo Plus, ya citado.

¹⁵⁰ *España 2050: Fundamentos...*, ob. cit., pág. 306.

¹⁵¹ “Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos”, ob. cit., pág. 15.

para apoyar la transición laboral y las políticas sociales al tiempo que reconoce la importancia de la negociación colectiva como un mecanismo para abordar las implicaciones sociales de la transición climática¹⁵².

112. No obstante, es necesario apuntar que, a nivel internacional y europeo, la expresión “diálogo social” se utiliza con un carácter muy general, debido, como es lógico, a la gran diversidad de modelos nacionales de relaciones laborales y a las especificidades de la representación colectiva lo que, a la postre, tiene como consecuencia que, más allá de las menciones formales, el diálogo social a estos niveles esté todavía muy poco desarrollado¹⁵³.

113. Por lo que se refiere a España, se insiste también en la misma línea pues, más allá de la protección ambiental, la negociación colectiva está llamada a desarrollar un importante papel en el ámbito de la transición ecológica, ayudando a valorar su impacto en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como en la determinación de las necesidades de capacidades verdes. Para ello, se debería actuar en dos ámbitos¹⁵⁴:

- En primer lugar, a través del diálogo social, en el diseño de las políticas nacionales y autonómicas de empleo, participando en los debates técnicos y sociales que puedan contribuir a la previa identificación los impactos sociales, ambientales y económicos de la transición ecológica, de cara al diseño de hojas de ruta y de políticas más efectivas en un proceso de mejora continua.
- En segundo lugar, a nivel sectorial y de empresa, en el objetivo de identificar las necesidades de competencias, de promover el aprendizaje profesional permanente y de promover las medidas de protección social necesarias, incluidas las dirigidas específicamente a los colectivos de trabajadores más directamente afectados por la transición ecológica del sistema productivo.

111. En fin, precisamente, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), dedica su último capítulo a la transición ecológica afirmando que *“la transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular; junto con la digitalización, pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman. Estas transiciones, que están interrelacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente, deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales. En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático. Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras”*¹⁵⁵.

112. Esta cláusula, tiene un carácter más pedagógico que prescriptivo, por lo que, más allá de su valor formal no arroja un balance muy positivo como así confirman algunos de los estudios más recientes

¹⁵² *Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro*, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2023/C 293/05), de 14 de junio de 2023, CELEX: 52022AE6018.

¹⁵³ JEROME PORTA, ob. cit., pág. 6.

¹⁵⁴ “El diálogo social y la negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición ecológica justa”, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2020, págs. 54 y 55.

¹⁵⁵ *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025 (AENC)*, BOE núm. 129, de 31 de mayo de 2023, disponible en <https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/v-acuerdo-para-el-empleo-y-la-negociacion-colectiva-v-aenc>

tes sobre negociación colectiva verde, al reconocer que la participación de los trabajadores en materias ambientales sigue teniendo un reflejo muy escaso en los convenios colectivos¹⁵⁶. En cualquier caso, la necesaria “ecologización” de la negociación colectiva es una cuestión sumamente compleja, en la que hay que ponderar, con sumo cuidado, los intereses de las partes en un proceso que, seguramente, va muchos más allá de la mera adición de una materia entre las propias de aquella, a pesar de la amplitud de contenidos del artículo 85 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵⁶ Por todos, véase, en profundidad, H. ÁLVAREZ CUESTA Y ARIAN FEIGL-BERGER, *Negociación colectiva verde: presente y futuro*, Área de Acción Climática y Transición Ecológica Justa de UGT-CEC, 2023.

Normas de bloqueo y obtención transfronteriza de prueba¹

Blocking statutes and cross-border taking of evidence

PABLO MUYO BUSSAC

Profesor ayudante doctor

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-5295-3071

Recibido:09.05.2025 / Aceptado:18.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9892

Resumen: Este trabajo estudia ponderadamente si es *legítimo* (y si lo es con qué *límites*) que las partes de un litigio o el tribunal que conoce del mismo puedan emplear unilateralmente y con efectos extraterritoriales instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria distintos de los previstos en los instrumentos de cooperación jurídica en materia de obtención de prueba, cuando la información o su soporte se encuentren o deban elaborarse en el extranjero. Para ello valora críticamente y pone en contraste las razones que legitiman la obtención unilateral y extraterritorial de fuentes de información en el extranjero y las normas de bloqueo, normas destinadas a impedir tal forma de proceder.

Palabras claves: Soberanía, obtención transfronteriza de prueba, proceso civil, normas de bloqueo, extraterritorialidad.

Abstract: This paper makes a balanced study of whether it is legitimate (and if so, within what limits) for the parties to a dispute or the court hearing the case to be able to use unilaterally and with extraterritorial effect instruments for obtaining evidence other than those provided for in the instruments of legal cooperation on the gathering of evidence, when the information or its support is or has to be produced abroad. In doing so, it critically assesses and contrasts the reasons that legitimise the unilateral and extraterritorial gathering of information sources abroad with the blocking statutes, which are designed to prevent such a course of action.

Keywords: Sovereignty, cross-border taking of evidence, civil procedure, blocking statutes, extraterritoriality.

Sumario: I. Las fricciones y conflictos en la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria: 1. Exposición del problema; 2. Nuevas dimensiones del problema en la era digital; 3. Estructura del trabajo. II. La legitimidad de la obtención transfronteriza unilateral de información preparatoria o probatoria: 1. La extranjería de la información: una situación *fáctica* y generalmente contingente; 2. Límites generales impuestos por la concepción de la soberanía desde los principios *Lotus* y el derecho internacional público; 3. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del espacio europeo de justicia y la no exclusividad de los instrumentos del Reglamento de prueba; 4. Los modos de obtención unilateral de información preparatoria o probatoria legítimos: A) En abstracto; B) En concreto: dos ejemplos a través de la prueba testifical y la exhibición de documentos por la contraparte en un proceso seguido en España. 5. Las desventajas de la unilateralidad. III. Las normas de bloqueo: una concepción distinta de los límites impuestos

¹ Este trabajo constituye un resultado de mi participación como investigador en el proyecto de investigación titulado «Eficiencia y acceso a la justicia civil en tiempos de austeridad» con referencia PID2021-122647NB-I00. Igualmente, este artículo se ha llevado a cabo durante mi estancia de investigación en el Institut für Zivilverfahrensrecht de la Universidad de Viena, realizada gracias a la ayuda económica de la Fundación Manuel Serra Domínguez otorgada en el marco de las ayudas para la realización de proyectos de libre elección de la X convocatoria de ayudas de la Fundación.

por la soberanía en la obtención transfronteriza de información: 1. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica; 2. Exposición de las normas de bloqueo francesa, inglesa y suiza: A) La *loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*; B) Artículos 2 y 3 de la *U.K. Protection of Trading Interests Acts 1980*; C) El artículo 271 del Código Penal suizo. 3. Fundamentos de las normas de bloqueo; 4. “Torcer el brazo” de los tribunales extranjeros “poniendo entre la espada y la pared” a la parte o al tercero; 5. Consideraciones críticas sobre las normas de bloqueo. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. Las fricciones y conflictos en la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria

1. Exposición del problema

1. ¿Pueden las partes de un litigio que verse sobre materia de derecho privado o el tribunal que conozca del mismo acceder a, obtener o producir información preparatoria o probatoria situada en el extranjero sin recurrir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales, y ello sin vulnerar la soberanía del Estado en el que se encuentre o deba producirse esa información? Esta pregunta general vertebrará el conjunto del estudio que el lector encontrará a continuación. Diseccionemos brevemente la pregunta para aclarar tres extremos del enfoque que se pretende dar a la cuestión.

En primer lugar, este trabajo se abordará exclusivamente desde la perspectiva de los procesos contenciosos seguidos ante los tribunales de justicia estatales, excluyendo del análisis los procesos arbitrales o los procedimientos autocompositivos, como la mediación. Los problemas enunciados se acentúan cuando el sujeto llamado a resolver el conflicto jurídico es una autoridad que actúa aplicando normas procesales, es decir, normas de derecho público. De igual modo, excluirémos del análisis la obtención transfronteriza de pruebas en materia penal, que se rige por consideraciones y postulados diferentes.²

En segundo lugar, es preciso anunciar y justificar que no se empleará la locución habitualmente utilizada de *obtención de pruebas en el extranjero*, aun cuando se mantenga en el título del trabajo por razones convencionales. Se hará uso de una expresión más amplia: la *obtención de información preparatoria o probatoria*. La prueba es aquella actividad desplegada en un proceso destinada a convencer o persuadir al tribunal que conoce del litigio de la certeza positiva o negativa de un hecho controvertido.³ Dentro de la categoría más general de prueba, se debe distinguir también entre la fuente y el medio de prueba: la primera hace referencia al elemento personal o material, es decir, al soporte sobre el que se desplegará una concreta actividad destinada a producir información para ilustrar al tribunal de la certeza de un hecho. En cambio, el medio de prueba hace referencia a la concreta actividad procesal proyectada sobre una fuente de prueba para generar esa información.⁴ Ahora bien, la información que puede contener un elemento personal o material y la actividad que puede tener que desplegarse no siempre tienen finalidad probatoria, sino que los litigantes también necesitan acceder a la información para preparar, es decir, para definir, completar o aclarar sus alegaciones fácticas (y, por tanto, también jurídicas) a fin de sustanciar su pretensión o para preparar su estrategia probatoria, es decir, descubrir la existencia y el contenido de fuentes de prueba que puedan ser utilizadas para desplegar sobre ellas una actividad probatoria concreta.⁵ En este sentido, se usará la locución propuesta porque se hace mejor cargo de las

² Véase, M. REQUEJO ISIDRO, “Do We Need Harmonisation to Achieve Harmonious Cooperation?”, en B. HESS/ X.E. KRAMER (Eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 77-118. Para una aproximación general a la obtención transfronteriza de pruebas en el proceso penal, véase, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

³ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil: materiales para el estudio*, 7ª ed., Docta UCM, Madrid, 2025, pp. 296-297.

⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil: materiales para el estudio*, 7ª ed., Docta UCM, Madrid, 2025, p. 297.

⁵ Nuestro ordenamiento procesal contiene actividades preparatorias de ambos tipos: las diligencias preliminares (para preparar la demanda) y las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos que versen sobre acciones de daños derivadas del derecho de la competencia o litigios relativos a la protección de los secretos empresariales (para descubrir fuentes de prueba sobre las que desplegar posteriormente una actividad probatoria). Véanse al respecto, J. BANACLOCHE PALAO, *Las*

prácticas que han generado fricciones y conflictos en esta materia, notablemente del *discovery* americano, cuya función es eminentemente preparatoria en un sistema de *notice-pleading*.⁶

Por último, es preciso definir qué se entiende por mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales en esta materia⁷: estos mecanismos son aquellos que vienen expresamente diseñados (i) en normas de derecho convencional, como el Convenio de la Haya de 1970 de obtención de pruebas o los tratados bilaterales celebrados entre Estados⁸, (ii) en normas de derecho de la Unión Europea como el Reglamento 2020/1783 de obtención de pruebas⁹ o (iii) en normas de derecho autónomo, como nuestra Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que sean aplicables a las relaciones entre los Estados involucrados.¹⁰ Estos mecanismos pueden ser de lo más variado: se pueden vertebrar, empleando la nomenclatura de VILLAMARÍN LÓPEZ, en un sistema de *auxilio activo*, es decir, uno “en que el tribunal requerido ejecuta directamente la solicitud de obtención de pruebas, aplicando su propio ordenamiento procesal” o de *auxilio pasivo* “cuando el Estado requerido consiente que un órgano designado por el Estado requirente pueda practicar directamente la diligencia de obtención de prueba en el territorio del Estado requerido”.¹¹ En primer lugar, el tribunal puede requerir la cooperación de las autoridades del país en el que se halla la fuente de información para que sean éstas las que practiquen con todo su *imperium* la diligencia solicitada y puedan comunicar los resultados

diligencias preliminares, Civitas, Madrid, 2003; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, pp. 139-146; G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, pp. 258-333; G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil”, en J.M., ASENCIO MELLADO/ A. ROSELL CORBELLE (COORDS.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimén Sendra. Liber amicorum*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1481-1496.

⁶ Un sistema de *notice-pleading* es aquel en el que el acto que inicia la instancia no debe sustanciar de forma definida ni definitiva la acción que se ejercita ante los tribunales. Al contrario, bastaría con una afirmación de la acción corta y sencilla, sin necesidad de alegar un conjunto definido y cerrado de hechos que sirvan de causa de pedir de la misma. Este sistema es el propio de las normas federales de proceso civil norteamericanas (véase la *Rule 8* de las *Federal Rules of Civil Procedure*). En opinión de DODSON, “America has the most lax pleading system in the world”. S. DODSON, “Comparative convergences in pleading standards”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, núm. 2, 2010.

Como pone de relieve Marco GRADI: “the exceptional amplitude of discovery in the United States depends principally on the fact that the initial pleading must contain only a short and plain statement of the claim (the so-called system of *notice pleading*). Therefore, the factual contentious of the case, potentially undetermined at the initial stage of the process can be presented and developed during the pre-trial phase through discovery measures that also allow “fishing expeditions”. M. GRADI, “The right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective”, en L. CADIEU/B. HESS/M. REQUEJO ISIDRO (DIRS.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 105.

Esta clase de sistema sería opuesto al de *fact-pleading*, en el que la acción ejercitada debe encontrarse definida lo máximo posible desde un inicio. El sistema español es quizás uno de los más estrictos en este sentido, en atención a las reglas relativas al contenido de la demanda, la preclusión de alegaciones de hecho y de derecho del artículo 400 LEC y la prohibición de *mutatio libelli*.

⁷ Para una reseña omnicompreensiva de los mecanismos institucionales en España véase S. PRATS JANÉ, *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España: notificaciones, obtención y práctica de pruebas*, J.M. Bosch, Barcelona, 2022.

⁸ Véase M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero: estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

⁹ Véanse, entre otros, M.E. LARO GONZÁLEZ, “La obtención transfronteriza de pruebas en materia civil y mercantil: a propósito del reglamento (UE) 2020/1783”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005 y C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

¹⁰ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016 pp. 234-259; en particular, pp. 246-247; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La obtención de pruebas en el extranjero en la nueva Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 16, 2016.

¹¹ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Madrid, Colex, 2005, p. 23.

posteriormente a las autoridades requirentes. Este requerimiento puede efectuarse por la vía de comisiones rogatorias a autoridades centrales¹² o mediante sistemas de cooperación directa entre tribunales de distintos Estados, en función de la base normativa que sirva de fuente. Ésta es la forma tradicional de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas en el extranjero. Ahora bien, ciertos mecanismos institucionales también contemplan la posibilidad de que el tribunal acuerde, si existe una norma que le habilita para ello y con las condiciones en ella impuestas, trasladarse directamente al territorio del otro Estado para practicar el acto procesal acordado¹³, solicitar que un funcionario diplomático o consular lleve a cabo el acto probatorio¹⁴ o acordar que un comisario u otra clase de sujeto delegado lo efectúe, o que incluso lo haga un perito, que no tiene por qué ser visto como un delegado del tribunal.¹⁵ Las autoridades del Estado o un sujeto bajo su dirección o su autorización se trasladan directamente al de otro para llevar a buen término la diligencia acordada. Esta posibilidad, no obstante, encuentra un límite importante: no podrán emplear ningún medio de coerción directa para llevar a cabo la diligencia, debiendo contar con la participación voluntaria del sujeto que deba intervenir en el acto.¹⁶ La existencia de un sistema de auxilio pasivo dependerá, claro está, del grado de confianza mutua entre los Estados involucrados o de proyectos políticos más amplios, como sucede en el caso de las normas europeas, que tienden a construir un espacio de justicia integrado en el que las barreras soberanas entre Estados sean las menores posibles.¹⁷

2. Por tanto, en este artículo se pretende discutir ponderadamente si es *legítimo* (y si lo es con qué *límites*) que las partes de un litigio o el tribunal que conoce del mismo puedan emplear unilateralmente y con efectos extraterritoriales otros instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria, cuando la información o su soporte se encuentren o deban elaborarse en el extranjero, siempre que esos instrumentos estén previstos en el ordenamiento procesal del foro y se consideren más eficaces que los institucionales.

3. La pregunta que guía este trabajo no es nueva: la discusión se abrió en canal en 1987 con motivo de la sentencia de la U.S. Supreme Court en el asunto *Aerospatiale*¹⁸, en la que se consideró que no era obligatorio recurrir a los mecanismos de cooperación internacional diseñados en el Convenio de la Haya para la práctica de las actuaciones propias de un *discovery*; se sostuvo, en otros términos, que el Convenio de La Haya no era un instrumento que suprimiese y sustituyese los procedimientos nacionales que pudiesen conducir al mismo fin. Esta decisión generó una fuerte controversia¹⁹, que todavía hoy no

¹² Véase, por ejemplo, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1905, 2001, pp. 3635-3666.

¹³ Véase art. 19 Reglamento (UE) 2020/1783 de obtención de pruebas.

¹⁴ Véanse, como ejemplos, el art. 21 Reglamento (UE) 2020/1783 de obtención de pruebas o los arts. 15 ss. del Convenio de la Haya de 1970.

¹⁵ Véanse, los arts. 17 del Convenio de la Haya de 1970 y 19.3 del Reglamento Europeo. Sobre los peritos merece la pena constatar que, en España, el perito, al menos en los procesos declarativos ordinarios, no tiene nunca la naturaleza de auxiliar del tribunal, aunque haya sido de designación judicial. Esto contrasta con la visión del perito del ordenamiento procesal francés: al respecto véanse los artículos 232 ss. del *Code de procédure civile*. Esta cuestión reviste una especial importancia en el asunto que nos ocupa en este trabajo, pues como señala HESS: “Here, an unresolved issue relates to the activities of court-appointed experts on foreign soil. Some authors argue that these activities are permitted as long as the expert acts without exercising any coercion and as a “private person”. Others stress that the expert is acting as an agent of the court, under the court’s authority, and that the expert’s activities relate to the foreign court’s taking of evidence”. B. HESS, *The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, 2018, pp. 75-76.

¹⁶ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, Berlín, 2021, p. 629.

¹⁷ B. HESS, “Le droit international privé européen en temps de crise”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, núm. 23, 2019, p. 332. De hecho, la solución europea de permitir la actuación de un tribunal en suelo extranjero ha sido considerada como una revolución en esta materia al permitir proceder según un procedimiento uniforme, lo que muestra el carácter altamente innovador y excepcional de esta técnica. Al respecto, véase, N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, Paris I, 2021, p. 497.

¹⁸ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

¹⁹ Una reseña completa de las distintas posiciones y sus razones puede encontrarse en M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero: estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, pp. 130-166. Esta autora apuesta por entender que resulta conveniente

puede considerarse resuelta.²⁰ Bien es cierto que la discusión en el marco del Derecho de la Unión Europea en relación con la obtención de pruebas en el espacio europeo de justicia parece superada con la resolución de tres cuestiones prejudiciales por parte del TJUE en los asuntos *Lippens*²¹, *ProRail*²² y *VP*²³. En todos estos casos el TJUE adoptó una postura claramente alineada con los argumentos que en su día dio el U.S. Supreme Court a favor del carácter no exclusivo/excluyente de los instrumentos dispuestos en el Reglamento de obtención pruebas.²⁴

4. Pero frente a estas posiciones (al menos fuera del marco propio del derecho de la Unión Europea), varios Estados han mostrado su rechazo con herramientas que exceden la mera queja desde los canales diplomáticos habituales: estas herramientas han sido las llamadas normas de bloqueo, *blocking statute* o normas de *aiguillage* (“encuadramiento” o “encarrilamiento” en francés). Las normas de bloqueo tampoco son ninguna novedad, sino que se han desarrollado principalmente desde los años 60 del siglo XX, notablemente frente a la actividad extraterritorial del legislador y de los tribunales norteamericanos.²⁵ No obstante, si globalmente su éxito ha sido muy limitado o nulo²⁶, ha surgido la voluntad de actualizarlas y darles una segunda vida: nuestro país vecino, Francia, es un ejemplo notable de esto último. El epítome de esta preocupación es el dictamen redactado en 2019 por el diputado Raphaël GAUVAIN.²⁷ En él se traslucen con desasosiego las siguientes preguntas: ¿cuántos documentos, datos o informaciones han cruzado sus fronteras como consecuencia del requerimiento de una autoridad judicial extranjera, notablemente la estadounidense, sin que sus autoridades tuviesen ningún conocimiento al respecto? ¿Cuántos de ellos, al hacerlo, podían contener información sensible para los intereses soberanos o económicos de su país? ¿Son Francia y el resto de los Estados miembros de la Unión Europea (y, por tanto, nosotros mismos) vulnerables frente a la aplicación extraterritorial y unilateral del derecho procesal de terceros estados y, en particular, de las normas de acceso a información y fuentes de prueba? ¿Existen terceros Estados que están violentando la integridad de nuestra soberanía de forma invisible por la vía de evitar los mecanismos de cooperación jurídica ordinarios? Entre las múltiples propuestas

aplicar con carácter prioritario este instrumento. La propia Oficina Permanente de la HCCH ha adoptado una posición que pretende ser conciliadora: los instrumentos ofrecidos por el Convenio de la Haya sobre obtención de prueba deben considerarse, al menos, un recurso prioritario, sin tomar una posición clara acerca de si debía considerarse obligatorio o no, en atención a que hay Estados que consideran que no acudir a los instrumentos del Convenio supone una vulneración de su soberanía. HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 47: “Le principe du “recours prioritaire” repose sur la constatation que la Convention a été créée en raison du fait que de nombreux États parties estiment que l’obtention de preuves par d’autres moyens constitue une violation de leur souveraineté”.

²⁰ B. HESS, *The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, 2018, p. 75: “In this area of law, it is unsettled whether the cross-border gathering of information for court proceedings is only permitted in the framework of international instruments on judicial co-operation or whether “informal” ways of collecting information abroad are equally permitted”. Véase también R. GEIMER/ E. GEIMER/ G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ªed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2024, p. 999.

²¹ STJUE (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros* (C-170/11).

²² STJUE (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013, *ProRail BV contra Xpedys NV y otros* (C-332/11).

²³ AJUE (Sección décima) de 8 de septiembre de 2022, *VP contra KS* (C-188/22).

²⁴ Véanse las interesantes consideraciones efectuadas en M.J. ELVIRA BENAYAS, “Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la UE”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 538-547 y en I. BACH, “Zivilverfahrensrecht: Kein obligatorischer Charakter der EuBeweisVO bei grenzüberschreitendem Einsatz eines Sachverständigen”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, pp. 315-316.

²⁵ N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, pp. 487 y 488.

²⁶ Véase un análisis de las causas del fracaso con respecto a la actividad de los tribunales norteamericanos en M.J. HODA, “The Aérospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018. También puede consultarse N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, pp. 493 ss.; D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, pp. 222-223; y M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 212-213.

²⁷ R. GAUVAIN/ C. D’URSO/ A. DAMAIS/ S. JEMAI, *Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, Paris, 2019.

del informe para “proteger” la soberanía de la república francesa frente a esas amenazas se encuentra la de actualizar, modernizar y reforzar ciertos aspectos de la *loi n°68-678 du 26 juillet 1968*, es decir, la llamada legislación de bloqueo o de *aiguillage*.

5. Por tanto, desde hace ya décadas, se pueden identificar dos posiciones claramente diferenciadas respecto de la pregunta inicial: una que entiende que la obtención transfronteriza de información preparatoria o probatoria para su adquisición procesal no tiene por qué comprometer necesariamente la soberanía del Estado en el que se halla el soporte que contiene la información y otra que, por el contrario, entiende que sí constituye una intromisión extraterritorial ilegítima en los asuntos internos de otro Estado, lo que obligaría a acudir *necesariamente* a los mecanismos de cooperación jurídica internacionales. En una suerte de equilibrio entre ambas posturas se manejan las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil adoptadas por el *European Law Institute* y *UNIDROIT* en 2020 en sus artículos 128 y 129²⁸: mientras que para la obtención de pruebas en el extranjero por autoridades judiciales de Estados miembro de la UE en el espacio europeo de justicia, este instrumento de *soft law* opta por entender que la *best practice* corresponde con la postura adoptada por el TJUE (es decir, la posibilidad de acudir tanto a lo dispuesto en el Reglamento de obtención de pruebas, como a la obtención unilateral)²⁹, en el caso de la obtención de pruebas situadas en terceros Estados considera como preferible, como mínimo, que se acuda a los mecanismos institucionales.³⁰

2. Nuevas dimensiones del problema en la era digital

6. Pero ¿hasta qué punto los términos de este debate están demasiado condicionados por una concepción de la prueba y de su circulación transfronteriza demasiado analógica? O más bien, ¿hasta qué punto la era digital no obliga a reconsiderar desde nuevos ángulos la cuestión? En el siglo XXI la desterritorialización de gran parte de los fenómenos sociales y la volatilización fáctica de muchos de los límites que, aun ideológicamente, siguen constituyendo nuestra forma de regularlos es innegable: la digitalización del tráfico jurídico y la mayor interconectividad en los desplazamientos globales han supuesto un vuelco en la forma en la que la información y los soportes que la contienen (personales o materiales, físicos o digitales) se desplazan de un lugar a otro. Las fronteras políticas entre Estados ya no son un obstáculo fáctico tan sólido como antaño para la circulación de información.³¹

²⁸ Las RMEPC son una creación de naturaleza académica que ofrecen una visión sistematizada y organizada del *mejor proceso civil imaginable* e implantable por los distintos legisladores nacionales para enfrentar posibles reformas del sistema de proceso civil, como por el legislador europeo en su misión armonizadora. Para una presentación general de qué son las Reglas Modelo, véase F. GASCÓN INCHAUSTI, “Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 277-297. Para un comentario más exhaustivo de los artículos 128 y 129 véase A. STADLER/ M. STRANDBERG, “(Rules 87-110, 128-129) General and Procedural Issues”, en A. STADLER/ V. SMITH/ F. GASCÓN INCHAUSTI (EDS.), *European Rules of Civil Procedure: a Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2023, pp. 303-306.

²⁹ Regla 128. Obtención de pruebas dentro de la Unión Europea: “1. Si hubiera de practicarse prueba o accederse a fuentes de prueba en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrán el tribunal y las partes remitirse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (...). 2. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (...): a) el tribunal podrá citar directamente a testigos que residan en otro Estado miembro; b) el tribunal podrá designar a peritos para que emitan dictamen cuya elaboración requiera el examen de personas o lugares o la realización de cualesquiera otras actividades en otro Estado miembro; c) si la parte o tercero a quien se dirija una orden de acceso a fuentes de prueba reside o está domiciliado en el Estado del foro, tendrá el deber de aportar los documentos y las pruebas requeridas aun cuando estos se encuentren en otro Estado miembro; d) el tribunal podrá dirigir órdenes de acceso a fuentes de prueba a posibles partes y tercero domiciliados en otro Estado miembro.”

³⁰ Regla 129: Fuera de la Unión Europea: “Si hubieran de obtenerse pruebas fuera de la Unión Europea, o si la parte o tercero a quien se dirija una orden de acceso a fuentes de prueba careciera de domicilio o residencia habitual en la Unión Europea, podrán el tribunal y las partes remitirse a lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, o a cualesquiera otros convenios internacionales que resulten de aplicación.”

³¹ Aunque lo pueden seguir siendo, sobre todo respecto a la libre circulación de personas. La imposibilidad de obtener un visado para viajar al territorio de un foro, por ejemplo, puede seguir siendo una limitación real. Véase el interesante supuesto

Esta porosidad se manifiesta en múltiples facetas de la vida contemporánea, incluyendo la que nos interesa aquí: la litigación civil y mercantil ante los tribunales de justicia. Al igual que lo hacen las personas, miles de documentos y de soportes digitales de información circulan y viajan internacionalmente constantemente para “comparecer” ante los tribunales al margen de cualquier solicitud de cooperación judicial de obtención de pruebas, simplemente porque los aporta quien los tiene en su poder o bajo su esfera de control: los Estados no son capaces de controlar *de facto* todo ese circuito subterráneo de movimientos en su territorio en dirección a los tribunales de un país extranjero —ni, realmente, tienen por qué hacerlo, pues se trata de flujos de información vinculada a la resolución de controversias entre particulares.

7. En particular, las mutaciones en materia probatoria (en sentido amplio) en todos los sistemas procesales producidas por la “revolución digital” son algo constatado y en marcha.³² Ya no se trata de que la información que históricamente se plasmaba en un soporte físico (un documento en sentido estricto, una fotografía, un mapa, un croquis) pueda ser digitalizada por procedimientos técnicos al alcance de cualquiera, sino que hoy en día se genera esa información de forma digital desde su nacimiento en proporciones cada vez mayores. Y su carácter digital o digitalizable facilita inmensamente su transmisión y circulación (sin perjuicio de las habituales preocupaciones por su autenticidad e integridad).

Pero incluso al margen de las fuentes de prueba en soporte digital, también se puede producir información por canales enteramente digitales: la práctica de la prueba personal es el ejemplo más notable a través de la videoconferencia. La parte, el testigo o el perito que hayan de declarar en un proceso o en el marco de una diligencia preparatoria ya no han de estar necesariamente en la sede física del tribunal para que se entienda que lo hacen “ante el juez”. Basta la conexión a un dispositivo con acceso a internet para poder practicar su declaración. Aunque la declaración telemática no aporte el mismo valor añadido que la declaración con la presencia física del interrogado en el tribunal, en último término se trata de un equivalente funcional aceptado por el legislador que permite llevar a cabo el medio de prueba o la diligencia acordada.³³

Incluso aquello que parece imposible de ser digitalizado puede incorporarse al proceso mediante procedimientos indirectos al alcance de cualquiera, a través de los llamados *informal methods of evidence-gathering*.³⁴ Si hasta hace no tanto, cuando se debía proceder al reconocimiento judicial de un objeto que no pudiese trasladarse a la sede del tribunal o de un lugar, el juez se veía obligado a abandonar los juzgados para trasladarse al sitio en el que estuviesen localizados, hoy en día las partes pueden emplear los sistemas de videograbación de sus teléfonos móviles para dejar constancia del estado del lugar o del objeto, aportar sus grabaciones al proceso y proponer su reproducción con efectos más o menos similares. Es más, también se puede recurrir a tecnologías más sofisticadas, como las gafas de realidad virtual, para revivir reconstrucciones digitales de ciertos hechos.

8. Si la información puede constituirse, incluirse o vehicularse en un soporte digital, su adquisición procesal se facilita *de facto*, independientemente del lugar físico en el que se encuentre el servidor

de la STEDH *Jallow c. Noruega* (36516/19) de 2 de diciembre de 2021.

³² Véase M. STRANDBERG, “The justice system takes account of the (social, economic) digital revolution: evidence law adjusted to digitally stored information”, B. HESS/ M. WOO/ L. CADJET/ S. MÉNETREY/ E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024: <https://www.cplj.org/publications/9-2-the-justice-system-takes-account-of-the-digital-revolution-evidence-law-adjusted-to-digitally-stored-information>

³³ A este respecto se recomiendan los siguientes trabajos de F. GASCÓN INCHAUSTI: “Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia”, en J. BANACLOCHE PALAO/ F. GASCÓN INCHAUSTI (DIRS.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 201-259; “From Remote Hearings to Online Courts”, en B. HESS/ M. WOO/ L. CADJET/ S. MÉNETREY/ E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024: <https://www.cplj.org/publications/9-4-from-remote-hearings-to-online-courts>; y “¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, pp. 383-401.

³⁴ M. STRANDBERG, “The justice system takes account of the (social, economic) digital revolution: evidence law adjusted to digitally stored information”, B. HESS, M. WOO, L. CADJET, S. MÉNETREY Y E. VALLINES GARCÍA (EDS.), *Comparative Procedural Law and Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2024, pp. 37-38: <https://www.cplj.org/publications/9-2-the-justice-system-takes-account-of-the-digital-revolution-evidence-law-adjusted-to-digitally-stored-information>

que soporta los datos, la persona que haya de declarar o la situación que se haya de examinar: la parte puede emplear una plataforma digital de comunicación con el tribunal *ad hoc* (p.e. *LexNet*), un tercero puede emplear mensajerías digitales comunes (p.e. *Gmail*, *DropBox*) o el tribunal puede remitir directamente un enlace para una videollamada a un testigo. Internet permite esa circulación casi ilimitada y directa con el tribunal de la información requerida. No obstante, deben reseñarse los tres límites principales: la ausencia de medios técnicos a disposición del tribunal que lo permita, la falta de acceso a internet o a tecnologías de la información y la comunicación del sujeto requerido o las restricciones de acceso a internet que pueda imponer un Estado a las personas que se hallan en su territorio.

9. Los óbices fácticos impuestos por las fronteras nacionales en la adquisición procesal de información presente en el extranjero se han disuelto en gran medida, lo que facilita la obtención unilateral y extraterritorial de la misma por los tribunales, en aplicación de su propio ordenamiento procesal. No obstante, como decíamos, hay Estados que siguen negando la legitimidad de este tipo de proceder unilateral y extraterritorial, o que al menos lo hacen para ciertos supuestos o respecto de ciertas materias o tipos de información, por lo que sigue siendo necesario reflexionar sobre la pregunta que vertebraba de este artículo.

Lo cierto es que el problema seguirá vivo mientras no exista una concepción internacionalmente uniforme acerca de cómo debe obtenerse información situada en el extranjero para su adquisición procesal con fines preparatorios o probatorios y no se desarrolle una cultura procesal en materia probatoria armonizada entre los diversos modelos de proceso civil existentes en el mundo. Estas divergencias generan fricciones y conflictos de los que, justamente, este artículo pretende hacerse cargo.

Estas fricciones y estos conflictos pueden expresarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde el punto de vista que enfrenta los intereses del litigante con los intereses del Estado extranjero en el que se localiza la fuente de información. Mientras que el litigante quiere que las expectativas y oportunidades que le brinda el ordenamiento procesal del foro se cumplan de la forma menos onerosa y más eficaz y rápida posible, puede que el Estado extranjero erija barreras y dificultades añadidas a la adquisición de la información o, incluso, llegue a impedirla totalmente. En segundo lugar, pueden surgir conflictos en el plano de las relaciones internacionales entre los Estados involucrados. Puede que los tribunales del Estado en el que sustancie el litigio prefieran obtener la información empleando instrumentos alternativos a los consensuados entre ambos Estados en convenios multilaterales o bilaterales o establecidos por el Estado en el que se halla la información en normas de derecho autónomo, por considerarlos más eficaces y eficientes. Esto puede ser percibido por el Estado en el que se halla la fuente de información o en el que deba generarse como una agresión a su soberanía, máxime si el concreto procedimiento de obtención de información preparatoria o probatoria es considerado contrario a su orden público procesal, lo que sucede, por ejemplo, en el caso francés frente al *discovery* americano.³⁵

3. Estructura del trabajo

10. Este trabajo se estructurará en dos partes, acompañadas de unas breves consideraciones finales. La primera se dedicará a exponer las buenas razones para considerar que la obtención unilateral de información preparatoria o probatoria es legítima, siempre y cuando se respeten los límites generales impuestos por el derecho internacional público, si la obtención se encuentra dirigida por el tribunal, o las normas de exclusión de fuentes de prueba cuando la obtención se efectúe directamente por las partes. Esta posición pone en el centro al *justiciable* y sus derechos a la tutela judicial efectiva, de defensa y a la participación efectiva y a no padecer dilaciones indebidas.

La segunda parte se centrará en la exposición de la postura contraria y del instrumento que la expresa por excelencia: las normas de bloqueo. De esta forma, se ofrecerá un concepto de norma de

³⁵ N. LENOIR, “Entraide judiciaire internationale – Transmission de preuves à l’étranger et protection de la souveraineté économique de la France – À propos de l’application de l’article 2 de la loi de blocage ou d’aiguillage”, *La semaine Juridique*, núm. 15, 2022.

bloqueo específico a la materia que nos ocupa, distinguiéndolo de la más amplia gama de técnicas normativas que se reagrupan bajo el rótulo de *blocking statutes*, se expondrá su naturaleza jurídica como norma sancionadora y se dará cuenta de su razón de ser y de los efectos esperados: a saber, forzar a los tribunales extranjeros a que acudan a los mecanismos de cooperación jurídica institucionales. Dado el desconocimiento extendido de esta clase de instrumentos en nuestro país, se reseñarán tres ejemplos de normas de bloqueo: la francesa, la inglesa y la suiza.³⁶ Con ello se pretende dar una idea cabal al lector español del tipo de técnica normativa que distintos Estados cercanos al nuestro han puesto en marcha.

Por último, se reflexionará, a modo de conclusión, acerca de si es posible priorizar los intereses de los justiciables sin menoscabar ciertas concepciones de los límites impuestos por la soberanía, o si, a la inversa, es posible establecer modelos globalmente respetuosos con las variadas ideas de soberanía sin sacrificar los intereses del litigante.

II. La legitimidad de la obtención transfronteriza unilateral de información preparatoria o probatoria

1. La extranjería de la información: una situación fáctica y generalmente contingente

11. Todo empieza con el nacimiento de un conflicto jurídico entre dos sujetos: uno de ellos considera que algún derecho o interés del que es titular o acreedor con base en el ordenamiento jurídico de algún país ha sido lesionado o vulnerado por el otro. Dos opciones se abren ante él: aquietarse y asumir la situación o buscar la tutela de su derecho ante los tribunales de una jurisdicción con competencia para conocer de la disputa. Quien decide luchar por su derecho tendrá que elaborar y poner en marcha una estrategia alegatoria y probatoria para convencer al tribunal de que efectivamente tiene derecho a la acción y, por tanto, que debe dictarse una sentencia favorable a su posición, estimándose su demanda. El marco que dibujará los límites y las vías posibles de esa estrategia de persuasión lo constituye el conjunto de normas procesales que rigen en el foro ante el que se interpone la demanda: *lex fori regit processum*. Esas normas indicarán si este litigante puede solicitar una tutela sumaria o plenaria, si debe sustanciar su pretensión desde el acto alegatorio que inicia el proceso (*fact-pleading*) o si, por el contrario, puede iniciar el proceso con una vaga identificación de su pretensión (*notice-pleading*), si existen mecanismos de auxilio judicial a la obtención de información que asistan al litigante en la definición de sus alegaciones fácticas, mecanismos de auxilio judicial en la obtención de fuentes de prueba o si el tribunal tiene poderes probatorios de oficio o no. Igualmente, establecerán un régimen concreto de aportación de fuentes de prueba, proposición, admisión y práctica de medios de prueba, un régimen de exclusión de

³⁶ Debe precisarse que, aunque esta técnica normativa no es especialmente famosa en nuestro país, no es un instrumento completamente desconocido: en efecto, en nuestro ordenamiento pueden encontrarse normas vigentes como el Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella y la Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento (CE) número 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero. Ambas normas forman parte del amplio género de normas de bloqueo. Éstas pretenden enfrentar retos distintos a los analizados en este artículo y vinculados a ciertos aspectos de la política legislativa norteamericana en materia de sanciones secundarias por las relaciones mantenidas con operadores de Estados enemigos: por una parte, las normas de bloqueo citadas buscan combatir la aplicación de sanciones con base en leyes con alcance extraterritorial a sujetos españoles, por otra, pretenden luchar contra la posibilidad de que el ordenamiento norteamericano otorgue derechos subjetivos a particulares que les legitime al ejercicio de acciones en sus tribunales que sean percibidos por España y la UE como un ataque a sus intereses soberanos y comerciales en el mundo. Véanse, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Tribunales españoles y derecho internacional privado: el asunto central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. Historia de un desencuentro palmario... (continuará), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 342-363; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver los litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el auto de la Audiencia Provincial de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020», *Bitácora Millenium DIPr : Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2020; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea», *Bitácora Millenium DIPr : Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2020; J.L., IRIARTE ÁNGEL, «La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 63, 2020, pp. 81-112.

fuentes de prueba o de protección de la información confidencial, así como unas determinadas normas de carga formal y material de la prueba o de preclusión de actos alegatorios y probatorios para las partes. Cada sistema articula las piezas de su artificio procesal conforme a la voluntad del creador legítimo de la norma y, en función de las opciones escogidas y elaboradas, generará unas determinadas expectativas iniciales a los actuales o potenciales litigantes (expectativas que incluso pueden encontrar fundamento constitucional como nuestro derecho a la prueba del artículo 24.2 CE³⁷) que condicionarán su comportamiento *antes* y *durante* el proceso. En resumen, las normas procesales vertebran la forma en la que el litigante debe hacer acopio de la información necesaria para construir sus alegaciones fácticas (y, en consecuencia, las jurídicas y la concreta pretensión solicitada), así como de la forma en la que deberá producir contenido informativo en el seno del proceso para convencer racionalmente al tribunal de su certeza (es decir, qué actividad probatoria deberá desplegar).

12. Ahora bien, tanto la parte demandante como la parte demandada pueden darse de bruces con una situación fáctica y contingente que puede constituir un obstáculo en la construcción óptima de su defensa³⁸: la información necesaria para construir sus alegaciones o probarlas no siempre se encontrará localizada o podrá ser producida en el interior de las fronteras del Estado en el que el tribunal que conoce del proceso proyecta su jurisdicción ni bajo su esfera de control, dificultando así su acceso y las posibilidades de adquisición procesal. Puede que un testigo resida en el extranjero, que un documento sea custodiado en las oficinas de una sociedad situadas en otro país o que para la correcta fijación de la certeza de un hecho controvertido se deba proceder al reconocimiento judicial de un lugar situado fuera de las fronteras del territorio nacional. Es irrelevante que exista o no un elemento de extranjería en el litigio: todos sus componentes pueden ser meramente internos, pero aun así cabe la posibilidad de que la fuente de la información se encuentre en el extranjero. Esta situación es, además, cada vez más frecuente: aun cuando el planeta esté viviendo una incierta y acelerada transformación en las relaciones políticas y económicas, la globalización sigue siendo una realidad incontestable. Las personas físicas y jurídicas siguen actuando y operando en terceros países o contratando con empresas extranjeras constantemente. Su proyección internacional conduce inevitablemente al nacimiento de litigios vinculados con su actividad y es natural que el rastro de ésta se disemine en varios países. Pero, en la mayoría de los casos, la extranjería de la fuente de prueba es contingente: en la medida en que el soporte pueda trasladarse en el espacio, en el momento de nacimiento del litigio puede hallarse en el extranjero, pero en otro momento, no. Esta afirmación resulta aún más obvia cuando la información tiene un soporte electrónico.

13. ¿Cómo lograr vencer esa situación fáctica de extranjería? Serán nuevamente las normas del foro las que determinarán el modo de obtener válidamente esa información para su adquisición procesal, determinando qué posibles opciones existen para que las partes la adquieran por sí mismas y su aportación sea *admisible*, o qué opciones tiene el tribunal para requerir su obtención al sujeto que custodie esa información.

2. Límites generales impuestos por la concepción de la soberanía desde los principios *Lotus* y el derecho internacional público

14. ¿Pueden las normas procesales de un Estado prever mecanismos que permitan la adquisición procesal de información que se halle en el extranjero distintos de los previstos en los mecanismos de cooperación jurídica internacional institucionales? La respuesta sólo puede ser afirmativa desde el estándar del derecho internacional público, siempre y cuando se respeten los límites que reseñaremos.

³⁷ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 19-20.

³⁸ HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 7.

15. El ejercicio de la soberanía por las autoridades de un Estado se despliega en tres vertientes: (i) la vertiente normativa, (ii) la vertiente jurisdiccional o adjudicativa y (iii) la vertiente ejecutiva.³⁹ Si el criterio de la territorialidad constituye el ámbito habitual de proyección de la soberanía de un Estado y del ejercicio de las competencias asociadas a ella por sus autoridades, lo cierto es que los Estados disponen de un amplio margen de libertad para definir el alcance de las anteriores competencias más allá de su territorio. Son principios fundamentales de las relaciones internacionales entre Estados el respeto de su soberanía y de su integridad territorial desde el plano del reconocimiento de su igualdad y del principio de no injerencia. Ahora bien, el derecho internacional sólo impone la obligación negativa de no violentar la soberanía de otro Estado, lo que permite a cada uno de ellos definir con amplia libertad la extensión extraterritorial de sus competencias soberanas.⁴⁰ Cuando hablamos de extraterritorialidad nos referimos a los actos de un Estado fuera de su territorio o actos en su territorio que regulan el comportamiento de ciertos sujetos fuera del mismo⁴¹, es decir, la competencia de un Estado para promulgar, aplicar o ejecutar normas respecto de personas, objetos o situaciones de hecho más allá de sus fronteras.⁴² Lo que no queda permitido en ningún caso conforme a los llamados principios *Lotus*⁴³ es una actuación extraterritorial que implique el uso de la coerción directa o de la ejercicio directo de la actividad de una autoridad soberana en el territorio de otro Estado, salvo que una norma consuetudinaria o convencional así lo permita.⁴⁴ El derecho internacional público prohíbe tajantemente, salvo una regla permisiva al respecto, “la realización de “actos de poder”, “actos de fuerza” o “actos coactivos””.⁴⁵ Y de esta prohibición nace la necesidad de articular un sistema de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas en el extranjero: allí donde la información *deba* forzosamente obtenerse en el territorio de otro Estado, el tribunal que conozca del litigio u otras autoridades del mismo país no podrán, como regla general, trasladarse al interior de sus fronteras, ni mucho menos ejecutar forzosamente la diligencia pro-

³⁹ S. GONZÁLEZ HAUCK/ M. MILAS, “Jurisdiction”, en S. GONZÁLEZ HAUCK/R. KUNZ/M. MILAS, *Public International Law, A Multi-Perspective Approach*, Routledge, London, New York, 2024, p. 320.

⁴⁰ L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 121.

⁴¹ L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 120.

⁴² L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, p. 122.

⁴³ *S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), §§ 44-46: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed. Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that failing the existence of a permissive rule to the contrary it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable”.

⁴⁴ L. LEONTIEV, “Conceptualising Extraterritoriality. Public International Law and Private International Law Considerations”, *Global Jurist*, vol. 24, núm. 2, 2024, pp. 124 y 136; N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, Paris I, 2021, pp. 477-78.

⁴⁵ A.L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de derecho internacional privados, Tomo I*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 1103.

En la misma línea : D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, 3^{ed}, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 79 : “En l’état de cette jurisprudence, le droit international public n’impose a priori aucun critère particulier de compétence juridictionnelle qui puisse se déduire des limites (territoriales ou personnelles) de la souveraineté. Un État est libre, en vertu même de cette souveraineté, de donner effet aux critères qu’il estime appropriés pour déterminer les cas d’intervention de ses tribunaux et de ses lois, dès lors qu’il ne s’agit pas de réaliser des actes de coercition sur le territoire d’un autre État”.

batoria acordada en el seno del proceso; para ello necesitarán la colaboración de las autoridades de ese Estado. No obstante, tal y como sostienen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ:

“El Derecho Internacional Público no impide que los tribunales de un Estado lleven a cabo “actos de coacción indirecta” que repercuten sobre el territorio de otros Estados, tales como notificar actos del proceso a sujetos con domicilio en otros países, u ordenar a tales sujetos que presenten documentos o pruebas, que suministren ciertas informaciones.”⁴⁶

Por tanto, queda prohibido por regla general que una autoridad del Estado del foro despliegue actividades propias de sus funciones para obtener la fuente de prueba situada en otro Estado *en el seno del otro Estado*, dejando abierta la posibilidad de otras muchas vías para obtener o producir información, siempre y cuando una norma en sentido contrario no se lo permita.

16. En consecuencia, desde la perspectiva del derecho internacional vigente, la doctrina *Aérospatiale* de la U.S. Supreme Court acerca del carácter no exclusivo del Convenio de la Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial de 1970 es perfectamente legítima⁴⁷ y, por tanto, también lo es la posibilidad de practicar diligencias probatorias con efectos extraterritoriales que no impliquen el uso de la coerción directa en territorio ajeno ni la presencia física de sus autoridades. Como también lo es la respuesta inversa: a saber, la adopción de normas de bloqueo que tienden a evitar esta clase de prácticas. El conflicto que pueda abrirse entre jurisdicciones por obviar los mecanismos de cooperación jurídica institucionales no puede resolverse a través del derecho internacional consuetudinario ni convencional.

3. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del espacio europeo de justicia y la no exclusividad de los instrumentos del Reglamento de prueba

17. Del mismo modo que los tribunales norteamericanos se interrogaron acerca del carácter obligatorio y exclusivo de los procedimientos dispuestos en el Convenio de la Haya en *Aérospatiale*, tal y como se dejó anunciado en la introducción el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse hasta en tres ocasiones acerca del mismo interrogante en relación con el Reglamento de obtención de pruebas (aunque se refieran al ya derogado, las consideraciones siguen siendo plenamente válidas respecto del vigente⁴⁸). Como referíamos anteriormente, se trata de los asuntos *Lippens*, *ProRail* y *VP*. En las tres ocasiones se ha pronunciado en la misma dirección: la obtención de pruebas en el territorio de otro Estado miembro no tiene que pasar necesariamente por uno de los instrumentos dispuestos por el Reglamento, si existe uno más eficaz a disposición del tribunal conforme a sus normas procesales. El Reglamento no es una norma exclusiva o excluyente en la materia.

En *Lippens* el TJUE declaró en contestación a la cuestión prejudicial que:

“las disposiciones del Reglamento (...) en particular su artículo 1, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro que desea interrogar en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro está facultado, con el fin de llevar a cabo dicho acto, a citar ante él a dicha parte e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional”.⁴⁹

⁴⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de derecho internacional privados*, Tomo I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 1103

⁴⁷ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

⁴⁸ Estas resoluciones se refieren al Reglamento (UE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2011, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. No obstante, éste fue derogado por el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

⁴⁹ STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 40.

En *ProRail* afirmó que:

“el tribunal de un Estado miembro que considere conveniente la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no está obligado necesariamente a recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en las citadas disposiciones para poder acordar tal diligencia de prueba”.⁵⁰

Finalmente, en *VP* sostuvo que:

“el tribunal de un Estado miembro que quisiese interrogar a una persona residente en otro Estado miembro no se encuentra necesariamente vinculado, para proceder a tal diligencia probatoria, a los instrumentos previstos en el reglamento. En cambio, tiene la facultad de recurrir al interrogatorio por escrito de esa persona, conforme al derecho del Estado miembro al que pertenezca el tribunal, y sin necesidad de obtener la autorización de la autoridad central o de la autoridad competente del Estado miembro requerido, en el sentido del artículo 3 del dicho reglamento”.⁵¹

18. Merece la pena reseñar con más profundidad los argumentos del TJUE. Empiécese con las consideraciones en *Lippens*. El Tribunal parte de la premisa de que el Reglamento no prohíbe a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro citar a una parte residente en otro Estado miembro para que comparezca y preste directamente declaración ante él.⁵² En la medida en la que el Reglamento persigue “la obtención simple, eficaz y rápida de pruebas en un contexto transfronterizo”, resultaría absurdo que el Reglamento estuviese prohibiendo ese proceder de forma implícita⁵³: es más, en su opinión, “es evidente que, en determinadas circunstancias, en particular si la parte citada en calidad de testigo está dispuesta a comparecer voluntariamente, puede resultar más sencillo, más eficaz y más rápido, para el órgano jurisdiccional competente, interrogarle según las disposición de su Derecho nacional en lugar de recurrir a los procedimientos de obtención de pruebas previstos por el Reglamento n° 1206/2001”.⁵⁴ Y remata: “además, dicho órgano jurisdiccional conserva la libertad de deducir de la incomparecencia injustificada de una parte en calidad de testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional, siempre que se apliquen de modo conforme con el Derecho de la Unión”.⁵⁵ Este asunto establece un criterio sensato y razonable: los tribunales deben poder optar por la vía de obtención de pruebas situadas en el extranjero que sea la más eficaz y sencilla, siendo los mecanismos de cooperación del Reglamento únicamente instrumentos al servicio de esa misión y no un sustituto que acabe entorpeciendo la labor de los tribunales.

19. En *ProRail* estos argumentos se vuelven a encontrar, pero el problema es distinto: se trata de saber si un tribunal puede ordenar a un perito que realice operaciones en el territorio de otro Estado miembro sin pasar por los canales del Reglamento; no se trata de importar la fuente de prueba al territorio nacional, sino, al contrario, de exportar al experto que deberá trabajar con las fuentes situadas *en* el extranjero. El TJUE como hemos anunciado vuelve a contestar afirmativamente ya que el tribunal nacional “no tiene necesariamente la obligación de recurrir al modo de obtención de pruebas previsto en los artículo 1, apartado 1, letra b, y 17 del Reglamento n°1206/2001”⁵⁶. Ahora bien, el TJUE alerta sobre un matiz importante:

“Es necesario precisar que (...) tal peritaje podría afectar, en determinadas circunstancias, al ejercicio del poder público del Estado miembro en el que deba llevarse a cabo, especialmente cuando se trate de una pericia efectuada en lugares relacionados con el ejercicio del poder público o en lugares en los que, en virtud del Derecho del Estado miembro en que haya de realizarse, esté prohibido el acceso o la realización de determinadas actividades o sólo se permitan a personas autorizadas. En tales circunstancias, (...) el

⁵⁰ STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 55.

⁵¹ ATJUE *VP contra KS* § 36, traducción propia.

⁵² STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 27.

⁵³ STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 29-30.

⁵⁴ STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 31.

⁵⁵ STJUE *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y Otros contra Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, § 28.

⁵⁶ STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 49.

modo de obtención de pruebas previsto en los artículos 1, apartado 1, letra b) y 17 del mismo Reglamento es el único que permite al tribunal de un Estado miembro realizar una prueba pericial directamente en otro Estado miembro”.⁵⁷

De alguna forma en esta sentencia el TJUE reafirma el estándar propio del derecho internacional público en materia de alcance de efectos extraterritoriales de las decisiones de una autoridad judicial: en la medida en que el perito actúe como un privado en el extranjero, aun por mandato de un tribunal, pero sin la delegación de ninguna clase de autoridad, no es necesario acudir a los mecanismos del Reglamento. Por el contrario, cuando sea necesario actuar como autoridad o se requiera el empleo de medios de coerción en el territorio ajeno, entonces la pericial no podrá llevarse a cabo de esta forma.

20. Finalmente, en *VP* se aplican los mismos parámetros decisorios que en las dos sentencias anteriores. No obstante, debe destacarse una diferencia en el supuesto de hecho: si en *Lippens* la fuente de prueba viaja al Estado del foro y en *ProRail*, en cambio, el perito viaja al extranjero, en *VP* lo que hay en juego es la posibilidad de un interrogatorio escrito a un testigo en el extranjero: por lo tanto, la fuente de prueba no se desplaza del extranjero ni viaja a él, simplemente hay una comunicación del contenido de la información, lo que, *mutatis mutandis*, permite legitimar la práctica de videoconferencias sin pasar por el mecanismo previsto al efecto del Reglamento.

21. De esta forma, el TJUE ha legitimado en el seno del espacio europeo de justicia una forma de obtener información con fines preparatorios o probatorios que es justamente la que rechazan de plano los Estados que han promulgado normas de bloqueo.

4. Los modos de obtención unilateral de información preparatoria o probatoria legítimos

A) En abstracto

22. Expuesto lo anterior, podemos reseñar tres formas legítimas en abstracto de obtener transfronteriza y unilateralmente información preparatoria o probatoria.

23. En primer lugar, la adquisición directa y libre por las partes de la información que entra dentro su esfera de control.⁵⁸ En este supuesto las partes omiten cualquier contacto tanto con el tribunal que conoce del asunto como con las autoridades judiciales o de otro tipo del Estado en el que se halla la información a la hora de repatriarla al país del foro.

Ilustremos lo anterior con dos ejemplos conforme a nuestra LEC. El ordenamiento procesal español considera un medio de prueba legal los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes y elaborados fuera del proceso (art. 335 LEC). En este sentido, nada impide que las partes contraten a un perito que deba efectuar operaciones en el extranjero para la emisión de su opinión experta y que aporten junto con su demanda o contestación a la demanda el dictamen que ese perito ha producido sobre la base, en todo o en parte, de información que sólo podía generarse en otro Estado. Del mismo modo, si una de las partes fuese una sociedad que pertenece a un grupo multinacional, nada impide que la defensa de ésta se asegure de que un empleado de otra filial extranjera del mismo grupo (y residente en otro país, entiéndase) que ha sido testigo de hechos relevantes para la recta resolución litigio comparezca el día del juicio o de la vista para declarar ante el tribunal si su interrogatorio ha sido admitido o les comunique con anterioridad toda la información relevante para que puedan construir sus alegaciones. El único límite que tienen las partes de un proceso civil en España en la obtención de información y aportación de fuentes de prueba en el proceso, es que ésta no se haya efectuado de forma ilícita vulne-

⁵⁷ STJUE *ProRail BV contra Xpedys NV y otros*, § 47-48.

⁵⁸ C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 42.

rando derechos fundamentales (art. 287 LEC). Es más, en un ordenamiento como el nuestro en el que el tribunal no tiene poderes investigativos ni probatorios de oficio en los procesos declarativos ordinarios, se genera la expectativa en los litigantes de responsabilizarse a la hora de obtener por sus propios medios la información necesaria para preparar sus alegaciones y aportar toda la prueba preconstituida de la que puedan hacer acopio sin hacer uso de la coacción y sin violar los derechos fundamentales de ningún sujeto, incluida aquella que pueda obtenerse únicamente en el extranjero.

La legitimidad de esta forma de proceder no suscita ninguna duda: las partes que obtengan y aporten información por cuenta propia tendrán que hacerlo de buena fe, sin vulnerar derechos fundamentales y asumiendo las consecuencias civiles, penales y procesales de aportar información que viole algún tipo de prohibición.⁵⁹

24. Antes de avanzar quisiera mencionar una variante interesante de esta forma de proceder. Las partes también pueden acudir directamente a los tribunales de un país en el que se halle la información para solicitar el auxilio judicial a fin de obtenerla: es cada vez más frecuente que los litigantes de un proceso futuro o existente acudan a los tribunales norteamericanos al margen de cualquier solicitud de cooperación jurídica para hacer uso de los mecanismos de *discovery* que las normas federales ponen a su disposición (*Section 1782 of Title 28 U.S. Code*⁶⁰) y obtener información destinada a ser empleada en el proceso seguido en el extranjero.⁶¹ En este supuesto, los únicos que tienen control sobre la producción de la información son los tribunales del Estado en el que se encuentra la fuente, sin que esta solicitud tenga por qué ser ni siquiera conocida por el tribunal que conoce del litigio en otro territorio. La posibilidad de que las partes actuales de un litigio o un futuro demandante puedan acudir directamente a los tribunales del Estado en el que se encuentra la fuente de prueba para obtener información de cara a su aportación posterior en un proceso judicial seguido o que deberá seguirse en el extranjero resulta una forma extremadamente interesante de articular otras vías alternativas de obtención de fuentes de pruebas. Cuestiones distintas son si la información adquirida por una vía de este género puede luego ser aportada válidamente en el proceso principal seguido en el extranjero o los costes de acceso que quiera imponer el Estado que articula este sistema de cooperación internacional directo con las partes.⁶²

25. En segundo lugar, el tribunal que conoce del proceso principal puede ordenar la práctica en su sede conforme a su ordenamiento procesal de un determinado acto procesal (un medio probatorio, una exhibición de documentos, una diligencia preliminar, una medida de acceso a fuentes de prueba, etc.) y que el sujeto que custodia la información en el extranjero acuda “voluntariamente” a la sede del tribunal para declarar o aportar “voluntariamente” lo que se le haya requerido.⁶³ En esta opción el tribunal no acude a ningún mecanismo de cooperación jurídica de obtención de pruebas, sino que se limita a ordenar la práctica de diligencias y actuaciones de forma ordinaria, esperando que la fuente de la información se traslade al territorio del foro. Además, el tribunal podrá aplicar los mecanismos de coerción directos permitidos por su ordenamiento en su territorio nacional o indirectos frente a las perso-

⁵⁹ En Alemania no existe consenso acerca de si esta forma de proceder puede constituir también un atentado a su soberanía o no. Véase R. GEIMER / E. GEIMER / G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ªed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2024, p. 970.

⁶⁰ “The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal (...). The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court.” (cursiva nuestra).

⁶¹ Véase el interesantísimo trabajo al respecto elaborado por TROCKER, N., “Application of U.S. Discovery for European Disputes”, en F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG (EDS.), *Access to Evidence in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2025 (en prensa).

⁶² F. GASCÓN INCHAUSTI, A. STADLER Y M. STRANDBERG plantean la hipótesis de que el artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis podría servir de base jurídica para un sistema de acceso a fuentes de prueba similar a la *section 1782* norteamericana, al menos respecto de aquellos litigios que versen sobre materias armonizadas por el derecho de la Unión Europea. F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG, “Comparative analysis and concluding remarks”, en F. GASCÓN INCHAUSTI/ A. STADLER/ M. STRANDBERG (EDS.), *Access to Evidence in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2025 (en prensa).

⁶³ C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, p. 41.

nas sujetas a su jurisdicción incluso con alcance extraterritorial. Quien adquiere la condición de parte en un proceso ante los tribunales de un país, asume una situación de sujeción jurídica frente al conjunto de cargas y obligaciones establecidas por las normas procesales que rigen el proceso, así como las posibles consecuencias de sus incumplimientos. Del mismo modo, si el sujeto al que se requiere que aporte un documento o declare es un tercero, podrá seguir estando incurriendo en alguna forma de responsabilidad de acuerdo con el ordenamiento del Estado requirente, si así se encuentra prevista.

26. Por último, la última forma de proceder, quizás la más peliaguda, es la posibilidad de que un tribunal ordene que se practique una determinada actuación *en el extranjero* (p.e. la emisión de un dictamen pericial por un experto designado judicialmente) o que se dé cumplimiento *directamente en el extranjero* a ciertas obligaciones de cooperación y de exhibición de la información entre las partes nacidas *ex lege* cuyo incumplimiento puede recibir la sanción del tribunal, siendo el caso más paradigmático el que se ofrece a los litigantes en Estados Unidos a través de la institución del *discovery*.⁶⁴

Mientras que, en el segundo caso, el alcance extraterritorial de la decisión es indirecto (se busca mediante las posibles consecuencias jurídico-procesales o materiales negativas generar un comportamiento en el sujeto requerido para que acuda a los tribunales nacionales), en este caso, el alcance es directo (se ordenan actos que tendrán que tener lugar en el extranjero). La legitimidad de esta última opción dependerá de que la actuación no tenga que ser efectuada por el tribunal directamente, ni por ninguna autoridad delegada, ni que se tenga que recurrir a la fuerza en el extranjero, sin perjuicio de la legitimidad de imponer medios de coerción indirecta para condicionar el comportamiento del sujeto requerido.

B) En concreto: dos ejemplos a través de la prueba testifical y la exhibición de documentos por la contraparte en un proceso seguido en España

27. El hecho de que en abstracto y desde las coordenadas de los principios *Lotus* o desde las coordenadas ofrecidas por el TJUE se pueda recurrir a modos de obtención transfronteriza de información sin pasar por los mecanismos institucionales, no quiere decir que conforme a las normas del foro se pueda proceder de cualquier forma. La relación entre las normas procesales ordinarias y un instrumento convencional⁶⁵ no viene definida de antemano, sino que habrá que atenerse, en primer lugar, a lo dispuesto en el propio tratado y, en caso de incertidumbre, a lo dispuesto en el Derecho nacional y su sistema de fuentes.

⁶⁴ Véanse los artículos 26 y siguientes de las *Federal Rules of Civil Procedure*. La práctica de *transnational discoveries* al margen de mecanismos consensuado de cooperación jurídica internacional se encuentra muy extendida. Es más, las normas de bloqueo, de las que hablaremos más detenidamente, se erigen fundamentalmente para tratar de hacer frente a la actuación de los tribunales norteamericanos. Esta institución debe quedar diferenciada de nuestras medidas de acceso a fuentes de prueba reguladas en los artículos 283 bis a) y ss LEC por varias razones, pero limitémonos a las siguientes. Estas últimas son adoptadas por el tribunal previa solicitud de una parte, valorando toda una serie de variables, mientras que las obligaciones derivadas del *discovery* nacen directamente y *ex lege*, teniendo el tribunal únicamente una intervención *ex post*, en caso de resultar necesaria, mediante las *motions to compel*, las *protective orders*, o la aplicación de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones cooperativas. En el caso español, toda orden de exhibición de pruebas proviene de la autoridad judicial desde un inicio.

⁶⁵ En esta *Aerospatiale* (page 482 U.S. 534.), la *U.S. Supreme Court* planteaba las distintas opciones interpretativas sobre la relación entre las normas reguladoras del *discovery* de las *Federal Rules of Civil Procedure* y las disposiciones del Convenio de la Haya. *Mutatis mutandis*, las cuatro posibles relaciones que reseña constituyen el marco de toda discusión acerca de la aplicación unilateral y con efectos extraterritoriales de las normas procesales de un Estado y los distintos instrumentos convencionales o demás reglas que regulen la cooperación jurídica internacional en el país. En primer lugar, las disposiciones convencionales (de un convenio multilateral o bilateral) pueden interpretarse como excluyentes de cualquier otro procedimiento regulado en las normas procesales comunes. En segundo lugar, puede interpretarse que el convenio exige la utilización como recurso prioritario de sus instrumentos, sin que éstos sean exclusivos. En tercer lugar, pueden verse los instrumentos convencionales como una alternativa suplementaria para los tribunales, opcionales, pero que deberían ser utilizados con carácter prioritario por razones de cortesía internacional (*comity*). Por último, pueden ser considerados un instrumento opcional a los que los tribunales pueden acudir si lo consideran adecuado en el caso concreto, tras ponderar los intereses de las partes y los intereses del Estado extranjero.

28. Tratemos de ejemplificar la cuestión desde las perspectivas abiertas por nuestro ordenamiento procesal nacional. Para comenzar debemos distinguir dos momentos: el de admisión de la práctica de un acto procesal (una diligencia preliminar, una medida de acceso a fuentes de prueba, una exhibición documental o la práctica de un medio de prueba) y el de su ejecución.

A la hora de admitir un acto procesal destinado a la obtención de información con finalidad preparatoria o probatoria, el tribunal español sólo deberá tener en cuenta los requisitos que para el acto establece su regulación legal: en el caso de la diligencia preliminar deberá, por ejemplo, apreciar si ésta “es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo” (art. 258 LEC); en el caso de admitir un medio de prueba, su legalidad, posibilidad, utilidad y pertinencia, es decir, fundamentalmente la capacidad del medio de prueba para ilustrar al tribunal acerca de la certeza positiva o negativa de un hecho controvertido. En este momento de valoración acerca de la admisión de la actuación procesal, no pueden entrar en juego consideraciones sobre cortesía internacional o sobre la mayor o menor dificultad de acceder a la fuente de información por situarse en el extranjero (salvo, claro está, que ello lo convierta en imposible *a priori*), sino únicamente criterios desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los litigantes y de la efectividad de su derecho de defensa.

Una vez acordada o admitida la práctica de una concreta actuación procesal de esta naturaleza, uno debe interrogarse acerca de cómo ejecutar la concreta actuación para que esta sea eficaz y jurídicamente válida. Y en este momento es en el que pueden entrar en juego las normas de cooperación jurídica internacional como procedimiento exclusivo o alternativo para ejecutar la actuación. En todo caso, de existir varias alternativas (incluso dentro de un sistema de cooperación institucional exclusivo), el tribunal deberá ponderar tres criterios para elegir una vía u otra. En primer lugar, el derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas de las partes: el tribunal deberá escoger siempre la vía para practicar eficazmente el acto que más fácil resulte y que menos dilate el curso del proceso. En segundo lugar, las garantías procesales que condicionan la validez de los actos que se vayan a practicar (p.e. la intermediación, la presencia de la defensa letrada de las partes, etc.). En tercer lugar, y creemos que este es el criterio menos relevante, consideraciones de cortesía internacional para dirimir entre caminos de eficacia equivalente.

29. Expuesto lo anterior, debe reseñarse en primer lugar el artículo 177 LEC: “los despachos para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán conforme a lo establecido en las normas comunitarias que resulten de aplicación, en los Tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable”. *Prima facie*, este artículo parece exigir que los tribunales civiles españoles acudan, de existir, de forma exclusiva a lo dispuesto en las normas de cooperación jurídica institucional. No obstante, esto es sólo correcto parcialmente: ello es así cuando la actuación *deba realizarse en el extranjero*, no cuando, por el motivo que sea, la fuente de prueba se halle en el extranjero. Si a pesar de hallarse en el extranjero, la actuación puede realizarse en España o desde la sede del tribunal, la cuestión es distinta. Examinemos esto último a través de dos ejemplos.

30. Supongamos que la sección civil de un Tribunal de Instancia que conoce de un proceso que sigue los cauces del procedimiento ordinario admite como medio de prueba a celebrar en juicio el interrogatorio y declaración de un testigo que reside en el extranjero. La LEC tiene una clara preferencia por la práctica de la prueba testifical efectuada directamente con la presencia judicial en el interrogatorio del testigo (arts. 137 y 289.2 LEC). En este sentido, el tribunal tiene varias posibilidades ante él para ejecutar el medio probatorio: (i) trasladarse directamente al Estado extranjero para tomar declaración al testigo, lo que será únicamente posible en un Estado miembro de la Unión Europea a través de la obtención directa de pruebas prevista en el artículo 19 del Reglamento; (ii) acordar que la declaración testifical se practique mediante videoconferencia; (iii) acordar que la declaración testifical se practique presencialmente en la sede del tribunal el día del juicio de forma ordinaria.

Conforme a los artículos 129 *bis* LEC y 364 LEC, al no residir en el municipio del tribunal, deberá acordarse que se practique la comparecencia mediante videoconferencia, salvo que el juez deter-

mine motivadamente por causas precisas que el acto del juicio requiere de la presencia física del testigo. Si opta por acordar la comparecencia telemática del mismo, deberá garantizar conforme al mismo artículo que su presencia se realice a través de un punto de acceso seguro, concepto definido en el artículo 62 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre. Es más, el artículo 137 *bis* LEC precisa que, al menos para los testigos que residan en España, si han de actuar por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial del partido judicial o el juzgado de paz de su domicilio o lugar de trabajo. Esto obliga necesariamente a los tribunales a solicitar el auxilio de las autoridades del país en el que se encuentra presente el testigo. Si se encontrase presente en alguno de los países de la Unión Europea, tendrá que solicitar la obtención directa de pruebas por videoconferencia en los términos previstos por el artículo 20 del Reglamento (UE) 2020/1783. Y ello no porque la utilización del Reglamento tenga un carácter exclusivo, como acabamos de examinar, sino porque las propias normas procesales nacionales que regulan la práctica de pruebas testificales y el uso de la videoconferencia obligan al tribunal a ello, puesto que debe garantizarse su comparecencia telemática desde un acceso seguro, que sólo pueden proporcionar las autoridades del Estado en el que se halla.

Ahora bien, ¿qué sucede si el testigo se halla presente en un Estado con el que España no tiene suscrito un convenio de cooperación jurídica o si el mismo no contempla la posibilidad de obtener el medio de prueba a través de medios telemáticos? Cabe sin duda la posibilidad de acudir a la ejecución de la declaración por las autoridades del Estado requerido. No obstante, conforme a nuestro derecho interno, también puede optarse excepcionalmente, si parece la vía más eficaz, por acordar la declaración por videoconferencia a través de medios que no sean estrictamente un punto de acceso seguro: el artículo 61 del RDL 6/2023 señala que el incumplimiento de las normas sobre identificación de los intervinientes no privaría por sí solo de los efectos procesales y jurídicos a la actuación llevada a cabo por videoconferencia, ni supondría la ineficacia o nulidad de la misma.

Puede considerarse, en cambio, que su presencia física es necesaria por las razones que sean, bien por el buen desarrollo del proceso, bien porque la declaración por videoconferencia desde el extranjero parezca inviable. En este caso, las partes en el acto de la audiencia previa deberán indicar al tribunal si se comprometen ellas mismas a presentar al testigo en juicio o, por el contrario, deberá ser citado por el tribunal (art. 429.5 LEC). Debe resaltarse que, en caso de que sean las propias partes las que se comprometan a citar al testigo, poco importa en qué parte del mundo se encuentre: es la parte la que asume íntegramente el riesgo de la incomparecencia del testigo. En cambio, si se acuerda citar judicialmente al testigo, el tribunal deberá practicar la notificación de la citación de acuerdo con alguno de los mecanismos permitidos por las normas de cooperación jurídica internacional. No obstante, acordada la declaración testifical y notificada correctamente, no debe hacerse uso de ninguna solicitud de auxilio en la obtención de pruebas, en la medida en que ésta no ha de practicarse en el extranjero. Es más, el tribunal podrá imponer las sanciones propias del artículo 292 LEC al testigo que, aun residiendo en el extranjero, incumpla sin mediar excusa con su deber de comparecencia: este tipo de sanción pecuniaria constituye una coerción indirecta del tribunal que perfectamente legitima la posibilidad de su uso, sin perjuicio de las dificultades para garantizar su apremio.

31. Ahora imaginemos otra situación: supongamos que un periodista de un tabloide británico, residente en el Reino Unido, es enviado a investigar la vida de un conocido futbolista de un equipo español. En el curso de sus investigaciones, logra captar, sin conocimiento del afectado, fotografías del interior de la vivienda del futbolista, en las que se le ve junto con una persona, presumiblemente su amante. Acto seguido, el periodista comparte varias de las fotografías a través de un grupo de la aplicación de mensajería Telegram en el que participan varios periodistas deportivos. Uno de los destinatarios del mensaje se lo comunica al futbolista y le describe el contenido de las fotografías. Ante esta situación, el afectado decide interponer una demanda ante la sección de lo Civil del Tribunal de Instancia de su domicilio, competente al amparo del artículo 22 *quinquies* b) LOPJ y del artículo 52.1.6º LEC, fundamentada en una intromisión ilegítima a su derecho fundamental a la intimidad por captar fotografías de la imagen de su persona en lugares y momentos de su vida privada sin su consentimiento, solicitando que se condene al demandado a eliminar permanentemente las fotografías tomadas y en su poder, a abstenerse de reproducir o comunicar a terceros cualquier copia de las mismas y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Suponiendo que el demandante no hubiese dispuesto nunca de una copia de las fotografías, imaginemos que hace uso de la facultad que le confiere el artículo 328 LEC (en relación con el artículo 333 LEC) de exigir al demandado la exhibición de las fotografías en su posesión, describiendo en los términos más exactos posibles cuál es su contenido. Partamos también de la premisa de que el soporte material donde se almacenan, como un dispositivo de almacenamiento masivo (un ordenador, la tarjeta de memoria de una cámara o un teléfono móvil, por ejemplo) o un servidor (en caso de estar almacenadas en la nube) se encuentra en el extranjero.

Para el demandado, el cumplimiento del requerimiento de exhibición de la contraparte se manifiesta, al menos en un primer momento, como la oportunidad para el levantamiento de una carga que se le ha generado por un requerimiento de la parte solicitante. En efecto, el artículo 329.1 LEC señala que, en caso de negativa injustificada, “el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio (...) a la versión que del contenido del documento se hubiese dado”, en este caso, por el demandante. El requerido, en otros términos, se expone a posibles consecuencias jurídicas negativas para su posición procesal *en el momento del dictado de la sentencia*. Con arreglo a este esquema, entra dentro de su esfera de decisión si comunicar la pieza “sita” en el extranjero o no, atendiendo al requerimiento intraprosesal efectuado por otra parte. La eficacia de un requerimiento entre partes de este tipo no requiere en ningún caso acudir a un sistema de cooperación jurídica internacional institucional: su cumplimiento comporta el levantamiento de una carga predispuesta por la ley y actualizada por el comportamiento de otra parte y depende, en consecuencia, de consideraciones más bien estratégicas, que compete efectuar al demandado. Corresponde a este calibrar los potenciales efectos para su posición en el proceso y en la sentencia del cumplimiento o del incumplimiento del requerimiento; el resultado, siempre subjetivo, de ese cálculo determinará, en último término, el nivel de coerción asociado al requerimiento.

Ahora bien, puede darse el caso de que el tribunal no esté satisfecho con la posibilidad de emplear la técnica de las ficciones jurídicas en sentencia y considere que el documento debe incorporarse a los autos. En ese caso, el artículo 329.2 LEC prevé lo siguiente:

“en el caso de negativa injustificada (...), el tribunal (...) podrá formular requerimiento (...) para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas”.

Si se llega a este punto, lo que hasta entonces era un requerimiento intraprosesal entre partes se convierte en una orden judicial que puede desembocar en tres consecuencias jurídicas para el demandado si no atiende el requerimiento: (i) las consecuencias en sentencia anteriormente reseñadas; (ii) la imposición de una multa por infracción de las reglas de buena fe procesal (art. 247.3 LEC); (iii) o, incluso, la posible imposición de una pena por la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP) en un proceso penal ulterior, aunque esta última eventualidad resulte más compleja.

En una situación transfronteriza, en que el destinatario del requerimiento está domiciliado en el extranjero, surge una cuestión importante en relación con la forma de efectuarlo y, por ende, de que pueda producir sus efectos: ¿debe el tribunal acudir a los mecanismos del Convenio de la Haya para canalizar el requerimiento de exhibición documental o basta con la comunicación del requerimiento al procurador de la parte destinataria?

Pues bien, atendiendo a las consecuencias jurídicas previstas por nuestra norma, lo cierto es que no debería ser necesario el auxilio de las autoridades británicas: se comunica el requerimiento a la parte a través de su procurador en el proceso, puesto que en ningún caso se requiere que el tribunal u otra clase de sujeto acceda al soporte material que almacena el archivo, sino que lo exigido es la aportación al proceso de una copia digital de la fotografía. Además, el artículo 333 LEC afirma que, si esa fotografía “se aporta de forma electrónica, las copias realizadas por medios electrónicos por la oficina judicial tendrán la consideración de copias auténticas”, no debiendo efectuarse ninguna labor de testimonio de los documentos por parte del LAJ.

La respuesta habría de ser diferente si nuestra LEC, frente al incumplimiento del deber de exhibición, hubiese previsto la práctica de una medida de investigación proporcional como la entrada y

registro en el lugar cerrado donde presumiblemente se halle el dispositivo (como sucede con algunas diligencias preliminares) y/o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (al modo en que lo hace la LECrim). En tal caso, si se pretendiera hacer operativo ese desenlace, por considerarlo adecuado y proporcionado en el caso concreto, no habría más alternativa que la de solicitar el auxilio de las autoridades británicas a través de una comisión rogatoria prevista en el Convenio de la Haya, para que éstas, con los poderes y medios coercitivos que su derecho procesal prescriba, lleven a cabo una actuación equivalente y comuniquen los resultados a las autoridades españolas. En el momento presente, sin embargo, no se podría hacer uso de una comisión rogatoria de esta naturaleza, puesto que, de hacerse y practicarse conforme al derecho nacional inglés, la información obtenida sería constitutiva de una vulneración de derechos fundamentales del demandado que conduciría a la ilicitud de la prueba, debido a la vulneración de los estándares españoles –entre otros motivos, por ausencia de habilitación legal expresa–, y ello a pesar de que la legalidad británica se hubiese respetado escrupulosamente.

5. Las desventajas de la unilateralidad

32. Ahora bien, al margen de lo expuesto hasta ahora, no podemos olvidar que la información preparatoria o probatoria tiene que cruzar fronteras políticas para llegar al contexto reglado de un proceso concreto seguido en el extranjero: si hay una frontera involucrada, hay dos Estados soberanos, con posibles intereses contrapuestos en juego. Aunque los Estados involucrados no deberían tener un particular interés en el contenido de un litigio privado (salvo aquellos en los que exista un interés público subyacente), estos pueden considerar que la circulación transfronteriza de información y pruebas puede comprometer de un modo u otro su orden público, su seguridad, su soberanía o sus intereses económicos en el mundo, teniendo que poder decir algo al respecto e intervenir de un modo u otro.

33. Optar por una vía u otra, como decíamos, dependerá en última instancia de aquello que permita el ordenamiento procesal que rige en el foro (aunque un litigante informado también deberá tener en consideración la posibilidad de que la vía escogida pueda acabar constituyendo una causa de denegación de un *exequatur* de la sentencia que se obtenga, en caso de que se necesite la ejecución de algún pronunciamiento en el extranjero). No obstante, el problema que estamos analizando son los límites que quiera imponer el Estado en el que se halla la información. Y es que puede que ese Estado quiera controlar y conocer su transmisión y asegurarse de que no sólo no hay autoridades extranjeras ejerciendo actos de coacción directa sobre sujetos para que transmitan información en el seno de su territorio, sino de que tampoco están influyendo mediante coacciones indirectas a esas personas para adquirir la información. En suma, puede que un Estado no esté dispuesto a tolerar, si no existe un convenio mediante, la aplicación unilateral y extraterritorial de normas procesales que regulan la actividad de un tribunal extranjero que acabe teniendo incidencia en el comportamiento desplegado por personas en su territorio o sujetas a su jurisdicción. El mero hecho de no acudir a los canales institucionales de cooperación jurídica puede ser percibido como un ataque a su integridad e igualdad⁶⁶, máxime cuando puede estar obteniéndose información sensible para los intereses soberanos del país.

34. Sea como fuere, la nota característica de la cooperación internacional institucional en materia de obtención de pruebas es la *bilateralidad*: las diligencias que se practiquen se efectuarán siempre, incluso en los sistemas de auxilio pasivo, con el conocimiento, autorización o control de las autoridades del Estado requerido (aunque sea porque han sido mecanismos previamente consensuados por los Estados involucrados, cuando una puesta en conocimiento previa no sea necesaria).

No debe subestimarse la importancia de esta nota de bilateralidad frente a los modos de adquisición de información con fines preparatorios o probatorios enunciados estrictamente unilaterales. La bilateralidad da la posibilidad del Estado en el que se halla la información de limitar o establecer las

⁶⁶ HCCH, *Le caractère obligatoire ou non de la convention preuves établie par le Bureau Permanent*, Doc. Prél. No. 10, 2008, § 47.

condiciones del acceso a la información para su utilización en un proceso seguido ante una autoridad extranjera. En los canales institucionales de cooperación, quien asume la tarea de ponderar si la práctica de la actuación (en abstracto o en concreto) puede comprometer los intereses soberanos de un país son las autoridades del mismo. En los sistemas de auxilio activo, con excepción del previsto por el Derecho de la UE⁶⁷, se encuentren diseñados en normas convencionales o normas autónomas, es extremadamente frecuente localizar la presencia de motivos de denegación de la solicitud de cooperación en la obtención de pruebas fundamentados en la posibilidad de que su ejecución atente contra el orden público del Estado requerido, su seguridad, su soberanía, e incluso, a veces, sus intereses públicos y sociales. Es más, todos los convenios bilaterales suscritos por el Reino de España con terceros países fuera de la UE contienen artículos con el anterior tenor⁶⁸; el Convenio de la Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil así lo prevé en su artículo 12.b); y nuestra Ley 20/2015, de cooperación jurídica internacional también recoge como motivo de denegación la vulneración del orden público en su artículo 14.1.a). Este tipo de cláusulas para legitimar la denegación de cooperación no son exclusivas de los sistemas de auxilio activo, sino que también pueden localizarse en sistemas de auxilio pasivo. El artículo 19.6.c.) del Reglamento europeo prevé como motivo de denegación de una solicitud de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente la vulneración de los “principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro”.

A su vez, las normas que regulan la obtención de información en el extranjero suelen incorporar técnicas para asegurarse de que el tribunal que vaya a ejecutar la diligencia contemple tanto las inmunidades probatorias del Estado requirente como las del Estado requerido.⁶⁹ A título ejemplificativo, puede reseñarse el artículo 32.1 de nuestra Ley 29/2015, de 39 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil que señala que: “En cualquier caso, la prueba no se practicará cuando la persona designada justifique su negativa en una exención o una prohibición de declarar o aportar documentos, establecida o reconocida por la ley española o por la ley del Estado requirente”.

35. En cambio, cuando el tribunal de un Estado actúa de forma unilateral, el Estado en el que se halla la información se encuentra expuesto y vulnerable, al no haber tenido la posibilidad de participar en una norma en la que ponga límites o los levante en función del grado de confianza mutua entre los Estados involucrados. De esta vulnerabilidad nace el celo de algunos Estados a través de las llamadas

⁶⁷ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/20001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 95-96.

⁶⁸ A continuación, ofrezco una reseña de los artículos relevantes en los convenios bilaterales celebrados por España. El convenio celebrado entre España y la República de Mauritania prevé en su artículo 6 que “la asistencia judicial será rechazada si la Parte requerida considera que ésta puede atentar contra la soberanía, la seguridad o el orden público de su país”. El celebrado con Argelia prevé exactamente lo mismo. En el convenio con la República Dominicana, el artículo 14.1.c) señala que “la parte requerida considere que la ejecución de la comisión rogatoria sería contraria al orden público o iría en detrimento de su soberanía o seguridad” puede denegar la solicitud. En el celebrado con la República de Túnez, el artículo 11.1 preceptúa que “la autoridad requerida podrá negarse a ejecutar una comisión rogatoria cuando ésta pueda atentar contra la soberanía, seguridad u orden público del Estado en que deba tener lugar la ejecución”. El artículo 15.1.c) de aquel firmado y ratificado con Tailandia tiene el siguiente tenor literal: “La Parte requerida considere que la ejecución de la comisión rogatoria sería contraria al orden público o iría en detrimento de su soberanía o seguridad” podrá denegar la solicitud. Del mismo modo, en el artículo 14 del convenio con Marruecos se puede leer que: “La autoridad requerida podrá denegar la ejecución de una comisión rogatoria, si (...) fuera de tal naturaleza que pudiera perjudicar su soberanía, su seguridad o su orden público”. En el caso del tratado con China, el artículo 5 afirma que “la Parte requerida puede denegar la ejecución de la solicitud de la asistencia judicial si a su juicio puede atentar a su soberanía, seguridad, orden público, intereses públicos y sociales”; el artículo 11 del tratado con Rusia que “la asistencia jurídica podrá denegarse cuando la Parte requerida considere que dicho cumplimiento podría menoscabar su soberanía, poner en peligro su seguridad o infringir principios básicos de su ordenamiento jurídico.”; el artículo 8 del convenio celebrado con Brasil que: “la ejecución de las comisiones rogatorias no podrá ser rehusada más que si (...) fuese susceptible de atentar a la soberanía o a la seguridad del Estado requerido”; el artículo 22 del convenio celebrado con Uruguay que “el auxilio judicial previsto (...) sólo podrá denegarse cuando el Estado requerido estime que: a) la actividad que se pretende es contraria al orden público”. Finalmente, el artículo 8.f.3 del convenio celebrado con el Reino Unido prevé que “sólo podrá declinarse el cumplimiento de los exhortos: (...) si la Alta Parte Contratante en cuyo territorio haya de efectuarse la prueba la considera atentatoria a su soberanía o seguridad”.

⁶⁹ Al respecto, podrán consultarse las interesantes consideraciones efectuadas en la tercera parte de G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Inmunidades procesales en materia probatoria. La exclusión y la protección de la información confidencial en el proceso civil*, (inédito, en prensa).

normas de bloqueo: estas nacen como una reacción destinada a afirmar una determinada concepción de los límites al ejercicio extraterritorial de la soberanía. Examinemos estas normas.

III. Las normas de bloqueo: una concepción distinta de los límites impuestos por la soberanía en la obtención transfronteriza de información

1. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica

36. Una norma de bloqueo es, en términos generales, una técnica destinada a contrarrestar o neutralizar los efectos de una determinada norma, decisión o actuación de una autoridad extranjera con efecto extraterritorial que se considera perjudicial para los intereses del Estado del que emana la norma de bloqueo o atentatoria de su soberanía. Dicho de otra manera, se trata de “un acto normativo nacional cuyo objetivo es neutralizar el supuesto alcance indebido de una ley extranjera que amplía la competencia de ejecución de un Estado más allá de cualquier título de competencia reconocido en virtud de las normas de derecho internacional público general”.⁷⁰

Este alcance extraterritorial indebido, o percibido como tal, puede darse en una miríada de materias y responder a diversas formas de conducta por parte de un Estado extranjero.⁷¹ En este trabajo, sólo nos referiremos a las normas de bloqueo frente a la obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero para su adquisición en un proceso civil. Desde esta perspectiva particular, una norma de bloqueo es aquella que pretende evitar que se adquiera información en su territorio de forma unilateral, evitando los mecanismos institucionales de cooperación jurídica internacional de obtención de pruebas –en gran medida porque se presume que el recurso a esos mecanismos impedirá la prestación de la cooperación o la limitará–. En este sentido, es una norma que parte de una determinada concepción de los límites en el comportamiento legítimo que pueden desplegar las partes actuales o futuras de un litigio o el tribunal que conoce del mismo para obtener información en un territorio distinto del Estado en el que se halla el tribunal.

37. Pero al margen del componente teleológico de la norma de bloqueo, es preciso resaltar que la naturaleza jurídica de estas normas es sancionadora: se trata, bien de normas de derecho penal, bien de derecho administrativo sancionador. En términos generales, se impone la obligación a las “empresas, particulares o administraciones nacionales de ignorar dicha ley [extranjera], así como cualquier acción de ejecución extranjera basada en ella”⁷², bajo amenaza de imposición de una sanción (*non-compliance clause*). Por tanto, centrándonos en la especie concreta de norma de bloqueo que nos interesa en este trabajo, puede afirmarse que se trata de una norma que “prohíbe la transmisión de documentos u otra clase de pruebas [*evidence*] localizadas en el país que aprueba la norma a otros Estados para los fines propios del proceso seguido en el extranjero [*purposes of foreign litigation*]”.⁷³ O, para ser más precisos, son normas que prohíben a los sujetos requeridos por un tribunal extranjero - u otra clase de autoridad o funcionario público- o por un particular -actúe o no como delegado del tribunal- en el contexto de un

⁷⁰ D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, p. 221, traducción propia.

⁷¹ El lector puede encontrar el examen más completo y reciente sobre las normas de bloqueo como técnica normativa que pretende erigirse como contramedida frente a una miríada de formas de aplicación extraterritorial de la soberanía de los Estados en M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolgungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024.

⁷² D. VENTURA, “Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions”, en C. BEAUCILLON, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, p. 221, traducción propia.

⁷³ M.J. HODA, “The Aérospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It.”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, p. 234, traducción propia.

proceso seguido en el extranjero aportar, compartir o transmitir la información situada fácticamente en el territorio del Estado que dicta la norma, si el requerimiento no se ha efectuado por uno de los canales de cooperación jurídica internacional regulados en los convenios internacionales o en las normas de derecho autónomo, bajo la amenaza de la imposición de una sanción administrativa o penal.

38. Aunque sean normas eminentemente sancionadoras, es habitual que el instrumento que recoge las prohibiciones tenga un mayor grado de complejidad, incluyendo otras obligaciones, como la de comunicar a una autoridad del Estado-bloqueante la existencia de tal requerimiento o la previsión de instrumentos de compensación frente a los perjuicios causados por la actuación extraterritorial de la autoridad extranjera, llamadas *claw-back provisions*.

39. De esta forma, puede afirmarse que una norma de bloqueo pretende *torcer el brazo* de una autoridad extranjera, *poniendo entre la espada y la pared* a la persona sujeta a la norma sancionadora emanada del Estado bloqueante. Lo que se traduce, en lo que a nosotros nos interesa, en que son normas que pretenden forzar que los tribunales extranjeros empleen los instrumentos de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas, por la vía de prohibir el cumplimiento de cualquier colaboración de un particular con ellos, a través de una amenaza penal lo suficientemente fuerte como para motivar su comportamiento en una dirección particular. Volveremos sobre esto posteriormente. Ahora reseñemos tres normas de bloqueo: la francesa, la inglesa y la suiza.

2. Exposición de las normas de bloqueo francesa, inglesa y suiza

40. Dada la inexistencia de una norma de esta naturaleza *en esta materia* en el ordenamiento jurídico español⁷⁴, es preciso ilustrar al lector con algunos ejemplos, a fin de que tenga en mente qué tipo de contenido puede poseer. Será la ocasión para destacar ciertos puntos de heterogeneidad en la puesta en práctica de esta técnica, así como el diverso alcance de estas normas.⁷⁵

41. Debe hacerse una precisión inicial: no debe confundirse esta técnica con las órdenes gubernamentales de no cooperación con las autoridades de un país. Recordemos, por ejemplo, que el artículo 3.2 de nuestra LCJI contempla esta última posibilidad:

“Pese a no exigirse reciprocidad, el Gobierno podrá, mediante real decreto, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado”.

Este precepto no representa la técnica empleada en una norma de bloqueo o de *aiguillage*, pues estas últimas no regulan el comportamiento de autoridades, sino el de particulares – ya tendremos ocasión de insistir en esto último. La suspensión o el cese de la cooperación jurídica internacional con un Estado presupone el marco de una cooperación institucional; las técnicas que estudiaremos presuponen, en cambio, que ese marco no se está empleando. Las normas de bloqueo nacen ahí donde un Estado quiere forzar a los tribunales del resto de Estados a que cuando quieran obtener fuentes de prueba localizadas en su territorio, se vean forzados a acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional, ya que, de otra forma, su soberanía se estaría viendo vulnerada – o así lo entienden. Al hacerlo, realmente lo que buscan no es que se respeten los mecanismos institucionales, sino asegurarse el control sobre el flujo de información, porque en realidad aspiran a poder denegar la transmisión.

⁷⁴ Véase la nota 35.

⁷⁵ Para un examen de derecho comparado sobre la cuestión relativamente reciente puede consultarse, VV.AA., *Le droit de l'administration de la preuve et les lois de blocage aux Etats-Unis, en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et au Canada (Québec)*, Rapport de Recherche, Ministère de la Justice, 2020.

A) La loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères

42. La llamada ley de bloqueo o de “encarrilamiento” francesa sirve de ejemplo sencillo para entender la creación de normas *ad hoc* que pretenden bloquear la transmisión de información sensible para los intereses soberanos de un país en un proceso seguido en el extranjero, si no se utilizan los cauces institucionales de la cooperación jurídica internacional.⁷⁶ Esta ley cuenta con cuatro preceptos que indican lo siguiente.

En primer lugar, los artículos 1 y 1 bis tipifican los comportamientos prohibidos. En el artículo 1 se preceptúa lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en los tratados o los acuerdos internacionales, se prohíbe a toda persona física de nacionalidad francesa o que resida habitualmente en el territorio francés, o a todo administrador, representante, agente o responsable de una persona jurídica que tenga su domicilio social en él, transmitir a una autoridad pública extranjera por escrito, oralmente o de cualquier otra forma y en cualquier lugar, los documentos o informaciones de orden económico, comercial, industrial, financiero o técnico cuya transmisión pueda atentar contra la soberanía, la seguridad o los intereses económicos esenciales de Francia o a su orden público, precisados por la autoridad administrativa según sea necesario”.⁷⁷

El artículo 1 bis, por su parte, señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de los tratados o acuerdos internacionales y de las leyes y reglamentos en vigor, se prohíbe a cualquier persona requerir, buscar o transmitir por escrito, oralmente o de cualquier otra forma, los documentos o informaciones de orden económico, comercial, industrial, financiero o técnico tendentes a ser utilizados como prueba en procesos judiciales o administrativos extranjeros presentes o futuros”.⁷⁸

El artículo 2 establece el deber de comunicar al ministerio competente cualquier requerimiento de transmisión de los anteriores documentos o informaciones. Finalmente, el artículo 3 establece que “sin perjuicio de penas más graves previstas por la ley, toda infracción de las disposiciones de los artículos 1 y 1 bis de la presente ley será castigada con una pena de prisión de seis meses y una multa de 18.000 euros o con una sola de esas dos penas”.

43. LENOIR destaca cómo la remisión a posibles penas más graves supone la voluntad del legislador francés de hacer referencia a los artículos del código penal común en protección del secreto profesional, los secretos industriales o los secretos relativos a la seguridad nacional. En consecuencia, la primera característica de una norma de bloqueo consiste en que amplía el paraguas de protección más allá de los secretos habitualmente protegidos por las normas penales, ya que, “sin duda, en los intereses económicos de las empresas, también pueden estar en juego los intereses de un país”.⁷⁹ De esta forma, si atendemos al contenido del artículo 1 bis podemos observar que el bien jurídico protegido por el delito no es el derecho de defensa, el orden socioeconómico o la seguridad nacional, sino, más bien, unas ordenadas relaciones en la cooperación internacional conforme a la visión francesa del derecho internacional público. Cualquier sujeto que se desvíe de los canales institucionales diseñados en normas convencio-

⁷⁶ Véase, N. LENOIR, “Transmission de preuves à l'étranger et protection de la souveraineté économique de la France. À propos de l'application de l'article 2 de la loi de blocage ou d'aiguillage”, *La Semaine Juridique*, núm. 15, 2022, pp. 766-768. Esta norma se encuentra desarrollada por dos normas reglamentarias. Por una parte, el *Decret n°2022-207 du 18 février 2022* y, por otra, por el *Arrêté du 7 mars 2022*.

⁷⁷ Traducción propia.

⁷⁸ Traducción propia. LENOIR reseña que este precepto se introdujo en 1980 para “proteger a las sociedades francesas llamadas a contestar interminables interrogatorios de abogados extranjeros que buscaban acumular pruebas contra dichas sociedades, muchas veces, de hecho, competidoras de las empresas que esos abogados representaban”. N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité”, *Rfda*, mayo-junio 2014, p. 489.

⁷⁹ N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité”, *rfda*, mayo-junio 2014, p. 490.

nales, europeas o autónomas francesas es susceptible de estar incurriendo en ese delito, sin perjuicio de que se aplique un concurso de normas en caso de que la información que se acabe revelando por esa vía tuviese una naturaleza especialmente protegida por las normas penales francesas.

B) Artículos 2 y 3 de la *U.K. Protection of Trading Interests Acts 1980*

44. La norma que se reseña a continuación constituye un buen ejemplo de una norma de bloqueo multifacética, abordando amenazas variadas a través de respuestas heterogéneas: esta norma pretende afrontar la aplicación extraterritorial de leyes que afecten a personas bajo la jurisdicción británica, las solicitudes de *discovery* extranjeras que puedan afectar a los intereses soberanos del Reino Unido y las sentencias condenatorias a *multiple damages* a sujetos británicos en el extranjero.⁸⁰ Ello es así porque el origen de la norma se sitúa en la respuesta al asunto *Westinghouse Uranium Litigation* conocido por los tribunales norteamericanos en la década de los setenta, siendo este asunto un ejemplo clásico de la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* norteamericana.⁸¹ Dicho lo cual, nos centraremos únicamente en los dos preceptos relevantes para el objeto de este estudio: los artículos 2 y 3.⁸²

⁸⁰ Véase a este respecto, J.P. ROSEN, “The Protection of Trading Interests Act”, *International Lawyer*, vol. 15, núm. 2, 1981, pp. 213-229; A.V. LOWE, “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980”, *The American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 2, 1981, pp. 257-282.

⁸¹ R.A. BRAND, *International Business Transactions fundamentals*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Aphen aan den Rijn, 2019, p. 499.

⁸² “2 Documents and information required by overseas courts and authorities.

(1) If it appears to the Secretary of State—

(a) that a requirement has been or may be imposed on a person or persons in the United Kingdom to produce to any court, tribunal or authority of an overseas country any commercial document which is not within the territorial jurisdiction of that country or to furnish any commercial information to any such court, tribunal or authority; or

(b) that any such authority has imposed or may impose a requirement on a person or persons in the United Kingdom to publish any such document or information, the Secretary of State may, if it appears to him that the requirement is inadmissible by virtue of subsection (2) or (3) below, give directions for prohibiting compliance with the requirement.

(2) A requirement such as is mentioned in subsection (1)(a) or (b) above is inadmissible—

(a) if it infringes the jurisdiction of the United Kingdom or is otherwise prejudicial to the sovereignty of the United Kingdom; or

(b) if compliance with the requirement would be prejudicial to the security of the United Kingdom or to the relations of the government of the United Kingdom with the government of any other country.

(3) A requirement such as is mentioned in subsection (1)(a) above is also inadmissible—

(a) if it is made otherwise than for the purposes of civil or criminal proceedings which have been instituted in the overseas country; or

(b) if it requires a person to state what documents relevant to any such proceedings are or have been in his possession, custody or power or to produce for the purposes of any such proceedings any documents other than particular documents specified in the requirement.

(4) Directions under subsection (1) above may be either general or special and may prohibit compliance with any requirement either absolutely or in such cases or subject to such conditions as to consent or otherwise as may be specified in the directions; and general directions under that subsection shall be published in such manner as appears to the Secretary of State to be appropriate.

(5) For the purposes of this section the making of a request or demand shall be treated as the imposition of a requirement if it is made in circumstances in which a requirement to the same effect could be or could have been imposed; and

(a) any request or demand for the supply of a document or information which, pursuant to the requirement of any court, tribunal or authority of an overseas country, is addressed to a person in the United Kingdom; or

(b) any requirement imposed by such a court, tribunal or authority to produce or furnish any document or information to a person specified in the requirement, shall be treated as a requirement to produce or furnish that document or information to that court, tribunal or authority.

(6) In this section “commercial document” and “commercial information” mean respectively a document or information relating to a business of any description and “document” includes any record or device by means of which material is recorded or stored.”

“3 Offences under ss. 1 and 2.

(1) Subject to subsection (2) below, any person who without reasonable excuse fails to comply with any requirement imposed under subsection (2) of section 1 above or knowingly contravenes any directions given under subsection (3) of that section or section 2(1) above shall be guilty of an offence and liable—

45. Esta norma otorga al Secretario de Estado el poder de intervenir cuando se exija por una autoridad judicial extranjera (o bajo su amparo) aportar documentos o información comercial a una persona en el Reino Unido, cuando la información no se encuentre presente en el territorio del foro. En este sentido, el artículo 2 prevé que si el Secretario de Estado considera que el requerimiento judicial pudiese afectar a la soberanía del Reino Unido, infringir su jurisdicción, comprometer su seguridad o perjudicar el estado de sus relaciones internacionales, puede emitir instrucciones para prohibir el cumplimiento del requerimiento. Estas instrucciones pueden ser generales o referirse a un caso en particular. En ellas se pueden contener instrucciones específicas para cumplir con el requerimiento de la autoridad judicial extranjera o, directamente, establecer la prohibición total o parcial de cooperar con ella. El artículo 3 regula el régimen sancionatorio para los sujetos que incumplan las instrucciones emitidas al amparo de lo explicado: cualquier sujeto que, conscientemente, contravenga lo dispuesto en dichas instrucciones podrá ser castigado con la imposición de una multa. No obstante, las personas físicas que no sean ciudadanas británicas y las personas jurídicas que no estén constituidas en ese país no son susceptibles de responder penalmente por la infracción de las instrucciones emitidas por el Secretario de Estado.

46. Esta norma presenta varias diferencias significativas respecto de la norma francesa: mientras que en la norma francesa la prohibición es, de entrada, general, debiéndose comunicar a la autoridad del poder ejecutivo competente el requerimiento para que éste pueda acompañar al requerido, en el caso inglés la prohibición de exhibición de documentos e información sólo existirá en caso de que el poder ejecutivo, a través de la Secretaría de Estado, así lo determine de forma discrecional.⁸³ Además, la prohibición sólo puede ser acordada con base en unos fundamentos tipificados claramente dirigidos a la protección de los intereses soberanos británicos.

C) El artículo 271 del Código Penal suizo

47. Por último, quisiera destacar un tercer ejemplo de norma que ha sido explícitamente considerada de bloqueo, pero que no se erige como una norma *ad hoc*, sino que se inscribe en el seno del propio código penal. Este es el caso del artículo 271.1 del código penal suizo, situado en el título relativo a los crímenes o delitos contra el Estado y la seguridad nacional. Este es el tenor literal de la norma:

“Actos ejecutados sin justo título [*sans droit*] para un Estado extranjero.

Art. 271.

1.- Cualquiera que, sin estar autorizado, ejerza actos de autoridad pública en territorio suizo por cuenta de un Estado extranjero; cualquiera que realice tales actos en nombre de un partido extranjero o de otra organización extranjera; cualquiera que favorezca dichos actos, será castigado con una pena de privación de libertad de máximo tres años o de una pena de multa y, en los casos graves, con una pena de privación de libertad que no podrá ser inferior a un año”.

(a) on conviction on indictment, to a fine;

(b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

(2) A person who is neither a citizen of the United Kingdom and Colonies nor a body corporate incorporated in the United Kingdom shall not be guilty of an offence under subsection (1) above by reason of anything done or omitted outside the United Kingdom in contravention of directions under section 1(3) or 2(1) above.

(3) No proceedings for an offence under subsection (1) above shall be instituted in England, Wales or Northern Ireland except by the Secretary of State or with the consent of the Attorney General or, as the case may be, the Attorney General for Northern Ireland.

(4) Proceedings against any person for an offence under this section may be taken before the appropriate court in the United Kingdom having jurisdiction in the place where that person is for the time being.”

⁸³ A. V. LOWE, “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980”, *The American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 2, 1981, p. 276.

3. Fundamentos de las normas de bloqueo

48. Las normas de bloqueo encuentran su fundamento en una doble consideración: (i) por una parte, postulan que la obtención de información destinada a incorporarse en un proceso extranjero al margen de los canales bilaterales de cooperación constituye en sí una violación de su soberanía; (ii) por otra parte, son una toma de conciencia de que cierta información merecedora de protección conforme al ordenamiento de un Estado puede quedar desprotegida en un proceso judicial en el extranjero como consecuencia de no poder haber activado los mecanismos de protección previstos en las normas de cooperación jurídica internacional.

49. El primer fundamento de la norma de bloqueo se apoya, a su vez, en una doble consideración: por una parte, presupone entender que condicionar el comportamiento de sujetos en su territorio para que aporten información siguiendo las instrucciones de una autoridad extranjera es una extensión extraterritorial de las competencias soberanas más allá de todo título permitido por el derecho internacional; por otra, al no pasar por los canales consensuados se priva al Estado en el que se encuentra la fuente de prueba de la posibilidad de realizar distintas actividades instrumentales: “controlar la legalidad de la medida con respecto al derecho de la autoridad requirente, la existencia de un proceso en curso o futuro que justifique la recopilación de material probatorio, el vínculo entre los elementos requeridos y el proceso en curso o futuro, los riesgos de vulnerar la soberanía o la seguridad del Estado o la compatibilidad de los elementos requeridos con nuestro derecho interno”.⁸⁴

50. El segundo fundamento trae causa del miedo de los Estados que aprueban una norma de esta naturaleza a los flujos de información descontrolados.⁸⁵ Sobre todo, si ese flujo de información puede acabar en manos de competidores extranjeros de sus empresas nacionales o de otros sujetos que pueden estar haciendo un ejercicio abusivo e instrumental del proceso en el extranjero para la obtención de datos que no podrían obtener de otro modo en detrimento de sujetos de la nacionalidad del Estado-bloqueante y de sus estrategias de proyección económica o militar en el mundo. Puede darse el caso de que la información que se pretende transmitir o producir para los fines propios de un proceso seguido en el extranjero no sólo sea relevante para las partes contendientes de cara a definir alegaciones o probarlas en el proceso, sino que pueda ser calificada como sensible para los intereses soberanos o económicos del país o su orden público y, por tanto, no pueda viajar o deba hacerlo en condiciones muy particulares.

Y es que, como se dice popularmente, el conocimiento es poder: *scientia potentia est*. Poder para actuar en el mercado, poder en las relaciones geopolíticas, poder para fines de utilidad social; da igual. Conscientes de ello, la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo protegen cierta información y limitan su transmisión o su publicidad: se garantiza una cierta distribución asimétrica del acceso a la información. Si se quiere engrasar la maquinaria de un mercado competitivo, se deberán proteger los secretos empresariales⁸⁶; si se quiere garantizar el desarrollo de una vida plena de los individuos, habrá que proteger ciertas esferas de su intimidad⁸⁷; si se quiere garantizar la integridad de un Estado, deberán permanecer fuera del alcance del público la información clasificada como secreto de Estado u oficial⁸⁸ o deberán calificarse ciertas patentes como de “interés para la defensa nacional”⁸⁹. Cada ordenamiento jurídico define a través de normas materiales la información que desea que sea calificada como protegida,

⁸⁴ R. GAUVAIN/ C. D’URSO/ A. DAMAIS/ S. JEMAI, *Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, París, 2019, p. 33.

⁸⁵ N. LENOIR, “Transmission de preuves à l’étranger et protection de la souveraineté économique de la France. À propos de l’application de l’article 2 de la loi de blocage ou d’aiguillage”, *La Semaine Juridique*, núm. 15, 2022, p. 766.

⁸⁶ Véase al respecto, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Las medidas para la protección de los secretos empresariales en el proceso civil: el problema de su efectividad”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 10, 2024, pp. 9-58.

⁸⁷ Protegidas por el artículo 18 de nuestra Constitución y por el artículo 8 CEDH.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, nuestra Ley 9/1968, de 5 abril, de secretos oficiales.

⁸⁹ Véanse, a título ejemplificativo, los arts. 111 ss. de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

confidencial o secreta y preverá un concreto régimen de consecuencias civiles o sancionadoras frente a su uso indebido.

Ahora bien, éstas no son siempre suficientes para evitar su incorporación en un proceso extranjero. Cada sistema procesal establece su propio sistema de exclusión o protección de información materialmente secreta o confidencial⁹⁰. El problema es que las normas procesales de protección o exclusión de ciertos contenidos informativos no son uniformes internacionalmente y no existen garantías, además, de que un Estado extranjero no acabe aplicando también su legislación material para calificar el carácter revelable, o no, de esa información. En este sentido, se puede generar una doble disparidad: una primera relativa a la calificación de la información como confidencial o secreta conforme a las normas de un país y una segunda, relativa a la protección procesal dispensada por dos Estados que puede determinar la obligatoriedad de producir y desvelar información materialmente protegida por uno de ellos.

51. En términos generales, puede afirmarse que, cuando la obtención de pruebas en el extranjero se realiza mediante un canal institucional de cooperación, los instrumentos diseñados para la protección de información sensible parecen suficientes y satisfactorios para preservar aquella información que pueda afectar a los intereses soberanos de un Estado. No obstante, el problema no está resuelto cuando la obtención de información o fuentes de prueba se realiza sin pasar por los canales de la cooperación jurídica institucional, máxime cuando ésta se realiza como consecuencia de: (i) las obligaciones de cooperación *en el seno del proceso* entre las partes generadas por las normas procesales del foro, como en el caso del *discovery* norteamericano⁹¹; (ii) de un requerimiento judicial con consecuencias jurídicas negativas en el proceso o sancionadoras en caso de incumplimiento por el requerido, ya sea una de las partes o un tercero; (iii) o, más genéricamente, de la necesidad de defenderse del demandado, sobre todo cuando el proceso se siga ante un tribunal cuya competencia internacional se atribuya con base en criterios “laxos” o poco habituales.⁹²

Hay formas de obtener fuentes de prueba que, al menos hipotéticamente, someten a una mayor vulnerabilidad a los Estados. Máxime si atendemos, por ejemplo, a cómo los tribunales norteamericanos han tendido a despreciar las normas materiales sancionadoras en caso de revelación de información secreta conforme al ordenamiento de países extranjeros, invocadas por litigantes o terceros para negarse a cumplir con un requerimiento de *discovery*. La excepción de *foreign sovereign compulsion*⁹³ fundamentada en la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal en el país en el que se halla la información no ha sido especialmente eficaz para evitar la transmisión de la información (o, en caso de perseverar en la negativa, de exponerse a sanciones por los tribunales norteamericanos).⁹⁴

52. Ambas perspectivas suponen considerar la protección de la soberanía, de alguna manera, como un *fin en sí mismo*: los Estados buscan protegerse frente a comportamientos que consideran intolerables desde su concepción de los límites impuestos *-rectius*, que deberían ser impuestos- por el derecho internacional público en la actuación extraterritorial de poderes públicos en el marco de un proceso judicial que verse sobre materia civil o mercantil. Pero también, y probablemente de esta fuente nazca la

⁹⁰ Véase la distinción entre inmunidades procesales de exclusión e inmunidades procesales de protección efectuada en G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Inmunidades procesales en materia probatoria. La exclusión y la protección de la información confidencial en el proceso civil*, (en prensa).

⁹¹ Véanse las interesantes consideraciones efectuadas sobre los deberes de cooperación en el *discovery* efectuadas en L. BACHMAIER WINTER, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 1994, pp. 43 ss.

⁹² Como sucede con algunos criterios para ejercer la *personal jurisdiction* en los Estados Unidos, como, por ejemplo, la *transient jurisdiction* norteamericana. Al respecto véanse S. DODSON, “Personal Jurisdiction in Comparative Context”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 701, 2021, pp. 711 ss.; y W.S DODGE/ S. DODSON, “Personal Jurisdiction and Aliens”, *Michigan Law Review*, vol. 116, núm. 7, 2018.

⁹³ Véase D.J. WALLACE/ J.P. GRIFFIN, “The Restatement and Foreign Sovereign Compulsion: A Plea for Due Process”, *International Lawyer*, vol. 23, núm. 3, 1989, pp. 593-604.

⁹⁴ Al respecto, véase G. SANT., “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 181-238 y M.J. HODA, «The Aerospace Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It», *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, pp. 231-261.

verdadera razón de ser de este tipo de normas, un país que decide aprobar una norma de bloqueo lo hace ante la perspectiva de la multitud de riesgos que supone la evitación de los mecanismos de cooperación jurídica internacional, sobre todo, cuando entre la cultura procesal de ambos países existe un profundo abismo. Acudir a los mecanismos consensuados supone permitir que las autoridades designadas puedan efectuar un control que consideran suficiente para que la distinta concepción entre los deberes de exhibición procesal de información no sea utilizada como un instrumento en detrimento, bien de los intereses del litigante, bien de los intereses nacionales.⁹⁵ En este sentido, una norma de bloqueo encuentra principalmente su razón de ser en el cisma entre los sistemas de *discovery* o *disclosure* de los sistemas de *Common Law* y los sistemas de acceso a fuentes de prueba continentales, aunque poco a poco se vaya viendo un acercamiento desde ambas partes. Si el *discovery* norteamericano es la joya de la corona de su sistema procesal y ha sido el medio para obtener la victoria en numerosos litigios de gran interés social, también supone la oportunidad para ahogar económicamente y, casi literalmente, en información al oponente. Sus costes y el amplísimo marco de las actividades asociadas al *discovery* pueden utilizarse con facilidad de forma abusiva.

4. “Torcer el brazo” de los tribunales extranjeros “poniendo entre la espada y la pared” a la parte o al tercero

53. Las normas de bloqueo buscan “torcer el brazo” de los tribunales extranjeros a fin de que se vean compelidos a acudir en el futuro a los mecanismos de cooperación jurídica internacional.⁹⁶ En este sentido, se habla también en francés de norma de *aiguillage*, que podemos traducir como norma de “encarrilamiento”: se busca que los tribunales extranjeros sigan el camino deseado por el Estado que aprobó dicha norma. Pero las normas de bloqueo persiguen “torcer el brazo” de las autoridades extranjeras no de cualquier manera, sino poniendo “entre la espada y la pared” al sujeto al que se requiere que exhiba, transmita o comparta la información, de tal forma que su situación tenga que ser un elemento a ponderar por el tribunal extranjero antes de acceder a la obtención unilateral de fuentes de prueba situadas en el extranjero.

54. Las normas de bloqueo tienen, por tanto, un destinatario directo y un destinatario virtual.⁹⁷ El destinatario directo es la persona sometida a la jurisdicción del Estado que dicta la norma de bloqueo al que se le imponen prohibiciones y obligaciones que deberá cumplir. No obstante, si atendemos a la finalidad y a los efectos esperados por estas normas, el destinatario virtual es el tribunal del Estado extranjero. Se trata de influir indirectamente en las decisiones de las autoridades judiciales extranjeras por la vía de generar un gravamen en los particulares afectados por la norma de bloqueo, a fin de que modifique su decisión en lo relativo a la obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero, reiterando la solicitud por los mecanismos de cooperación internacional o no imponiendo ningún tipo de sanción (material o procesal) según las normas de su foro al sujeto requerido por su incumplimiento con base en el riesgo de incurrir en la responsabilidad penal o administrativo-sancionadora impuesta por la norma de bloqueo.⁹⁸

Se busca externalizar en las personas requeridas el control del respeto de la soberanía de su territorio y de su jurisdicción, siendo de esta forma, una suerte de norma de *compliance* para los sujetos afectados. Esta técnica de control es peliaguda en la medida en que se configura como un resorte en el que se instrumentaliza a los nacionales o residentes de un territorio en pro de intereses colectivos, ahí donde la diplomacia no es capaz de reencauzar por las vías ordinarias de cooperación a las autoridades de los dos países involucrados.

⁹⁵ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 96.

⁹⁶ N. LENOIR, “Le droit de la preuve à l’heure de l’extraterritorialité”, *rfa*, mayo-junio 2014, pp. 487.

⁹⁷ M., GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 86: “Während die Adressaten eines Blocking Statutes private Akteure sind, richten sie sich in der Sache gegen einen anderen Staat”.

⁹⁸ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 121.

55. Ahora bien, para lograr lo anterior, y como decíamos, se pone “entre la espada y la pared” a los destinatarios directos de la norma⁹⁹: estos deben optar entre cumplir el requerimiento de una autoridad extranjera, asumiendo el riesgo de que se les imponga una sanción con base en la norma de bloqueo, o cumplir con la norma de bloqueo y asumir las posibles consecuencias sancionadoras previstas en el ordenamiento de la autoridad requirente o las consecuencias jurídicas negativas para su posición en el proceso.

56. Estas normas de bloqueo producen sus efectos de forma óptima si logran servir de fundamento para una alegación del requerido que pueda ser atendida por la autoridad requirente para no aportar la información, como consecuencia del riesgo al que se expone, de tal forma que la autoridad requirente libere al sujeto requerido de sus obligaciones. En cambio, conducen a un resultado subóptimo, si se logra el objetivo de no comunicar piezas de convicción, documentos o información, pero a costa de los intereses del requerido en el proceso seguido ante la autoridad requirente. Es decir, la amenaza de sanción es tan grande que logra evitar la transmisión de información, pero no impide que la autoridad requirente persista en su solicitud, aplicando las consecuencias negativas que procedan por desobedecer el requerimiento. Por último, la norma fracasa absolutamente si los riesgos ante el proceso que se sigue en el tercer país son superiores a la amenaza de sanción, no logrando esta última condicionar la voluntad del sujeto y provocando la transmisión de la información: los intereses nacionales se ven afectados y el sujeto destinatario de la norma terminará presumiblemente siendo sancionado.

5. Consideraciones críticas sobre las normas de bloqueo

57. Es comprensible que un Estado se sienta amenazado por el comportamiento unilateral y con efectos extraterritoriales de una autoridad extranjera sobre situaciones en su territorio. En este sentido, las normas de bloqueo no son técnicas normativas arbitrarias, sino una posible respuesta a un fenómeno real y contemporáneo. Sin querer pontificar ni jugar a la adivinación, creo percibir dos peligrosas tendencias que deben incluirse en esta ecuación y que agravan el problema al que se enfrentan las normas de bloqueo.

La primera es una tendencia global: la confianza mutua entre Estados en materia procesal en general y en los sistemas de obtención de pruebas transfronterizos en particular es el reflejo de la confianza que los Estados se muestran entre sí en otros planos. En un momento en el que la globalización tal y como la conocemos hasta la fecha puede sufrir una importante metamorfosis y en el que el multilateralismo y la reciprocidad entre Estados pueden resquebrajarse, la adopción y la aplicación de normas con efectos extraterritoriales pueden convertirse en una tendencia cada vez mayor en todos los sectores de la vida política, económica y comercial.¹⁰⁰ Un mundo en el que las autoridades operan de forma unilateral sin que los sistemas en juego estén armonizados es un mundo abocado a los desencuentros y a conflictos que constituyen un círculo vicioso del que salir resulta casi imposible. Esto puede conducir a una proliferación de actuaciones unilaterales legítimas o ilegítimas y a su vez, como respuesta, a una proliferación de normas de bloqueo. Las normas con efecto extraterritorial son una forma de exportar una determinada concepción axiológica de la economía, del orden legal o de los valores sociales. Las normas de bloqueo son un instrumento para evitar esa exportación no consensuada.¹⁰¹

La segunda tendencia tiene que ver con una importante (aunque no generalizada) instrumentalización del proceso civil y de las herramientas que ofrece como medio para obtener efectos extraprocesales: ya sea para expulsar del mercado a un competidor, ya sea para amedrentar a un periodista, ya sea para ganar información con la que situarse mejor en el mercado, por citar supuestos que más o menos

⁹⁹ Para un análisis exhaustivo puede leerse G. SANT., “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 181-238.

¹⁰⁰ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 1.

¹⁰¹ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 86.

vienen a la cabeza a todo el mundo.¹⁰² Las *fishing expeditions* en los mecanismos de acceso a fuentes de prueba que disponga un ordenamiento procesal o el abuso del proceso siguen siendo un riesgo real.

58. Ahora bien, la principal crítica que puede hacerse a las normas de bloqueo es que su efectividad tiene un alto grado de incertidumbre, puesto que su éxito depende, en primer lugar, del comportamiento de las autoridades extranjeras y de la mayor o menor disposición a tomar en consideración los posibles efectos de las normas de bloqueo.¹⁰³ Pero es que, además, difícilmente un tribunal penal del Estado-bloqueante podrá imponer una pena al sujeto obligado, en la medida en que la amenaza de las consecuencias jurídicas negativas de su comportamiento en el tribunal del foro puede servir de causa de justificación de su comportamiento.¹⁰⁴ Lo que, en último término, disminuye el efecto persuasivo para el tribunal que conoce del proceso principal a la hora de tenerla en cuenta. Es más, la realidad ha demostrado su gran ineffectividad para condicionar el comportamiento de las autoridades judiciales extranjeras: el instrumento no funciona.¹⁰⁵

59. Las normas de bloqueo pueden producir, además, una externalidad negativa indeseada: a saber, la presión ejercida sobre el destinatario directo de la norma puede suponer un incentivo no previsto para alcanzar una transacción con la otra parte para salir de la situación en la que le sitúa el conflicto de leyes sancionadoras.¹⁰⁶ Renuncia a la defensa de su posición en aras de poner fin a la controversia y, por tanto, escapar del conflicto de leyes en el que ha sido situado.

60. Además, al pretender combatir la aplicación con efectos extraterritoriales de normas procesales en su territorio por un tribunal extranjero, las normas de bloqueo indirectamente también tienen un fuerte efecto extraterritorial con consecuencias para diversos sujetos. En primer lugar, como venimos diciendo, las autoridades judiciales del foro; en segundo lugar, si el sujeto destinatario de la norma es parte en el proceso, la norma de bloqueo le obliga a sacrificar parte de las cargas, obligaciones u oportunidades que las normas procesales le ofrecen, en detrimento de su posición en el proceso y de su posible éxito; finalmente, también se ve afectada la parte demandante (sea o no el sujeto destinatario de la norma de bloqueo) en la medida en que podrá acabar frustrándose la tutela judicial efectiva de su derecho por la intervención de un tercer Estado distinto de aquel al que pertenece el tribunal que conoce del litigio.

Los instrumentos de cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas están diseñados para ofrecer instrumentos efectivos de acceso a la información, ya sea con fines preparatorios o probatorios, a las partes de un litigio y al tribunal que conoce de él. Aquello que sirve para tender puentes no debería pretender erigirse como muro, sacrificando los intereses de los particulares, máxime cuando desde el derecho internacional público vigente no se prohíbe con carácter general el uso de instrumentos de obtención de información preparatoria o probatoria en el extranjero conforme al ordenamiento jurídico interno de un Estado distintos de los dispuestos en los Tratados. Como recuerda GEORGAKOUDI:

“la necesidad de la cooperación jurídica se manifiesta, en efecto, cuando en el marco de un litigio, nacen elementos de extranjería que constituyen circunstancias de deformación de la instancia y perturban

¹⁰² Véase al respecto de este tipo de prácticas, A. MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

¹⁰³ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 315.

¹⁰⁴ HODA habla del *Aerospatiale Dilemma*: “if foreign states are to protect their citizen and companies from U.S Discovery using blocking statutes, they must first use those statutes to prosecute and punish those very same entities”. M.J. HODA, “The *Aerospatiale* Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It”, *California Law Review*, vol. 106, núm. 1, 2018, p. 245.

¹⁰⁵ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 285.

¹⁰⁶ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, pp. 285 y 312. También apunta en la misma dirección G. SANT “Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2015, pp. 183 y 225.

la función jurisdiccional del juicio ya que constituyen un obstáculo al despliegue ordinario de las reglas del foro, concebidas para ser aplicadas sin fricción en el interior del territorio nacional”.¹⁰⁷

Por mucho que una norma de bloqueo pretenda ser un instrumento para reencauzar a las autoridades de un país hacia la cooperación jurídica institucional, lo cierto es que no deja de ser un obstáculo añadido que pretende deformar aún más el curso ordinario de un proceso.

61. Si un Estado teme realmente que se abuse de un proceso extranjero comprometiendo sus intereses económicos o soberanos, existen otras herramientas para combatirlo. En primer lugar, la diplomacia directa para la negociación de acuerdos bilaterales que satisfagan las preocupaciones de ambos países en los términos que mejor les convenga¹⁰⁸: las normas de bloqueo son una forma de forzar la bilateralidad desde el conflicto y la unilateralidad. En segundo lugar, parece suficiente con tipificar comportamientos como delitos por la revelación de informaciones calificadas como secretas en función del criterio que sea para evitar la transmisión de información que pueda poner en riesgo los intereses soberanos, asegurándose que las normas de competencia internacional de los tribunales penales de ese país puedan juzgar los delitos cometidos por la revelación o traslado de información protegida en el marco de un proceso extranjero. El efecto práctico de la tipificación de esta clase de delitos es el mismo que el de las normas de bloqueo¹⁰⁹, con la importante diferencia de que no pretende matar moscas a cañonazos.

IV. Consideraciones finales

62. El equilibrio entre cortesía internacional, respeto de la igualdad soberana de los Estados y facilitación de la tutela judicial de los derechos de los justiciables pretendido por las normas de cooperación jurídica internacional no siempre garantiza que los tribunales de un Estado acudan a estas últimas. Puede que con base en la filosofía o la concreta articulación de su modelo de proceso civil éstos consideren que los instrumentos ofrecidos son insatisfactorios para una tutela judicial eficaz y eficiente y acorde con las expectativas que genera en los litigantes.

63. La tentación de buscar vías alternativas dentro de los límites impuestos por las normas internas del foro es, por tanto, muy grande. La utilización de esas vías ha generado, no obstante, desairadas reacciones en terceros Estados que han conducido a la proliferación de las llamadas normas de bloqueo. Si su éxito ha sido nulo, ello únicamente desmerece la calidad de la técnica de reacción empleada, no así la preocupación de fondo. Y es que, en realidad, lo que hay son dos grandes concepciones en pugna acerca del alcance extraterritorial legítimo de las actuaciones procesales de un foro.

64. Aunque puede ser que la razón real de este conflicto no sea tanto una genuina concepción sobre los límites del ejercicio de competencias soberanas extraterritorialmente (pues, en sí mismas, las normas de bloqueo, aunque reactivas, también son una forma de intentar imponer unilateralmente y extraterritorialmente una determinada posición), lo que hay en esta materia es una sensación de injusticia en el desnivel y la desigualdad de exposición de los litigantes nacionales de los Estados enfrentados.¹¹⁰ Me explico: resulta extremadamente dudoso que lo que genere fricciones y conflictos es que un tribunal cite a un testigo residente en el extranjero para que comparezca el día del juicio ante él. Lo que genera

¹⁰⁷ N. GEORGAKOUDI, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: étude de droit international privé*, Tesis doctoral, Paris I, 2021, p. 465. Esta discontinuidad es la que pretende deshacer la posibilidad de acudir a los mecanismos de auxilio pasivo según HESS. Véase, HESS, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, Berlín, 2021, p. 627.

¹⁰⁸ M. GERNERT, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 316.

¹⁰⁹ GERNERT, Marcel, *Blocking statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, p. 97-98.

¹¹⁰ Véase, V.G. CURRAN, “United States Discovery and Foreign Blocking Statutes”, *Louisiana Law Review*, vol. 76, núm. 4, 2016, p. 1142.

conflictos son dos culturas procesales en materia de acceso a la información preparatoria: una cultura de amplísimos deberes cooperativos de exhibición de información, incluida aquella que pueda perjudicar su posición (e incluso no tenga por qué guardar una relación *directa* con el objeto del proceso) y otra, en la que el *nemo contra se tenetur edere* cumple un rol esencial limitando fuertemente el alcance de una medida de acceso a fuentes de prueba o de exhibición de documentos o piezas de convicción. Así, la sociedad mercantil francesa que tenga que litigar en Estados Unidos se verá sometida a una fuerte exposición: tendrá que compartir muchísima información con su oponente. En cambio, la sociedad mercantil norteamericana que tenga que litigar en Francia, no. El nivel de exposición a la contraparte es tan desnivelado en un foro u otro, que resulta natural que los Estados que representan los intereses de la parte más vulnerable a esa exposición quieran limitar fuertemente el alcance de la misma. Y la forma de realizarlo es forzando que se acuda a los mecanismos de cooperación previstos en la Convención de la Haya, a través de los cuales se puede moldear cómo y hasta qué punto se puede producir esa exposición.

65. Ahora bien, *desde la perspectiva del justiciable* el comportamiento óptimo del tribunal ante el que está litigando es aquel que opte por la vía de adquirir la información de la forma más celeré y de acuerdo con las garantías ordinarias del ordenamiento procesal del foro. Acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional debería ser una opción de *ultima ratio*, cuando realmente no operar a través de los instrumentos dispuestos en él convierta en demasiado onerosa temporal o económicamente la efectividad del acto acordado. Esos mecanismos deberían ser leídos como puentes ofrecidos por los Estados para posibilitar la tutela efectiva de derechos de un particular, aun cuando sea un derecho reconocido en un ordenamiento extranjero o se tutele por tribunales extranjeros, sin perjuicio del control posible sobre el resultado del mismo en caso de que se solicite el reconocimiento y *exequatur* de la decisión.

66. Si desde esta última perspectiva no debería temerse la actuación unilateral de un tribunal con efectos extraterritoriales en esta materia, siempre y cuando se respeten los límites impuestos por el derecho internacional público, esa falta de temor sólo podrá lograrse si se logra armonizar las culturas procesales divergentes. Si en un gesto de brocha gorda podemos afirmar que los sistemas de *common law* son los sistemas del *discovery* o el *disclosure* desbocados y los sistemas de *civil law* los del *nemo contra se tenetur edere* estricto, sólo una mayor restricción hacia parámetros de pertinencia y proporcionalidad de los sistemas de acceso a la información anglosajones y una mayor apertura hacia este tipo de posiciones del resto de sistemas puede acabar disipando el conflicto abordado en este artículo. Si ese acercamiento es deseable o no, es un problema distinto. En todo caso, basta echar un vistazo a proyectos como las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil de ELI/UNIDROIT para darse cuenta de que esa es la tendencia a la que nos dirigimos.

67. ¿Es posible priorizar los intereses de los justiciables sin menoscabar ciertas concepciones de los límites impuestos por la soberanía? Sí, pero quizás únicamente en espacios regionales integrados, como es el caso de la Unión Europea, en los que la confianza mutua se abre camino y las fronteras pierden fuerza. ¿Es posible establecer modelos globalmente respetuosos con las variadas ideas de soberanía sin sacrificar los intereses del litigante? Probablemente sólo si hay un mínimo de armonización global en materia de acceso y producción de información para su adquisición procesal. En todo caso, la revolución digital supone una mutación importantísima: el problema inicial de este trabajo puede acabar agravándose o, por el contrario, disolviéndose por la mera vía de hecho.

El contrato de alquiler de moda: régimen jurídico en España y Estados Unidos en perspectiva comparada

Fashion rental contracts: legal framework in Spain and the United States from a comparative perspective

DR. ENRIQUE ORTEGA BURGOS
Profesor de Derecho Mercantil.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Recibido:21.05.2025 / Aceptado:30.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9893

Resumen: El alquiler de moda se ha consolidado como una práctica emergente en la industria textil. Este artículo analiza comparativamente el régimen jurídico del contrato de *fashion rental* en España y Estados Unidos, con especial atención a su naturaleza jurídica, contenido obligacional, cláusulas habituales y mecanismos de protección al consumidor. A pesar de las diferencias entre los sistemas jurídicos, se observa una creciente convergencia práctica, aunque persisten contrastes relevantes en cuanto al control de cláusulas abusivas y el nivel de protección al usuario. El estudio pone de relieve los retos que plantea esta figura contractual en ambos contextos y propone un marco de aprendizaje mutuo entre las dos jurisdicciones.

Palabras clave: Alquiler de moda, contrato de arrendamiento, protección al consumidor, cláusulas abusivas, derecho comparado, España, Estados Unidos, economía colaborativa.

Abstract: Fashion rental has emerged as a growing trend in the textile industry. This article offers a comparative analysis of the legal framework governing fashion rental contracts in Spain and the United States, with a focus on their legal nature, contractual obligations, common clauses, and consumer protection mechanisms. Despite the differences between both legal systems, there is an increasing degree of practical convergence, although notable disparities remain in terms of abusive clause control and the level of consumer protection. The study highlights the legal challenges posed by this contractual model and proposes a framework for mutual learning between the two jurisdictions.

Keywords: Fashion rental, lease contract, consumer protection, unfair terms, comparative law, Spain, United States, sharing economy.

Sumario: 1. Introducción: de la compraventa a la economía del acceso. 2. Naturaleza jurídica del *fashion rental*. 2.1. Contrato atípico de arrendamiento de cosa fungible no consumible en el Derecho español. 2.2. Regulación al amparo del *Article 2A* del UCC en el Derecho estadounidense. 3. Obligaciones de las partes y cláusulas habituales. 3.1. Perspectiva española. 3.1.1. Cláusulas habituales en los contratos españoles. 3.1.2. Análisis de cláusulas específicas. 3.2. Perspectiva estadounidense del *fashion rental*. 3.2.1. Cláusulas habituales en los contratos estadounidenses. 3.2.2. Desarrollo jurisprudencial de la *unconscionability*. 3.2.3. Marco regulatorio aplicable al *fashion rental*. 3.2.4. Análisis de cláusulas típicas en contratos estadounidenses de *fashion rental*. 3.2.5. Jurisprudencia relevante en la resolución de conflictos en el *fashion rental*. 4. Disputas legales habituales en el alquiler de ropa. 4.1. Conflictos frecuentes en el alquiler de ropa. 4.2. El *fashion rental* como modalidad de contrato mercantil. 4.2.1. Naturaleza mercantil del contrato. 4.2.2. Problemas de identificación mercantil. 4.3. Digitalización y formalización electrónica del *fashion rental*. 4.3.1. Validez legal del consentimiento electrónico. 4.3.2. Ejecución y seguimiento digital del contrato. 4.3.3. Accesibilidad y transparencia contractual. 4.3.4. Reputación, cumplimiento y entorno P2P.

4.3.5. Protección de datos personales. 4.3.6. Formalización electrónica y prueba documental. 4.3.7. Supervisión y exposición pública. 5. Desafíos y perspectivas: seguridad jurídica, sistematización del sistema privado y evolución normativa. 5.1. Claridad conceptual y calificación jurídica: el *fashion rental* como arrendamiento típico. 5.2. Integración en el sistema de contratos típicos: entre la atipicidad y la tipicidad social. 5.3. Dimensión internacional: el *fashion rental* y las reglas de Derecho Internacional privado. 5.4. Seguridad jurídica vs. Innovación contractual: un equilibrio necesario. 5.5. Evolución normativa y su impacto en el *fashion rental*. 5.6. Retos prácticos específicos: soluciones para problemas concretos. 5.7. Convergencia público–privada: el *fashion rental* como expresión de la moda sostenible. 6. Resolución de conflictos en contratos de *fashion rental*. 6.1. Arbitraje y mediación: potencial y límites. 6.2. Soluciones integradas en plataformas digitales. 7. Conclusiones

1. Introducción: de la compraventa a la economía del acceso

1. La evolución del comercio de los bienes de consumo en sectores como la moda, revela actualmente una tendencia clara de desplazamiento desde los modelos contractuales tradicionales –centrados en la compraventa y, por tanto, adquisición de la propiedad– hacia nuevas fórmulas de aprovechamiento temporal del bien sin adquisición de su titularidad. La decidida apuesta en el sector de la moda por la economía circular como sistema económico y productivo basado en modelos de negocio que opera en torno a la optimización de los recursos¹ buscando objetivos tales como la calidad medioambiental, el bienestar económico y equidad social, hace que el alquiler de prendas y complementos encuentren en la servitización², un modelo de negocio adecuado los fines de la economía circular ya que no se vende el producto sino su utilidad³.

2. El alquiler de prendas y complementos se enmarca dentro del concepto de servitización, concretamente en los modelos integrados de bienes y servicios orientados al uso, en los que no se produce una transferencia de los derechos de propiedad⁴. Este desplazamiento de las pautas del consumo se observa también en otras industrias tales como la automoción, el *software* o el entretenimiento, y responde a lo que se conoce como “economía de acceso”⁵, una modalidad de la economía colaborativa en la que el consumidor busca la vivencia de experiencias – sea mediante el uso de mercancías o de servicios – más que la apropiación material del objeto, al obtener una mayor utilidad del primero. Esta tendencia se ve influida por factores como la sostenibilidad, el auge de la economía circular y cambios generacionales en los hábitos de consumo⁶.

3. Estamos, por tanto, ante un modelo de negocio emergente, alternativo al consumo tradicional, en el que los consumidores alquilan prendas de vestir y accesorios por un periodo determinado, en vez de comprarlos de forma permanente. De este modo, pueden acceder a un catálogo de ropa que les

¹ D. G. K. DISSANAYAKE / D. WEERASINGHE, “Towards circular economy in fashion: review of strategies, barriers and enablers”, *Circular Economy and Sustainability*, Springer, 2021, pp. 1–21, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s43615-021-00090-5> (consultado el 20 de marzo de 2025).

² E. MANZINI / C.A. VEZZOLI, *Product–service systems and sustainability: Opportunities for sustainable solutions*, UNEP–United Nations Environment Programme, 2003. Según los autores, la servitización – también conocida como *product–service systems* – es el resultado de una estrategia de innovación que transforma tanto el diseño como la venta de productos físicos, incorporando un nuevo modelo que satisface las necesidades de los consumidores conjuntamente a través de sistemas de consumo colaborativo.

³ Para un estudio en profundidad, *vid.* F.H. BEUREN / M.G.G. FERREIRA / P.A.C. MIGUEL, “Product–service systems: a literature review on integrated products and services”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 47, 2013, pp. 222–231.

⁴ C. KOWALKOWSKI / H. GEBAUER / B. KAMP / G. PARRY, “Servitization and deservitization: Overview, concepts, and definitions”, *Industrial Marketing Management*, Vol. 60, 2017, pp. 4–10, disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0019850116303571> (consultado el 19 de mayo de 2025).

⁵ R.M. SÁNCHEZ, “Economía colaborativa”, *Mediterráneo Económico*, n.º 37, 2023, pp. 419–432.

⁶ C. LANG / C.M.J. ARMSTRONG, “Collaborative consumption: The influence of fashion leadership, need for uniqueness, and materialism on female consumers’ adoption of clothing renting and swapping”, *Sustainable Production and Consumption*, Vol. 13, 2018, pp. 37–47. Según los autores, “el consumo colaborativo, a menudo denominado economía colaborativa, encarna un modelo socioeconómico que prioriza el compartir y el acceso sobre la propiedad”.

permite combinar sus *outfits* tanto para eventos puntuales como para uso cotidiano, pagando sólo una fracción de su precio de venta.

4. El *fashion rental*, que abarca prendas de vestir, textiles, calzado, accesorios o joyería (genéricamente hablaremos de moda y complementos), constituye un claro ejemplo de cómo esta transición hacia la desmaterialización del consumo, en la que predomina la funcionalidad por encima de la propiedad o posesión, se materializa en nuevas formas de acceso al producto. Por ello, no extraña que la irrupción de estas tendencias de consumo en el mercado español coincida con una serie de factores sociales y tecnológicos que permiten entender su auge y consolidación como un fenómeno tanto económico como cultural, con importantes implicaciones jurídicas. Entre estos factores se encuentran el auge de la economía colaborativa, el desarrollo de plataformas digitales de intermediación, el crecimiento de la conciencia ecológica entre los consumidores⁷, y el carácter fuertemente aspiracional de la moda como vehículo de expresión identitaria en la era de la sobreexposición digital, todos ellos han resultado determinantes en el desarrollo del alquiler de moda.

5. Así, las nuevas formas de economía circular operan sobre la base de la cesión limitada del uso, bajo una lógica jurídica que reconfigura las obligaciones tradicionales entre las partes. En este modelo, la propiedad del bien permanece en el patrimonio del empresario proveedor o del titular originario, mientras que el usuario de las prendas o accesorios accede de forma temporal al bien en condiciones contractuales altamente estandarizadas, muchas veces determinadas unilateralmente por un empresario que actúa a través de una plataforma digital intermediaria. Esto obliga a valorar también el impacto de un fenómeno paralelo de concentración empresarial, dado que el valor económico ya no se obtiene mediante la venta masiva de productos, sino por medio de la optimización del uso serial y reiterado de un mismo bien a través de múltiples ciclos de usos a través del alquiler.

6. En el caso del *fashion rental*, la especificidad del producto (recordemos que se alquilan prendas y complementos) introduce, además, una dimensión jurídica singular, ya que se trata de bienes cuya valoración está estrechamente vinculada a elementos subjetivos tales como el estilo, la imagen, la percepción social y su carga simbólica. Al alquilar una prenda, no solo se accede a su uso funcional, sino también a un conjunto de significantes culturales asociados a su marca, diseñador o exclusividad, donde los elementos intangibles están presentes en la expectativa del consumidor y pueden verse frustrados por las condiciones y límites del arrendamiento. Estas expectativas pueden entrar en conflicto con las limitaciones inherentes al régimen, como el deterioro del bien, la falta de disponibilidad o las limitaciones en la modificación o personalización del producto, entre otras.

7. Desde la perspectiva de la economía industrial y del análisis estratégico sectorial, el *fashion rental* constituye un ejemplo especialmente relevante de transformación estructural en los modelos de negocio del sector textil, incardinándose en una tendencia más amplia hacia el uso del bien en la economía y el acceso flexible a bienes de consumo.

8. Este fenómeno responde a una racionalización del uso de recursos en contextos donde la maximización de la utilidad no exige ya la propiedad del bien, sino el acceso temporal a su función, tal como RIFKIN anticipó en *The Age of Access*⁸. En efecto, el alquiler de moda representa una reorganización de la cadena de valor textil, en la que el énfasis pasa de la producción masiva a la gestión eficiente del inventario reutilizable, alterando los mecanismos de captación de valor, fidelización de la demanda y sostenibilidad económica. Asimismo, resulta evidente que nos encontramos ante una nueva forma de

⁷ Los servicios de alquiler de prendas de moda, al fomentar la reutilización y el intercambio de ropa y accesorios, contribuyen a una economía más circular y minimizan el impacto ambiental asociado a la moda rápida.

⁸ J. RIFKIN, *The age of access: The new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, Penguin Putnam Inc., Nueva York, 2000. En el libro, RIFKIN plantea un giro paradigmático desde una economía centrada en la propiedad —propia de la era industrial— hacia una economía del acceso, donde lo determinante ya no es tanto ser propietario de un bien o un recurso, sino tener acceso temporal, condicional y contractual a su uso o a las funciones que dicho bien permite.

consumo colaborativo, donde los consumidores acceden a ropa de segunda mano en lugar de adquirir prendas nuevas.

9. Es preciso destacar que este modelo transaccional evoluciona en paralelo con otros sistemas de economía circular como la reventa (*resale*), que según los pronósticos sectoriales podría alcanzar entre el 15–20% del mercado global de moda para finales de esta década⁹. Esta convergencia entre diversos modelos circulares configura un ecosistema complejo, en el que la eficiencia en la asignación de recursos depende de la correcta configuración jurídica de cada modalidad contractual y de su adecuada interacción en el mercado.

10. Estudios recientes en economía empresarial destacan que la adopción de modelos circulares configuran una vía emergente de crecimiento económico sostenible, especialmente en industrias intensivas en consumo de materiales y con fuerte obsolescencia percibida, como es el caso de la moda¹⁰. Por ejemplo, Accenture, en su informe *Circular Economy: From Ambition to Action* (2022), resalta que estas estrategias permiten integrar bienes y servicios de forma que se maximiza la reutilización y se minimizan los residuos. De igual manera, la *Ellen MacArthur Foundation*, a través de *Circular Business Models in Fashion* (2021) subraya el potencial transformador de los modelos circulares en el sector de la moda. Además, el informe de economía circular para España elaborado por Accenture (2023) define claves estratégicas esenciales para orientar esta transición hacia un modelo más sostenible y colaborativo, a saber:

- Minimizar el uso de recursos primarios por unidad de producto.
- Maximizar ciclos de vida de productos y activos.
- Mejorar la eficacia del sistema productivo en su conjunto minimizando externalidades, algo que encaja perfectamente con un modelo eficiente de alquiler de ropa.

11. El alquiler de moda, aunque ha estado presente desde hace décadas (particularmente en trajes ceremoniales, uniformes o disfraces), ha vivido una verdadera transformación como modelo económico a partir de su digitalización y escalabilidad comercial. Este cambio tiene su primer hito relevante en el nacimiento del fenómeno conocido como Bag Borrow or Steal en el año 2004, marca bajo la cual opera la empresa norteamericana Bag Borrow or Steal, Inc, con sede en Middleton, Wisconsin, y centrada en el alquiler de bolsos y complementos de firmas de lujo¹¹. La consolidación del modelo se evidenció con la fundación de Rent the Runway, empresa norteamericana fundada en el año 2009 (Rent the Runway, Inc) que opera como una plataforma de comercio electrónico que permite a sus usuarios alquilar, suscribirse o comprar prendas de vestir y accesorios de diseñador, profesionalizando el formato conocido como *direct-to-consumer* (DTC)¹² mediante suscripciones y alquileres unitarios¹³. Estos desarrollos se enmarcan en una fase más amplia de expansión de la economía de plataformas, donde el intermediario

⁹ THREDUP / GLOBALDATA, *ThredUp 2024 Resale Report*, disponible en <https://www.thredup.com/resale> (consultado el 17 de mayo de 2025). Según este informe, el mercado global de reventa de moda podría representar entre el 15 % y el 20 % del mercado total para 2030.

¹⁰ I.K. HENNAUT, *How Could Clothing Rental Enhance The Transformation Towards a Circular Fashion Economy?*, 2021, disponible en https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/179739/1/TFM-INTBUS_Hennaut.PDF (consultado el 17 de mayo de 2025).

¹¹ La empresa Bag Borrow or Steal, Inc. ha establecido una posición en el mercado de alquiler de accesorios de lujo, compitiendo con empresas como Villageluxe, SwagShare y Borrowed Elegance.

¹² S. MCKEE / S. SANDS / J.I. PALLANT / J. COHEN, “The evolving direct-to-consumer retail model: A review and research agenda”, *International Journal of Consumer Studies*, Vol. 47, n.º 6, 2023, pp. 2816–2842. Según los autores, el término DTC se originó en la literatura médica de la década de 1990 donde se lo definía como un modelo de negocio en línea para la publicidad de medicamentos con receta, pruebas genéticas y otros productos farmacéuticos legalizados, dirigidos a consumidores, sin necesidad de un médico, sin embargo y, más recientemente, el término se ha utilizado en el comercio minorista para distinguir el modelo DTC en línea, nativo digitalmente, en referencia a pequeñas marcas disruptivas, entre las cuales podría encajar el origen de Rent the Runway.

¹³ Hoy es una empresa cotizada desde que el 27 de octubre de 2021, tras una oferta pública oficial de títulos saliera al mercado, cotizando en el *Nasdaq Global Select Market* bajo el símbolo “RENT”.

digital actúa como orquestador de la oferta, la demanda y los servicios asociados, generando economías de red, captura de datos y reducción de fricciones transaccionales.

12. La configuración de estos mercados digitales en el contexto del alquiler de moda plantea interesantes cuestiones jurídicas respecto a la naturaleza de las plataformas y su calificación como intermediarios neutrales o como genuinos prestadores del servicio subyacente. Esta distinción tiene implicaciones directas en la determinación del régimen de responsabilidad y en la protección del consumidor, ya que depende de criterios como el grado de control ejercido sobre las condiciones esenciales de prestación del servicio o la naturaleza de la relación contractual entre los usuarios y la plataforma.

13. Este debate ha sido objeto de intenso análisis jurisprudencial en el ámbito europeo, especialmente en el contexto de plataformas de economía colaborativa. Por ejemplo, en asuntos relacionados con Uber, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha determinado que, cuando la plataforma ejerce un control efectivo sobre la oferta, sus funciones dejan de ser meramente de intermediación y se aproximan a los de un prestador directo, asumiendo una mayor responsabilidad en términos legales y de protección al consumidor¹⁴.

14. En términos económicos, resaltamos los datos aportados por las compañías GlobalData y Bain & Company en el año 2023 pues nos permiten dimensionar el alcance del mercado global del alquiler de moda. En el año 2022, este mercado alcanzó la cifra de 4.900 millones de dólares, con un crecimiento acumulado del 89% desde el año 2016, siendo las expectativas en duplicar esa cifra hasta alcanzar los casi 10.000 millones de dólares para el año 2026¹⁵. Pese a su dinamismo y crecimiento, los datos deben relativizarse pues, como señalan *THE BUSINESS OF FASHION* (BoF) y MCKINSEY en su informe *The State of Fashion 2023*¹⁶, el alquiler de prendas representa aún menos del 1% del gasto global del consumidor medio en moda¹⁷, muy por detrás de otros vectores de economía circular como la reventa (*resale*), que bien podría alcanzar cuotas del 15–20% del mercado para finales de la década¹⁸. Naturalmente la reventa y el alquiler van ganando cuota de mercado frente a la venta tradicional¹⁹.

15. La distribución geográfica del crecimiento del *fashion rental* nos ofrece datos relevantes para un análisis económico comparado. En la región de Asia-Pacífico, que incluye Asia Oriental, Asia Meridional, Asia Sudoriental y Oceanía, el modelo del alquiler de ropa ha sido adoptado con especial

¹⁴ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.*, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 o STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS contra Nabil Bensalem*, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221.

¹⁵ GLOBALDATA, *Rising awareness of sustainability will drive apparel rental market by 101.2% to \$9.9bn*, disponible en https://www.globaldata.com/media/retail/rising-awareness-of-sustainability-will-drive-apparel-rental-market-by-101-2-to-9-9bn/?utm_source=chatgpt.com (consultado el 19 de mayo de 2025).

¹⁶ THE BUSINESS OF FASHION (BoF) / MCKINSEY, *The State of Fashion 2023*, 2023, disponible en <https://www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/state-of-fashion> (consultado el 17 de mayo de 2025).

¹⁷ Si analizamos el informe *The State of Fashion 2023* de BoF-McKinsey, se evidencia que el alquiler de ropa aún tiene un camino por recorrer para alcanzar una participación más sustancial en el mercado global, siendo las cifras todavía poco significativas.

¹⁸ FUTURE MARKET INSIGHTS, *Online Clothing Rental Market Outlook from 2025 to 2035*, 2025. Según el informe, las cifras del mercado global de alquiler de ropa en línea, según datos recientes, este se encuentra en plena expansión: se estima que pasará de 2.604,9 millones de dólares en 2025 a 6.388,8 millones en 2035, con una tasa de crecimiento anual compuesta (CAGR) del 9,5 % durante el período 2025–2035.

¹⁹ Debemos pensar que esta modalidad, articulada en torno a plataformas digitales especializadas (tales como Vestiaire Collective, The RealReal o Vinted, entre otras), permiten que el consumidor participe de forma activa en la prolongación del ciclo de vida del producto, no sólo como usuario del producto sino también como oferente en el mercado secundario, lo que refuerza la noción de consumo responsable y redistribución de valor por parte de éste. Así frente a la lógica tradicional de la compra, la reventa introduce un modelo más fluido y adaptable, en el que la propiedad ya no se concibe como permanente, sino como transitoria y transferible, algo que goza de especial acogida entre los consumidores más jóvenes –particularmente la Generación Z, cada vez más sensibilizada con criterios éticos, medioambientales y de circularidad– y que marcas convencionales tales como Levi's, Patagonia, Nike o Zalando, comienza a incorporar canales oficiales de recommerce para no quedar al margen de esta transformación.

rapidez en mercados abiertos como Japón o Corea del Sur, donde los consumidores muestran una alta tolerancia al uso compartido y una predisposición cultural a la eficiencia del gasto, lo que ha permitido alcanzar cuotas de mercado muy superiores a las europeas.

16. En la Unión Europea, el crecimiento fue más moderado entre 2016 y 2022, debido en gran parte al impacto de la pandemia de COVID-19 sobre el segmento de los eventos sociales, que tradicionalmente ha sido epicentro del alquiler de ropa. Sin embargo, las previsiones para el periodo 2023-2026 apuntan a un rebote vigoroso, impulsado por políticas regulatorias europeas favorables a la economía circular y una creciente sensibilidad medioambiental de los consumidores. Iniciativas como el Pacto Verde Europeo, el Plan de Acción para la Economía Circular²⁰ y la Estrategia de la UE para los Textiles Sostenibles y Circulares están orientadas a fomentar modelos de negocio sostenibles en la industria textil²¹. Estas políticas, junto con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y el Plan *REPowerEU*²² buscan apoyar la transición hacia una economía más sostenible y resiliente, lo que podría favorecer el crecimiento del mercado de alquiler de moda en la región.

17. En el contexto específico del mercado español, iniciativas pioneras como Ecodicta, una plataforma de alquiler de moda por suscripción fundada en 2016, han introducido este modelo de negocio adaptado a las particularidades locales. Posteriormente, empresas como Laagam o Rental Mode han seguido esta senda, contribuyendo a la expansión del alquiler de moda en España. Estas empresas han tenido que navegar un marco normativo que, si bien no contempla específicamente el alquiler de moda, les obliga a adaptarse a la normativa general de arrendamientos, comercio electrónico y protección del consumidor. Una peculiaridad del mercado español radica en la coexistencia de estas plataformas digitales con formatos más tradicionales de alquiler, como los establecimientos especializados en indumentaria para eventos y ceremonias, que operan bajo lógicas contractuales muy diferentes en cuanto a duración, garantías y responsabilidades asumidas.

18. En contraste, Estados Unidos continúa siendo el epicentro experimental y operativo del ecosistema de moda circular, particularmente en lo que se refiere al desarrollo y validación de modelos comerciales basados en el acceso temporal a prendas, como el alquiler. Esta posición no se debe únicamente a su peso demográfico y económico, que garantiza una masa crítica de consumidores, sino también a la diversidad y sofisticación de formatos empresariales que allí convergen, permitiendo observar una amplia gama de aproximaciones al fenómeno del *fashion rental*.

19. Entre los modelos predominantes se encuentran, por un lado, las plataformas de alquiler por suscripción²³, como Rent the Runway o Nuuly, que permiten a los usuarios pagar una tarifa mensual a cambio del acceso rotatorio a un determinado número de prendas. Por otro lado, emergen soluciones basadas en el modelo *peer-to-peer* (P2P)²⁴, como By Rotation en el Reino Unido, plataforma que actúa como intermediaria digital entre particulares, facilitando que los propios usuarios se alquilen sus

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción para la Economía Circular*, 2020, disponible en https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en?utm_source=chatgpt.com (consultado el 20 de mayo de 2025).

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE para los Textiles Sostenibles y Circulares*, 2022, disponible en https://environment.ec.europa.eu/strategy/textiles-strategy_en?utm_source=chatgpt.com (consultado el 20 de mayo de 2025).

²² Sobre el *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)* el *Plan REPowerEU*, vid. COMISIÓN EUROPEA, *NextGenerationEU*, 2020 y 2022 respectivamente. Ambos instrumentos fueron adoptados con el objetivo de fomentar una recuperación sostenible, reducir la dependencia energética y acelerar la transición verde en la Unión Europea. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu_en (consultado el 20 de mayo de 2025).

²³ E. ARRIGO, "Fashion rental as a new and innovative channel alongside fashion retail", *Sinergie Italian Journal of Management*, Vol. 41(1), 2023, pp. 127-144. Según la autora, el modelo de suscripción en la moda permite a los clientes pagar una tarifa recurrente para acceder a una selección rotativa de prendas, facilitando así una experiencia de vestimenta variada sin la necesidad de adquisición

²⁴ El modelo *peer-to-peer* en el alquiler de moda se basa en plataformas digitales que conectan directamente a individuos que desean alquilar sus prendas con otros interesados en utilizarlas temporalmente, promoviendo así un consumo más sostenible y compartido. A este respecto, vid. ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *The social fashion rental app: By Rotation*, 2020.

prendas entre sí²⁵. Finalmente, en una línea más orientada al modelo *business-to-business* (B2B)²⁶, se consolidan soluciones de infraestructura tecnológica *white-label*, como CaaStle, que ofrece a marcas y minoristas tradicionales la posibilidad de incorporar servicios de alquiler a su propio canal comercial mediante sistemas externalizados de logística, gestión de inventario y atención al cliente.

20. No debemos olvidar que también existen plataformas en la que los particulares pueden subir prendas que no utilizan y de las no quieren deshacerse definitivamente pudiendo obtener un beneficio económico mediante su alquiler. Estas plataformas –como Jointly–, permiten geolocalizar las prendas, normalmente de gama media–alta o alta, y cuentan con buscadores avanzados por zonas, tallas o marcas. El precio del alquiler, generalmente fijado para un período de cuatro días, así como la fianza, son determinados por la propietaria de la prenda. La fianza se libera una vez devuelta la prenda, mientras que la plataforma retiene una comisión del 22% en concepto de remuneración por los servicios de intermediación y uso de la plataforma.

21. Desde el punto de vista jurídico, en el caso de Jointy nos encontramos ante una relación triangular, característica de muchos modelos de economía colaborativa, en la que intervienen tres partes diferenciadas:

- La plataforma (Jointy), que actúa como prestadora de servicios de intermediación entre particulares, facilitando un entorno digital para la coincidencia entre oferta y demanda;
- Las arrendadoras, personas particulares que ofrecen sus prendas para ser alquiladas;
- Las arrendatarias, usuarias que desean utilizar temporalmente dichas prendas.

22. Esta estructura jurídica presenta similitudes con otros modelos de economía colaborativa y plantea cuestiones relevantes respecto a la naturaleza del vínculo contractual. La plataforma no es parte del contrato de arrendamiento propiamente dicho, sino que actúa como intermediario, percibiendo una comisión por el servicio prestado. No obstante, como prestador de servicios de la sociedad de la información, queda sujeta a las obligaciones establecidas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, “LSSI”)²⁷ y demás normativa aplicable.

23. Cabe destacar que, si analizamos la eficiencia y los costes del modelo, éste presenta riesgos y retos significativos, tales como la rotación del inventario, ya que resulta necesario contar con un stock amplio y diverso, lo que comporta importantes gastos de almacenaje. A ello se suman los costes logísticos, condicionados por factores como la distancia y el volumen, entre los cuales se encuentran los envíos, devoluciones, limpieza industrial y reparaciones de prendas, entre otros. Además, es fundamental mantener altos estándares de calidad en las prendas, lo que requiere gastos de lavandería, control de calidad de los productos devueltos y las posibles reparaciones²⁸.

24. Empresas como Rent the Runway o Dresshub SL –en España, operando bajo la marca La Más Mona²⁹ y centrada en el modelo B2C– destacan que uno de los principales riesgos financieros del

²⁵ Este modelo facilita el alquiler de prendas directamente entre consumidores, actuando la plataforma como intermediario que conecta a propietarios de ropa con potenciales arrendatarios

²⁶ El modelo B2B en el alquiler de moda consiste en que una empresa ofrece soluciones integrales de alquiler a marcas y minoristas, permitiéndoles implementar servicios de alquiler bajo su propia identidad de marca sin gestionar directamente la logística o la tecnología subyacente. En este modelo, existen empresas especializadas que proporcionan a minoristas y marcas las infraestructuras tecnológicas y logísticas necesarias para ofrecer servicios de alquiler bajo su propia marca. *Vid.* BoF / MCKINSEY, *The State of Fashion 2021*, disponible en <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/retail/our%20insights/state%20of%20fashion/2021/the-state-of-fashion-2021-vf.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2025).

²⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Publicado en BOE núm. 166, de 12/07/2002.

²⁸ C. LANG / S. SEO / C. LIU, “Motivations and obstacles for fashion renting: A crosscultural comparison”, *Journal of Fashion Marketing and Management*. Vol. 23, N.º 4, 2019, 519–536.

²⁹ El caso de la marca La Más Mona ilustra los desafíos económicos y jurídicos que han enfrentado y, probablemente en-

modelo es la necesidad de alcanzar una masa crítica suficiente para escalar el negocio, algo que no resulta sencillo para los nuevos proyectos. En el caso de La Mas Mona, a pesar de su carácter pionero, acumuló pérdidas y entró en concurso de acreedores en enero de 2024.

25. A pesar de ello, los elementos estructurales que impulsan este modelo permanecen sólidos: en primer lugar, la digitalización del consumo y la evolución del consumidor hacia patrones menos apegados a la propiedad; en segundo, el mandato normativo de la Unión Europea, iniciado con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible³⁰, y reforzado por documentos como la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre el nuevo Plan de acción para la economía circular (2020/2077(INI)) de avanzar hacia sistemas productivos sostenibles; y en tercero, la presión reputacional sobre las marcas para reducir su huella ambiental³¹, en un sector donde el *greenwashing* ya no resulta suficiente.

26. En este marco, el *fashion rental* se nos presenta –sin duda– como un experimento empresarial relevante, cuyo éxito dependerá de su capacidad para corregir las ineficiencias operativas, segmentar adecuadamente su público objetivo y desarrollar métricas financieras de rentabilidad ajustadas a su peculiar lógica de negocio.

2. Naturaleza jurídica del fashion rental: contrato atípico de arrendamiento de cosa fungible no consumible en el derecho español

27. El contrato de alquiler de ropa en España se estructura, en la práctica, como un contrato atípico de arrendamiento de cosas con amplio reconocimiento en la práctica y, regido –en primer lugar– por la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC) y, en lo previsto por el régimen del arrendamiento de cosas previsto en el Código Civil (arts. 1542 y ss.)³². En la modalidad B2C se aplica la normativa de consumo de protección a los consumidores y usuarios, en particular el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, “TRLGDCU”) y otras leyes complementarias, como a la Ley 7/1998, de 13 de abril, Condiciones Generales de Contratación predispuestas para los consumidores (en adelante, “LCGC”), y la mencionada LSSI, que establece las obligaciones de los servicios de la sociedad de la información y de los proveedores de comercio electrónico si éstas se realizan –como

frentarán, los pioneros de este modelo. La empresa, fundada en el año 2011 como una de las primeras plataformas españolas dedicadas al alquiler de prendas para eventos, su modelo de negocio se fundamentaba en la adquisición de un inventario propio de vestidos de fiesta y complementos de diseñadores reconocidos, que se ofrecían en alquiler tanto a través de su plataforma digital como en tiendas físicas ubicadas en las ciudades de Madrid y Barcelona. A pesar de sus esfuerzos por diversificar la oferta de productos incorporando colecciones de uso diario y un moderno sistema de suscripción mensual, las particularidades del mercado español, caracterizado por un consumo más estacional fuertemente concentrado en eventos sociales, junto con los elevados costes operativos y logísticos del modelo, condujeron a la empresa a una situación de insolvencia que la ha llevado al concurso de acreedores. Su experiencia ilustra cómo la viabilidad del modelo depende críticamente de una adecuada gestión del riesgo contractual, especialmente en lo referente a las garantías exigidas a los usuarios, los mecanismos de compensación por daños y la precisión en la definición del estado de conservación esperado tras el uso.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible*, 2008, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/sustainable-consumption-production-and-industry-action-plan.html?fromSummary=30> (consultado el 20 de mayo de 2025).

³¹ S. GARCÍA-TORRES / M. REY-GARCÍA, “Sostenibilidad para la competitividad de la industria de la moda española: hacia una moda circular, digitalizada, trazable y colaborativa”, *Información Comercial Española, Revista de Economía*, n.º 912, 2020, pp. 87–100.

³² En el ordenamiento español, el alquiler de ropa encaja en la figura general del arrendamiento de cosas, previsto en el Código Civil. El art. 1542 del CC contempla que “el arrendamiento puede ser de cosas”, y el art. 1543 del CC define el arrendamiento de cosas como aquel en que “una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”. No tenemos una ley especial para el arrendamiento de bienes muebles de consumo por lo que resultan de aplicación las disposiciones generales del Código Civil sobre arrendamiento, en lo no modificado por normas de consumo.

suele ser habitual— a través de una plataforma online que actúa como intermediario o *marketplace*, lo cual introduce elementos del contrato de mediación o corretaje³³.

28. Hay que tener en cuenta que el marco regulatorio aplicable al contrato de alquiler de ropa viene dado por la legislación estatal, la autonómica, y se ve complementado con disposiciones europeas. En el ámbito estatal, el mencionado TRLGDCU, establece los derechos de los consumidores, como el acceso a una información veraz, el derecho de desistimiento y la protección contra cláusulas abusivas. A nivel autonómico, centrándonos por ejemplo en la Comunidad Autónoma de Madrid, tenemos la Ley 11/1998, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid que refuerza los principios del TRLGDCU y los adapta la protección dentro del contexto regional. A nivel europeo, aplica el Reglamento (UE) n.º 1007/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, relativo a las denominaciones de las fibras textiles y al etiquetado y marcado de la composición en fibras de los productos textiles³⁴, y por el que se derogan la Directiva 73/44/CEE del Consejo y las Directivas 96/73/CE y 2008/121/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) regula el etiquetado de productos textiles, exigiendo que se indique la composición de los materiales y los datos del fabricante.

29. A nivel local, destacamos el Código de Buenas Prácticas en el sector del comercio textil del Ayuntamiento de Madrid, de carácter voluntario para quienes deseen adherirse al mismo, pertenezcan o no a la Asociación Empresarial del Comercio Textil y Complementos de la Comunidad de Madrid (ACOTEX). Este Código promueve la calidad y transparencia en las condiciones de alquiler, preconizando prácticas de conservación y limpieza óptimas para las prendas. En lo relativo a contratos celebrados a distancia, establece cuestiones tales como la información previa al contrato, el contenido del contrato y un formulario de desistimiento adaptado al modelo previsto en el Anexo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU.

30. Por otro lado, es habitual que entre los complementos que suelen alquilarse para eventos, estén los disfraces, no siendo infrecuente que vayan dirigidos al público infantil. En este sentido, los disfraces destinados a niños menores de catorce años se consideran juguetes y, por tanto, quedan sometidos al Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes, que transpone la Directiva 2009/48/CE. Esta normativa exige la implantación del marcado CE, la declaración de conformidad, la identificación de riesgos para la salud (por ejemplo, asfixia o inflamabilidad) y la inclusión de advertencias específicas en etiquetas o manuales que deben ser tenidas en cuenta por las empresas arrendadoras.

31. El objetivo de esta normativa es garantizar los requisitos esenciales de seguridad y los límites de migración de sustancias químicas nocivas, se aplica a cualquier producto concebido para el juego de este grupo de edad, lo que obliga a los arrendadores de disfraces infantiles a verificar periódicamente la conformidad de sus colecciones con mayor diligencia que otro tipo de prendas. Por el contrario, los disfraces de uso adulto se rigen por el régimen general de productos textiles y, en consecuencia, están sujetos al Real Decreto 928/1987, de 5 de junio, sobre el etiquetado de composición de los productos textiles. Esta norma establece que todos los productos textiles incluidos en su ámbito de aplicación deben estar debidamente etiquetados por el fabricante para su comercialización, tanto en el ciclo industrial como en el comercial, lo cual resulta igualmente exigible en los supuestos de alquiler.

³³ Las plataformas digitales que operan bajo el modelo *peer-to-peer* (P2P o *business-to-consumer* (B2C) deben someterse, no solo a las disposiciones generales del arrendamiento de cosas, sino también a las exigencias específicas de la LSSI, en cuanto a información previa, contratación electrónica, confirmación del contrato y derecho de desistimiento, si bien este último se ve limitado por la naturaleza del bien objeto del contrato (ropa usada o de uso inmediato), lo que puede generar conflictos interpretativos con el art. 103 del TRLGDCU sobre bienes confeccionados conforme a especificaciones del consumidor o claramente personalizados.

³⁴ El propio Reglamento, define los «productos textiles», como: “todos los que, en estado bruto, semielaborados, elaborados, semimanufacturados, manufacturados, semiconfeccionados o confeccionados estén compuestos exclusivamente por fibras textiles, cualquiera que sea el procedimiento de mezcla o de ensamblaje utilizado”.

32. En este tipo de contratos, la calidad del servicio desempeña, sin duda, un papel fundamental en la percepción que tienen los consumidores sobre el riesgo asociado al rendimiento en los servicios de alquiler de moda. Los consumidores suelen expresar inquietudes sobre el estado, el ajuste y la idoneidad general de los artículos alquilados. Si un servicio de alquiler incumple sistemáticamente las expectativas del cliente, aumenta la percepción de riesgo de rendimiento por lo que incluir un alto nivel de calidad del servicio puede ayudar a mitigar las inquietudes y generar confianza en la fiabilidad y el rendimiento del servicio de alquiler³⁵.

33. Por lo que se refiere a los rasgos del contrato, estamos ante un contrato atípico³⁶, nominado de arrendamiento de bien mueble, consensual, bilateral, oneroso y de tracto sucesivo (por tener una duración determinada). Este tipo de contrato suele presentarse bajo distintas modalidades, que van desde el mero arrendamiento individual de una o varias prendas y/o complementos, hasta modelos de suscripción que permiten al consumidor disponer periódicamente de distintos artículos. Asimismo, algunas modalidades incorporan la opción de compra a partir de un catálogo, lo que aproxima estos contratos al suministro periódico con prestaciones sucesivas. En otros casos, se configuran como contratos de cesión temporal con opción de compra.

34. El objeto del contrato es un bien material, duradero, en cuanto no se agota con un único uso tras su uso ordinario –como la puesta del vestido o el uso del complemento– lo que permite su arrendamiento. Se trata de un bien que se cede para su uso y disfrute temporal a cambio de un precio y que, en su inmensa mayoría, es fungible en términos económicos: un vestido de determinada marca, modelo y talla –salvo que se trate de un vestido único hecho a medida– es intercambiable por otro igual disponible en el comercio, al haber sido producido en serie, en una mayor o menor tirada. Por tanto, al tratarse de un bien mueble fungible y no consumible se admite como objeto de este tipo de contratos.

35. El arrendador (la empresa o empresario de alquiler de moda) conserva la propiedad de la prenda y la cede en mera tenencia durante el plazo convenido, debiendo el arrendatario restituir la misma al término del contrato en el estado en que la recibió, salvo el desgaste normal por el uso pactado. Este rasgo conecta con la causa típica del arrendamiento de cosas: proporcionar al arrendatario un goce o uso continuado de la cosa durante cierto tiempo, sin transmitir su dominio, debiendo devolverlo al finalizar el plazo pactado.

36. Los elementos esenciales del contrato son los comunes al arrendamiento de cosas y, en algunas modalidades se incluyen elementos del contrato de suministro u opciones de compraventa de los bienes. Por tanto, dichos elementos serían: una cosa fungible (en este caso consistiría en una prenda, complemento o conjunto de ellos, determinada o determinable en género, talla, color, marca y demás elementos que la identificaran), un precio o renta en contraprestación (generalmente, una tarifa fija por día o por período de alquiler, o una cuota periódica en los modelos de suscripción) y un tiempo o duración determinada (que puede oscilar desde días concretos –por ejemplo, un fin de semana– hasta meses en los servicios de suscripción).

37. De todas las modalidades anteriores, la más habitual es la que se realiza a través de plataformas digitales que actúan como intermediarios (*marketplaces*³⁷), siendo la digitalización tanto el motor

³⁵ Q. YUAN / B. SHEN, “Renting Fashion with Strategic Consumers in the Sharing Economy” *International Journal of Production Economics*, n.º 218, 2019, pp. 185–195.

³⁶ Por tanto, su régimen jurídico se construye por la combinación de la voluntad de las partes (pactos específicos acordados) con la aplicación supletoria de normas dispositivas de contratos afines y de los principios generales del Derecho de contratos.

³⁷ Según lo que dispone R. FERNÁNDEZ FLORES, en “La naturaleza jurídica de los Marketplace (*Marketplaces Legal Nature*)”, 13 de junio de 2014, bajo el concepto de marketplace y, conforme se dispone en el artículo 16 de LSSI, “encontraríamos a los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero

como el desafío para este tipo de contratos. No obstante, también pueden venderse directamente a través de internet por parte del prestador del servicio, en cuyo caso, además del negocio jurídico subyacente, se incluyen los elementos normativos del comercio electrónico³⁸. Entre ellos destacan aspectos como las condiciones generales de la contratación, la venta a distancia (art. 92 y ss. del TRLGDCU) y el derecho de desistimiento en el marco de los contratos celebrados a distancia con consumidores (art. 102 y ss. del TRLGDCU). La contratación responde al modelo típico del B2C, aunque en algunos casos, el arrendador puede ser también un particular que cede temporalmente prendas en un marco similar.

38. En los contratos de alquiler de prendas y/o complementos no exige una forma especial (es un contrato consensual), por lo que incluso podría ser verbal; con mayor razón es válido el consentimiento prestado por vía telemática. Por supuesto, el consentimiento informado requiere que el usuario haya tenido acceso claro y previo a las condiciones del contrato. En la práctica, la formalización suele seguir este esquema: el cliente se registra en la plataforma, selecciona la prenda y fechas deseadas, la plataforma le muestra o le enlaza las condiciones del servicio (muchas veces en formato de Términos y Condiciones Generales), el cliente marca una casilla de aceptación y procede al pago. Ese acto equivale a la celebración del contrato. Posteriormente, la plataforma envía una confirmación (por ejemplo, un correo electrónico con el resumen de la reserva y contrato), cumpliendo así con la obligación de confirmación documental al consumidor en los contratos celebrados a distancia (art. 98.7 del TRLGDCU). La prueba de este contrato electrónico puede realizarse mediante los registros informáticos, correos de confirmación, etc., los cuales gozan de admisibilidad plena en juicio conforme al art. 24 de la LSSI.

39. Gran parte de los contratos de *fashion rental* se celebran entre una empresa que oferta el servicio (dedicada profesionalmente al arrendamiento de prendas y/o complementos) y un consumidor o usuario final (arrendatario no profesional que alquila la prenda para su uso personal). Esto sitúa dichos contratos dentro del ámbito de los contratos de consumo, lo que implica importantes consecuencias, al incorporar una capa de protección y de normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad en aquellos aspectos negociales que podrían ser perjudiciales para el usuario³⁹. De acuerdo con la definición del TRLGDCU, se considera consumidor la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial, y empresario la persona (física o jurídica) que actúa en el marco de su actividad profesional.

40. Además, ha de tenerse en cuenta que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores “se aplica a un contrato de arrendamiento [...] concluido entre un arrendador que actúa en el marco de su actividad profesional y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su actividad profesional”⁴⁰. Por tanto, no cabe duda de que el alquiler de prendas en la modalidad B2C está sometido a la legislación de consumo, con las adaptaciones propias de un contrato de prestación de servicios y por tanto, resultan de aplicación el control de

susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”. Un *marketplace* de servicios de alojamiento es un servicio que pone en contacto oferta y demanda que: a) realiza una labor por la que cobra, b) realiza la prestación del servicio la realiza a distancia y por vía electrónica, c) se hace a través de un contrato a distancia, porque se realiza “entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo” y, d) La petición de prestar el servicio es del consumidor que lo solicita.

³⁸ La LSSI, en su art. 23, reconoce expresamente la plena eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, disponiendo que “los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”.

³⁹ Hay que tener en cuenta garantías legales mínimas: claridad informativa, equilibrio de prestaciones, posibilidades de desistimiento o resolución en ciertos supuestos, y nulidad de estipulaciones abusivas que buscan dotar de una mayor seguridad jurídica al consumidor-arrendatario, quien de otro modo podría verse en posición débil al adherirse a condiciones predispuestas por la empresa.

⁴⁰ STJUE 30 de mayo de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito contra Jahani BV*, C-488/11[ECLI:EU:C:2013:341], párrafo 34.

cláusulas abusivas, la normativa y deberes en materia de información precontractual y transparencia, el derecho de desistimiento libre⁴¹ o la normativa sobre garantías y conformidad del bien, entre otras.

41. Cuando el arrendamiento se ofrece bajo la modalidad de suscripción periódica, con entrega recurrente de prendas –normalmente *outfits*–, se introducen elementos del contrato de suministro⁴² de tracto sucesivo, donde la obligación del proveedor consistiría en proporcionar, de forma continuada o periódica⁴³, las prendas y/o complementos (bienes) para el consumo o uso por parte del cliente. Es un contrato del que se deriva la obligación del suministrador de realizar un conjunto de prestaciones periódicas o continuadas, en las condiciones y plazos fijados en el propio contrato, o en atención a las necesidades del suministrado. El contrato de suministro es un contrato bilateral, conmutativo, sinalagmático y de duración, que recae sobre cosas muebles, pero nunca sobre servicios⁴⁴. La relación entre las partes se regirá por lo pactado en el contrato; en su defecto, por la normativa de la compraventa mercantil (artículo 325 y ss. del Código de Comercio), y, en último lugar, por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos.

42. En España, han surgido servicios de suscripción mensual de ropa –como *Ecodicta*–, donde el cliente rota diversas prendas periódicamente en lugar de adquirirlas en propiedad, reforzando la tendencia de “usar sin poseer” de la que hablamos en el apartado anterior. Esta estructura plantea interrogantes relevantes sobre la duración del contrato, la posible cláusula de permanencia mínima, los mecanismos de resolución anticipada o los efectos del impago por parte del arrendatario.

43. Finalmente, ciertas plataformas ofrecen la opción de compra tras uno o varios usos, configurando una especie de *leasing* o arrendamiento financiero de bienes de uso personal. Aunque este tipo de contrato no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento, se ha reconocido como válido por la

⁴¹ Un asunto interesante es si el consumidor tiene derecho a desistir libremente (cancelar) el contrato dentro del plazo de 14 días que prevé la normativa de ventas a distancia. La regla general (art. 102 y 104 TRLGDCU) otorga al consumidor 14 días para desistir de contratos a distancia sin necesidad de justificación. Sin embargo, existen excepciones aplicables a ciertos servicios. En particular, el art. 103 letra l) del TRLGDCU excluye el desistimiento en “el suministro de servicios de alojamiento, transporte, comidas o servicios de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”. Un contrato de alquiler de ropa para una fecha concreta (p. ej., alquiler de un vestido para los días 10–12 de junio, asociado a un evento) podría asimilarse a un servicio ligado a una fecha específica de ejecución, similar a una reserva de alojamiento o alquiler de coche en fecha determinada. La ratio de esta excepción es que el empresario reserva un recurso para esa fecha y la cancelación tardía le causa perjuicio al no poder reasignarlo. Por analogía, si un vestido está reservado para un cliente en ciertas fechas, no puede alquilarse a otro en ese periodo; permitir un desistimiento in extremis iría contra la operativa. Aunque la ley no menciona expresamente el alquiler de bienes muebles, doctrinalmente es defendible que el derecho de desistimiento no proceda cuando el contrato de *fashion rental* se refiera a un periodo concreto acordado a solicitud del consumidor (similar a una reserva de ocio). No obstante, si el contrato es un servicio abierto sin fecha fija (por ejemplo, una suscripción mensual de moda no vinculada a un evento específico), entonces sí cabría el desistimiento en 14 días desde la contratación inicial. En la práctica, muchas empresas de alquiler de moda, por imagen comercial, ofrecen políticas de cancelación o cambio flexibles (por ejemplo, cancelar sin coste hasta cierta antelación antes del inicio del alquiler, o permitir cambios de talla/modelo), pero ello es voluntario o pactado, no tanto una exigencia legal estricta (salvo interpretación que asimile este contrato a otros no exceptuados del desistimiento).

⁴² Para un mayor estudio de esta figura, *vid.* F.M. SANCHO / D. J. M. MIRAVALLS, *El contrato de suministro*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2022.

⁴³ Es precisamente la prestación periódica o continua, la nota esencial que permite diferenciarlo de la compraventa, tal y como indica la STS 1704/1984, de 30 de noviembre [ECLI:ES:TS:1984:606], la doctrina califica y la jurisprudencia define como un contrato “por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas”. Igualmente indica el Tribunal Supremo que el suministro es una “figura carente de regulación positiva, [...] implica la necesidad de recurrir a las normas generales de las obligaciones y contratos, pues aunque sea afín a la compraventa, en su forma de “con entregas repartidas o diferidas”, es evidente que no puede identificarse con ella, admitiéndose pacíficamente por la doctrina, tanto científica como jurisprudencia, la definición contenida en el artículo 1.559 del vigente Código italiano, según el que es un contrato “por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a realizar en favor de otra, prestaciones periódicas o continuas” [...].

⁴⁴ *Vid.* M. MAROÑO GARGALLO / A. GARCÍA VIDAL, “El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1373–1387.

jurisprudencia y la doctrina mercantil, en cuanto combina una cesión de uso con una promesa de venta futura. En este sentido, su configuración debe atender a los requisitos del art. 14 del Reglamento del IVA (Real Decreto 1624/1992) para determinar si se produce una entrega de bienes o una prestación de servicios, lo cual tiene también implicaciones fiscales relevantes.

44. La peculiaridad radica en que las prendas alquiladas –normalmente de alta gama, ediciones limitadas o de diseño exclusivo– son bienes fungibles en cuanto al género, pero individualizados y no consumibles, lo que permite su uso reiterado por distintos arrendatarios. No obstante, esta situación impone al arrendador una obligación reforzada de mantenimiento, limpieza y adecuación, que excede de la simple conservación prevista en el art. 1554.2 del CC.

45. Además, es importante resaltar que la calidad del servicio desempeña un papel fundamental en la percepción de los consumidores sobre el riesgo de rendimiento en los servicios de alquiler de moda. Los consumidores suelen expresar inquietudes sobre el estado, el ajuste y la idoneidad general de los artículos alquilados. Si un servicio de alquiler incumple sistemáticamente las expectativas del cliente, aumenta la percepción de riesgo de rendimiento. Por el contrario, un alto nivel de calidad del servicio puede ayudar a mitigar las inquietudes y generar confianza en la fiabilidad y el rendimiento del servicio de alquiler⁴⁵.

2.2. Regulación al amparo del Article 2A del UCC en el Derecho estadounidense

46. En el sistema jurídico estadounidense, el contrato de *fashion rental* se enmarca fundamentalmente dentro del ámbito del *Uniform Commercial Code* (en adelante, “UCC”) cuya redacción actual data de 2002, y su adopción varía según el estado pues algunos han incorporado versiones anteriores o adaptaciones específicas. Además, existen leyes estatales adoptadas de forma uniforme y que rigen todas las transacciones comerciales en Estados Unidos, específicamente bajo el *Article 2A* del UCC. Este artículo, dedicado a los contratos de arrendamiento de bienes muebles (*leases*), cubre tanto arrendamientos comerciales como arrendamientos de consumo (*consumer leases*), categoría que abarca los contratos de alquiler de indumentaria celebrados con consumidores para uso personal. Este artículo, incorporado al UCC en 1987 y posteriormente modificado en 1990, establece un marco normativo uniforme para los contratos de arrendamiento de bienes personales en todos los estados que lo han adoptado, lo que proporciona una considerable certeza jurídica a nivel nacional, encontrándonos disposiciones que imponen límites para proteger al consumidor⁴⁶.

47. Desde el punto de vista de la protección al consumidor, el marco normativo estadounidense difiere considerablemente del sistema español. Mientras que en España existe un marco normativo unificado de protección al consumidor, articulado en el TRLGDCU, en Estados Unidos la protección al consumidor en el ámbito del *fashion rental* la encontramos en diversas fuentes, a saber:

⁴⁵ Q. YUAN / B. SHEN, “Renting fashion with strategic customers in the sharing economy”, *International Journal of Production Economics*, vol. 218, 2019, pp. 185–199, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S092552731930163X> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁴⁶ Destacamos algunas de ellas, así el §2A–108 del UCC busca que las prendas se encuentren de manera adecuada para el uso normal que se espera de ellas, consagrando la denominada como “doctrina de la *unconscionability*”, facultando a los tribunales a no hacer cumplir cláusulas abusivas en contratos de arrendamiento de bienes de consumo. Asimismo, el UCC impone requisitos formales para poder excluir o modificar las garantías implícitas: la exención debe constar por escrito debe ser clara y legible (*conspicuous*) y, mencionar expresamente la *merchantability* para excluir la garantía de comerciabilidad – esto es que no basta con decir “no garantizamos la calidad” o “sin garantías”–. El UCC exige que el texto incluya la palabra *merchantability* (o “comerciabilidad”) para dejar claro qué garantía se excluye (*ex §2A–214(2)* del UCC). Por último, el UCC limita la elección de la ley aplicable y el foro judicial en los arrendamientos de consumo: conforme al §2A–106 del UCC, la elección de la ley de una jurisdicción distinta de la residencia del arrendatario o del lugar de uso, así como la selección de un foro sin jurisdicción real, no resulta exigible. Estas disposiciones uniformes constituyen el eje sobre el que se articulan los contratos de *fashion rental*, los cuales, en la práctica, se integran con las normativas estatales de protección al consumidor y otras regulaciones específicas.

- La Ley Federal, *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. §§ 41–58), prohíbe prácticas comerciales injustas o engañosas. Sus objetivos incluyen la prevención de métodos de competencia desleal y actos o prácticas desleales o engañosas en el comercio, la fijación de criterios para solicitar reparaciones económicas y otras compensaciones por conductas perjudiciales para los consumidores y la definición de actos o prácticas desleales o engañosas junto con medidas para prevenirlas;
- La legislación estatal de protección al consumidor, que varía considerablemente entre jurisdicciones. Téngase en cuenta que cada estado cuenta con sus propias leyes y regulaciones en materia de protección al consumidor, que pueden variar significativamente entre ellas.
- Las disposiciones del UCC, particularmente en lo que refiere a las garantías implícitas establecidas en el Artículo 2A–212 y 2A–213.
- El *common law* aplica algunos principios generales específicos para la protección de los consumidores tales como son las doctrinas de *unconscionability*, *el good faith* o *el fair dealing*⁴⁷.

48. Esta fragmentación normativa genera un nivel de protección menos uniforme que el existente en España, donde el TRLGDCU establece un estándar mínimo aplicable en todo el territorio nacional. Sin embargo, la flexibilidad del sistema estadounidense permite a los tribunales desarrollar soluciones adaptadas a las circunstancias específicas de cada caso.

49. Según el §2A–103(1)(j) del UCC, el arrendamiento (*lease*) se define como “una transferencia del derecho de posesión (al arrendatario o *lessee*) y uso de bienes por un periodo de tiempo a cambio de una contraprestación”. Este artículo establece claramente la distinción entre un verdadero arrendamiento y una venta disfrazada de arrendamiento, algo crucial para determinar los derechos y responsabilidades de las partes. En el contexto del alquiler de prendas, estamos ante auténticos arrendamientos donde la empresa arrendadora retiene la propiedad de las prendas con intención de recuperarlas al término del período pactado⁴⁸. Este artículo se aplica exclusivamente a bienes muebles, excluyendo del mismo los bienes inmuebles.

50. A diferencia del sistema español, que carece de una regulación específica para el arrendamiento de bienes muebles de consumo, el *Article 2A* del UCC proporciona un marco normativo detallado que aborda múltiples aspectos del contrato de arrendamiento, incluyéndose aspectos como la formación, el contenido, las garantías implícitas, los derechos y obligaciones de las partes, el incumplimiento y los remedios (acciones) disponibles. Esta estructura normativa nos ofrece soluciones específicas para cuestiones que en España deben resolverse mediante la aplicación analógica de normas generales o mediante la interpretación que de las normas nos ofrezcan los juzgados y tribunales.

51. Un aspecto particularmente relevante del *Article 2A* del UCC es el reconocimiento de diferentes categorías de arrendamientos, incluidos los arrendamientos de consumo y los arrendamientos financieros. Dentro del marco de definiciones que nos da el propio UCC, el §2A–103(1)(e) define un arrendamiento de consumo como “aquel realizado por un arrendador que regularmente se dedica al arrendamiento o venta de bienes, cuando el arrendatario es una persona física que arrienda principalmente para fines personales, familiares o domésticos”. Esta definición se ajusta perfectamente a la natu-

⁴⁷ A este respecto, hay que tener en cuenta que “todo contrato o deber dentro del UCC impone una obligación de buena fe en su ejecución y cumplimiento” (§1–304 del UCC). En el plano de la aplicación de éste, los tribunales norteamericanos suelen determinar que una parte infringe esta regla cuando actúa de manera que socava claramente los beneficios que la otra parte obtiene del contrato o si una de las partes intenta sabotear a la otra en el cumplimiento de su parte del acuerdo, como dispone *Brinckerhoff v. Enbridge Energy Co., Inc.*, 2016 WL 1757283, en *18 (Del. Ch. 29 de abril de 2016): “The covenant requires a contract counterparty to refrain from arbitrary or unreasonable conduct that has the effect of preventing the other party to the contract from receiving the fruits of the bargain”.

⁴⁸ *Lease* (arrendamiento) significa una transferencia del derecho de posesión y uso de bienes por un plazo a cambio de una contraprestación. Una venta, incluida una venta bajo aprobación o una venta con opción de devolución, o la retención o creación de un título de garantía, no constituye un arrendamiento.

raleza típica del alquiler de prendas y complementos, ya que las plataformas como Rent the Runway o los empresarios que ofrecen este servicio para eventos sociales, lo hacen para consumidores que alquilan para su uso personal dentro de un entorno social.

52. En este contexto, cobra particular interés la distinción entre el *consumer lease* y el *finance lease*, tipologías contractuales que reflejan no solo finalidades distintas, sino también estructuras jurídicas diferenciadas. El *finance lease*, definido en el §2A-103(1)(g) del UCC, se caracteriza por la existencia de un contrato tripartito entre el proveedor del bien, el arrendador (*lessor*) y el arrendatario (*lessee*). En este esquema, el arrendador adquiere los bienes de un proveedor a instancia del arrendatario y se los arrienda en virtud de un contrato separado, sin haber participado en la selección o fabricación del bien. Esta configuración contractual genera obligaciones irrevocables para el arrendatario, incluso en caso de vicios del objeto arrendado, conforme a la conocida cláusula *hell or high water*⁴⁹. Esta técnica fue concebida para reforzar la seguridad jurídica de los financiadores y dotar de funcionalidad crediticia a operaciones que, aunque formalmente no impliquen transmisión de dominio ni constitución de garantías, cumplen en la práctica una finalidad financiera equiparable a la de un préstamo garantizado.

53. Tal como documenta A.H. Boss⁵⁰, esta distinción fue uno de los pilares en el proceso de codificación de los arrendamientos mobiliarios que culminó con la promulgación del *Article 2A* en 1987, poniendo fin a décadas de incertidumbre jurídica en las que los tribunales debían recurrir, alternativamente, a normas sobre compraventa, garantía mobiliaria o incluso a los principios generales de los *bailments* para resolver disputas en materia de *leasing*. El auge del *leasing* en Estados Unidos –que durante los años 70 y 80 superó los 150.000 millones de dólares anuales en nuevos contratos y representó cerca del 30% de la inversión de capital en bienes de equipo⁵¹– hizo evidente la necesidad de una norma uniforme para estas operaciones, que hasta entonces carecían de un tratamiento legislativo sistemático y homogéneo⁵².

54. Respecto a las garantías, el *Article 2A* del UCC establece un régimen integral que incluye garantías explícitas (§2A-210), garantías implícitas de comerciabilidad (§2A-212) y garantías implícitas de idoneidad para un fin determinado (§2A-213). Este marco resulta especialmente relevante para el *fashion rental*, donde las expectativas sobre la calidad, condición y adecuación de las prendas son fundamentales para la satisfacción del consumidor. Por ejemplo, un vestido alquilado debe ser comercialmente aceptable –es decir, sin defectos significativos– y adecuado para la ocasión específica para la que se alquila (una boda o una entrevista de trabajo).

⁴⁹ La denominada como cláusula *hell or high water*, es aquella por la cual el arrendatario se obliga a seguir realizando los pagos pactados sin posibilidad de suspensión, compensación o resolución anticipada, incluso si los bienes presentan defectos, resultan inservibles o su entrega se retrasa. Este tipo de cláusula ha sido reconocida y validada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia estadounidense, partiendo del principio de autonomía de la voluntad y de la independencia de las obligaciones derivadas de contratos financieros. Así lo vemos en el caso *In re O.P.M. Leasing Services, Inc.*, 21 B.R. 993 (S.D.N.Y. 1982) donde el tribunal sostuvo la ejecutabilidad de una cláusula *hell or high water* como expresión de la asignación del riesgo al arrendatario, precisamente porque el arrendador no había intervenido en la selección del bien. El tribunal afirmó que: “La cláusula *hell or high water* establece una obligación incondicional para el arrendatario de realizar los pagos de arrendamiento, sin importar cualquier incumplimiento del arrendador”. Por otro lado, el caso *Wells Fargo Bank Northwest, N.A. v. Taca International Airlines, S.A.*, 247 F. Supp.2d 352 (S.D.N.Y. 2002) reafirma que las cláusulas *hell or high water* no son contrarias al orden público cuando forman parte de un contrato de *finance lease* comercial entre partes sofisticadas, ya que el arrendatario es quien ha seleccionado el bien y el proveedor. Según este caso, “la cláusula ‘*hell or high water*’ en los contratos de arrendamiento requiere que el arrendatario realice los pagos de renta sin importar cualquier defensa o compensación que pudiera tener contra el arrendador”.

⁵⁰ A.H. BOSS, “The History of Article 2A: A Lesson for Practitioner and Scholar Alike”, *Alabama Law Review*, Vol. 39, No. 3, 1987–1988, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3568108 (consultado el 19 de mayo de 2025).

⁵¹ R. PETTA, “From rough road to super highway: 40 year of us leasing”, Equipment Leasing and Finance Association, disponible en: https://www.elfaonline.org/docs/default-source/about/history/final_40-years-of-the-us-leasing_petta2.pdf?sfvrsn=1551700c_0 (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁵² J.E. MURRAY, “The Revision of Article 2: Romancing the Prism”, *William & Mary Law Review*, vol. 35, 1992, pp. 1447–1475, disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol35/iss4/6/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

55. En el ámbito de los denominados como *remedies* –el régimen de efectos del incumplimiento de las obligaciones y los remedios contractuales–, el *Article 2A* del UCC detalla los derechos y recursos disponibles tanto para los arrendadores (§§2A–523 a 2A–530) como para arrendatarios (§§2A–508 a 2A–522), ofreciendo soluciones adaptadas a las particularidades del arrendamiento de bienes. Por ejemplo, si un vestido alquilado llega dañado o tarde para un evento, el cliente tendría el derecho a rechazarlo y, en determinados casos, obtener una indemnización por daños consecuenciales conforme al §2A–520 del UCC, lo que cobra especial interés en el sector del alquiler de moda, dada la frecuente vinculación del uso de las prendas a ocasiones específicas.

56. Una diferencia significativa respecto al sistema español radica en la flexibilidad que otorga el UCC para modificar muchas de sus disposiciones mediante el acuerdo entre las partes. Sin embargo, en los arrendamientos de consumo, el §2A–108 del UCC limita esta libertad prohibiendo establecer cláusulas “manifiestamente irrazonables” que perjudiquen al consumidor, estableciendo así un equilibrio entre autonomía contractual y la protección del consumidor que recuerda, aunque con menor intensidad, al control de cláusulas abusivas del sistema español.

57. El sector del *fashion rental* en Estados Unidos opera, como hemos visto, bajo un entramado normativo complejo que combina disposiciones uniformes, como el ya mencionado *Article 2A* del UCC, con regulaciones estatales y locales específicas que abordan aspectos diversos, entre ellos los sanitarios, los fiscales y de protección al consumidor. Un ejemplo destacado es el del estado de Nueva York, donde las empresas dedicadas al alquiler de ropa deben cumplir con directrices específicas emitidas durante la emergencia sanitaria por COVID–19. Aunque surgidas en un contexto excepcional, han perdurado como estándares que persisten en la práctica empresarial. Estas directrices incluyen la obligación de limitar la ocupación al 50% de la capacidad máxima, garantizar el distanciamiento físico de seis pies entre personas, proporcionar mascarillas a empleados y clientes, y realizar limpiezas y desinfecciones periódicas de las prendas y superficies de contacto frecuente. Además, se exige llevar un registro detallado sobre las prácticas de limpieza y desinfección, así como la capacitación del personal en protocolos de higiene y seguridad. Estas medidas, inicialmente temporales, han influido en la consolidación de prácticas operativas que priorizan la salud pública en el sector del alquiler de ropa.

58. Por otra parte, en jurisdicciones como el Estado de California, las regulaciones se enfocan en aspectos medioambientales y de sostenibilidad. Por ejemplo, la SB–707, denominada *Responsible Textile Recovery Act of 2024*, impone requisitos sobre la gestión de residuos textiles, afectando directamente a las empresas de alquiler de ropa en cuanto a la reutilización y reciclaje de prendas. Esta ley establece el primer programa de Responsabilidad Extendida del Productor (EPR, por sus siglas en inglés) para textiles y prendas de vestir en Estados Unidos, con el objetivo de abordar el problema creciente de los residuos textiles, responsabilizando a los productores de prendas de vestir y artículos textiles de gestionar el fin de vida útil de sus productos.

59. La citada ley excluye explícitamente de la definición de “productor” a los vendedores de prendas de vestir de segunda mano, textiles de segunda mano o artículos textiles de segunda mano (sección 42984(o)(5))⁵³. Esto sugiere que las empresas cuyo modelo de negocio se basa únicamente en la reventa de artículos de segunda mano podrían estar exentas, sin embargo, no se menciona explícitamente a las empresas de alquiler de moda, lo que podría generar dudas sobre si son estrictamente “vendedores de segunda mano” ya que como hemos adelantado, su modelo de negocio se basa en el alquiler temporal y no en la transferencia permanente de propiedad.

60. Estas regulaciones estatales y federales complementan el marco general del *Article 2A* del UCC, añadiendo una capa normativa adicional que aborda las particularidades del sector del *fashion*

⁵³ El mencionado artículo dispone que “producer does not include a seller of secondhand apparel or secondhand textile articles”.

rental. La interacción entre estas normativas refleja la complejidad y la necesidad de adaptación constante por parte de las empresas que operan en este ámbito, especialmente aquellas que buscan expandirse a través de múltiples jurisdicciones dentro de Estados Unidos.

61. En el ordenamiento jurídico estadounidense, la sostenibilidad en el sector del *fashion rental* no puede ser abordada únicamente desde la óptica del consumo responsable, sino también desde la regulación de la publicidad ambiental, que encuentra su principal instrumento técnico en las *FTC Green Guides*⁵⁴. Estas directrices, emitidas por la *Federal Trade Commission*, establecen un marco normativo orientativo, pero con efectos cuasi-vinculantes, al ser utilizadas como criterio interpretativo en la persecución de prácticas engañosas bajo la *Section 5 of the Federal Trade Commission Act*.

62. En este contexto, las empresas de alquiler de moda que basan su posicionamiento comercial en argumentos de sostenibilidad –como la reducción de la huella ecológica, la minimización del desperdicio textil o la prolongación del ciclo de uso de las prendas– deben cumplir con los estándares de claridad terminológica, verificabilidad empírica y trazabilidad comunicativa. La utilización de expresiones como *sustainable fashion* o *eco-conscious rental* sin una base cuantitativa y científicamente verificable puede constituir una infracción de las normas sobre publicidad engañosa.

63. Este modelo, basado en la transparencia ecológica como una exigencia jurídica, contrasta con el enfoque europeo, más anclado en el Derecho positivo y en instrumentos vinculantes como la Directiva (UE) 2024/825⁵⁵. No obstante, converge en su objetivo esencial: evitar la utilización de alegaciones medioambientales como meros mecanismos de captación comercial sin sustento material. El análisis comparado realizado muestra cómo el derecho de consumo evoluciona en ambos sistemas hacia un principio de verdadera sinceridad ecológica, en el que los valores del desarrollo sostenible penetran en las relaciones contractuales a través del prisma de la veracidad informativa, evitando así prácticas de *greenwashing*.

3. Obligaciones de las partes y cláusulas habituales

3.1. Perspectiva española del *fashion rental*

64. Como se ha adelantado anteriormente, en el ordenamiento jurídico español, las obligaciones principales de las partes en el contrato de *fashion rental* derivan tanto de las disposiciones generales sobre el arrendamiento de cosas del Código Civil (regulado en el Título VI del Libro IV, bajo el epígrafe “Del contrato de arrendamiento” en los arts. 1542 a 1603, ambos inclusive) como de los pactos específicos que configuran este contrato atípico. En algunos casos, también pueden concurrir elementos propios del contrato de suministro y, eventualmente, de compraventa, si así se hubiera previsto.

- A) Obligaciones del arrendador, es decir, empresa o empresario que presta el servicio de arrendamiento de prendas/complemento y, en su caso el suministro. De acuerdo con el art.1554 del CC, el arrendador estaría obligado a:
- Entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato (la prenda, el complemento o la cantidad concreta de éstos que se hayan pactado) en buen estado para el uso convenido (a este

⁵⁴ Las *Green Guides* de la *Federal Trade Commission* (FTC) son un conjunto de directrices diseñadas para evitar que las empresas hagan afirmaciones medioambientales engañosas en su publicidad. Estas guías proporcionan criterios claros sobre cómo comunicar de forma veraz aspectos como reciclabilidad, sostenibilidad o contenido reciclado, ayudando a los anunciantes a evitar interpretaciones erróneas por parte de los consumidores.

⁵⁵ Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información (Texto pertinente a efectos del EEE).

respecto podríamos encontrar el uso para puesta y creación de outfits o para usarlos en celebraciones);

- Realizar las reparaciones necesarias del bien para conservarla en estado de servir al uso pactado durante el arrendamiento (debido a la escasa duración de estos contratos –días normalmente– suele revisarse entre alquiler y alquiler);
- Mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

65. Ahora bien, en el marco específico del alquiler de prendas, estas obligaciones genéricas de todo contrato de arrendamiento de bienes fungibles se concretan y amplían para adaptarse a las particularidades de este sector.

66. En lo que respecta a la entrega, esta deberá realizarse con la prenda limpia, en perfectas condiciones de higiene y sin defectos que impidan su utilización normal. Esto implica, por ejemplo, que la prenda no debe presentar roturas ni desgastes, que los cierres sean funcionales, y que se entregue en la talla correspondiente, con los ajustes necesarios para la ergonomía del cliente y en los colores acordados⁵⁶. Aunque estos requisitos pueden no estar expresamente pactados, podrían ser reconducidos mediante el principio general de la buena fe contractual establecido en sede de obligaciones y contratos. La obligación de conservación adquiere especial importancia en este modelo de negocio, pues si durante el período de alquiler la prenda requiere alguna reparación por defectos que no sean imputable al usuario, el arrendador estaría obligado a subsanarlo o a ofrecer una prenda sustitutiva equivalente a éste.

67. Dada la naturaleza del negocio, surge una obligación implícita de garantizar estándares adecuados de higiene y limpieza profesional entre usos por diferentes clientes, derivada del principio general de buena fe contractual y de la necesidad de que la cosa sea apta para su uso, especialmente relevante cuando se trata de prendas que estarán en contacto directo con el cuerpo. No es raro la implementación de rigurosas medidas de higiene y control de calidad para mantener los estándares sanitarios, siendo frecuente recurrir a empresas especializadas en servicios de lavandería industrial⁵⁷ especializadas en alquiler de prendas, como que suelen incluir procesos estandarizados que incluyen la limpieza y desinfección de las prendas, asegurando que cumplan con estrictos requisitos de higiene antes de ser entregadas a los clientes.

68. Cabe destacar que, dado que el periodo de alquiler suele ser de unos días o hasta un mes, las necesidades de reparación son poco frecuentes. Por ello, es responsabilidad del arrendador revisar y acondicionar la prenda entre alquiler y alquiler, asegurando que se entregue en óptimas condiciones para su próximo uso.

B) Obligaciones del arrendatario, es decir, el cliente. Como establece el art. 1555 del CC, el arrendatario estará obligado a:

- Pagar la renta en los términos convenidos;
- Usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado y;
- Restituir la cosa al término del arrendamiento tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable.

⁵⁶ A este respecto, existen herramientas de gestión de inventario que permiten a las empresas mantener un control preciso sobre las variaciones de tallas y colores, facilitando la selección adecuada de prendas para cada cliente, la cual viene identificada mediante códigos de barras o tecnología RFID, permitiendo un adecuado seguimiento preciso durante todo el ciclo de lavado y alquiler.

⁵⁷ Las prendas se lavan utilizando detergentes específicos y programas adaptados a los materiales, siguiendo normativas como la certificación europea, que garantiza la calidad microbiológica en lavanderías industriales diseñadas para permitir a éstas asegurar de manera continua la calidad microbiológica de los productos textiles procesados. Se aplica así un sistema de certificación basado en el Análisis de Riesgos y Control de la Biocontaminación (en inglés y anagrama conocida como certificación RABC), diseñado para permitir a las lavanderías asegurar de manera continua la calidad microbiológica de los productos textiles procesados basados en la Norma Europea de calidad UNE-EN 14065.

69. Como hemos hecho respecto a las obligaciones del arrendador y, dentro del contexto específico del *fashion rental*, el cliente también debe asumir ciertas responsabilidades. Entre ellas, debe abonar el precio acordado por el alquiler, que generalmente se efectúa de forma anticipada mediante tarjeta de crédito u otros medios electrónicos. Además, debe tratar la prenda con la diligencia razonable⁵⁸, evitando exposición a situaciones de riesgo innecesario como manchas difíciles o roturas, y devolverla en la fecha acordada y en condiciones similares a las que la recibió, admitiendo únicamente el deterioro normal derivado del uso pactado.

70. Respecto a la determinación del uso debido, si el contrato no lo especificara (algo poco habitual en la práctica), el art. 1555.2 del CC establece que el arrendatario debe destinar la cosa al uso pactado o, en su defecto, al que se infiera de su naturaleza según la costumbre del lugar. En el ámbito de la moda, esto implicaría utilizar las prendas de acuerdo con su finalidad habitual, por ejemplo, un vestido de gala para asistir a eventos formales, y no para realizar actividades deportivas.

3.1.1 Cláusulas habituales en los contratos españoles

i) Cláusulas en el modelo de alquiler mensual de ropa bajo el modelo de suscripción

71. Como se ha comentado, este modelo incorpora elementos tanto del arrendamiento de cosas como del contrato del suministro, y suele configurarse como un contrato de adhesión, aplicándose, por tanto, la protección específica del TRLGDCU, especialmente en lo relativo al control de incorporación y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente (artículos 80–91 del TRLGDCU).

72. El mercado español de negocios de alquiler de ropa cuenta, y ha contado, con diversas plataformas que operan bajo este modelo, cada una con su peculiaridad, ya sea por el segmento de mercado al que se orientan o por las modalidades de servicio que ofrecen:

- Ecodicta⁵⁹: Servicio de suscripción con modalidades desde 35,90€ por 3 prendas mensuales hasta 59,90€ por 5 prendas, incluyendo lavado, envíos, recogida y seguro. Su modelo de negocio se basa en la sostenibilidad y el consumo responsable, facilitando un armario rotativo a sus clientes.
- Pislow: Sistema similar con cajas sorpresa, desde 39,99€ por 3 prendas hasta 109,99€ por su “Luxury box” con productos de alta gama. Esta plataforma ha apostado por el elemento sorpresa como valor añadido.
- La Más Mona Daily⁶⁰: Permitía seleccionar prendas por 69€ mensuales (dos prendas) o 129€ (cuatro prendas), aunque actualmente se encuentra en procedimiento concursal, lo que evidencia las dificultades de consolidación del sector.
- Armario Infinito y Ouh Lo Là: Orientadas tanto a ropa cotidiana como a prendas para maternidad, con penalizaciones específicas por deterioro de la prenda (10€ y 30€ respectivamente), estableciendo así un régimen de responsabilidad por daños modulado.
- Lapona: Especializada en ropa para bebés, ofrece ofertas que van desde los 21€ mensuales, adaptando su modelo de suscripción a un nicho de mercado específico caracterizado por la rápida renovación de prendas.

⁵⁸ El concepto de “diligencia de un buen padre de familia”, recogido en el art. 1555.2 del CC, debe entenderse como un estándar de comportamiento razonable y cuidadoso, ajustado a las circunstancias del caso concreto y a la naturaleza del bien arrendado. En el contexto del *fashion rental*, esta diligencia implica prestar una atención especial al uso y conservación de las prendas de vestir, que por sus características son especialmente susceptibles al deterioro. Así, el arrendatario deberá emplearlas conforme a su destino pactado y adoptar las precauciones necesarias para mantenerlas en buen estado, respetando las condiciones de uso y devolución que, habitualmente, forman parte esencial de este tipo de contratos.

⁵⁹ Más información disponible en <https://ecodicta.com/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁶⁰ Más información disponible en <https://www.lamasmona.com/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

- Rentvolution by SKFK: Modelo pionero de la marca de ropa vasca SkunkFunk que permite el alquiler con opción a compra, configurando un negocio jurídico de naturaleza mixta.

73. Este último caso, por su peculiaridad jurídica, merece especial consideración pues constituye un contrato mixto de arrendamiento con opción de compra. Este tipo de contratos mantiene su naturaleza arrendaticia hasta que se ejercita la opción, momento en el que se transforma en una compraventa. En estos casos, el precio pagado durante el arrendamiento puede computarse parcialmente como pago a cuenta del precio final, configurando lo que la doctrina mercantilista denomina un contrato con causa mixta, reconocido implícitamente por el art. 1274 del CC.

74. Según dispone la jurisprudencia⁶¹, en tales casos el derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido.

ii) Cláusulas en el modelo de alquiler ocasional de ropa (para eventos)

75. Este modelo, que constituyó la génesis del *fashion rental*, configura un arrendamiento de cosa específica por tiempo determinado, ajustándose estrictamente a la conceptualización tradicional del contrato de arrendamiento en el Código Civil. A diferencia del modelo de suscripción, en este caso el objeto del contrato es una prenda concreta y determinada, generalmente de corta duración (4–5 días) permitiendo al usuario disponer de la prenda, complemento u outfit para un evento determinado, con la obligación de devolverlo tras su uso.

76. El protocolo operativo habitual contempla la entrega de la prenda antes del evento y su posterior recogida mediante mensajería. Aunque el servicio de limpieza suele estar incluido en el precio como prestación accesoria, merece especial atención el régimen de garantías, que puede implementarse a través de seguros adicionales con un coste entre 5 y 15€ o mediante el sistema de fianza con posibles deducciones, en función del estado de devolución de la prenda.

77. Algunas empresas especializadas en el alquiler de ropa han incorporado estos sistemas para garantizar la conservación del producto. Por ejemplo, Ecodicta proporciona un armario rotativo con seguros incluidos en la suscripción, mientras que Armario Infinito aplica penalizaciones por deterioro de 20€.

78. En la contratación electrónica de estos servicios resulta aplicable, además del TRLGDCU, la ya mencionada LSSI, que en su art. 27 establece obligaciones específicas de información precontractual. Asimismo, el derecho de desistimiento en contrataciones a distancia se encuentra regulado por la normativa de protección al consumidor, principalmente en el TRLGDCU. El derecho de desistimiento presenta importantes particularidades en el ámbito del *fashion rental*. En principio, conforme a los arts. 102 y siguientes del TRLGDCU, el consumidor dispone de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato sin necesidad de justificación. No obstante, el art. 103 del TRLGDCU recoge diversas excepciones a este derecho.

79. Según el art. 103.e) del TRLGDCU, el consumidor no dispondrá del derecho de desistimiento cuando se trate de “suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”. La aplicación de esta excepción a prendas exteriores sigue siendo jurídicamente controvertida, como ha señalado la

⁶¹ Por ejemplo, en la STS 1126/1997 de 15 de diciembre de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:7673], disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b32f09908087f3a3/20040521> (consultado el 20 de mayo de 2025).

doctrina especializada⁶², aunque resulta claramente aplicable a determinadas prendas íntimas por razones evidentes de higiene.

3.1.2. Análisis de cláusulas específicas

i) Cláusulas sobre el estado de la prenda

80. Este tipo de cláusulas establecen que la prenda se entrega limpia, revisada y en perfecto estado, exigiendo que el cliente notifique inmediatamente cualquier defecto detectado al recibirla. Por ejemplo, la plataforma Ecodicta dispone en sus Términos y Condiciones que se compromete a entregar las prendas en alquiler en perfecto estado de uso e higiene. Si una prenda estuviese defectuosa, la usuaria deberá comunicarlo antes de las 24:00 h del día de la entrega enviando una foto a la cuenta de correo electrónica dispuesta para ello.

81. Estas cláusulas deben analizarse conforme al art. 80.1.c) del TRLGDCU, que exige que las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores deben cumplir con los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Un plazo de reclamación o de comunicación de desperfectos excesivamente corto podría considerarse abusivo si, atendiendo a las circunstancias del caso, se limita de forma desproporcionada el derecho del consumidor a formular reclamaciones legítimas. La exigencia de un plazo razonable es esencial para equilibrar la relación contractual, evitando que la parte contratante (generalmente el proveedor o empresario) se aproveche de su posición dominante para imponer condiciones que desatiendan las circunstancias particulares del consumidor, como podría ser la dificultad para identificar fallos en un periodo demasiado breve.

82. En este sentido, el art. 85.1 del TRLGDCU califica de abusivas “las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida”. Aunque esta previsión se refiere expresamente a los plazos del empresario, puede extenderse por analogía a aquellas condiciones que impongan restricciones temporales desproporcionadas al consumidor para formular reclamaciones legítimas en el marco del contrato⁶³.

ii) Cláusulas de uso y cuidado

83. Estas cláusulas precisan la obligación del arrendatario de utilizar la prenda con la diligencia que corresponde a un buen padre de familia, en concordancia con lo establecido en el art. 1555.2 del CC. Su finalidad es preservar la integridad y calidad del bien arrendado, resultado válidas siempre que las prohibiciones sean razonables y proporcionadas al valor y la naturaleza de la prenda. Por ejemplo, en las Condiciones Generales de La Más Mona del año 2022 se indicaba lo siguiente: “el cliente se compromete a: a) No lavar las prendas por su cuenta, debiendo devolverlas en el estado en que fueron recibidas incluso si presentan manchas leves; b) No utilizar suavizantes, perfumes o desodorantes directamente sobre las prendas; c) Evitar el contacto con sustancias que puedan dañar el tejido como maquillaje, aceites, alcohol, etc.; d) No realizar alteraciones en las prendas como cortes, descosidos o añadidos; e) Mantener las prendas alejadas de superficies que puedan engancharse o rasgarlas”.

⁶² S. CÁMARA, “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), 2011, p. 84–117.

⁶³ El art. 80.2 del TRLGDCU sobre cláusulas no negociadas individualmente dispone que “cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”. Esta norma concreta el principio general de protección del consumidor del art. 3 del TRLGDCU.

84. Estas cláusulas son generalmente válidas en tanto que no introducen desequilibrios injustificados entre las partes, sino que concretan el deber legal de diligencia en el uso del bien arrendado. No obstante, su validez requiere que las limitaciones impuestas sean razonables y proporcionadas, en atención al tipo de prenda, su valor económico, su delicadeza y la duración del contrato.

iii) Cláusulas sobre responsabilidad por daños

85. Estas cláusulas disponen que el arrendatario será responsable frente al arrendador de cualquier daño que exceda el desgaste ordinario por un uso adecuado de la prenda. En concreto, se establece que, en caso de daño irreparable o pérdida, el arrendatario deberá abonar el importe correspondiente al valor de reposición de la prenda.

86. Por ejemplo, la plataforma Me Lo Prestas permite que las personas cedan temporalmente sus vestidos –aquellos que ya no usan– a la compañía, la cual se encarga de alquilarlos a terceros. Este plataforma ofrece una garantía en caso de que las prendas sufran desperfectos. En su página web se indica lo siguiente: “Si el vestido sufre algún desperfecto irreparable o pérdida, te lo compraremos por el importe de tasación. Has de tener en cuenta que el precio de tasación irá disminuyendo un 15% con cada alquiler de la prenda, debido al deterioro de la prenda con el uso y tintorería. No ocurre lo mismo para los complementos y tocados. Esto quiere decir, que, si alguien estropea tu prenda en el tercer alquiler, por ejemplo, nosotras debemos comprártela por el 55% de la tasación pactada o simplemente podemos devolvértela, eso cómo tú decidas”.

87. La validez de estas cláusulas debe analizarse a la luz del art. 85.6 del TRLGDCU, que considera abusivas aquellas estipulaciones que impongan “una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Es decir, la penalización derivada del contrato debe mantener una relación razonable con el valor real de la prenda y con el daño efectivamente causado.

88. El Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 265/2015, de 22 de abril⁶⁴, ha establecido que la validez de estas cláusulas penales depende de su proporcionalidad con el valor real del bien y el daño efectivamente causado, pudiendo el juez moderar la pena si resulta manifiestamente excesiva conforme al artículo 1154 del Código Civil. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo puntualizó que “el TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz*, asunto C– 415/11, párrafo 69)”. Este criterio resulta esencial para valorar la razonabilidad y proporcionalidad de los recargos aplicables en los casos de deterioro o no devolución de la prenda.

iv) Cláusulas sobre fianzas y depósitos

89. Es común que en los contratos de alquiler de prendas se exija el depósito reembolsable o la autorización de cargo en tarjeta como garantía ante posibles daños o retrasos en la devolución. Un ejemplo lo encontramos en la plataforma Danzaida, especializada en el alquiler de trajes, que establece lo siguiente en su página web⁶⁵: “Todos nuestros alquileres requieren del depósito de una fianza previa

⁶⁴ STS 265/2015, de 22 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1723]. Sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0443bcc20d4536b2/20150516> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁶⁵ Más información disponible aquí <https://danzaidashop.com/preguntas-frecuentes-alquiler-vestuario/> (consultado el 17 de mayo de 2025).

antes del envío del vestuario, la cual será devuelta a la finalización del periodo de alquiler contratado. Esta fianza será en general el 50% del precio de venta del vestuario elegido en la web. En el caso de las Academias que realicen un pedido de más de 20 vestuarios esta fianza se negociará con las mismas para así conseguir que la fianza sea la misma cantidad que el precio del alquiler”.

90. La validez de esta cláusula depende de que la fianza sea proporcional al valor de la prenda y se establezcan criterios objetivos para determinar la existencia y la cuantía de los posibles daños. En caso de que el bien se vea afectado, es fundamental que el mecanismo de evaluación garantice un justo equilibrio entre la protección del arrendador y los derechos del arrendatario.

91. En este sentido, el art. 86.7 del TRLGDCU prohíbe la imposición de cualquier limitación de los derechos del consumidor, lo que incluiría la retención injustificada o desproporcionada de depósitos, considerándose dicha cláusula como abusiva. Por ello, la estipulación de una fianza debe someterse a un análisis de proporcionalidad, exigiendo que el importe retenido y el procedimiento para aplicar descuentos por daños se basen en criterios objetivos. Esto garantizará que, en caso de disputa, la valoración del daño sea razonable y esté ajustada a la naturaleza y extensión del daño efectivamente causado.

v) Cláusulas sobre costes adicionales

92. También es frecuente que se incluyan cláusulas que contemplen costes adicionales derivados de situaciones como la devolución tardía del artículo o la necesidad de limpieza especial en caso de manchas excepcionales. Estas cláusulas tienen el objetivo de cubrir los gastos adicionales en los que la empresa incurre debido a situaciones que no se corresponden con el uso normal de las prendas alquiladas. Por ejemplo, la marca Borow, especializada en el alquiler de vestidos, dispone lo siguiente en los Términos y Condiciones de su servicio⁶⁶:

“En caso de retrasos de la devolución no previamente acordado con el prestador, se aplicarán penalizaciones por cada día de demora en la devolución de la prenda alquilada, en los siguientes términos:

- Se cobrará el equivalente al precio de un alquiler mínimo (4 días) por cada día de retraso por producto.
- El cargo se cobrará en la misma tarjeta usada para pagar el alquiler, sin requerir una autenticación adicional.

Si la prenda alquilada no es devuelta transcurridos diez días desde la fecha inicial de devolución, y tras un aviso previo por parte de la empresa, se procederá a cobrar el precio de venta al público (PVP) de la prenda en la tarjeta empleada para el pago del alquiler. En caso de que la empresa no pueda realizar la entrega del pedido en la fecha acordada debido a causas imputables exclusivamente a ella (no aplicable a retrasos derivados de la empresa de logística), se compromete a ofrecer al cliente una prenda alternativa disponible en su plataforma, siempre que las condiciones logísticas lo permitan”.

93. En este contexto, es importante que tales cláusulas sean analizadas conforme a lo establecido en el art. 89.5 del TRLGDCU, que establece que “los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación” son abusivos. De acuerdo con este principio, los recargos y costes adicionales deben ser transparentes y bien explicados al consumidor antes de la contratación del servicio.

94. La validez de estas cláusulas depende de que los costes adicionales sean razonables, proporcionales y estén basados en los gastos reales que la empresa debe cubrir por las situaciones excep-

⁶⁶ Más información disponible en <https://borow.es/terminos-y-condiciones/> (consultado el 17 de mayo de 2025).

cionales que se produzcan. Si se imponen recargos excesivos o injustificados que no reflejan un coste real para la empresa, estas cláusulas podrían considerarse abusivas. Además, es fundamental que los consumidores estén plenamente informados sobre las tarifas adicionales desde el principio del proceso de contratación, permitiéndoles así tomar decisiones informadas.

vi) Opción de compra

95. Algunas plataformas de alquiler de prendas ofrecen a los usuarios la posibilidad de adquirir las prendas alquiladas una vez finalizado el periodo de alquiler, descontando el precio de venta una parte proporcional o total de las cantidades ya abonadas por dicho alquiler. Esta opción configura un contrato de arrendamiento con opción de compra, que mantiene su naturaleza principal de arrendamiento mientras no se ejercite la opción, como se ha establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1126/1997, de 15 de diciembre –antes mencionada– al calificar esta figura como un contrato atípico complejo en el que la opción representa un *plus* sobre el derecho arrendaticio, y cuya onerosidad queda absorbida en la del arrendamiento.

96. Esta modalidad contractual, común en otros sectores como el inmobiliario o el automovilístico, encuentra en el *fashion rental* una aplicación innovadora, permitiendo al consumidor probar la prenda antes de decidir su adquisición definitiva, lo que supone una ventaja competitiva frente al comercio tradicional.

vii) Cláusulas sobre cancelación y modificación

97. Las cláusulas de cancelación y modificación definen las condiciones y plazos en los que es posible cancelar o modificar una reserva. Generalmente, permiten cancelaciones gratuitas hasta cierto tiempo antes del inicio del alquiler, con penalizaciones crecientes a medida que se acerca la fecha de inicio. Estas estipulaciones deben evaluarse conforme al régimen de desistimiento de los contratos a distancia y las limitaciones a las penalizaciones excesivas previstas en el TRLGDCU. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, *caso Mohamed Aziz*, asunto C-415/11⁶⁷, precisó criterios relevantes para evaluar la abusividad de cláusulas contractuales.

98. Aunque esta sentencia no analiza específicamente cláusulas de cancelación, establece principios generales aplicables en su párrafo 68: “Para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido”.

99. Aplicando estos criterios al sector del *fashion rental*, las cláusulas de cancelación deben garantizar un equilibrio razonable entre los intereses legítimos del empresario (quien reserva una prenda que podría haber alquilado a otro cliente) y los derechos del consumidor (quien debe poder desistir del contrato sin soportar cargas desproporcionadas). Serían potencialmente abusivas aquellas cláusulas que impongan penalizaciones desproporcionadas o no reflejen adecuadamente los costes reales que asume el empresario por la cancelación.

100. En la práctica comercial de este sector, se observa una tendencia a establecer sistemas escalonados de penalización:

⁶⁷ STJUE 14 de marzo de 2013, *Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11 [ECLI:EU:C:2013:164], sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES> (consultado el 20 de mayo de 2025).

- Cancelaciones con más de 15 días de antelación: sin penalización o con penalización mínima.
- Cancelaciones entre 7–15 días: penalización del 25–50% del precio.
- Cancelaciones con menos de 7 días: penalización del 50–75% del precio.
- Cancelaciones con menos de 48 horas o no presentación: penalización del 100% del precio.

101. Este sistema gradual puede considerarse razonable, siempre y cuando refleje efectivamente la disminución progresiva de posibilidades de re–arrendar la prenda a medida que se aproxima la fecha reservada.

3.2. Perspectiva Estadounidense del fashion rental

3.2.1. Cláusulas habituales en los contratos estadounidenses

102. En el sistema jurídico estadounidense, el régimen aplicable al alquiler de bienes muebles –que incluye el alquiler de prendas y complementos de moda– presenta características distintivas derivadas tanto de su tradición jurídica como de su enfoque más liberal en materia contractual. A diferencia del sistema español, basado en el derecho continental y con un mayor énfasis en la protección del consumidor a través de normas imperativas, el sistema norteamericano otorga un mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual. Esta libertad se ve limitada principalmente por la doctrina de la *unconscionability* (abusividad), desarrollada jurisprudencialmente y codificada posteriormente en el ya mencionado UCC, un código uniformemente adoptado en 49 de los 50 estados (todos excepto Luisiana) para regular las transacciones comerciales de bienes muebles.

103. Una de las doctrinas relevantes en esta materia es la que se refiere a las llamadas cláusulas inocuas, en particular, la regla de la *unconscionability*, recogida en el §2A–108 del UCC, dedicado a contratos de arrendamiento. Esta disposición faculta a los tribunales para rechazar la ejecución de un contrato o de cláusulas específicas cuando determinen que son abusivas. El apartado (1) lo establece en los siguientes términos: “(1) Si el tribunal determina, como cuestión de derecho, que un contrato de arrendamiento o alguna cláusula del mismo era *abusiva (unconscionable)* en el momento en que se celebró, el tribunal podrá negarse a hacer cumplir el contrato de arrendamiento, o podrá hacer cumplir el resto del contrato sin la cláusula abusiva, o podrá limitar la aplicación de cualquier cláusula abusiva para evitar un resultado injusto⁶⁸”.

104. Este mecanismo proporciona un control similar al establecido en el artículo 83 del TRLGD-CU, que establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Por tanto, se permite que el contrato subsista si puede mantenerse sin dichas cláusulas.

105. Sin embargo, mientras que la normativa española proporciona criterios específicos para identificar la abusividad, el UCC no define explícitamente qué constituye el concepto de *unconscionability*, dejando su interpretación al criterio del tribunal en función del caso concreto.

⁶⁸ “(1) If the court as a matter of law finds a lease contract or any clause of a lease contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the lease contract, or it may enforce the remainder of the lease contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result”.

3.2.2. Desarrollo jurisprudencial de la unconscionability

106. El caso paradigmático que estableció los criterios para determinar la *unconscionability* fue *Williams v. Walker–Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). En esta sentencia, el tribunal estableció que la *unconscionability* implica “la ausencia de una elección significativa por parte de una de las partes, junto con términos contractuales irrazonablemente favorables a la otra parte”. El tribunal indicó: “unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party⁶⁹”.

107. Los antecedentes de esta doctrina se remontan hasta el siglo XIX. En el caso *Scott v. United States*, 79 US (12 Wall.) 443, 445 (1870), el Tribunal Supremo señaló que “si un contrato es irrazonable y abusivo, pero no nulo por fraude, un tribunal de justicia otorgará a la parte que demande por su incumplimiento daños, no de acuerdo con la letra del contrato, sino solo aquellos a los que tenga derecho de manera equitativa”. En concreto se indicó lo siguiente: “If a contract be unreasonable and unconscionable, but not void for fraud, a court of law will give to the party who sues for its breach damages, not according to its letter, but only such as he is equitably entitled to⁷⁰”.

108. A partir de estas decisiones, el enfoque jurisprudencial de la *unconscionability* ha derivado en dos vertientes principales:

- *Unconscionability* procedimental: se refiere a los aspectos relacionados con el proceso de formación del contrato, incluyendo factores como la asimetría en el poder de negociación, la ocultación de términos contractuales importantes, o el uso de lenguaje excesivamente técnico o complejo.
- *Unconscionability* sustantiva: se centra en el contenido mismo del contrato, evaluando si las cláusulas son excesivamente desequilibradas o injustas, resultando en un contrato manifiestamente desproporcionado.

3.2.3. Marco regulatorio aplicable al fashion rental

109. En el sistema estadounidense, el contenido obligacional del contrato de *fashion rental* viene determinado principalmente por las disposiciones del *Article 2A* del UCC, que trata sobre arrendamientos, y se complementan con los términos específicos acordados entre las partes. Además, en algunos estados pueden existir normativas adicionales de protección al consumidor que aplican de manera particular a los contratos de arrendamiento de bienes muebles.

Obligaciones del arrendador (lessor)

110. Bajo el *Article 2A* del UCC, el arrendador asume las siguientes obligaciones principales:

- Entrega de bienes conforme al contrato (§2A–211): El arrendador debe entregar las prendas conforme al contrato, asegurando que están libres de reclamaciones de terceros (salvo por infracción) y en condiciones aptas para su uso. El arrendatario tiene el derecho de rechazar los bienes no conformes, según se establece en el artículo §2A–509, a saber: “Si los bienes, la

⁶⁹ *Williams v. Walker–Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Argued April 9, 1965. Decided August 11, 1965, decisión disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/350/445/74531/#fn6> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷⁰ *Scott v. United States*, 79 U.S. (12 Wall.) 443 (1870), U.S. Supreme Court, decisión disponible aquí <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/79/443/#F3> (consultado el 20 de mayo de 2025).

oferta o la entrega no cumplen en algún aspecto con el contrato de arrendamiento, el arrendatario puede rechazarlos o aceptarlos, o aceptar cualquier unidad comercial y rechazar el resto de los bienes⁷¹”.

- Garantizar implícitamente la comerciabilidad de las prendas (§2A–212(2)): Las prendas deben ser de calidad razonable, estar libres de defectos significativos y ser adecuadas para los usos ordinarios a los que se destinan. El apartado C) del artículo dispone lo siguiente: “Para ser comerciables, los bienes deben ser al menos (...) c) aptos para los usos ordinarios a los que se destinan⁷²”.

111. En el contexto del *fashion rental*, esto implica que un vestido alquilado debe estar en condiciones aptas para su uso habitual, sin problemas de ajuste, desgaste excesivo ni defectos que comprometan su funcionalidad o estética.

- Garantía implícita de idoneidad para un propósito particular (§2A–213): Si el arrendador conoce el propósito particular para el que se alquila la prenda y el arrendatario confía en la habilidad o juicio del arrendador para seleccionarla, surge una garantía implícita de que la prenda será adecuada para dicho propósito. El artículo §2A–213 establece lo siguiente: “Si el arrendador, en el momento en que se celebra el contrato de arrendamiento, tiene razones para conocer el propósito particular para el cual se requieren los bienes y sabe que el arrendatario confía en la habilidad o juicio del arrendador para seleccionar o suministrar bienes adecuados, en el contrato de arrendamiento existirá una garantía implícita de que los bienes serán aptos para ese propósito⁷³”.

112. Este principio es especialmente relevante en los servicios de *fashion rental* que no solo proporcionan prendas, sino que también ofrecen asesoramiento estilístico o la selección de prendas para ocasiones específicas.

- Garantizar la posesión pacífica durante todo el período de arrendamiento (§2A–211): El arrendador está obligado a asegurar que el arrendatario pueda disfrutar del uso de las prendas sin interferencias derivadas de reclamaciones de terceros. El artículo dispone lo siguiente: “En un contrato de arrendamiento existe una garantía de que, durante la vigencia del arrendamiento, ninguna persona tendrá un derecho o interés sobre los bienes que derive de un acto u omisión del arrendador, salvo reclamaciones por infracción o similares, que interfiera en el disfrute del arrendatario de su derecho de arrendamiento⁷⁴”.

113. Además, estas obligaciones generales se complementan con regulaciones estatales específicas. Por ejemplo, en estados como Nueva York, las empresas de alquiler de ropa deben cumplir normativas sanitarias que exigen la limpieza profesional y desinfección de las prendas entre usos por distintos clientes.

⁷¹ “If the goods or the tender or delivery fail in any respect to conform to the lease contract, the lessee may reject or accept the goods or accept any commercial unit or units and reject the rest of the goods”. Artículo completo disponible aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-509>

⁷² “Goods to be merchantable must be at least such as (...) c) are fit for the ordinary purposes for which goods of that type are used”. Artículo completo disponible aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-212> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷³ “If the lessor at the time the lease contract is made has reason to know of any particular purpose for which the goods are required and that the lessee is relying on the lessor’s skill or judgment to select or furnish suitable goods, there is in the lease contract an implied warranty that the goods will be fit for that purpose”. Artículo disponible aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-213> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷⁴ “There is in a lease contract a warranty that for the lease term no person holds a claim to or interest in the goods that arose from an act or omission of the lessor, other than a claim by way of infringement or the like, which will interfere with the lessee’s enjoyment of its leasehold interest”. Artículo disponible aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-211> (consultado el 20 de mayo de 2025).

Obligaciones del arrendatario (lessee)

114. El arrendatario, por su parte, asume las siguientes obligaciones:

- Pagar la renta acordada (§2A–516(1)): El arrendatario debe abonar la renta correspondiente por las prendas aceptadas conforme al contrato. La falta de pago constituye un incumplimiento esencial que puede dar lugar a la resolución del contrato por parte del arrendador. El artículo dispone lo siguiente: “El arrendatario debe pagar la renta por todos los bienes aceptados conforme al contrato de arrendamiento, haciendo el ajuste correspondiente por los bienes que hayan sido legítimamente rechazados o no entregados⁷⁵”.
- Utilizar las prendas de manera razonable y conforme a los términos del contrato (§2A–523(1)): El arrendatario debe hacer un uso adecuado de las prendas, evitando prácticas que excedan lo pactado contractualmente o que puedan provocar un deterioro indebido. El uso no autorizado, la negativa a pagar o el rechazo injustificado de las prendas puede dar lugar a un incumplimiento. El artículo dispone lo siguiente: “Si un arrendatario rechaza o revoca indebidamente la aceptación de los bienes, no realiza un pago a su vencimiento o repudia total o parcialmente el contrato, entonces, respecto a los bienes implicados –y a la totalidad de los bienes si, en el marco de un contrato de arrendamiento a plazos, se ve sustancialmente menoscabado el valor del contrato en su conjunto–, el arrendatario incurre en incumplimiento del contrato de arrendamiento⁷⁶”.
- Restituir las prendas al finalizar el arrendamiento (§2A–525): El arrendatario debe devolver las prendas en las condiciones establecidas en el contrato, salvo el desgaste derivado del uso normal. En caso de incumplimiento, el arrendador podrá recuperar la posesión de los bienes. Así lo recoge el mencionado artículo: “Tras un incumplimiento del arrendatario en virtud del contrato de arrendamiento, el arrendador tiene derecho a recuperar la posesión de los bienes⁷⁷”.

3.2.4 Análisis de cláusulas típicas en contratos estadounidenses de fashion rental

115. El examen de los términos y condiciones de plataformas líderes en el sector del *fashion rental* como Rent the Runway o Nuuly permite identificar patrones contractuales consistentes que reflejan características distintivas del sistema jurídico estadounidense.

i. Términos de servicio extensos y detallados

116. A diferencia de los contratos españoles, que suelen ser más sucintos, los contratos estadounidenses contienen términos de servicio extensos que cubren minuciosamente cada aspecto de la relación contractual, reflejando la cultura jurídica norteamericana de anticipar y regular exhaustivamente posibles contingencias. Así, mientras que un contrato español puede establecer las obligaciones básicas en unas pocas páginas, los términos y condiciones de plataformas como Rent the Runway y Nuuly se extienden por más de veinte secciones detalladas, abarcando aspectos como políticas de cancelación,

⁷⁵ “A lessee must pay rent for any goods accepted in accordance with the lease contract, with due allowance for goods rightfully rejected or not delivered”. Artículo disponible aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-516> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷⁶ “If a lessee wrongfully rejects or revokes acceptance of goods or fails to make a payment when due or repudiates with respect to a part or the whole, then, with respect to any goods involved, and with respect to all of the goods if under an installment lease contract the value of the whole lease contract is substantially impaired, the lessee is in default under the lease contract...” Artículo completo aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-523> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷⁷ “After a default by the lessee under the lease contract... the lessor has the right to take possession of the goods”. Artículo completo aquí <https://www.law.cornell.edu/ucc/2A/2A-525> (consultado el 20 de mayo de 2025).

responsabilidad civil, propiedad intelectual, uso de datos personales, resolución de disputas y limitaciones de garantía.

ii. *Disclaimers* de garantías (Exclusiones de garantía)

117. Una cláusula habitual en este tipo de contratos es la exclusión o limitación de garantías implícitas, en la medida permitida por la normativa aplicable. Por ejemplo, en los términos de servicio de Rent the Runway se incluye la siguiente cláusula: “En la máxima medida permitida por la legislación aplicable, los servicios, productos, contenidos y cualquier material de terceros son proporcionados por Rent the Runway (y sus licenciantes y proveedores) en las condiciones de ‘tal cual’, ‘donde están’ y ‘según disponibilidad’, y Rent the Runway rechaza expresamente toda representación o garantía de cualquier tipo, ya sea expresa o implícita, incluyendo, sin limitación, las garantías implícitas de comerciabilidad, idoneidad para un propósito particular, no infracción, o que el uso de los servicios será ininterrumpido o libre de errores⁷⁸”.

118. Aunque el §2A–214 del UCC permite, bajo determinadas condiciones formales, la exclusión de garantías implícitas, el §2A–108 del UCC limita esta posibilidad en el contexto de arrendamientos de consumo, prohibiendo aquellas exclusiones que resulten manifiestamente irrazonables.

iii. Cláusulas de limitación de responsabilidad

119. Los contratos de *fashion rental* suelen incluir cláusulas específicas que limitan la responsabilidad de la empresa arrendadora frente a posibles reclamaciones de los usuarios. Estas disposiciones suelen establecer un tope máximo de responsabilidad y excluir ciertos tipos de daños, como los consecuenciales (*consequential damages*) o incidentales (*incidental damages*).

120. Por ejemplo, en los términos de servicios de Rent the Runway se estipula lo siguiente: “Cualquier cantidad, en su conjunto, que exceda el mayor de los siguientes importes: (i) cien (100) dólares estadounidenses o (ii) las cantidades pagadas por usted a Rent the Runway en relación con los servicios durante el período de doce (12) meses anterior al primer hecho que dio lugar a una reclamación⁷⁹”.

121. Por tanto, la responsabilidad máxima de la empresa se limita a la mayor cantidad entre 100 dólares estadounidenses o el importe total abonado por el usuario en los doce meses anteriores al hecho generador del daño.

122. Aunque la validez de estas cláusulas puede variar según la legislación del estado correspondiente, el sistema jurídico estadounidense tiende a ser más permisivo que el español en cuanto a limitaciones contractuales de responsabilidad, especialmente en el ámbito empresarial. No obstante, en arrendamientos de consumo, el §2A–108 del UCC impone restricciones cuando dichas limitaciones resultan manifiestamente irrazonables.

⁷⁸ “To the fullest extent permitted under applicable law, the services, products, content, and any third party materials are provided by rent the runway (and its licensors and suppliers) on an ‘as-is,’ ‘where is,’ and ‘as available’ basis, and rent the runway hereby disclaims all representations or warranties of any kind, either express or implied, including, without limitation, implied warranties of merchantability, fitness for a particular purpose, non-infringement, or that use of the services will be uninterrupted or error-free”. Los términos del servicio de Rent the Runway están disponibles aquí https://www.renttherunway.com/pages/termservice?srsId=AfmBOopLMjP0QdFSGX6vvZ0nrWRWr9a5hNJ9YpaWoNVZbGeJOj39q_BH (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁷⁹ “Any amount, in the aggregate, in excess of the greater of (i) one-hundred (\$100) u.s. dollars or (ii) the amounts paid by you to rent the runway in connection with the services in the twelve (12)-month period preceding the first event giving rise to a claim”.

iv. *Damage protection plans* (Planes de protección contra daños)

123. Otra figura habitual en los contratos estadounidenses es la oferta de planes de protección contra daños, similares a pólizas de seguros, que permiten al cliente quedar exento de responsabilidad por ciertos deterioros accidentales. Estos planes suelen estar incluidos en la suscripción o disponibles por un coste adicional.

124. Por ejemplo, Rent The Runway ofrece una cobertura básica dentro de su servicio de suscripción: “Tu suscripción incluye cobertura de alquiler para pequeños accidentes y el desgaste general por uso. Vive tu vida con nuestra ropa sin preocuparte por manchas de vino, percances en fiestas o lo que tus hijos puedan derramar sobre ti: lo tenemos cubierto⁸⁰”.

125. Este tipo de cláusulas refleja un enfoque más flexible y orientado al cliente, que contrasta con la práctica española, donde la asignación de responsabilidad por daños suele resolverse a través de cláusulas estándar, sin oferta de mecanismos alternativos.

v. *Late return policies* (Políticas de devolución tardía)

126. Las plataformas estadounidenses regulan de manera detallada las consecuencias del retraso en la devolución de las prendas. Estas políticas suelen incluir cargos diarios adicionales y, en algunos casos, se establece que, tras un periodo de demora, la prenda se considerará adquirida por el cliente, cargándose el valor total al método de pago registrado.

127. En este sentido, los términos de servicio de Rent the Runway disponen lo siguiente: “Si no devuelves uno o más productos que hayas alquilado a través de nuestro Servicio de Reserva o Servicio de Membresía antes de la Fecha de Devolución del Producto, nos autorizas (o a nuestro procesador de pagos tercero) a cargar en tu Método de Pago cargos por retraso no reembolsables por los días que no recibamos cada producto que forme parte de ese pedido, hasta el valor original de venta o valor comparable de los productos⁸¹”.

128. Estas cláusulas funcionan como mecanismos de incentivos económicos para fomentar la puntualidad en las devoluciones y evitar pérdidas de inventario. Su lógica responde a la necesidad de mantener una alta rotación de los productos en plataformas de alquiler por suscripción, donde los retrasos pueden afectar la disponibilidad para otros usuarios.

vi. *Membership terms* (Términos de suscripción)

129. En el modelo de suscripción, frecuente en Estados Unidos, se detallan condiciones específicas como la cantidad de prendas que pueden tenerse simultáneamente, frecuencia de intercambios permitidos, y requisitos de permanencia mínima. Nuuly describe su programa de la siguiente manera: “Los clientes que se suscriban a los Servicios podrán tener seis prendas seleccionadas del catálogo de

⁸⁰ “Your subscription includes rental coverage for minor mishaps and general wear and tear. Live your life in our clothes and don’t worry about the wine stains, party fouls or whatever your kids might get on you – we have it covered”. Más información disponible aquí <https://www.renttherunway.com/clothing-subscription> (consultado el 17 de mayo de 2025).

⁸¹ “If you do not return one or more Products that you have rented through our Reserve Service or Membership Service by the Product Return Date, you hereby authorize us (or our third-party payment processor) to charge our Payment Method non-refundable late fees for the days that we do not receive every Product that comprises such order, up to the full Original Retail or Comparable Value of the Products”.

Nuuly (Closet) al mismo tiempo, por una tarifa mensual de \$98, excluyendo impuestos aplicables⁸². Estos términos configuran una relación continuada, más que transacciones aisladas.

vii. *Buy-out options* (Opciones de compra)

130. Al igual que en España, se contempla la posibilidad de comprar las prendas alquiladas, generalmente con descuentos basados en el tiempo transcurrido desde su incorporación al inventario. Nuuly establece lo siguiente en sus términos de servicio: “Puedes optar por comprar cualquier producto que recibas en tu caja. Cada producto individual tendrá un precio único. El precio único de cada producto se determina según varios factores, incluyendo su condición, el número de veces que ha sido usado y tu historial de compras previo⁸³”.

viii. *Arbitration clauses* (Cláusulas de arbitraje)

131. Muy comunes en contratos estadounidenses pero menos frecuentes en España, estas cláusulas establecen que cualquier disputa debe resolverse mediante arbitraje, generalmente en una jurisdicción específica y bajo reglas determinadas. Rent the Runway incluye la siguiente cláusula en sus términos de servicio: “Por favor, lee atentamente el siguiente acuerdo de arbitraje, ya que requiere que resuelvas ciertas disputas y reclamaciones con Rent the Runway a través de arbitraje, limitando la forma en que puedes buscar una resolución contra Rent the Runway⁸⁴”.

132. La validez de las cláusulas de arbitraje en contratos de consumo ha sido ampliamente debatida, especialmente tras la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (2011). En este caso, AT&T intentó obligar a los demandantes a resolver sus disputas de manera individual a través de arbitraje, renunciando a la posibilidad de unirse a una demanda colectiva, como lo estipulaba su contrato. Aunque un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación rechazaron esta imposición, el Tribunal Supremo, al aplicar una ley federal que favorece el arbitraje (*Federal Arbitration Act*), concluyó que las leyes estatales que prohibían estas cláusulas de arbitraje colectivo impedían la aplicación de esa ley federal.

133. Como resultado, el Tribunal Supremo revocó la decisión anterior y reafirmó que las cláusulas que obligan al arbitraje individual, incluso cuando se eliminan las demandas colectivas, son válidas y exigibles. Este fallo marcó un precedente importante, ya que permitió que las empresas incluyeran en sus contratos cláusulas que limitan el derecho de los consumidores a participar en demandas colectivas, favoreciendo la resolución individual de disputas.

ix. *Class action waivers* (Renuncias a acciones colectivas)

134. A menudo vinculadas a las cláusulas de arbitraje, estas renunciaciones establecen que el cliente renuncia a participar en demandas colectivas contra la empresa. En este contexto, Nuuly establece lo siguiente: “Tú y Nuuly acuerdan que cada uno puede interponer reclamaciones contra el otro únicamente

⁸² “Customers who subscribe to the Services will be able to have six garments they selected from the Nuuly catalog (Closet) out at one time for a monthly fee of \$98, excluding any applicable taxes”. Más información sobre los términos del servicio de Nuuly disponible aquí <https://www.nuuly.com/legal/terms-conditions> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁸³ “You may elect to purchase any Product you receive in your Box. Each individual Product will carry its own unique price. The Products unique price is based on a number of factors, including its condition, the number of wears, and your prior shopping history”.

⁸⁴ “Please read the following Arbitration Agreement carefully because it requires you to arbitrate certain disputes and claims with Rent the Runway and limits the manner in which you can seek relief from Rent the Runway”.

en capacidad individual y no como demandante o miembro de una demanda colectiva o representativa en cualquier proceso supuesto de clase⁸⁵”.

1.1.5. Jurisprudencia relevante en la resolución de conflictos en el *fashion rental*

134. El modelo de *fashion rental* es un fenómeno emergente en el que aún no se ha generado una jurisprudencia específica en España. Esto se debe en parte a la novedad del sector, lo que obliga a sustentar el análisis jurídico mediante la aplicación analógica de diversos fallos en materia de arrendamiento de bienes muebles y de prestación de servicios a consumidores. Estos fallos han abordado con frecuencia la protección contractual y el control de cláusulas abusivas, aspectos fundamentales para garantizar la transparencia y el equilibrio en las relaciones contractuales.

135. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril⁸⁶ resulta especialmente relevante. En ella, el Tribunal Supremo insiste en la necesidad de moderar las cláusulas penales, exigiendo que cualquier sanción por el incumplimiento contractual sea proporcional al daño ocasionado. Este criterio de proporcionalidad se traduce, en el ámbito del *fashion rental*, en la obligatoriedad de que las penalizaciones por deterioro, pérdida o retrasos en la devolución de prendas se ajusten a la realidad del perjuicio sufrido, evitando que se conviertan en un instrumento abusivo que desequilibre la relación contractual.

136. A esta interpretación se suma el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo 189/2022, de 1 de marzo⁸⁷, la cual, aunque está centrada en la problemática de la apropiación indebida y el tratamiento de bienes muebles en arrendamientos, establece parámetros claros sobre la obligación del arrendatario de restituir el bien en las condiciones pactadas. En este fallo se analiza, de forma indirecta, la proporcionalidad en la imposición de sanciones ante incumplimientos contractuales. Su lógica resulta perfectamente aplicable al *fashion rental*, sobre todo cuando se debe sancionar situaciones como la devolución de prendas en condiciones inadecuadas o el incumplimiento del plazo estipulado para la devolución.

137. Además, desde las Audiencias Provinciales se aportan criterios igualmente útiles. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 263/2014, de 26 de junio⁸⁸, explora la moderación de cláusulas penales en contratos de arrendamiento de bienes muebles. En ella se enfatiza que las penalizaciones deben estar en consonancia con el daño real sufrido, evitando excesos y protegiendo al arrendatario de sanciones desproporcionadas. Este criterio es fundamental en los contratos de *fashion rental*, ya que las penalidades por deterioro, retraso o pérdida de prendas deben reflejar de forma justa el perjuicio ocasionado, constituyendo así un valioso referente para exigir claridad y equidad en la redacción contractual.

138. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 716/2018, de 30 de noviembre de 2018⁸⁹ –también relativa a un contrato de arrendamiento de un bien mueble– analiza la obligación del arrendador de entregar el bien en el estado pactado y, con ello, la correcta aplicación de las cláusulas penales en caso de incumplimiento. El fallo insiste en que cualquier penalización debe reflejar

⁸⁵ “You and Nuuly agree that each may bring claims against the other only in an individual capacity and not as a plaintiff or class member in any purported class or representative proceeding”.

⁸⁶ STS 265/2015 de 22 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:172], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0443bcc20d4536b2/20150516> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁸⁷ STS 189/2020 de 1 de marzo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:848], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e3178dc40a2c1325/20220318> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁸⁸ SAP de Valencia 263/2014, de 26 de junio de 2014 [ECLI:ES:APV:2014:3219], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7f64c1fea7160f3/20141015> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁸⁹ SAP de Barcelona 716/2018, de 10 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:11770], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5dd40860cf6c7e1b/20181213> (consultado el 20 de mayo de 2025).

la verdadera magnitud del incumplimiento, protegiendo así al consumidor de sanciones desproporcionadas. Esto resulta aplicable al *fashion rental*: si por ejemplo una prenda no se entrega o se devuelve en un estado diferente al acordado, la sanción impuesta debe ser coherente con el daño infligido.

139. En resumen, aunque el *fashion rental* aún carece de un cuerpo jurisprudencial específico, la integración de los criterios mencionados proporciona una base sólida para fundamentar la redacción de contratos en este sector. La aplicación de estos criterios garantiza que las cláusulas penales sean claras, transparentes y, sobre todo, proporcionales al perjuicio real, lo que a su vez protege los derechos del consumidor y promueve un equilibrio en la relación contractual.

140. En el ámbito estadounidense, el análisis jurisprudencial en materia de arrendamiento se sustenta en decisiones tanto federales como estatales, bajo el marco del *Article 2A* del UCC y las doctrinas del *common law*. Aunque no existen casos emblemáticos que traten específicamente sobre el *fashion rental*, sí se han establecido precedentes en el arrendamiento de bienes personales que se pueden aplicar, por analogía, a este sector emergente.

141. Por ejemplo, el caso *Zine v. Chrysler Corp.*⁹⁰, resulta especialmente ilustrativo en cuanto a la garantía de idoneidad del bien arrendado. En este fallo se reafirma que el arrendador debe garantizar que el bien cumpla con las expectativas del uso específico para el que fue arrendado. Este criterio resulta perfectamente extrapolable al alquiler de moda, ya que en este tipo de contratos se exige que las prendas se encuentren en condiciones óptimas para su uso; de lo contrario, se genera un perjuicio funcional, como podría ser el caso de una prenda manchada o inadecuada para el evento previsto.

142. Asimismo, en el caso *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*⁹¹, la Corte Suprema abordó el análisis de la *unconscionability* en contratos de arrendamiento de bienes muebles, especialmente en lo que respecta a cláusulas predisuestas en contratos de adhesión. La doctrina establecida en este fallo es de gran interés para las plataformas de *fashion rental*, donde a menudo se imponen condiciones estandarizadas sin posibilidad de negociación individual. La aplicación del principio de *unconscionability* permite cuestionar cláusulas que resulten excesivas o abusivas, protegiendo así al consumidor frente a penalidades o condiciones contractuales desproporcionadas.

143. Por otro lado, el clásico caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture*⁹² sigue siendo un referente en el análisis de cláusulas abusivas en contratos de consumo. Aunque este fallo pertenece a un contexto y época anteriores al actual modelo de alquiler de moda, su criterio para determinar el umbral de lo que se considera *unconscionable* ha sido ampliamente citado. Este razonamiento resulta útil para evaluar cláusulas que impongan penalidades excesivas en el *fashion rental*, ya que se puede argumentar que, al imponer sanciones desproporcionadas por, por ejemplo, retrasos en la devolución o deterioro de las prendas, se vulneran los principios de equidad y protección al consumidor.

144. En conjunto, la aplicación analógica de estos precedentes permite sostener que, a pesar de la ausencia de jurisprudencia específica sobre el alquiler de moda, el marco jurídico estadounidense ya proporciona herramientas sólidas para garantizar que los contratos de *fashion rental* sean justos y se rijan por principios de transparencia, proporcionalidad y protección al consumidor.

⁹⁰ *Zine v. Chrysler Corporation; Terry v. Chrysler Corporation*, Michigan Court of Appeals. Caso n.º 600 N.W.2d 384, 236 Mich. App. 261, más datos del caso aquí <https://www.courtlistener.com/opinion/1310471/zine-v-chrysler-corp/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁹¹ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, Supreme Court of the United States. Caso n.º 561 U.S. 63 (2010), más datos sobre el caso aquí <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/63/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁹² *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Caso n.º 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965), más datos aquí <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/350/445/74531/> (consultado el 20 de mayo de 2025).

4. Disputas legales habituales en el alquiler de ropa

145. El negocio del alquiler de ropa no está exento de conflictos legales, que suelen originarse en malentendidos o interpretaciones erróneas por parte de los consumidores o de las propias empresas. Estas disputas, en muchos casos, derivan de una falta de claridad en los términos y condiciones del servicio o de una información precontractual deficiente.

146. El art. 60 del TRLGDCU establece una obligación fundamental para los empresarios: proporcionar al consumidor, de forma clara y comprensible, información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. El apartado 2 del mismo artículo concreta esta obligación al enumerar la información mínima que debe ofrecerse, como las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, los procedimientos de pago, entrega y ejecución, y la existencia de garantías, entre otros aspectos.

147. En el caso del alquiler de ropa, esta obligación de información precontractual se extiende a elementos clave del servicio que influyen directamente en la decisión del consumidor. Entre ellos destacan:

- Las características esenciales de las prendas (talla, composición, estado de conservación, etc.)
- El precio total del alquiler, incluidos los impuestos y tasas aplicables
- La duración del contrato, plazo de alquiler y condiciones de devolución
- La fianza o garantías exigidas y condiciones para su devolución
- Las condiciones de cancelación y penalizaciones aplicables
- El régimen de responsabilidad por daños a las prendas
- Los sistemas de limpieza y desinfección utilizados entre alquileres
- Las políticas de privacidad y tratamiento de datos personales

148. La falta de información clara sobre estos aspectos constituye uno de los conflictos más frecuentes en el alquiler de ropa, especialmente cuando el servicio se ofrece a través de plataformas digitales. Es común que cláusulas clave –como las relativas a la responsabilidad por daños o a la devolución de fianzas– se presenten en letra pequeña o en secciones poco visibles de la web o de la aplicación móvil. Esta práctica puede vulnerar el principio de transparencia recogido tanto en el TRLGDCU como en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

149. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha subrayado en diversas sentencias la importancia de que los consumidores reciban información clara y comprensible antes de celebrar un contrato, especialmente en lo que respecta a las condiciones económicas y de responsabilidad. Este principio es plenamente aplicable a los contratos de alquiler de ropa, donde la transparencia en aspectos como precios, duración del alquiler y condiciones de devolución es esencial para evitar disputas legales.

150. Una sentencia destacada en este ámbito es la del 21 de marzo de 2013, en el asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG*, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció que es fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración⁹³. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.

⁹³ STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb Ag contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, C-92/11 [ECLI:EU:C:2013:180], párrafo 58, sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135405&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2049604> (consultado el 20 de mayo de 2025).

151. Este criterio ha sido reiterado en sentencias posteriores, como en el asunto C-143/13, *Matei*⁹⁴, y en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*⁹⁵, donde se enfatiza que la falta de información precontractual puede determinar la nulidad de cláusulas por falta de transparencia.

152. En el contexto del alquiler de ropa, es esencial que las plataformas y empresas proporcionen información detallada y accesible sobre todos los aspectos relevantes del servicio, incluyendo características de las prendas, precios totales, condiciones de devolución y políticas de privacidad. La omisión o presentación poco clara de esta información puede considerarse una práctica abusiva y contraria a la normativa europea de protección al consumidor. Por tanto, para garantizar la validez y exigibilidad de las cláusulas contractuales en el alquiler de ropa, es imprescindible cumplir con los estándares de transparencia establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), asegurando que los consumidores estén plenamente informados antes de comprometerse contractualmente.

153. Además, cuando el servicio de alquiler de ropa se contrata a distancia –como es habitual en las plataformas digitales– entran en juego las obligaciones específicas de información previstas en los arts. 97 a 99 del TRLGDCU relativos a la información precontractual y a los contratos. Estas normas refuerzan y amplían las obligaciones generales de información precontractual. Su incumplimiento puede acarrear consecuencias jurídicas relevantes, como la ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento (art. 105 del TRLGDCU) o incluso la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (arts. 1265 y siguientes del CC).

4.1. Conflictos frecuentes en el alquiler de ropa

154. Además de los problemas derivados de la falta de transparencia, existen varios tipos de disputas recurrentes en el sector del alquiler de ropa.

i. Daños a prendas de vestir

155. En ocasiones, los clientes reciben artículos dañados durante el envío y presentan una reclamación con la empresa de alquiler por no cumplir con su obligación de entregar productos sin daños. O, viceversa, la empresa recibe un producto dañado como devolución del anterior usuario y presenta una reclamación contra el cliente por haber devuelto el producto en condiciones deterioradas.

156. Por ejemplo, en 2016 se reportaron diversas reclamaciones de clientes de Rent the Runway que alegaban que se les imponían cargos por daños en prendas con deterioros preexistentes o atribuibles equivocadamente al uso durante el periodo de alquiler. Posteriormente, un reportaje de *Business Insider* documentó estas quejas, poniendo de manifiesto la necesidad de establecer protocolos objetivos para la inspección y valoración de las prendas tanto en el momento de la entrega como en la devolución⁹⁶.

⁹⁴ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA*, asunto C-143/13 [ECLI:EU:C:2015:127], sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162540&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2049604> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁹⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), *Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasar Banco, S.A.U.* (asunto C-154/15), *Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA)* (asunto C-307/15), y *Banco Popular Español, S.A., contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu* (asunto C-308/15), [ECLI:EU:C:2016:980], sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2049604> (consultado el 20 de mayo de 2025).

⁹⁶ K. TAYLOR, “Rent the Runway could lose \$2.7 million due to its supply-chain crisis before it even begins paying customers \$200 each for canceled deliveries”, *Business Insider*, 2021.

ii. Pérdida de prendas de vestir

157. La pérdida de prendas durante el proceso logístico constituye una fuente significativa de controversia en el sector del alquiler de ropa. Diversos informes indican que algunos clientes de plataformas como MyWardrobeHQ, en el Reino Unido, han presentado reclamaciones formales tras no recibir las prendas solicitadas. Según estos reportes, los incidentes se atribuyen a fallos en el sistema de seguimiento de envíos, lo que impidió confirmar la entrega efectiva del producto. Ante la falta de pruebas concluyentes que permitieran establecer con precisión la responsabilidad dentro de la cadena de distribución, la empresa optó por reembolsar íntegramente el importe abonado por el usuario.

158. En otros casos, situaciones de pérdida pueden acarrear la intervención de la policía y la presentación de cargos, o bien resolverse mediante el reembolso total pagado por el cliente, especialmente cuando se presume que el extravío se debe a fallos en el servicio postal o del transportista. Alternativamente, en determinadas circunstancias, la empresa de alquiler podría optar por imputar al cliente el coste del artículo perdido durante el proceso de devolución, conforme a lo estipulado en los términos contractuales.

iii. Problemas de talla o descripción inexacta

159. Otro conflicto habitual tiene que ver con la correspondencia entre la talla o las características anunciadas y el producto realmente recibido. Cuando una prenda no se ajusta a lo esperado y no cumple con la descripción ofrecida en la plataforma, el consumidor puede exigir su devolución sin coste, alegando incumplimiento del contrato. En estos casos, las empresas suelen asumir la responsabilidad, ofreciendo reembolsos o envíos alternativos.

iv. Alegaciones de discriminación

160. En el ámbito del alquiler de ropa y disfraces, se han registrado disputas relacionadas con acusaciones de discriminación y falta de sensibilidad cultural. Una de las críticas más frecuentes es la escasa disponibilidad de tallas grandes en las plataformas de alquiler de moda. Por ejemplo, se ha señalado que algunas empresas, como Rent the Runway, ofrecen opciones limitadas para mujeres de tallas superiores a la 12 (tallaje de Estados Unidos), lo que ha generado debates sobre la inclusión y la representatividad en la industria de la moda⁹⁷.

161. Además, ciertas empresas de alquiler de disfraces han enfrentado controversias por ofrecer productos considerados cultural o racialmente insensibles. Un caso destacado ocurrió en 2017, cuando el sitio *HalloweenCostumes.com* retiró de su catálogo un disfraz de Anne Frank tras recibir críticas por trivializar el Holocausto⁹⁸. Asimismo, se han producido debates públicos sobre disfraces que perpetúan estereotipos étnicos, como atuendos de culturas indígenas o el uso de *blackface*, prácticas que han sido ampliamente condenadas por organizaciones y medios de comunicación⁹⁹.

162. Estos incidentes subrayan la importancia de que las empresas del sector adopten políticas de inclusión y respeto cultural, revisando continuamente sus catálogos y prácticas comerciales para evitar la perpetuación de estereotipos y garantizar una oferta respetuosa y diversa.

⁹⁷ VOGUE BUSINESS, “Why high-end fashion rental should think size-inclusive”, disponible en <https://www.voguebusiness.com/fashion/why-high-end-fashion-rental-should-think-size-inclusive> (consultado el 17 de mayo de 2025).

⁹⁸ ALLURE, “Anne Frank Halloween Costume Pulled After Criticism”, disponible en <https://www.allure.com/story/anne-frank-halloween-costume> (consultado el 17 de mayo de 2025).

⁹⁹ PBS NEWSHOUR, “Debate erupts over Halloween costumes crossing racial lines”, disponible en <https://www.pbs.org/newshour/nation/debate-erupts-over-halloween-costumes-crossing-racial-lines> (consultado el 17 de mayo de 2025).

4.2. El fashion rental como modalidad de contrato mercantil

163. Desde la perspectiva de la dogmática del Derecho mercantil español, cabe preguntarse en qué medida el *fashion rental* puede considerarse un contrato mercantil y qué implicaciones tiene tal calificación.

4.2.1. Naturaleza mercantil del contrato

164. En el Derecho español, la distinción entre contratos civiles y mercantiles no siempre viene dada por la naturaleza intrínseca del contrato –pues muchos contratos típicos pueden celebrarse en esfera civil o mercantil según el caso–, sino por los sujetos intervinientes y la finalidad del acto. En términos generales, un contrato se considera mercantil cuando constituye un acto de comercio, es decir, cuando se celebra en el marco de una actividad empresarial o profesional orientada al lucro y al tráfico de mercado. El Código de Comercio de 1885, si bien no contiene una enumeración exhaustiva de contratos mercantiles – y, de hecho, regula de manera escasa los contratos específicos en la actualidad –, establece en su artículo 2 el criterio general de que los actos de comercio, “estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio [...] y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”. El mencionado artículo añade que “serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

165. Aplicando este criterio, el alquiler de bienes muebles con finalidad lucrativa puede considerarse análogo a actos tradicionalmente mercantiles, como la compraventa de mercaderías para la reventa, o la explotación de bienes con fines de obtención de beneficios. De hecho, figuras como el *renting* de vehículos o maquinaria han sido calificadas doctrinalmente como contratos mercantiles atípicos, al estar orientados a una finalidad empresarial.

166. En el caso del *fashion rental*, la empresa arrendadora adquiere un stock de prendas –mercancías– no para su uso propio, sino con el objetivo de explotarlas económicamente mediante sucesivos alquileres, obteniendo con ello una renta periódica. Se aprecia, por tanto, un claro ánimo de lucro y una actividad de intermediación en el mercado del uso de bienes, lo que encaja con la noción clásica de acto de comercio como aquel destinado a la intermediación lucrativa en el tráfico de bienes y servicios.

167. En consecuencia, aunque el contrato de *fashion rental* sea un contrato innominado –es decir, no regulado expresamente en el Código de Comercio –, su causa y el contexto económico en el que se celebra permiten su calificación como contrato mercantil. Esta naturaleza se matiza según el tipo de relación que se establezca, lo que permite distinguir dos escenarios:

Relación B2C (*Business to Consumer*):

168. En este supuesto, la empresa arrendadora actúa como comerciante o empresario, mientras que el cliente es un consumidor final, no profesional. Se trata, por tanto, de un contrato mixto en el que confluyen elementos por la contratación mercantil –por parte del empresario– y de la contratación civil o de consumo –por parte del consumidor–. Esta categoría suele denominarse “contrato de consumo”, pero ello no excluye su carácter mercantil en relación con el empresario.

169. Desde el punto de vista jurídico–procesal, este doble carácter no genera una contradicción, sino un solapamiento de regímenes. Así, en caso de conflicto, se aplicarán al empresario las normas de Derecho mercantil (por ejemplo, normas de competencia desleal si correspondiera, o régimen de responsabilidad del empresario), mientras que al consumidor se le aplicará el régimen protector previsto en la legislación de defensa de los consumidores y usuarios (principalmente, el TRLGDCU).

170. Esta dualidad se refleja también en materia competencial. Aunque el contrato puede tener naturaleza mercantil por razón de la actividad empresarial, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”) y el propio TRLGDCU garantizan la protección del consumidor, atribuyendo normalmente la competencia territorial al juzgado del domicilio del consumidor (art. 52.3 LEC). Además, la normativa de consumo es imperativa y no puede ser desplazada por pactos contractuales en perjuicio del consumidor.

171. En suma, el carácter mercantil del contrato no puede prevalecer sobre los derechos irrenunciables del consumidor, garantizándose así que el componente empresarial de la operación no menoscabe las garantías mínimas exigibles en este tipo de relaciones asimétricas.

Relación B2B (*Business to Business*):

172. Este segundo escenario se produce cuando ambas partes son profesionales o empresarios que actúan en el marco de su actividad económica. Por ejemplo, una productora cinematográfica que alquila vestuario a una empresa de *fashion rental* para el rodaje de una película. En estos casos, el contrato tiene naturaleza plenamente mercantil para ambas partes.

173. A diferencia del ámbito B2C, en las relaciones B2B no resultan de aplicación las normas tuitivas del consumidor, ya que se presume que ambas partes actúan en condiciones de igualdad negocial y con la debida diligencia profesional. Rige, por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes, limitada únicamente por la ley, la moral y el orden público. El contenido del contrato se regirá preferentemente por lo pactado, así como por los usos del comercio, y supletoriamente por el Derecho común.

174. En este contexto, pueden entrar en juego normas propias del tráfico mercantil. Por ejemplo, en caso de retraso en el pago del precio del alquiler, el arrendador podrá reclamar intereses de demora conforme a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales. Esta ley establece un tipo de interés legal superior al general, con el fin de proteger al acreedor en relaciones comerciales entre empresas o entre empresas y administraciones públicas.

175. Asimismo, cualquier controversia que se derive del contrato se resolverá conforme a la legislación común, pero interpretada desde una óptica mercantil, priorizando principios como la seguridad jurídica, la celeridad en la resolución de disputas y la eficiencia del tráfico económico.

176. Desde una perspectiva sistemática, este tipo de contrato B2B puede asimilarse a otros contratos de suministro de bienes y servicios que celebran habitualmente las empresas para el desarrollo de su actividad. No difiere sustancialmente, por ejemplo, del alquiler de mobiliario para eventos o del arrendamiento de equipos tecnológicos para ferias o presentaciones, que son actos típicamente mercantiles.

4.2.2. Problemas de identificación mercantil

177. Pese a lo expuesto anteriormente, la calificación mercantil de estos contratos puede plantear ciertas dificultades desde una perspectiva sistemática. Uno de los principales obstáculos radica en la ausencia de una tipificación normativa expresa en el Derecho mercantil positivo. A diferencia de otros contratos atípicos que han acabado siendo reconocidos por leyes especiales –como el *leasing* financiero, regulado por la Ley 28/1998, o la franquicia, regulada reglamentariamente–, el alquiler de bienes de consumo como la ropa no cuenta con un régimen mercantil específico ni es mencionado en el Código de Comercio.

178. Esto significa que, aunque pueda considerarse un acto de comercio por su naturaleza empresarial, no existe un “régimen mercantil especial” aplicable al *fashion rental*. En consecuencia, y salvo

disposiciones sectoriales puntuales, el régimen jurídico aplicable será el civil, en virtud del principio de supletoriedad, quedando el contenido del contrato mayoritariamente a la libertad de pacto de las partes.

179. Desde la dogmática mercantilista, esta situación ha suscitado el debate sobre la conveniencia de desarrollar principios específicos para este tipo de contratos emergentes, o si resulta suficiente una adaptación flexible del Derecho civil. La tendencia general en España ha sido no legislar cada nuevo contrato atípico, sino permitir que sea la práctica, la doctrina y la jurisprudencia las que vayan perfilando su régimen jurídico. Esta opción favorece la innovación y evita una sobrerregulación, aunque también genera incertidumbre hasta que se consolidan criterios interpretativos.

180. Ante la falta de regulación específica, surge la pregunta de qué reglas deben aplicarse en los supuestos no contemplados por las partes. La respuesta suele encontrarse en la analogía: se aplican por analogía las disposiciones del contrato típico más cercano (en este caso, el arrendamiento de cosas regulado en el Código Civil), junto con criterios generales de equidad. Afortunadamente, muchos de los principios propios de la contratación –diligencia, buena fe, distribución de riesgos– son lo suficientemente amplios como para ser trasladados a estos contratos atípicos.

181. Otro aspecto relevante es la interacción del *fashion rental* con otras ramas del Derecho mercantil. Por ejemplo, en materia de propiedad intelectual y moda, cabe destacar que las prendas de vestir, por regla general, no están protegidas por derechos de autor, y sólo algunas están protegidas por diseños industriales o marcas tridimensionales. No obstante, algunas marcas de lujo han cuestionado el alquiler no autorizado de sus productos, al considerarlo perjudicial para su imagen de exclusividad.

182. Desde un punto de vista jurídico, rige el principio de agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta, lo que implica que un comprador legítimo puede alquilar libremente la prenda sin necesidad de autorización del fabricante. No existe, por tanto, impedimento legal para que una empresa adquiera bolsos de diseñador y los destine al alquiler. En todo caso, podrían surgir limitaciones contractuales, como cláusulas de venta que prohibiesen el alquiler (lo cual sería difícil de hacer cumplir) o regulaciones específicas si surgiera un problema sistémico. De momento, esto pertenece más al terreno de la competencia y la estrategia de mercado que al derecho mercantil codificado.

183. En lo que respecta a la publicidad y promoción, la actividad de *fashion rental* está sujeta a las normas generales sobre publicidad veraz, leal y no engañosa. Por ejemplo, publicitar “vestidos exclusivos” implica que se cumpla con lo ofrecido; o si se anuncia higiene garantizada, se debe cumplir con protocolos de limpieza profesionales. Estas cuestiones conectan con la responsabilidad mercantil por prácticas comerciales desleales o publicitarias conforme lo dispuesto en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal o la Ley 34/1988 General de Publicidad. No obstante, estas cuestiones no afectan tanto al contrato de alquiler en sí, sino al contexto en que se oferta y publicita el servicio.

184. Por otra parte, un posible escenario complejo desde la óptica mercantil es el modelo de plataforma *online* tipo *marketplace*, en el que la empresa de *fashion rental* actúa como mero intermediario entre particulares. En este caso, los contratos de alquiler se celebran directamente entre usuarios (personas físicas), y podrían perder su carácter mercantil para pasar a ser contratos civiles entre particulares. Cada contrato individual de alquiler estaría, en principio, sometido al Derecho civil, sin el régimen de protección al consumidor, salvo que el arrendador particular actuara de forma habitual y profesional, lo que podría alterar su calificación jurídica.

185. En el modelo P2P (*peer to peer*) que operan algunas plataformas de alquiler de vestuario, cualquier persona puede alquilar su propio vestuario a terceros. Desde el punto de vista mercantil, la plataforma se configura como una empresa que establece una relación de intermediación digital con sus usuarios mediante un contrato de prestación de servicios, el cual está sometido a la legislación mercantil (incluyendo la LSSI, la normativa sobre protección de datos y, eventualmente, algunas disposiciones de

consumo respecto a sus propios servicios). En contraste, la relación de alquiler se celebra directamente entre particulares, quedando en principio fuera del régimen especial de protección al consumidor, salvo que el arrendador actúe de manera habitual y profesional, lo que podría alterar su calificación jurídica.

186. Este escenario híbrido plantea retos adicionales desde el punto de vista contractual. Por ejemplo, surge la interrogante de si se aplican los usos mercantiles a los contratos celebrados entre particulares. En la mayoría de los casos, se aplicaría el Derecho civil común, lo que puede derivar en lagunas normativas, dado que un particular a menudo no formaliza un contrato escrito ni recoge con detalle todas las estipulaciones necesarias.

187. Esta carencia de formalidad podría afectar la seguridad jurídica en caso de disputa. Imagínese, por ejemplo, que un vestido arrendado se entregue sucio o que no llegue en absoluto: la resolución del conflicto se vería obligada a basarse en acuerdos informales, como los pactos alcanzados a través de un chat, lo que genera incertidumbre para ambas partes involucradas. Por ello, muchas plataformas optan por asumir un rol regulador, estableciendo reglas claras que actúan como condiciones generales impuestas a estos alquileres entre terceros. Algunas incluso ofrecen garantías –como asegurar las prendas contra daños– para fomentar la confianza de los usuarios y dotar de mayor seguridad jurídica a la relación contractual.

188. Todo ello evidencia la versatilidad del Derecho mercantil para adaptarse a nuevos modelos económicos, pero también su complejidad al tener que abordar relaciones jurídicas interconectadas: plataforma–usuario arrendador, plataforma–usuario arrendatario y arrendador–arrendatario entre sí. La sistematización exige, por tanto, desdoblar cada una de estas relaciones y analizar su naturaleza y efectos por separado.

189. En conclusión, considerar el *fashion rental* como un contrato mercantil tiene un valor más contextual y teórico que práctico en lo relativo al contenido normativo aplicable, ya que en la práctica la regulación sustantiva proviene mayoritariamente del Derecho civil general y del Derecho de consumo. No obstante, su inserción en el tráfico empresarial moderno implica relevantes consecuencias colaterales: sujeción a normas de comercio electrónico, obligaciones contables (las prendas alquiladas son activos circulantes) y eventualidad de concursos de acreedores (en cuyo caso las prendas formarían parte de la masa activa, respetando derechos de uso previamente concedidos), entre otras.

190. Asimismo, en muchos casos, el *fashion rental* se encuentra vinculado a contratos mercantiles accesorios, como el *leasing* o la financiación para adquirir el stock de ropa, que sí están tipificados. También la fiscalidad adquiere relevancia: los ingresos por alquiler son rendimientos mercantiles; un impago por parte de un cliente empresa genera un crédito comercial; y si el deudor es un consumidor, la empresa debe valorar la viabilidad de su reclamación judicial.

191. En definitiva, el Derecho mercantil contemporáneo tiende a una creciente transversalidad con el Derecho civil, de modo que la tradicional distinción entre contratos civiles y mercantiles cede en importancia frente al análisis del estatus de las partes (empresario vs consumidor) y de la finalidad del contrato. Algunos autores incluso hablan de una cierta “desmercantilización” del sistema: muchos contratos típicamente empresariales carecen de regulación mercantil específica y se rigen por normas civiles generales y leyes transversales como la de consumidores. El *fashion rental* refleja claramente esta tendencia. Sin perjuicio de ello, desde el punto de vista didáctico y dogmático, sigue siendo útil enmarcarlo como contrato mercantil para aplicar criterios propios de la contratación empresarial y comprender su contexto económico y jurídico.

4.3. Digitalización y formalización electrónica del *fashion rental*

192. La digitalización ha reducido significativamente los costes de transacción en el ámbito del *fashion rental*, eliminando la necesidad de encuentros presenciales o el intercambio físico de documen-

tos. Además, ha ampliado el alcance geográfico del servicio: un cliente en cualquier punto del territorio nacional puede alquilar prendas de una empresa ubicada en otra provincia y recibirlas cómodamente por mensajería.

193. No obstante, esta virtualización plantea diversos retos en términos de seguridad jurídica tecnológica, como la autenticación de las partes, la integridad de los acuerdos, la protección de datos personales y la seguridad en los pagos electrónicos. Las plataformas tratan de mitigar estos riesgos exigiendo registros con correo electrónico verificable, y en muchos casos, verificación adicional de identidad (especialmente en modelos P2P, donde se solicita DNI para generar confianza entre usuarios). También se recurre a pasarelas de pago seguras (tarjeta bancaria, PayPal, etc.) y a cláusulas contractuales que permiten autorizar cargos en caso de daños a las prendas.

4.3.1. Validez legal del consentimiento electrónico

194. Desde el punto de vista jurídico, las firmas electrónicas utilizadas suelen ser de tipo simple: basta con un clic de aceptación para considerar válido el consentimiento, sin requerirse una firma digital avanzada con certificado electrónico salvo en operaciones de mayor riesgo o volumen. Esta práctica se encuentra amparada legalmente. El artículo 24 de la LSSI equipara la prueba electrónica a la documental, y el Reglamento eIDAS de la UE¹⁰⁰, que ha sustituido a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica, reconoce la validez del consentimiento prestado electrónicamente, siempre que se pueda acreditar su autoría y contenido.

4.3.2. Ejecución y seguimiento digital del contrato

195. La tecnología también transforma la ejecución y el control del cumplimiento contractual. Las plataformas registran automáticamente fechas y horas relevantes: por ejemplo, si la prenda debía devolverse un lunes y se hace el miércoles, el sistema puede calcular el retraso y aplicar penalizaciones conforme a lo pactado (por ejemplo, “X euros por cada día de demora”). La integración con servicios logísticos permite el seguimiento del envío, lo que cobra especial relevancia en disputas sobre la devolución. Además, la gestión de incidencias se realiza por canales electrónicos (correo, chat interno), lo que ofrece trazabilidad y refuerza la prueba frente a las antiguas disputas verbales.

4.3.3. Accesibilidad y transparencia contractual

196. La formalización digital implica que las condiciones contractuales se presentan a menudo en formatos estandarizados y, en algunos casos, en documentos extensos (como los *Terms & Conditions*). Por ello, es crucial que las empresas de *fashion rental* hagan accesible esta información, utilizando resúmenes, infografías o textos claros, de forma que el consentimiento del usuario sea realmente informado. No basta con ocultar cláusulas en letra pequeña mediante un enlace remoto, ya que dicha práctica podría dar lugar a problemas de validez en caso de conflicto, debido a la falta de incorporación clara de la cláusula. Esto es especialmente relevante conforme al artículo 7 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, que exige claridad y la posibilidad real de que el usuario conozca dichas condiciones.

¹⁰⁰ El Reglamento (UE) N.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (eIDAS) establece las condiciones en que los Estados miembros deberán reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica notificado de otro Estado miembro, así como las normas para los servicios de confianza y un marco jurídico para las firmas electrónicas, los sellos electrónicos, los sellos de tiempo electrónicos, los documentos electrónicos, los servicios de entrega electrónica certificada y los servicios de certificados para la autenticación de sitios web.

4.3.4. Reputación, cumplimiento y entorno P2P

197. Otro impacto de la digitalización es la posibilidad de implementar sistemas de reputación o valoración en plataformas abiertas, en las que los usuarios califican tanto la prenda como al arrendatario o arrendador. Aunque este mecanismo es más característico de los esquemas *peer-to-peer* –puesto que en entornos B2C generalmente se califica únicamente el servicio ofrecido por la empresa–, tales sistemas incentivan el cumplimiento contractual. Por ejemplo, un cliente que devuelva tarde una prenda podría recibir una reseña negativa, lo que le dificultaría futuros alquileres. Aunque jurídicamente no existe una regulación específica para estos sistemas, forman parte de la auto-organización contractual inherente al entorno digital.

4.3.5. Protección de datos personales

198. La protección de datos es un elemento legal ineludible: al registrarse y contratar, el usuario cede datos personales como el nombre, la dirección, las tallas, e incluso gustos de estilo en algunos casos. Las empresas deben cumplir escrupulosamente el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), informando claramente del uso y finalidad de los datos, y obteniendo consentimiento para finalidades accesorias como comunicaciones comerciales. Un caso particular es la solicitud de imágenes del usuario con la prenda para promociones o concursos (“comparte tu look”): ello requiere una autorización específica para el uso de imagen, no subsumible en el contrato principal, por lo que debe tratarse con especial cautela para no invadir derechos del consumidor.

4.3.6. Formalización electrónica y prueba documental

199. Aunque todo el proceso se realice de forma digital, es recomendable que el arrendador proporcione un justificante del contrato: un correo electrónico con el resumen del pedido (prenda, talla, fechas, precio, fianza, enlace a políticas de daños) cumple esta función. El TRLGDCU exige que en las contrataciones a distancia se entregue al consumidor confirmación en un soporte duradero, lo cual puede satisfacerse mediante un correo o un archivo PDF. Además, es conveniente incluir o vincular a las condiciones generales vigentes en el momento del contrato, ya que la empresa puede actualizarlas para futuros acuerdos, pero al contrato concreto le resultan aplicables las aceptadas en su momento.

4.3.7. Supervisión y exposición pública

200. La escalabilidad digital del *fashion rental* también conlleva una mayor exposición a la competencia y a la supervisión administrativa. Las autoridades de consumo pueden revisar plataformas y apps para verificar el cumplimiento normativo (p. ej., información sobre el derecho de desistimiento o la ausencia de cláusulas abusivas). Por otro lado, el canal digital empodera a los consumidores, que pueden compartir experiencias o incluso organizar reclamaciones colectivas en redes sociales, presionando a las empresas para mantener altos estándares de transparencia y responsabilidad.

201. En definitiva, el entorno digital constituye el hábitat natural del *fashion rental* contemporáneo: sin internet, este modelo difícilmente habría trascendido el ámbito limitado de los tradicionales negocios locales de alquiler de trajes. El Derecho ha sabido adaptarse con razonable eficacia a esta transformación, ofreciendo un marco normativo que reconoce plenamente la validez de la contratación electrónica y garantiza la protección del consumidor también en el entorno online. Como han señalado los tribunales, los principios fundamentales que rigen los contratos tradicionales siguen siendo aplicables en el ciberespacio, con las necesarias adaptaciones técnicas, pero sin que ello altere su esencia jurídica.

En este sentido, un contrato electrónico de alquiler de ropa produce “todos los efectos previstos” por las normas civiles y mercantiles, incluidas aquellas destinadas a la defensa de los consumidores, tal y como recoge la LSSI.

202. Así pues, la digitalización no modifica la naturaleza jurídica del *fashion rental*, pero sí introduce nuevos instrumentos para su perfeccionamiento, ejecución y control. De ahí que su análisis exija una visión transversal que combine el Derecho de contratos con el Derecho de la sociedad de la información.

5. Desafíos y perspectivas: seguridad jurídica, sistematización del derecho privado y evolución normativa

203. El auge del *fashion rental* plantea una serie de desafíos jurídicos que van más allá de cada caso concreto, incidiendo en la evolución estructural del Derecho privado ante nuevas formas de contratación. Para concluir, se exponen los principales retos desde la óptica de la seguridad jurídica y la sistematización, así como las perspectivas que condicionan la incorporación efectiva de esta figura al sistema jurídico español.

5.1. Claridad conceptual y calificación jurídica: el *fashion rental* como arrendamiento atípico

204. El contrato de alquiler de prendas de vestir o complementos, en sus distintas modalidades, se configura como un arrendamiento atípico de cosa no consumible. Sin embargo, su proliferación difumina las fronteras tradicionales entre los contratos. Donde antes se diferenciaba nítidamente entre propiedad y uso temporal, hoy surgen modelos híbridos –*leasing, renting, sharing*– donde el acceso al uso se mercantiliza sin implicar transferencia de propiedad.

205. El Derecho español, gracias a la flexibilidad de la autonomía de la voluntad, puede acoger estas figuras sin necesidad de rupturas conceptuales: la categoría general del contrato (arts. 1254 y ss. del CC) lo permite, y se engloban dentro del arrendamiento en sentido amplio, como contrato de goce o disfrute. No obstante, desde una perspectiva dogmática, resulta fundamental refinar su clasificación: ¿deben todos estos contratos de “pago por uso” tratarse igual que un arrendamiento tradicional? ¿O conviene crear subcategorías con régimen propio?

206. Actualmente, la doctrina tiende a agruparlos bajo la categoría de “contratos de acceso a bienes”, en contraposición a los de transferencia de bienes. Disponer de criterios de calificación claros y coherentes refuerza la seguridad jurídica, pues de ello dependen aspectos clave como la ley aplicable, la posible analogía con contratos típicos y la integración de lagunas normativas. Pensemos, por ejemplo, en un conflicto futuro: una empresa de *fashion rental* entra en quiebra y deja a decenas de clientes sin sus prendas reservadas. ¿Qué régimen aplicamos? ¿Arrendamiento civil de cosa? ¿Prestación de servicios? ¿Contrato de suministro? La falta de precedentes obliga a razonar por analogía. Por tanto, avanzar en una doctrina uniforme sobre la naturaleza jurídica del *fashion rental* facilitará una respuesta judicial coherente.

207. Como ha reconocido la jurisprudencia, el *renting* –y, por extensión, el *fashion rental*– “integra las características esenciales del arrendamiento de cosas y una prestación de servicios, por cuanto se asegura el mantenimiento del bien cedido¹⁰¹”. Esta naturaleza mixta puede servir de base para una calificación jurídica más precisa.

¹⁰¹ SAP de Barcelona 341/2006 de 29 de mayo de 2006, F.J. 2º [ECLI:ES:APB:2006:6572], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c42b830757fbbf89/20070104> (consultado el 20 de mayo de 2025).

5.2. Integración en el sistema de contratos típicos: entre la atipicidad y la tipicidad social

208. Ligado a lo anterior, uno de los retos centrales es la integración de estos contratos atípicos en el sistema tradicional de Derecho privado. El Código Civil, de inspiración decimonónica, recoge los contratos típicos de su tiempo, al igual que el Código de Comercio. Sin embargo, la práctica moderna ha generado una pluralidad de contratos *sui generis* –franquicia, *factoring*, *time-sharing*, distribución, *leasing*, *car-sharing*, *fashion rental*, entre otros– que operan al margen de una regulación específica.

209. La técnica habitual ha sido permitir que la jurisprudencia y la doctrina clasifiquen estas figuras dentro de los moldes existentes o, en su caso, reconozcan su autonomía conceptual sin necesidad de legislación expresa. Como señaló la Audiencia Provincial de Santander, “junto a la tipicidad normativa se habla de una tipicidad social, para hacer referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la conciencia social de una época y se individualizan por obra de la doctrina y la jurisprudencia¹⁰²”.

210. No obstante, parte de la doctrina plantea la necesidad de actualizar el marco legislativo, reconociendo y regulando de forma mínima algunas figuras ampliamente consolidadas, a fin de dotarlas de un régimen supletorio más ajustado que el que permite la simple analogía. En el caso del *fashion rental*, ¿sería necesaria una ley específica? Probablemente no. Pero sí podría contemplarse, por ejemplo, la inclusión en una eventual reforma del Código Civil de una mención a los arrendamientos de bienes muebles de consumo duradero, incorporando sus particularidades (del mismo modo que la LAU regula de forma específica los arrendamientos urbanos).

211. Otra vía posible es la autorregulación sectorial. Así, una asociación de empresas de alquiler de moda podría elaborar estándares comunes, cláusulas tipo o códigos de buenas prácticas. Estos documentos podrían adquirir valor cuasi-normativo y servir como punto de referencia en caso de litigio, proporcionando un marco de actuación más claro y predecible tanto para operadores como para consumidores.

5.3. Dimensión internacional: el fashion rental y las reglas de Derecho internacional privado

212. El carácter internacional de muchas operaciones de *fashion rental* plantea cuestiones significativas en el ámbito del Derecho internacional privado. En el espacio europeo, los Reglamentos Roma I¹⁰³ –sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales– y Bruselas I bis¹⁰⁴ –sobre competencia judicial internacional– establecen un marco regulatorio complejo.

213. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en decisiones recientes –como los asuntos *Diamond Resorts Europe*¹⁰⁵ o *Club La Costa*¹⁰⁶–, la existencia de elementos

¹⁰² SAP de Santander 380/2004 de 27 de septiembre de 2004, F.J. 2º [ECLI:ES:APS:2004:1791], sentencia disponible aquí <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe47c8c3ea3f67f1/20041111> (consultado el 20 de mayo de 2025).

¹⁰³ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹⁰⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición).

¹⁰⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *JF, NS contra Diamond Resorts Europe Limited (Sucursal en España), Diamond Resorts Spanish Sales, S. L. y Sunterra Tenerife Sales, S. L.*, asunto C-632/21 [ECLI:EU:C:2023:671], sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277406&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69891> (consultado el 20 de mayo de 2025).

¹⁰⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *NM contra Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd., CLC Resort Development Ltd y European Resorts & Hotels, S. L.*, asunto C-821/21 [ECLI:EU:C:2023:672], sentencia disponible aquí <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277408&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75249> (consultado el 20 de mayo de 2025).

de extranjería en una relación contractual activa automáticamente el sistema de normas de conflicto, incluso cuando las partes comparten la misma nacionalidad. Así, por ejemplo, un contrato entre una plataforma británica de *fashion rental* y una usuaria española estaría sujeto a estas normas: la ley aplicable se determinaría, en principio, por la autonomía de la voluntad (artículo 3 del Reglamento Roma I), pero con la limitación que introduce el artículo 6 para contratos de consumo, que impone la aplicación de las disposiciones imperativas del país de residencia habitual del consumidor.

214. En consecuencia, la internacionalización del *fashion rental* obliga a las plataformas a conocer y aplicar correctamente este entramado regulatorio. Empresas como *Rent the Runway*, si prestan servicios a clientas en España, deben ser conscientes de que la normativa de protección de consumidores de la UE tenderá a imponer la aplicación del Derecho español en lo que respecta a las garantías mínimas para el usuario, conforme a los Reglamentos Roma I y Bruselas I bis.

5.4. Seguridad jurídica vs. innovación contractual: un equilibrio necesario

215. Existe una tensión inherente entre garantizar seguridad jurídica –a través de normas claras, estables y tipificadas– y permitir la innovación contractual– mediante la libertad y flexibilidad que proporciona el principio de autonomía privada. El fenómeno del *fashion rental* es un ejemplo paradigmático de innovación: combina elementos del comercio electrónico, la economía colaborativa y el arrendamiento de bienes muebles.

216. Una regulación prematura o excesivamente rígida podría dificultar su desarrollo natural. El sector aún se encuentra en evolución constante, y muchas iniciativas están en fase de prueba y error. Así, algunas empresas han replanteado su modelo de negocio ante dificultades operativas, como ocurrió con *La Más Mona*, que en 2023 pausó su actividad para explorar vías de escalabilidad sostenibles. En este contexto, el Derecho debe acompañar la transformación del sector sin encorsetarla, adoptando un enfoque que combine principios generales con una mínima intervención normativa. Como ha señalado MARTÍNEZ CAÑELLAS, “cabe que la finalidad del arrendamiento sea la financiación de la adquisición del bien (...) o bien que la finalidad sea exclusivamente la cesión temporal del uso del bien mueble, sin asunción de prestaciones complementarias por parte del arrendador¹⁰⁷”. La seguridad jurídica aquí se logra en gran medida asegurando que los principios generales –buena fe, equilibrio, responsabilidad– se apliquen para solucionar disputas justamente, más que dictando normas detalladas que quizás quedarían obsoletas pronto.

217. Uno de los retos más tangibles en términos de seguridad jurídica es la dispersión normativa. Hoy coexisten normas del Código Civil, del TRLGDCU, de la LSSI, entre otras. Esta fragmentación obliga a operadores y consumidores a navegar un marco normativo complejo y poco sistemático. Sería deseable que, en un futuro proceso de reforma del Derecho de contratos –largamente debatido pero aún pendiente en España– se contemplara la creación de un cuerpo común que unifique principios aplicables a contratos atípicos y contratos con consumidores, reduciendo así la actual atomización normativa.

5.5. Evolución normativa y su impacto en el *fashion rental*

218. El marco normativo español en materia de sostenibilidad se encuentra íntimamente vinculado a la estrategia legislativa de la Unión Europea, que ha desarrollado un conjunto de normas dirigidas a transformar el modelo económico lineal en uno verdaderamente circular. En este contexto, el sector textil, incluido el alquiler de moda, ha sido identificado como prioritario. Destacan las siguientes normas y estrategias relevantes:

¹⁰⁷ A. MARTÍNEZ, “Sobre el concepto y régimen jurídico del contrato de renting”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, n.º3, 2010, pp. 79–124.

- La Directiva (UE) 2018/851¹⁰⁸, por la que se modifica la Directiva sobre residuos, establece objetivos vinculantes de preparación para la reutilización y reciclado de residuos, así como la introducción obligatoria de la recogida separada de residuos textiles antes de 2025.
- La estrategia de la UE para los Textiles Sostenibles y Circulares (COM/2022/141 final), publicada por la Comisión Europea en marzo de 2022, establece objetivos para asegurar que todos los productos textiles comercializados en la UE sean duraderos, reparables, reciclables y producidos de manera sostenible antes de 2030. Promueve específicamente modelos de negocio como el alquiler de ropa, reconociendo su potencial para alargar la vida útil de los productos textiles¹⁰⁹.
- El Reglamento de diseño ecológico para productos sostenibles¹¹⁰ (*Ecodesign for Sustainable Products Regulation – ESPR*) extenderá los requisitos de diseño ecológico más allá de productos energéticos e incluirá textiles. Incluirá pasaportes digitales de producto, trazabilidad de materiales y métricas obligatorias de durabilidad y reparabilidad.
- La Directiva (UE) 2024/825, ya mencionada, sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica, obliga a justificar todas las alegaciones medioambientales con base empírica. Prohíbe alegaciones del tipo “respetuoso con el medio ambiente” sin evidencia contrastable.
- El Plan de Acción de Economía Circular de la UE (COM/2020/98 final) prevé medidas específicas para “sectores con alto potencial circular”, entre ellos, los textiles. Impulsa iniciativas legislativas vinculadas a la responsabilidad ampliada del productor en este ámbito.
- La propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas (*Green Claims Directive*, COM/2023/166 final), presentada por la Comisión Europea en marzo de 2023, establecerá obligaciones específicas para verificar y justificar cualquier alegación medioambiental voluntaria realizada por operadores económicos.

219. Estos instrumentos europeos se trasladan progresivamente al derecho español mediante transposición o aplicación directa, como ocurre con la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y los Planes de Acción Nacional de Economía Circular. En conjunto, configuran un entorno en el que el alquiler de moda aparece no solo como una opción comercialmente viable, sino también legalmente incentivada, siempre que cumpla criterios de trazabilidad, reutilización efectiva y no incurran en *greenwashing*.

220. A diferencia del entorno normativo europeo, en Estados Unidos no se han producido reformas federales recientes directamente aplicables al alquiler de moda, ni modificaciones sustanciales en el UCC que alteren el marco contractual general del arrendamiento de bienes muebles. No obstante, algunos desarrollos legislativos de carácter estatal –ya analizados previamente– están comenzando a incidir indirectamente en el sector del *fashion rental*, en especial aquellos vinculados a la sostenibilidad, la gestión de residuos textiles y la publicidad medioambiental. En este sentido, normas como la SB-707 del estado de California (*Responsible Textile Recovery Act of 2024*) y las FTC Green Guides, actualmente en revisión, podrían tener un impacto creciente sobre las empresas dedicadas al alquiler de prendas, especialmente en lo relativo a la trazabilidad de los productos, el tratamiento de residuos y la veracidad de las alegaciones comerciales en materia de sostenibilidad.

¹⁰⁸ Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos (Texto pertinente a efectos del EEE).

¹⁰⁹ Tal y como se indica en la página 3 de la mencionada comunicación, “prolongar la vida útil de los productos textiles es la manera más eficaz de reducir significativamente su impacto en el clima y en el medio ambiente. Para lograrlo, el diseño de los productos desempeña un papel clave. Las deficiencias de calidad, como la solidez de los colores, la resistencia al desgarro o la calidad de las cremalleras y las costuras, son algunas de las principales razones por las que los consumidores descartan productos textiles. Una mayor durabilidad permitirá a los consumidores utilizar la ropa durante más tiempo y, al mismo tiempo, apoyar modelos de negocio circulares como la reutilización, el alquiler y la reparación, los servicios de recogida y el comercio de segunda mano, creando oportunidades de ahorro para los ciudadanos”.

¹¹⁰ Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, se modifican la Directiva (UE) 2020/1828 y el Reglamento (UE) 2023/1542 y se deroga la Directiva 2009/125/CE (Texto pertinente a efectos del EEE).

5.6. Retos prácticos específicos: soluciones para problemas concretos

221. El *fashion rental* plantea una serie de situaciones prácticas que requieren respuestas jurídicas claras y previsibles. A continuación, se analizan algunos de los problemas más relevantes en la operativa de estos contratos:

a) Determinación del valor de indemnización en caso de pérdida o daño de la prenda

222. Uno de los principales retos es valorar económicamente una prenda usada cuando no existe acuerdo previo entre las partes. ¿Cómo determinar judicialmente el importe indemnizatorio por la pérdida o deterioro de un vestido previamente alquilado? En estos casos, entran en juego elementos como la prueba pericial, las facturas de compra originales, el grado de uso previo y la depreciación del bien. Aunque sería recomendable que los contratos establecieran un valor pactado para estos supuestos, en ausencia de ello, los jueces deberán aplicar criterios de valor venal o de mercado, lo que introduce una dosis de incertidumbre para ambas partes.

b) Encaje con el Derecho penal en caso de apropiación indebida

223. Si un arrendatario no devuelve la prenda intencionalmente, podría incurrir en responsabilidad penal por apropiación indebida. Es poco frecuente, pero las empresas podrían interponer denuncias en casos flagrantes. Esto añade otra capa: el contrato de arrendamiento, al no transmitir propiedad, configura una relación de mera tenencia donde la apropiación posterior del bien ajeno podría constituir delito. La amenaza penal actúa como disuasorio.

c) Pluralidad de prendas o servicios accesorios

224. Muchos contratos de *fashion rental* adoptan modalidades de suscripción, en las que se incluyen paquetes mensuales que permiten el uso de varias prendas y accesorios. Esta configuración multiplica las obligaciones de ambas partes: el usuario debe devolver la totalidad de los artículos en las condiciones pactadas, y la empresa debe garantizar una oferta adecuada y suficiente. Además, se suelen incorporar cláusulas relativas a la sustitución de prendas, límites al número de intercambios mensuales, servicios de limpieza incluidos, entre otros. Todo ello añade complejidad logística y jurídica. El reto consiste en mantener estos contratos comprensibles, equilibrados y fácilmente ejecutables, sin sacrificar la experiencia del usuario ni los márgenes operativos de la empresa.

d) Aspectos de sostenibilidad y calidad del servicio

225. La promesa de sostenibilidad es uno de los principales atractivos del *fashion rental*, al fomentar el uso compartido frente al consumo desechable. No obstante, desde un punto de vista jurídico, esta práctica implica la obligación para las empresas de mantener un estándar mínimo de calidad. Tras múltiples alquileres, una prenda puede presentar signos visibles de deterioro. ¿Cuándo debe retirarse del circuito? Si una clienta recibe un vestido excesivamente desgastado o en mal estado, podría considerarse un incumplimiento contractual, afectando a la confianza en el servicio.

226. Aunque no se trate estrictamente de una obligación legal, el mantenimiento del estándar forma parte del deber de diligencia profesional. Como ha señalado Susy Inés Bello Knoll, “el Derecho de la Moda como especialidad preocupada por este sector puede contribuir al desenvolvimiento sosten-

nible de los actores implicados¹¹¹”, incluyendo el cumplimiento de expectativas razonables en la calidad del producto ofrecido.

5.7. Convergencia público–privada: el fashion rental como expresión de la moda sostenible

227. Un último desafío —más estructural que operativo— es la interacción del *fashion rental* con políticas públicas e incentivos normativos vinculados a la sostenibilidad. En el contexto de la transición verde impulsada por la Unión Europea, se están debatiendo medidas para fomentar modelos de negocio basados en el acceso en lugar de la propiedad, en línea con la economía circular. De aprobarse en el futuro incentivos fiscales, estándares de reutilización o exigencias higiénicas específicas para el alquiler de textiles, ello impactaría directamente en la regulación y práctica de estos contratos.

228. La seguridad jurídica en este ámbito exige, por tanto, una mirada transversal que integre no sólo las normas civiles y mercantiles, sino también la normativa administrativa y sectorial emergente. La doctrina especializada ha puesto de relieve la importancia de considerar —en el marco del *fashion law*— aspectos vinculados a los derechos fundamentales y a la salud pública. Como se ha señalado en diversos foros internacionales, “no es menos importante descubrir la violación o el riesgo de falta de respeto a derechos humanos como el derecho a la salud” en este sector, especialmente en relación con las condiciones de producción, higienización y reutilización de prendas.

229. En definitiva, el *fashion rental* no sólo plantea desafíos contractuales clásicos, sino que se sitúa en la intersección entre la innovación privada, el interés público y las nuevas exigencias éticas del consumo sostenible.

6. Resolución de conflictos en contratos de fashion rental

230. Los conflictos derivados de contratos de *fashion rental* presentan particularidades que obligan a repensar los mecanismos clásicos de resolución de controversias. La relación entre arrendador y consumidor suele canalizarse a través de plataformas digitales, en contratos de adhesión, con escasa o nula posibilidad de negociación. Esta configuración refuerza la necesidad de soluciones eficaces, ágiles y proporcionales.

231. En el sistema español, las controversias relacionadas con el alquiler de moda suelen resolverse por la vía civil ordinaria, y en el caso de consumidores, se activan también los mecanismos previstos en el TRLGDCU, que permite invocar la nulidad de cláusulas abusivas y la moderación de penalizaciones. En Estados Unidos, las disputas contractuales entre plataformas de *fashion rental* y consumidores se tramitan en función del importe y jurisdicción ante cortes estatales o de distrito, y con base en el *common law* contractual y el *Article 2A* del UCC. Las cláusulas de elección de fuero o arbitraje son frecuentes, pero su validez se ha visto limitada por la doctrina de la *unconscionability*. En ambos casos, el recurso a la vía judicial puede resultar poco eficiente dada la baja cuantía individual de las reclamaciones y la naturaleza recurrente de los contratos.

6.1. Arbitraje y mediación: potencial y límites

232. Algunas plataformas incluyen cláusulas de arbitraje obligatorio, especialmente en Estados Unidos, como método para resolver disputas fuera del sistema judicial. No obstante, estas cláusulas

¹¹¹ S. BELLO KNOLL, “El Derecho de la Moda como herramienta de sostenibilidad”, *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, Ensayos, n.º 217, 202, pp. 267–274.

son discutidas cuando imponen restricciones excesivas al consumidor o limitan su derecho a acudir a tribunales. En España, el Sistema Arbitral de Consumo, promovido por la Administración, ofrece un canal alternativo eficaz y gratuito para resolver disputas menores, aunque no todas las empresas del sector están adheridas. Su utilidad podría ampliarse mediante mecanismos específicos para el alquiler de bienes de consumo, especialmente si se consolida el modelo *fashion rental* como una forma habitual de adquisición temporal.

233. Por su parte, la mediación civil y mercantil se presenta como una vía recomendable para controversias relacionadas con daños, penalizaciones o problemas de devolución. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece su marco normativo en España, aunque su uso sigue siendo escaso en el sector.

6.2. Soluciones integradas en plataformas digitales

234. Un fenómeno particular del *fashion rental* es la existencia de mecanismos internos de resolución de disputas ofrecidos por las propias plataformas (por ejemplo, formularios de reclamación, compensaciones automáticas, o políticas de garantía de satisfacción). Estas soluciones extrajudiciales suelen incluir la resolución rápida de incidencias por deterioro o retraso, las ofertas de reembolso parcial o crédito para futuras reservas o la evaluación automatizada del incumplimiento mediante algoritmos. Si bien estas herramientas ofrecen agilidad, no siempre garantizan imparcialidad ni permiten cuestionar cláusulas abusivas, por lo que su eficacia jurídica depende de su compatibilidad con el marco normativo vigente.

235. En Estados Unidos, algunas plataformas también imponen sistemas de resolución vinculante (*binding arbitration*), cuya validez está sujeta a revisión judicial si vulnera derechos básicos del consumidor. En España, aunque las plataformas ofrecen soluciones similares, la legislación protege con mayor claridad el derecho a recurrir a instancias públicas de resolución (judicial o arbitral).

7. Conclusiones

236. El contrato de *fashion rental* refleja la capacidad de adaptación del Derecho mercantil y civil español para adaptarse a las innovaciones del mercado. Desde la dogmática, lo entendemos como un arrendamiento innominado de bien mueble no consumible, válido por la vía del art. 1255 del CC, y regido supletoriamente por las normas del arrendamiento de cosas, integrado con la normativa de protección al consumidor cuando corresponda y con las particularidades derivadas de su naturaleza mercantil. Su articulación jurídica en el tráfico moderno ha sido posible sin necesidad de reformas legislativas *ad hoc*, lo cual demuestra la elasticidad del marco legal vigente, sustentado en principios generales, libertad de pactos y uso de la analogía. No obstante, su consolidación plena en el sistema jurídico dependerá de la evolución práctica y de la eventual formación de jurisprudencia que aclare puntos hoy hipotéticos.

237. Esta situación no es exclusiva del ordenamiento español. En el sistema estadounidense, por ejemplo, el *fashion rental* se articula a través del *Article 2A* del UCC, que proporciona un marco específico para el arrendamiento de bienes muebles, y que permite una mayor previsibilidad normativa, especialmente en operaciones B2C. Aunque las formas de protección al consumidor difieren —más dispersas y apoyadas en doctrinas como la *unconscionability*—, existe una coincidencia sustancial en cuanto a los retos operativos, las cláusulas contractuales habituales y los criterios de diligencia exigidos a las partes.

238. Así, pese a la diversidad de tradiciones jurídicas, se observa una tendencia compartida a resolver este tipo de contratos mediante una combinación de libertad contractual y mecanismos de control de equilibrio. Esta comparación evidencia que, tanto en España como en Estados Unidos, el derecho

positivo ha sido capaz de responder —desde herramientas distintas— a una misma realidad comercial emergente. Por el momento, la seguridad jurídica se garantiza a través de la aplicación de principios consagrados como la buena fe, la equidad y la supletoriedad de la ley; la protección del consumidor, que actúa como red de seguridad en los contratos de adhesión; y la validez de la contratación digital que permite a las partes vincularse con certeza pese a la distancia física.

239. Los mayores retos se centran en mantener un equilibrio justo entre los intereses en juego: proteger adecuadamente al consumidor sin desalentar un modelo de negocio sostenible y útil; y lograr una armonización efectiva de esta figura contractual con el complejo mosaico que la rodea. Desde una perspectiva académica, el *fashion rental* invita a reflexionar sobre la sistematización del Derecho privado: cómo las categorías clásicas —arrendamiento, compraventa, prestación de servicios— van difuminándose en la práctica, y cómo el Derecho debe responder de forma coherente. Lejos de suponer una amenaza, esta evolución puede enriquecer el sistema jurídico si se abordan sus desafíos con rigor doctrinal.

240. Al fin y al cabo, el Derecho mercantil siempre se ha nutrido de la praxis del comercio para desarrollar sus instituciones; hoy esa praxis viene dada por la digitalización, la economía colaborativa y la sostenibilidad, y el *fashion rental* es exponente de todas ellas.

241. En síntesis, el *fashion rental* se erige como un contrato mercantil atípico plenamente válido, que conjuga la figura del arrendamiento de cosas del Código Civil con elementos innovadores, encajando en el ordenamiento jurídico gracias a la flexibilidad de la autonomía de la voluntad y a la aplicación integradora de normas civiles, mercantiles y de consumo. Su estudio dogmático confirma la vigencia de los principios fundamentales del Derecho privado —voluntad, libertad, buena fe, responsabilidad— incluso en contextos novedosos, a la par que nos alerta sobre la necesidad de interpretar dichos principios a la luz de las nuevas realidades para garantizar soluciones jurídicas justas y sistemáticas. En palabras del art. 2 del Código de Comercio, estamos ante un acto de comercio análogo a los tradicionales, que se rige por las normas mercantiles en lo pertinente y, “a falta de éstas, por las del Derecho común”. Esta simbiosis de lo nuevo con lo tradicional es la clave para dotar de seguridad jurídica al *fashion rental* sin frenar su desarrollo en el tráfico económico moderno, tanto en Europea como en otros sistemas, como el estadounidense, donde la existencia de un marco normativo específico como el Article 2 del UCC permite abordar esta figura desde una lógica estructurada pero igualmente abierta a la innovación contractual.

Hacia una universalidad efectiva de los derechos fundamentales mediante una relectura de la subsidiariedad y de la confianza mutua en la UE

Towards effective universality of fundamental rights by rethinking subsidiarity and mutual trust in the EU

ILARIA PRETELLI¹

Senior Fellow

Instituto Suizo de Derecho Comparado

ORCID ID: 0000-0002-6231-8343

Recibido: 17.06.2025 / Aceptado: 25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9894

Resumen: Este artículo establece una conexión entre la creciente influencia de los organismos supranacionales sobre el derecho interno y la crisis sustancial e institucional del derecho internacional. Una serie de casos emblemáticos demuestran que cada vez resulta más irrealista limitar a las multinacionales al respeto del derecho privado, particularmente en la Unión Europea, donde el derecho internacional privado unificado y el principio de confianza mutua corren el riesgo de ser utilizados estratégicamente bajo el pretexto de una neutralidad técnica para despolitizar soluciones que favorecen los intereses económicos privados. Para resolver la tensión entre la integración jurídica supranacional y los intereses sociales locales, se propone restablecer el principio de subsidiariedad en su sentido original como herramienta que permita equilibrar la cohesión supranacional con la capacidad de las comunidades nacionales para contribuir de manera diversa a la creación de un corpus de derechos fundamentales verdaderamente universal y a la paz mundial. El artículo concluye proponiendo una interpretación diacrónica de los derechos fundamentales que, respetando la diversidad cultural, oriente el desarrollo del derecho transnacional hacia la justicia social y la paz mundial en lugar de facilitar la expansión de los mercados mundiales.

Palabras clave: derecho transnacional, principio de subsidiariedad, violencia contra la mujer, confianza mutua, sostenibilidad de la sociedad, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos humanos, Estado de Derecho, diligencia debida

Abstract: This paper establishes a connection between the growing influence of supranational bodies on domestic law and the substantial and institutional crisis of international law. A series of emblematic cases demonstrates that it is increasingly unrealistic to limit multinationals to compliance with private law, particularly in the European Union, where unified private international law and the principle of mutual trust risk being used strategically under the pretext of technical neutrality to depoliticise solutions that favour private economic interests. To resolve the tension between supranational legal inte-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación sobre la internacionalización del derecho privado coordinado por Elena Bargelli y promovido por la Asociación Italiana de Civilistas. Véase E. Bargelli, "Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato", *Accademia*, 2024, pp. 978-982 y I. Pretelli, "La transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile nella crisi istituzionale del diritto internazionale: quale evoluzione giuridica per una pace globale?", *Accademia*, 2024, pp. 1003-1029. Agradezco a Javier Carrascosa González su paciente relectura.

gration and local social interests, it is proposed to re-establish the principle of subsidiarity in its original sense as a tool to balance supranational cohesion with the capacity of national communities to contribute in diverse ways to the creation of a truly universal corpus of fundamental rights and world peace. The article concludes by proposing a diachronic interpretation of fundamental rights which, while respecting cultural diversity, guides the development of transnational law towards social justice and world peace rather than facilitating the expansion of global markets.

Keywords: transnational law, principle of subsidiarity, violence against women, mutual trust, societal sustainability, rights of women, rights of children, human rights, rule of law, due diligence

Sumario: I. Introducción. II. El problema de la distinción entre derecho público y privado. 1. El impacto social de los daños causados por las decisiones de las multinacionales. 2. Externalización de costes de daños por parte de las multinacionales a través de la explotación de vacíos regulatorios y la instrumentalización del pluralismo jurídico. III. La transnacionalización del Derecho civil y internacional privado. 1. El problema del Derecho internacional privado hoy; 2. La relación entre el Derecho internacional privado de fuente interna y las normas de coordinación entre ordenamientos supranacionales. 3. El derecho internacional privado de la Unión Europea. IV. La transformación del Derecho internacional privado entre la crisis normativa y la justicia social. 1. Progreso jurídico entre las diferencias culturales y la justicia universal. 2. Una perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales en la búsqueda de una paz social mundial duradera. V. Epistemología del derecho internacional privado. 1. Evolución de la relación entre el principio de confianza mutua en el Derecho internacional privado europeo y la consolidación de los derechos fundamentales. 2. El valor del principio de subsidiariedad para el principio de confianza mutua y derechos fundamentales. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Esta investigación surgió de algunas observaciones que, en un principio, parecían desconectadas. En primer lugar, en las últimas décadas, la proliferación de estudios y proyectos normativos elaborados por organismos transnacionales o supranacionales ha adquirido una enorme influencia en el derecho civil nacional. En este contexto, cobra especial relevancia la evolución del derecho internacional privado impulsada por la Unión Europea, así como el nuevo potencial que ofrece esta disciplina para el desarrollo del derecho transnacional. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que nos encontramos en un momento histórico en el que existe una innegable injerencia privada en la gobernanza pública. En tercer lugar, se observa una profunda crisis del sistema internacional que se manifiesta en las numerosas guerras en curso.

2. Nos preguntamos si sería posible poner en relación estas observaciones para explicar la actual crisis institucional del sistema internacional y la dificultad de mantener la necesaria correspondencia con la realidad del principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE. La hipótesis formulada es que una desmitificación de los intereses económicos que, protegidos bajo la apariencia de derecho civil puro, están influyendo en la credibilidad del sistema jurídico y de los derechos fundamentales, podría orientar hacia una modernización auténtica del derecho, incluyendo los derechos fundamentales.

3. La vía de investigación que se propone aquí consiste en interpretar los derechos fundamentales de manera dinámica y evolutiva, en lugar de considerarlos como un conjunto de normas escritas inmutables. Se argumenta que el universalismo de los derechos debe respetar el principio de subsidiariedad para evitar los riesgos del imperialismo cultural. Esto significa permitir que las diferentes comunidades nacionales evolucionen a su propio ritmo y manera hacia objetivos racionales comunes, y al mismo tiempo, que las influencias privadas en el derecho público sean supervisadas adecuadamente a través de un derecho internacional público emancipado de influencias políticas.

4. Este escrito considera que el jurista contemporáneo debe seguir las siguientes orientaciones

metodológicas: en primer lugar, reconocer que la distinción tradicional entre derecho público y derecho privado se ha difuminado ante la creciente influencia de las decisiones de las multinacionales en la esfera pública; en segundo lugar, analizar cómo estas empresas aprovechan las lagunas normativas y el pluralismo jurídico para aumentar sus beneficios externalizando los costes sociales derivados de su gobernanza, entonces sin reparar los daños causados a los sectores más vulnerables de la población; y, en tercer lugar, desarrollar instrumentos de derecho transnacional capaces de supervisar adecuadamente estas dinámicas y restablecer el equilibrio entre los intereses privados y el bien común público.

5. La aplicación del principio de subsidiariedad en su significado originario puede orientar esta búsqueda de equilibrio. Este principio establece que la sociedad superior debe abstenerse de ejercer su poder sobre asuntos que pueden resolverse en un nivel inferior, apoyando cuando sea necesario sin absorber las competencias locales. En el contexto actual, esto significa que las normas supranacionales deben respetar la capacidad evolutiva de las comunidades nacionales hacia objetivos racionales comunes, evitando tanto el imperialismo cultural como la imposición de soluciones uniformes cuando no sea necesario.

6. Esta perspectiva permite comprender por qué ciertos conflictos normativos, como los surgidos en torno a la maternidad subrogada, revelan dinámicas más amplias de instrumentalización del pluralismo jurídico. Cuando las empresas utilizan artificialmente el derecho extranjero para eludir prohibiciones nacionales orientadas a proteger valores fundamentales, se reproduce el mismo esquema de externalización de costes observado en otros ámbitos corporativos.

7. La verdadera universalidad de los derechos fundamentales se construye no mediante la imposición presente de normas uniformes que faciliten la expansión de mercados globales, sino reconociendo una evolución diacrónica común hacia la justicia social, respetando el equilibrio entre niveles supranacional y nacional que permite a cada comunidad desarrollarse hacia objetivos universales sin sacrificar su capacidad de resistir la mercantilización de las relaciones humanas fundamentales.

8. De esta manera, es posible comprender por qué los movimientos feministas proponen soluciones diferentes a problemas comunes a todas las mujeres. Estos movimientos feministas, aunque tienen características diferentes y están profundamente divididos con opiniones opuestas —véase la lucha contra el velo obligatorio en Irán y las leyes sobre la prostitución en Francia—, comparten la aspiración de una mayor libertad y dignidad para las mujeres en la esfera pública. Esta diversidad de respuestas frente a objetivos comunes ilustra cómo el respeto al principio de subsidiariedad permite que diferentes comunidades evolucionen hacia la justicia universal sin imposiciones externas. Al mismo tiempo, estos movimientos demuestran la importancia de resistir la reducción de los derechos fundamentales a meras transacciones económicas, ya sea la mercantilización del cuerpo femenino o la instrumentalización de las diferencias culturales por parte de actores económicos globales. El derecho transnacional debe, por tanto, desarrollar mecanismos que protejan tanto la diversidad cultural auténtica como la capacidad de las comunidades para resistir la externalización de costes sociales por parte de las multinacionales, garantizando así que el progreso hacia la universalidad de los derechos se base en la justicia social y no en la expansión de mercados globales.

II. El problema de la distinción entre derecho público y privado

1. El impacto social de los daños causados por las decisiones de las multinacionales

9. El ordenamiento jurídico de una comunidad local no está determinado exclusivamente por las autoridades del Estado gobernante ni por normas supranacionales. El impacto de las actividades empresariales, especialmente las de las grandes corporaciones comerciales, no es neutro desde el punto de vista social, medioambiental ni siquiera desde el punto de vista jurídico. La injerencia de la esfera

privada en la esfera pública está provocando un replanteamiento de la distinción entre derecho público y privado. El tamaño cada vez mayor de las empresas comerciales ha hecho poco realista seguir confinando todas las decisiones empresariales al ámbito del Derecho privado, como si no tuvieran repercusiones en la sociedad y en el medio ambiente².

10. Es experiencia común que la decisión de una empresa, tomada por un número muy pequeño de personas, puede cambiar radicalmente el entorno vital de un número muy grande de otras personas. Actuando dentro de estructuras impermeables al poder democrático, una o dos personas pueden cambiar radicalmente las condiciones de vida de al menos cuatro grupos de personas, directamente y de la noche a la mañana. A largo plazo, e indirectamente, las mismas decisiones monocráticas pueden cambiar el tejido social en el que se desarrolla la vida del grupo en cuestión.

A) Los trabajadores y sus familias

11. El primer grupo está formado por los empleados de las empresas y sus familias. Varios estudios señalan el fuerte aumento de las tasas de suicidio entre las personas en edad laboral de los grandes grupos industriales estadounidenses³. En Francia⁴ y en Japón⁵ los tribunales han reconocido la existencia de „acoso moral institucional” por parte de directivos y gerentes.

En 1999, los errores sistémicos detectados en el sistema de pago desarrollado por una filial de Fujitsu, denominado Horizon e implantado en toda la red postal del Reino Unido, condujeron a acusaciones infundadas de apropiación indebida de fondos contra numerosos subadministradores postales (subpostmasters)⁶. Se ha documentado que los subadministradores sufrieron prácticas de manipulación psicológica (gaslighting), siendo informados por el personal directivo de que ningún otro administrador había denunciado problemas similares, a pesar de que tal afirmación resultaba de una «práctica sistémica de ocultación»⁷. Post Office Limited inició una agresiva campaña de persecución judicial que resultó en el procesamiento de más de 900 personas, con 236 condenas privativas de libertad, hasta que 555 subadministradores interpusieron una acción colectiva (class action) en 2019. La sentencia dictada en el caso *Bates & Others v Post Office Ltd* llegó a la conclusión, finalmente, de que, tal y como habían señalado los postmasters veinte años antes, que de verdad el software Horizon contenía “fallos, errores y defectos” (bugs, errors and defects) susceptibles de causar discrepancias contables, allanando así el camino procesal para la anulación de las condenas de los subcarteros⁸.

Según los datos oficiales de Post Office Limited, el número total de condenas anuladas a fecha de 2 de febrero de 2024 asciende a 101 casos, incluyendo ocho supuestos en los que Post Office no actuó como parte acusadora. De los 147 casos tramitados completamente, al 37% se les denegó el permiso para apelar o fueron retirados del procedimiento tribunal. En veinte años, el impacto y los costes sociales del

² A. B. CARROLL, „Corporate Social Responsibility, Evolution of a definitional construct”, *Business & Society* 1999, pp. 268 y ss.

³ A. SUSSELL/ C. PETERSON/ J. LI/ A. MINIÑO/ K.A. SCOTT/ D.M. STONE, *Morbidity and Mortality Weekly Report* 2023;72:1346-1350.

⁴ Los ex directores generales de France Télécom Didier Lombard y Louis-Pierre Wenès fueron condenados en Francia por el Tribunal de Apelación de París el 30 de septiembre de 2022 a un año de prisión con suspensión de pena y a una multa de 15.000 euros.000 euros por la política „desenfrenada” de reducción de plantilla aplicada en France Télécom entre 2007 y 2008, que provocó la salida de 22.000 empleados y el despido de otros 10.000 (de un total aproximado de 120.000 empleados) y causó una oleada de treinta y cinco (35 sic!) suicidios. Las medidas se denominaron „acoso institucional” o „*harcèlement moral institutionnel*”. El recurso ante el Tribunal de Casación sigue pendiente. Véase R. SAADA, *Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d’entreprise peut devenir un délit*, *Travailler* 2021, pp. 75-86, M. DEBOUT/ J.-C. DELGÈNES, «De plus en plus de suicides sont causés par le harcèlement moral», en *Idées reçues sur le suicide* 2024, pp. 101-110.

⁵ A. SALA, «Activisme judiciaire et transformations de l’action publique au Japon. Le cas de la mort et du suicide par surmenage (karōshi-karōjisatsu)», *Gouvernement et action publique*, 2024, pp. 5-28.

⁶ „Post Office scandal: The ordinary lives devastated by a faulty IT system”. BBC News. 17 January 2024.

⁷ „Post Office Ltd: Management Culture Volume 736: debated on Thursday 13 July 2023”. UK Parliament Hansard.

⁸ *Bates and Others v Post Office* [2019] EWHC 3408 (QB). Judgment (No. 6) Horizon Issues” (PDF). *judiciary.uk*. Archived (PDF) from the original on 23 June 2021.

ocultamiento deliberado por parte de la dirección de Correos son difíciles de calcular, y la indemnización nunca podrá reflejar los cambios vitales sufridos por miles de personas, los postmasters y sus familias, que eran inimaginables. Al menos cuatro postmasters se suicidaron.

Este caso ilustra las consecuencias de las decisiones que dieron prioridad a evitar el daño a la imagen de la empresa frente a evitar el daño a la sociedad humana. El resultado es que aumenta la proporción y la importancia del daño a las personas y, a la larga, también aumenta la proporción del daño a la imagen de la empresa.

La empresa no solo será responsable por los daños causados, sino también por cualquier otro daño que se derive de su falta de actuación tras descubrir los daños iniciales.

12. Además, la prosperidad socioeconómica del Estado no puede separarse de la de los trabajadores y sus familias. El Estado italiano expresa este concepto en el primer artículo de la Constitución italiana, que se define como una república fundada en el trabajo. Toda entidad política, tanto cada Estado como la UE, debe encontrar la manera de garantizar la cohesión social de las personas bajo su jurisdicción. A falta de una corrección espontánea, una intervención judicial puede corregir la mercantilización de los trabajadores, ya prohibida en la Declaración de Filadelfia inaugurada en 1944 con la fórmula «el trabajo no es una mercancía».

B) Los consumidores

13. El segundo grupo, aún más amplio, son los clientes de las multinacionales, que incluyen consumidores, pero también clientes profesionales, que contratan con la empresa para sus propios fines comerciales. La necesidad de que el Estado controle la seguridad de los productos comercializados se beneficia de una reflexión más extensa por parte de los juristas, al haberse desarrollado progresivamente desde el siglo XX como consecuencia de una serie de catástrofes que marcaron la historia del derecho de la responsabilidad civil y administrativa como, por ejemplo, la asbestosis (Italia, 1907), el Elixir Sulfanilamida (Estados Unidos, 1937), la talidomida (Europa, 1957-1961) y el dietilestilbestrol - DES (décadas de 1940 a 1970). Estos escándalos sanitarios llevaron a la adopción de nueva legislación sobre la seguridad de los productos comercializados, estableciendo regímenes de responsabilidad más estrictos y sistemas de vigilancia preventiva.

14. La insuficiencia de la legislación de protección de los consumidores para contrarrestar la disparidad del poder de negociación entre consumidores y multinacionales es ahora evidente con la revolución digital.⁹ Las autoridades nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han reaccionado inicialmente al „desequilibrio significativo” observado, concediendo a los usuarios de plataformas profesionales la misma protección que a los consumidores¹⁰.

15. Sin embargo, incluso en presencia de una legislación que impone la protección del cliente final, la acción judicial es esencial frente a las políticas corporativas que a menudo prefieren ocultar los defectos de fabricación de sus productos para proteger su imagen.

Actualmente, en Francia, un juez de instrucción de Besançon investiga colisiones mortales en las que se vieron implicados vehículos pesados equipados con neumáticos Goodyear. La investigación ju-

⁹ Véase G. ALPA, «On Contractual Power of Digital Platforms», *European Business Law Review* 2023, pp. 377-390; L. IDOT, «La distinction entre la ‘matière contractuelle’ et la ‘matière délictuelle’ revisitée par les actions en droit de la concurrence», *Revue critique de droit international privé* 2021, 440-460; I. PRETELLI, «A Humanist Approach to Private International Law and the Internet», *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, pp. 201-244, en 224.

¹⁰ TJUE, 24 de noviembre de 2020, *Wikinghof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950. En Italia, las prácticas de las plataformas digitales han sido objeto de sanciones administrativas, véase, por ejemplo, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 23 de marzo de 2016, n.º 25940 (I/779) Boll. n.º 11/2016. En Francia, la ley „*Sécuriser et réguler l’espace numérique*”, de 21 de mayo de 2024, pretende establecer la equidad comercial prohibiendo a las plataformas digitales favorecer sus propios servicios y reducir la dependencia de las empresas de los proveedores en nube.

dicial se abrió después de que la viuda de un camionero fallecido en julio de 2014 en un accidente en el departamento de Doubs, presentara querrela como parte civil. Entre 2010 y 2015, según el registro elaborado por ella, se documentaron 76 accidentes relacionados con el reventón de neumáticos Goodyear, que causaron un total de 56 víctimas mortales y 142 heridos¹¹.

Dos entidades del gigante estadounidense de los neumáticos Goodyear (SAS Goodyear France, que distribuye los neumáticos en territorio francés, y SAS Goodyear Opérations, que fabrica los neumáticos en cuestión y tiene su sede social en Luxemburgo) han sido citadas a comparecer ante el juez de instrucción de Besançon «con vistas a una posible inculpación» en el marco de una investigación por homicidio involuntario. La investigación incluye cargos de «engaño sobre las cualidades sustanciales de un producto» y «prácticas comerciales engañosas», por tener conocimiento de un defecto de fabricación en sus neumáticos. La política de la empresa parece haber sido la de «ocultamiento sistemático» tras un programa de retirada de neumáticos defectuosos, lo que habría evitado los incidentes y la muerte de los camioneros, y los daños irreparables que han afectado a sus familias.¹²

16. Se plantea entonces la cuestión de cómo puede reaccionar el Derecho, y en particular el derecho europeo, para garantizar una disuasión eficaz contra este tipo de política empresarial, pública o privada.

C) Las víctimas de daños al medio ambiente en el que opera la productora, especialmente en el Sur global

17. La vulnerabilidad del tercer grupo se deriva de la situación geográfica de las empresas -o de sus socios comerciales en la cadena de actividad- y de la insuficiencia de las leyes locales y de la concienciación sobre el impacto medioambiental de la producción de las empresas. Ya somos conscientes de la necesidad de limitar las políticas empresariales que causan daños injustos al medio ambiente y a las personas que dependen de él en el Sur global. Como se ha señalado en otro lugar, hace casi veinte años se reconoció públicamente que era un error que los Estados y las entidades supranacionales avalaran este tipo de políticas: el expresidente estadounidense Bill Clinton declaró que las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial estaban en el origen de los daños sufridos por diversos pueblos del mundo¹³.

18. La Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, establece claramente que „todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y están interconectados” (considerando 7). La adopción de normas internacionales contribuye a proteger la salud de las generaciones futuras en los países más expuestos al poder económico de los agentes privados.¹⁴ Como la Directiva se enfrenta a una importante resistencia política y ha visto aplazado su plazo de transposición. La Comisión Europea ha propuesto un «paquete

¹¹ A. FACHE, «C'est un Mediator du pneu: contre Goodyear, le combat de Sophie Rollet pour la vérité sur la mort de son mari», *L'Humanité*, 12.7.2024 < <https://www.humanite.fr/societe/goodyear/cest-un-mediator-du-pneu-contre-goodyear-le-combat-de-sophie-rollet-pour-la-verite-sur-la-mort-de-son-mari>> (última consulta: 9.8.2025)

¹² Ibid. y „Scandale des pneus qui éclatent : Goodyear convoqué devant la justice française en vue d'une éventuelle mise en examen», *Sudouest.fr* y *AFP*, 17.4.2025 < <https://www.sudouest.fr/justice/scandale-des-pneus-qui-eclatent-goodyear-convoque-devant-la-justice-francaise-en-vue-d-une-eventuelle-mise-en-examen-24073591.php>> (última consulta: 9.8.2025)

¹³ R. LONGLEY, „The International Monetary Fund”, *ThoughtCo*, 26.8.2022, <<https://www.thoughtco.com/international-monetary-fund-6300881/>> y J. F. HARRIS, „Clinton Says U.S. Wronged Africa”, *Washington Post*, 25.3.1998, <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1998/03/25/clinton-says-us-wronged-africa/ca090cd0-bdb8-4e33-9dfc-e66fdc2e59b6/>> (última consulta: 9.8.2025); Clinton lamentaba que la ayuda estadounidense a África dependiera más de las exigencias políticas de la Guerra Fría que de las demandas locales de la población.

¹⁴ R. LABONTE/ T. SCHRECKER, “Globalization and Social Determinants of Health: The Role of the Global Marketplace”, *Global Health*, 19.6.2007, <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1744-8603-3-5>> (última consulta: 9.8.2025); N. FREEMAN ENGSTROM/ R. L. RABIN, „Pursuing Public Health through Litigation”, *Stanford Law Review*, 2021, p. 285 y ss.

ómnibus de simplificación» para no perjudicar a las empresas de la UE en términos de competitividad. Derogará el contenido del artículo 29 (Responsabilidad civil) y suprimirá las condiciones armonizadas de responsabilidad y la posibilidad de que las organizaciones interpongan acciones representativas. Solo permanece el principio de plena indemnización con arreglo al Derecho nacional.

D) Los acreedores

19. La doctrina de responsabilidad limitada introdujo un marco legal innovador que impulsó el desarrollo económico global. Al reducir la exposición al riesgo personal de los accionistas, fomentó la inversión, facilitó las transferencias de acciones y mejoró la transparencia al delimitar claramente los activos corporativos de la riqueza personal. Sin embargo, la implementación de la responsabilidad limitada también creó una tensión inherente dentro del ecosistema de finanzas corporativas al trasladar las cargas de riesgo de los accionistas a los acreedores.¹⁵

20. Aunque la „protección del propietario” protegió a los inversores de la responsabilidad personal más allá de su inversión inicial, simultáneamente aumentó la vulnerabilidad de los prestamistas y otros acreedores que extienden crédito a las corporaciones. Los remedios como las „transferencias fraudulentas” o la *actio pauliana* no siempre protegen efectivamente a los acreedores, por lo que se necesitan normas legales innovadoras para proteger el mercado del efecto dominó que podría surgir si los acreedores fueran arrastrados a la insolvencia de las empresas multinacionales. La responsabilidad limitada puede dejarse de lado para proteger los intereses de los acreedores mediante mecanismos como el levantamiento del velo corporativo, mientras que la UE armoniza el régimen sustantivo y de derecho internacional privado de insolvencia a través de una serie de regulaciones y directivas.

E) Los accionistas de la empresa

21. El último grupo está formado por los accionistas de la empresa, que pueden no tener el grado necesario de control sobre las decisiones de la dirección. Bowen ya había defendido que las autoridades deben concienciar a las empresas de los objetivos y valores de la sociedad en la que operan, para que adopten políticas y tomen decisiones que reflejen dichos objetivos y valores.¹⁶

22. Por el contrario, estamos asistiendo al fenómeno inverso, en el que las comunidades mundiales han tenido que adaptarse a las necesidades de las empresas. A menudo, las empresas tratan activamente de superar las limitaciones del marco legislativo vigente, influir en su desarrollo y construir una legislación *pro-domo*.¹⁷ Entre sus empleados, contratan a tiempo completo a grupos de presión, que se posicionan estratégicamente donde pueden influir en los políticos, ya sean autoridades nacionales o funcionarios de la UE o políticos en Bruselas¹⁸.

¹⁵ See F. ESPOSITO, *Law and Economics United in Diversity: Minimalism, Fairness, and Consumer Welfare in EU Antitrust and Consumer Law*, European University Institute, Florence 2018.

¹⁶ H. R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City 1953, p. 6.

¹⁷ M. FRÉCHET, «Entre contraintes et ressources : la stratégie juridique de l'entreprise», en: S. LIARTE (ed.), *Les grands courants en management stratégique*, Caen 2019, 43 y ss; O. POLLICINO/ M. BASSINI/ G. De GREGORIO, *Internet law and the protection of fundamental rights*, Milán 2022, *passim*; Sh. ZUBOFF/ J. MAXMIN, *The Support Economy, Why Corporations Are Failing Individuals and the Next Episode of Capitalism*, Nueva York 2004, *passim*.

¹⁸ See, in particular, O. AMMANN/ A. BOUSSAT, „The Participation of Civil Society in European Union Environmental Law-Making Processes: A Critical Assessment of the European Commission's Consultations in Connection with the European Climate Law”, *European Journal of Risk Regulation*. 2023;14(2):235-252. que instan a la UE a aumentar la transparencia con el fin de evitar decisiones arbitrarias y las consecuencias descritas, por ejemplo, by H. HERMANSSON, “The European Commission's Environmental Stakeholder Consultations: Is Lobbying Success Based on What You Know, What You Own or Who You Know?” *5 Interest Groups & Advocacy*, 2016, p. 177; M. MELILLO, *Weaponising Evidence: A History of Tobacco Control in International Law*, Cambridge University Press, 2024; S GÖTZE/ A JOERES, *Die Klimaschutzlobby: Wie Politiker und Wirt-*

23. La estructura actual del derecho de sociedades „vivo” -es decir, las leyes nacionales aplicadas por los tribunales nacionales- lleva a los directivos a explotar las ventajas económicas que pueden derivarse de las lagunas o deficiencias legislativas en materia de protección del medio ambiente o de los grupos sociales (trabajadores, clientes, residentes) en algunos países, prestando atención exclusiva a los límites establecidos, que actualmente no incluyen la atención a las cuestiones socioambientales¹⁹. La aparente legitimidad de este doble rasero de protección de los derechos fundamentales se deriva de la utilización -tal vez inmoral, pero indudablemente permisible- del pluralismo jurídico y de las lagunas presentes en mayor o menor grado en los ordenamientos jurídicos de algunos países. La búsqueda de leyes más liberales, entre las disponibles, puede llevarse a cabo bien a través del dumping social, bien a través del Derecho internacional privado y, en particular, mediante técnicas que permitan elegir la ley aplicable y el tribunal competente.²⁰

24. Incluso al directivo más consciente de la ética le resultaría difícil justificar los costes adicionales necesarios para proteger a estos tres grupos, a menos que dispusiera de una disposición que le eximiera de la obligación de maximizar los beneficios. Por lo tanto, es dudoso que la búsqueda del beneficio y del poder empresarial sea „patológica”, como se observa a menudo.²¹ Más bien parece ser el resultado de la estructura del derecho vigente y de la ausencia de normas que obliguen a evaluar previamente los riesgos y a neutralizar, con pleno conocimiento de causa, los posibles daños sociales o medioambientales que puedan causarse como efecto secundario de las actividades de la empresa, independientemente de los ordenamientos jurídicos en los que éstas se desarrollen.

25. Los Estados y entidades supranacionales como la ONU y la UE reaccionan ante las políticas empresariales que ponen en peligro los recursos socioambientales adoptando una serie de reformas legislativas, que no siempre persiguen los mismos objetivos de forma coherente. El reconocimiento de la responsabilidad social y medioambiental de las empresas va de la mano del reconocimiento del carácter vinculante de los derechos fundamentales, en virtud de su pertenencia al derecho positivo y al *ius cogens*²².

schaftslenker unsere Zukunft verkaufen, Munich, Piper 2020, N ORESKES, EM CONWAY, *Merchants of Doubt: How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues From Tobacco Smoke to Global Warming*, London, Bloomsbury Press 2010.

¹⁹ Más de 70 ONG firmaron una carta abierta a las instituciones europeas con el objetivo declarado de «proteger nuestros derechos internacionalmente reconocidos en la Directiva sobre el deber de diligencia en materia de sostenibilidad de las empresas» de octubre de 2023: la „Gbehzohn Declaration”. <<https://www.forestpeoples.org/fileadmin/uploads/fpp/migration/documents/Gbehzohn%20Declaration.pdf>> (última consulta 9.8.2025).

²⁰ D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Turín 2018, *passim*.

²¹ Véase, por ejemplo, J. BAKAN, *The Corporation, The Pathological Pursuit of Profit and Power*, Nueva York et al. 2004.

²² Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá 2020 SCC 5, 28.2.2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, N 124-129): “Within customary international law, there is a subset of norms known as jus cogens, or peremptory norms, from which no derogation is permitted. The workers claim breaches not only of norms of customary international law, but of norms accepted to be of such fundamental importance as to be characterized as jus cogens. Crimes against humanity have been described as among the least controversial examples of violations of jus cogens. Compelling authority confirms that the prohibitions against slavery, forced labour and cruel, inhuman and degrading treatment have attained the status of jus cogens. Refusing to acknowledge the differences between existing domestic torts and forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity, may undermine the court’s ability to adequately address the heinous nature of the harm caused by this conduct. [...] Appropriately remedying the violations of jus cogens and norms of customary international law requires different and stronger responses than typical tort claims, given the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches”. (*Las normas del derecho internacional consuetudinario, como las que los trabajadores eritreos alegan que se violaron, son intrínsecamente diferentes de los agravios internos existentes. Su carácter es más público que los agravios domésticos privados existentes, ya que la violación de estas normas „sacude la conciencia de la humanidad” [...] Negarse a reconocer las diferencias entre los agravios domésticos existentes y el trabajo forzado, la esclavitud, el trato cruel, inhumano o degradante y los crímenes contra la humanidad puede socavar la capacidad del tribunal para abordar adecuadamente la naturaleza atroz del daño causado por esta conducta. [...] Los objetivos asociados a la prevención de violaciones de normas de ius cogens y de derecho internacional consuetudinario son únicos. Se puede argumentar que remediar adecuadamente estas violaciones requiere respuestas diferentes y más sólidas que las típicas demandas de responsabilidad civil, dada la naturaleza pública y la importancia de los derechos violados, la gravedad de su violación, el impacto sobre los objetivos de derechos nacionales y globales, y la necesidad de disuadir violaciones posteriores.*) Un reconocimiento previo, aunque provisional, del carácter

2. Externalización de costes de daños por parte de las multinacionales a través de la explotación de vacíos regulatorios y la instrumentalización del pluralismo jurídico.

26. La falta de institucionalización, cooperación y coordinación supranacional adecuadas ofrece a los abogados y expertos oportunidades para utilizar el derecho comparado y el derecho internacional privado para minimizar los costos empresariales, incluso cuando los esquemas propuestos a las empresas pueden dañar a las sociedades mundiales y exponer a los más vulnerables a daños considerables. Las corporaciones multinacionales pueden elegir operar en países donde mejor puedan maximizar sus beneficios, empleando técnicas que incluyen la reubicación de actividades corporativas para someterlas a regímenes legales favorables a la reducción de costos²³.

27. El uso aparentemente legítimo de este doble estándar en la protección de derechos fundamentales deriva del empleo del pluralismo jurídico y las lagunas presentes en diversos grados en los sistemas legales de ciertos países. Es legítimo para una corporación multinacional participar en comportamientos en el extranjero que estarían prohibidos por las normas destinadas a prevenir riesgos socioambientales bajo la ley de su país de origen. Estas decisiones permiten reducir los costos de las actividades multinacionales en beneficio de los accionistas, y los gerentes están obligados legalmente a seguir estos imperativos económicos para beneficiar a los accionistas ante quienes rinden cuentas.

28. La externalización de costos sociales y ambientales impacta a los gobiernos locales y contribuye a maximizar los beneficios de la empresa. Las compañías se involucran en comportamientos que serían ilegales en los sistemas legales en los que están incorporadas, trasladando estos riesgos a jurisdicciones donde las leyes locales no prohíben tales comportamientos. Sin una obligación legalmente vinculante de proteger los derechos fundamentales, las empresas no se ven incentivadas a adoptar estándares de protección adecuados, resultando en que las comunidades locales y las instituciones públicas asuman los costos sociales y ambientales.

29. Un ejemplo paradigmático de aprovechamiento de vacíos regulatorios es el caso de Apple en 2013, cuando el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado estadounidense expuso el sofisticado esquema de evasión fiscal de la empresa: Apple creó entidades offshore que explotaron las diferencias entre las normas de residencia fiscal irlandesas y estadounidenses, logrando que Apple Operations International no presentara declaraciones fiscales en ningún lugar durante cinco años a pesar de reportar 30 mil millones de dólares en ingresos. Esta estrategia permitió a Apple proteger aproximadamente 44 mil millones de dólares en ingresos offshore de la tributación estadounidense durante cuatro años, representando cerca de 10 mil millones de dólares anuales en evasión fiscal, trasladando efectivamente la carga tributaria a las familias trabajadoras²⁴.

III. La transnacionalización del Derecho civil y internacional privado.

30. La transnacionalización del Derecho deriva, en primer lugar, de la progresiva erosión de las competencias legislativas estatales por los convenios internacionales, incluido el *Soft Law*²⁵. En Europa,

vinculante de determinadas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado el 16 de diciembre de 1966 (RS 0.103.1; citado Pacto I) y de las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado el 16 de diciembre de 1966 (RS 0.103.2; citado Pacto II) fue afirmado por el Tribunal Supremo Federal suizo en el asunto (ATF 121 V 229, 232) en el que declaró que determinadas disposiciones como el art. 8 al. 1 let. A, relativas al derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección tienen el carácter de normas directamente aplicables.

²³ Véase *amplius* M. MEISELLES/ N.RYDER/ A. VISCONTI (eds.), *Corporate Criminal Liability and Sanctions – Current Trends and Policy Changes*, Routledge, 2025.

²⁴ G. CONNIE, „Apple Used Loopholes To Skip Paying U.S. Taxes On \$44 Billion In Offshore Income, Senate Committee Claims”, *Forbes*, May 20, 2013, <<https://www.forbes.com/sites/connieguglielmo/2013/05/20/apple-used-loopholes-to-skip-paying-44-billion-in-u-s-taxes-senate-committee-claims/>> (última consulta 9.8.2025).

²⁵ Véase el informe del Consejo Federal Suizo de 1 de diciembre de 2021 «Participation du Parlement dans le domaine du

este fenómeno se ve acentuado por la adopción incesante de directivas y reglamentos europeos²⁶. Los estudios y proyectos de reglamentos elaborados por organismos transnacionales o supranacionales que no tienen el carácter de fuentes, sino que son elaborados por expertos en el marco de órganos de estudio como el Instituto de Derecho Europeo de Viena, Unidroit de Roma o el denominado Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, también influyen en la evolución del Derecho civil nacional. Aunque ni siquiera alcanzan la categoría de instrumentos de *soft law*, manteniéndose en el ámbito esencialmente científico-teórico, estas leyes modelo o conjuntos de principios llegan a impregnar el Derecho civil interno hasta el punto de que la jurisprudencia nacional y supranacional los tiene en cuenta y basa en ellos sus decisiones.

1. El problema del derecho internacional privado hoy

31. Un primer efecto positivo de la transnacionalización de las fuentes del Derecho civil consiste en poner remedio a lo que constituye el vicio original del Derecho internacional privado nacional, a saber, el intento de coordinarse unilateralmente con el Derecho de otros Estados. La coordinación unilateral, incluso cuando se lleva a cabo con precisión suiza²⁷, sigue siendo imperfecta en el sentido de que permanece intacto el riesgo de que los demás ordenamientos jurídicos con los que está conectado el asunto lleguen a resultados sustantivos diferentes. La búsqueda de un sistema de coordinación unilateral satisfactorio ha llevado a los estudiosos de la disciplina a desarrollar en los dos últimos siglos técnicas, métodos y teorías tan sofisticados que la convierten en una de las materias más inaccesibles para los no especialistas. El Derecho internacional privado adolece hoy en día de una excesiva tendencia a la abstracción en su desarrollo, lo que hace que la disciplina resulte casi inaccesible para los juristas que no son especialistas. La disciplina requiere años de estudio para alcanzar un nivel en el que el diálogo y la comprensión mutua entre especialistas sea realista. Esta observación llevó a uno de los autores italianos más conocidos, Tito Ballarino, a describirla como la disciplina humanística más compleja después de la teología. Me gusta recordar esta afirmación suya porque da cuenta del carácter casi esotérico de ciertos institutos del Derecho internacional privado, como el „doble reenvío”, la „*foreign court theory*”, la „segunda calificación”, el „reenvío de calificación”, el „efecto reflejo de la competencia exclusiva”, el „método de reconocimiento” o el „orden público de proximidad”.

droit souple» (<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/BB_BX_Rapport_CPA_Soft%20Law_FR.pdf>) en respuesta al postulado sobre «*los nuevos desarrollos internacionales debidos a las conexiones globales y el consiguiente debilitamiento tortuoso de los derechos democráticos de los Parlamentos [... para evitar el riesgo de que] éstos conduzcan a un procedimiento legislativo que en principio no se ha decidido*» («le rôle croissant du droit souple («soft law») dans les relations internationales et [...] les autres évolutions à l'échelon international liées aux interconnexions globales, ainsi que [...] l'affaiblissement insidieux qui en découle pour les parlements et leurs droits démocratiques consistant à participer aux questions considérées avant qu'elles ne mènent à une procédure législative qui n'a au fond pas été décidée.» <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20184104>> última consulta 9.8.2025).

²⁶ Desde la creación del „espacio de libertad, seguridad y justicia” por el Tratado de Ámsterdam en 1997, la Unión Europea (UE) ha sido la entidad política más dinámica a la hora de perseguir el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica en las relaciones transfronterizas mediante la creación de normas uniformes de Derecho internacional privado. La hiperactividad de la Comisión Europea ha inspirado a los parlamentos de los países europeos y no europeos a encontrar soluciones útiles para una mejor coordinación de sus sistemas de Derecho internacional privado con el sistema que está creando la UE. La sección „Country Reports” de cada número del *Yearbook of Private International Law* en línea ofrece una visión general de las codificaciones recientes de Derecho internacional privado de todo el mundo: <<http://www.e-collection.isdc.ch>> (última consulta: 9.8.2025). Sobre la necesidad de mantener un paralelismo entre el Derecho internacional privado europeo y suizo: A. MARKUS/ A. FURRER/ I. PRETELLI, *Die Herausforderungen des Europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten / The challenges of European civil procedural law for Lugano and third states*, Zürich, 2016.

²⁷ Véase, por ejemplo, el apartado 2 del art. 86 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, que reserva la competencia en materia de procedimientos y litigios sucesorios al „Estado que la reclame exclusivamente respecto de bienes situados en su territorio”. La finalidad de esta norma es evitar posibles conflictos positivos de jurisdicción que surgirían si la autoridad suiza - competente para la totalidad de la sucesión de un *de cuius* domiciliado en Suiza en el momento de su fallecimiento - tuviera que pronunciarse sobre la transmisión de la propiedad de bienes situados en el Reino Unido, a sabiendas de que los procedimientos de sucesión suelen incoarse respecto de bienes inmuebles situados en el Reino (y, por tanto, propiedad del Rey aunque en posesión del *de cuius* en cuestión, que tiene permiso para utilizarlos).

32. *Aegidius Romanus*, en una época en que el latín ya no era hablado por el pueblo, pensaban, con Dante y sus otros contemporáneos, que el latín era una lengua artificial, inventada. Fue, según ellos, el deseo de discutir entre ellos sobre la *natura rerum* y las *mores hominum* lo que los llevó a inventar un lenguaje para su propio uso: „*invenerunt sibi quasi proprium idioma*”, „*per quod disputare volebant*”²⁸. La importante propensión a la abstracción entre los académicos es especialmente pronunciada entre los internacional-privatistas; pocos resisten la tentación „perniciosa”²⁹ de sumergirse en ejercicios de geometría, como se ha observado con respecto a la filosofía y las humanidades en general. Además, las propias palabras „norma” y „derecho” se han impuesto precisamente porque traducen, literalmente, las palabras latinas „cuadrado” y „regla” y confirman que lo jurídico no puede prescindir de delimitar espacios geográficos, las fronteras de intervención del poder público, ya sea legislativo, judicial o administrativo.

33. La idea de que instituciones como el „reenvío” puedan resolver realmente el intolerable problema de la contradicción entre preceptos normativos de fuentes heterogéneas sigue siendo desgraciadamente ilusoria, aunque se sigue explorando, lo que representa un problema teórico fascinante. Este aspecto del Derecho internacional privado agrava el riesgo de tecnificación del Derecho y la consiguiente deriva hacia su sectorialización³⁰. La llamada „armonía internacional de soluciones”, que la lengua vernácula actual presenta como el principal objetivo del Derecho internacional privado, dirigiendo la atención de los estudiosos únicamente a la necesidad de coordinación entre ordenamientos, acaba promoviendo imprudentemente políticas liberalistas, como ya ha señalado la doctrina francesa³¹. Para contrarrestar este fenómeno, debe prestarse una atención incesante a los principios, derechos y libertades fundamentales³². Fruto de las laboriosas conquistas de los siglos pasados, los derechos fundamentales de la persona representan una barrera indispensable para responder a los retos decisivos de la globalización.

2. La relación entre el Derecho internacional privado de fuente interna y las normas de coordinación entre ordenamientos supranacionales.

34. El Derecho internacional privado de la Unión Europea no utiliza las categorías típicas de las normas nacionales clásicas, que se caracterizan por ser supuestos de hecho generales y sintéticos³³. A diferencia del ordenamiento jurídico nacional, el Derecho europeo aún no puede aspirar a una gestión

²⁸ *Aegidius Romano, De regimine principum libri III, Roma 1607*, r. Aalen, Scientia Verlag 1967, 2.2.7., p. 304.

²⁹ Son tentaciones comunes a otras disciplinas humanísticas, como señala G.-C. ROTA, “The Pernicious Influence of Mathematics upon Philosophy” *Synthese*, en *New Directions in the Philosophy of Mathematics*, ago., 1991, Vol. 88, No. 2, pp. 165-178, M. KAC/ Gc. ROTA/ J.T. SCHWARTZ, „The Pernicious Influence of Mathematics on Science”, en *Discrete Thoughts*, Modern Birkhäuser Classics, Boston 1992.

³⁰ Fue con el artículo 81 del TFUE, introducido como artículo 65 del TCE, cuando la Unión obtuvo la facultad, no sin dificultades iniciales, de promulgar los varios centenares de normas de Derecho internacional privado y de Derecho procesal que los tribunales europeos utilizan hoy en día. Estas normas son mucho más detalladas que las normas nacionales de los Estados miembros de la UE. Baste decir que el trabajo realizado por cinco artículos del Derecho internacional privado italiano en materia de sucesiones -artículos 46 a 50 de la Ley n° 215/1995- ha sido encomendado por la UE a más de cuarenta artículos del Reglamento europeo sobre sucesiones (n° 650/2012).

³¹ H. MUIR WATT, „The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, en H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

³² El riesgo de reducir la norma jurídica a un reglamento burocrático se percibe cada vez que uno se atasca con „sistemas” que confían la gestión de los intereses públicos y privados al „cumplimiento” verificado mediante la correcta cumplimentación de formularios. Véase la severa crítica de D. GRAEBER, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, Melville House, 2015.

³³ E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, Turín, 1972, p. 304, al tratar de la calificación, vincula la „conciación de las normas de conflicto” a su carácter „formal e indirecto”. Sobre la función de la concisión de la norma de conflicto en el proceso de calificación, en particular para facilitar la subsunción, véase B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, París, 1977, IDEM, „L'objet de la qualification”, *JDI* 1980. 227 y ss. y „Qualification”, *Rép. Dalloz*, 1998 (actualizado en 2009), n° 36 s. espec. n° 42.

completa de los intereses privados³⁴ y no puede basarse en su „autoridad y homogeneidad”³⁵. La fórmula sintética de la norma de conflicto nacional contiene un patrimonio normativo y es depositaria de valores culturales que permiten al intérprete situar el caso concreto, a través de la norma de conflicto, en una concepción bastante precisa de su ordenamiento jurídico. El legislador nacional, al decidir el ámbito en el que pretende circunscribir la competencia de las autoridades nacionales, el alcance de las leyes que promulga y la importancia que desea conceder a la necesidad de coordinarse con las autoridades extranjeras para evitar „situaciones claudicantes”, está llamado a realizar una actividad de delimitación. Muy distinto, y que sin duda debe mantenerse diferenciado, es el problema de coordinación que busca un legislador supranacional facultado para distribuir la jurisdicción y la legislación entre los Estados miembros. Esta ausencia de *ubi consistam* de la categoría utilizada en las normas supranacionales no está exenta de ventajas: la expresión sintética de la categoría proporciona al intérprete supranacional la ambigüedad necesaria para coordinar normas procedentes de fuentes heterogéneas y cuya coherencia depende de la proximidad cultural de los órdenes a los que está vinculada la relación jurídica que se pretende regular³⁶. Precisamente por esta razón, los conceptos utilizados por las categorías de normas en los convenios internacionales deben interpretarse de forma „autónoma”. En este contexto léxico, la palabra „autonomía” conserva su significado original³⁷ e indica la autorreferencialidad de los convenios. El Derecho comparado -que permite encontrar los mínimos comunes denominadores de instituciones repartidas por todo el mundo, aunque se rijan por normas diferentes- puede sin duda añadir sentido a la interpretación de las expresiones utilizadas en los convenios, cuando estas palabras pierden el significado técnico que puede darle la pertenencia a un ordenamiento jurídico.

35. Esta forma de interpretar las normas de los tratados se ajusta a los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular al artículo 31, que exige una interpretación de buena fe y conforme al sentido corriente.³⁸ Partiendo de la conciencia de Mancini de la imposibilidad de resolver el problema de la coordinación entre ordenamientos jurídicos de forma unilateral³⁹, Asser

³⁴ B. ANCEL, *Eléments d'histoire de droit international privé*, París, 2017, p. 515 y ss. Véase también I. PRETELLI ‘Le droit international privé entre Chartes des droits et droits « à la carte »’, *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, 2018, pp. 1303-1322.

³⁵ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, París, 2005, p. 82, sobre el principio de cohesión del orden interno.

³⁶ T. BALLARINO, «Norme vaghe e diritto internazionale privato», en *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, Jus, 1999, p. 67 y ss., indica que la vaguedad semántica de los signos lingüísticos utilizados por el legislador puede estar al servicio de la política legislativa. En Derecho internacional privado, la vaguedad está al servicio de la flexibilidad. La conexión „más estrecha” no siempre puede identificarse ex ante con absoluta certeza y puede seguir siendo un concepto „vago”. Desde una perspectiva simétrica, observamos que las consideraciones ideológicas y de justicia sustantiva pueden intervenir para elaborar normas que, en sí mismas, no serían „vagas”. En tales casos, la vaguedad procede de la interpretación, como señala el autor al observar que el intérprete, ante consecuencias manifiestamente irracionales, rehúye el mandamiento legislativo de la ambigüedad para permitirse perseguir la justicia del caso concreto (pp. 68 y ss.). Así ocurre especialmente cuando „la aplicación concreta de la ley aplicable al caso conduce a la denegación de un derecho reconocido por todas las leyes existentes” (p. 73, traducido). Se hace referencia a los casos de la deuda imprescriptible de Franz Kahn; el caso Bartholo; el testamento ológrafo de los holandeses en el extranjero; el caso citado por Martin Wolff relativo a la herencia de la viuda que, durante su matrimonio y con su marido, había renunciado a su nacionalidad alemana en favor de la nacionalidad sueca; etc.

³⁷ En filosofía, la autonomía designa clásicamente -a partir del uso que Kant hace de ella- la independencia de la voluntad respecto de todo deseo, la capacidad del individuo para determinarse según su propia ley -la ley de la razón práctica, es decir, una ley universal (I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, II). En el lenguaje corriente, el término se utiliza para referirse a una norma que encuentra su fuente en sí misma. Sin embargo, el Derecho positivo ha reivindicado el principio transformándolo en una norma jurídica heterónoma, en particular para garantizar la atribución de efectos vinculantes a la „expresión de la libre voluntad” en ámbitos particulares (por ejemplo, la protección de los adultos, etc.). El „transformismo” del principio no está exento de ambigüedad: J.-F. PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginebra, 2013, p. 197 y ss. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, París 2023.

³⁸ La interpretación unilateralista socava el respeto de la norma *pacta sunt servanda*. Véase T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale. Parte II*, 2022 p. 54, quien estigmatiza la pretensión de interpretar un tratado a la luz del sentido propio de las normas de Derecho interno como „interpretación parroquial”.

³⁹ Véase la resolución «*Utilité d'un accord commun des règles uniformes de droit international privé*» adoptada por el Institut de droit interantional fundado y presidido por Mancini en 1873 en su sesión de Ginebra de 1874 <https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/1874_gen_01_fr.pdf> (última consulta: 9.8.2025).

promovió la creación de una conferencia permanente, con sede en La Haya, con el objetivo de unificar el Derecho internacional privado a nivel supranacional⁴⁰. El objetivo era garantizar a los extranjeros la aplicación de las leyes de las que dependían sus derechos.⁴¹ También estaba ya claro que la aplicación de las leyes extranjeras «ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (*comitas gentium*), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les États doivent être considérés comme un devoir de justice internationale»⁴².

3. El derecho internacional privado de la Unión Europea

36. Tres factores diferencian las normas convencionales de Derecho internacional privado de las de la Unión Europea. En primer lugar, la finalidad de uniformización. A diferencia de la Conferencia de La Haya, la finalidad perseguida por el legislador de la Unión Europea mediante la uniformización del Derecho internacional privado trasciende la de la „coordinación entre sistemas” y se considera funcional a la realización de los objetivos político-económicos de la Unión Europea. Entre ellos figuran la armonización del Derecho privado⁴³, en particular el de los contratos⁴⁴, y, en segundo lugar, la necesidad de proteger a los consumidores y a las pequeñas y medianas empresas⁴⁵.

37. Un segundo factor son los principios de reconocimiento mutuo y confianza, que limitan la posibilidad de que un Estado miembro se niegue a ejecutar resoluciones judiciales de otro Estado miembro, incluso cuando dichas resoluciones le expongan a una violación de su propio orden público⁴⁶.

38. El tercer factor es la centralización del control sobre la interpretación del Derecho internacional privado europeo en el TJUE. No debe pasarse por alto que el TJUE tiene autoridad para aplicar la calificación conforme al Derecho comparado sugerida en su día por Ernst Rabel⁴⁷. Partiendo de la idea de que la norma de conflicto no se refiere a un fenómeno de *lex fori* con el que comparar las instituciones de Derecho extranjero sino, por el contrario, directamente a lo que es común a todas esas instituciones, el autor había encontrado en el Derecho comparado un „sustituto” del *Gemeines Recht*, que podía permitir redescubrir la homogeneidad básica de los sistemas de *Derecho civil* europeo. Sin embargo, fuera de una estructura jerárquica europea, su teoría seguía envuelta en las aporías de la calificación

⁴⁰ Las cuatro primeras „sesiones diplomáticas” de la conferencia se celebraron entre 1893 y 1904. Tras la Segunda Guerra Mundial, la estructura de la conferencia se transformó en una organización internacional con la adopción de un estatuto en 1955. La finalidad, enunciada en el artículo 1, sigue siendo idéntica: la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado.

⁴¹ Véase el último párrafo de la resolución del Institut de 1874, citada en la nota 38.

⁴² Ibid.

⁴³ Cf. la «Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres» de 1989 en la que se pide que se entamés «les travaux préparatoires nécessaires à l'élaboration d'un Code européen commun de droit privé» (C158 de 26.6.1989, p. 400).

⁴⁴ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre» (COM 2004. 651).

⁴⁵ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2010, « Aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo” (2010/2080(INI)), espec. I puntos 32 („los problemas relacionados con la inseguridad jurídica de los intercambios comerciales cuya procedencia o destino sean países terceros, y ... la cuestión de cuál es la jurisdicción competente en tales casos para resolver un litigio; ... afectan principalmente a los consumidores y a las pequeñas empresas, que a menudo desconocen cuáles son sus derechos;”) y 33 (“...el Derecho internacional privado tiene un impacto en el Derecho de sociedades... así como las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Daily Mail y General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems y Cartesio”).

⁴⁶ Véase TJCE 28 de marzo de 2000, *Dieter Krombach contra André Bamberski*, C-7/98. ECLI:EU:C:2000:164. En un asunto comercial, en su sentencia de 1 de junio de 1999 *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV* C-126/97, el TJUE calificó el artículo 81 del Tratado, actual artículo 101 TFUE, que protege la „competencia leal”, de norma de orden público.

⁴⁷ E. RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed. de H. Bernstein, Universidad de Michigan, 1958, y „Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ*, 5, 1931, p. 241 y ss. Para una crítica no insensible al atractivo de la teoría de Rabel, véase E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, t. I, Turín, 1972, p. 310. I, Turín, 1972, p. 310.

de *lege causae*. Encuentra su pleno sentido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. El Tribunal utiliza con frecuencia expresiones y frases en latín, resúmenes de los principios generales que constituyen la *razón de ser* de instituciones jurídicas complejas.⁴⁸ Para superar la imposibilidad de una caracterización *lege fori* del asunto, el Tribunal de Justicia identifica y utiliza principios fundamentales de carácter sustantivo para apreciar los méritos respectivos de la protección de las partes interesadas y elegir el Derecho internacional privado aplicable. La elección se realiza en función de la coincidencia o no de la finalidad perseguida por una de las partes con los objetivos del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. De este modo, el Tribunal de Justicia pudo utilizar su posición para colmar el vacío de nociones jurídicas utilizadas en las normas de Derecho internacional privado, delineando con autoridad los contornos de nociones autónomas utilizadas en las normas de Derecho internacional privado; tanto para suplir la falta de un Derecho privado europeo como para construir los cimientos de un futuro Derecho privado europeo.

39. En un espacio constituido por una pluralidad de sistemas jurídicos con tradiciones y lenguas diferentes, el Tribunal de Justicia está en condiciones de disipar las vacilaciones interpretativas debidas a la particularidad de *la forma mentis* del intérprete nacional, configurada predominantemente por el estudio del sistema jurídico nacional al que está adscrito. Al elaborar nociones autónomas, el Tribunal de Justicia impide que éstas distorsionen el funcionamiento de la norma supranacional. Las normas europeas han abandonado progresivamente la categoría sintética de las normas estatales que han dejado sin efecto para proponer una regulación detallada de los problemas jurídicos transfronterizos. Para identificar el régimen de Derecho internacional privado europeo aplicable a un caso concreto, es necesario ahondar en la lista de „materias excluidas” que aparece siempre al principio de las normas de Derecho internacional privado europeo, y luego examinar el capítulo final sobre „relaciones con otros instrumentos” y comprobar las combinaciones posibles y los medios de coordinación prescritos. La tarea del intérprete se convierte en la de reunir los datos extraídos de los considerandos, la lista de exclusiones y las cláusulas finales de coordinación, una tarea que requiere el manejo de una gran cantidad de información compleja.⁴⁹

4. Contribuciones actuales y futuras del derecho internacional privado en el avance de la integración europea

40. La Unión Europea utiliza el Derecho internacional privado para acelerar considerablemente la impregnación de los valores europeos actuales en los Estados miembros. La existencia, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, de un sistema de Derecho internacional privado que no está limitado por

⁴⁸ L. MARI, „Le fonti”, en C. CASTRONOVO/ S. MAZZAMUTO (eds.), *European Private Law*, t. I, p. 123: „La detección y el desarrollo [de los principios generales del Derecho afirmados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a los que] se refieren miles de sentencias- se han producido a medida que surgía la necesidad, a veces para aclarar el sentido de determinadas normas, a veces para vincularlas sistemáticamente entre sí, a veces incluso para colmar lagunas evidentes [...]”(traducido). En el caso de la acción revocatoria ordinaria, por ejemplo, el TJUE, para compensar la ausencia de un sistema jurídico completo en el que encontrar la disciplina de una *actio pauliana* europea el Tribunal se remite a los principios de buena fe y de seguridad jurídica, como señalo en I. PRETELLI, “La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en ‚matière contractuelle’ dans le règlement Bruxelles I - À propos de l’arrêt Feniks (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 61-82. Sobre la Pauliana europea, véanse también, Idem, *Garanzie del crédito e conflitti di leggi*, Nápoles, 2010 y T. LINNA, «Actio Pauliana - ¿»Actio Europensis»?», *Journal of Private International Law*, 2014, pp. 69-87.

⁴⁹ Un ejemplo se refiere a la coordinación entre el Convenio de Lugano y el Reglamento europeo sobre alimentos (Reglamento (CE) n° 4/2009 de 18 de diciembre de 2008) efectuada por el artículo 67 del primero y su Protocolo n° 3 (RS 0.275.12). En el espacio europeo, el Reglamento se aplica también en los casos „no europeos” (véase más arriba) sujetos al Convenio de Lugano. Existe el riesgo de que el mismo asunto sea evaluado en virtud del Reglamento sobre alimentos por un tribunal europeo y en virtud del artículo 5-2 del Convenio de Lugano en Suiza, con el riesgo de crear conflictos de jurisdicción. Las autoridades suizas habían manifestado su intención de evitar este problema mediante la celebración de un protocolo adicional: véase BBl 2009 1777, Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, pp. 1798 y nota 30, <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/402/de>> (última consulta: 9.8.2025).

un sistema de Derecho civil, está dando lugar a un fenómeno opuesto al registrado por Etienne Bartin en el momento de su descubrimiento de „la imposibilidad de llegar a una solución definitiva de los conflictos de leyes”⁵⁰. Lejos de estar influido por un Derecho civil uniforme, el Derecho internacional privado sirve de base para su creación. La formulación cada vez más analítica de las normas del Derecho internacional privado europeo obliga a los intérpretes a comparar las instituciones jurídicas de los sistemas jurídicos extranjeros con las suyas propias. Esta comparación estimula la reflexión jurídica, cuando no la emulación, y facilita la normalización que persigue la Unión Europea. La Unión Europea es un ordenamiento jurídico autosuficiente - *iurisdictionem habens* - que conserva la facultad de gestionar verticalmente la coordinación entre sistemas particulares de Derecho internacional privado mediante un reparto de competencias acompañado de la obligación de reconocimiento. Este método de gestión no se limita a la atribución racional de competencias distribuidas por reglamentos dentro de las fronteras europeas. La competencia del TJUE sobre cuestiones interpretativas se convierte en una oportunidad para transponer el control sobre la competencia y la legislación al nivel sustantivo y para identificar los principios sustantivos de justicia que pueden aceptarse en el espacio europeo. Éstos sirven tanto para identificar el derecho aplicable como para inspirar la solución sobre el fondo del asunto.

41. Como garante de los valores democráticos y de la justicia, que le valió a la Unión Europea el Premio Nobel de la Paz en 2012, el TJUE puede situarse junto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin haber calibrado aun plenamente las consecuencias de esta realidad, hasta ahora se ha limitado, a través de una interpretación cada vez más analítica de los derechos y libertades fundamentales, los dos Tribunales acaban armonizando el derecho material de los Estados bajo su jurisdicción. La evolución del derecho de las parejas del mismo sexo está directamente vinculada a estas decisiones y a la necesidad de resolver conflictos de derecho que la justicia geográfica ha demostrado ser incapaz de resolver en muchos países europeos⁵¹. El activismo judicial a escala europea, con su énfasis en determinados derechos fundamentales -derechos a la identidad, derecho al respeto de la vida familiar y privada-, ha cuestionado el estatus tradicional de la familia de una forma sin precedentes desde principios de este siglo⁵². La tendencia a la abstracción, a la especialización y a la justificación de soluciones en un plano exclusivamente técnico y anaxiológico ha convertido al Derecho internacional privado en un instrumento estratégico para la promoción de políticas legislativas no expresadas o incluso inconscientes. Esta circunstancia ha facilitado el uso estratégico del Derecho internacional privado por parte del legislador europeo y de los organismos internacionales, permitiendo también superar las resistencias a nivel nacional a las presiones derivadas de las exigencias económicas marcadamente neoliberales⁵³. El uso del método de reconocimiento contribuyó significativamente a este desarrollo.

42. Sin embargo, también se ha visto que algunos Estados han utilizado el derecho interno para resistirse al reconocimiento de estatutos o decisiones adquiridos en el extranjero.

Un ejemplo de ello es el cambio en la regulación de la sustracción de menores en el Reglamento Bruselas II y en relación con el Convenio de La Haya de 1980⁵⁴.

⁵⁰ E. BARTIN, «De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois», *Journal de droit international (Clunet)* 1897, pp. 225, 466 y 720, y *Études de droit international privé*, 1899, p. 1.

⁵¹ La competencia entre tribunales no ha dejado de crear discrepancias que pueden explicarse por la diferente orientación expresada por los derechos fundamentales a los que se refiere cada tribunal. Véase N. LOWE, „A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention - a tale of two European courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts' rulings upon the application of the 1980 Convention”, *International Family Law*, 2012, pp. 170-179 y mi „Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), pp.1310-1337.

⁵² Puede encontrarse un amplio debate sobre el impacto de los casos transfronterizos en el Derecho de familia nacional en la sección editada por E. BARGELLI/ I. PRETELLI, „Family Status, Identities and Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, volumen 25 (2023/2024), pp. 105-273.

⁵³ V. CALDERAI, „La nottola di minerva. osservazioni sui fondamenti etico-politici dei modelli regolatori della surrogazione di maternità tra teoria e ideologia”, *Studi Urbinati*, 2024, pp. 187-212.

⁵⁴ El intento de garantizar la validez transfronteriza de la resolución dictada por la autoridad competente al margen de un

El Reglamento Bruselas II bis había ideado el denominado «overriding mechanism», basado en el principio de confianza mutua, para evitar que el Estado de acogida se aprovechara de la presencia del menor para subvertir las decisiones del Estado de origen. La confianza mutua, considerada una limitación por el juez *ad quem*, se había paralizado mediante el recurso sistemático a la cláusula de orden público. El artículo 29, apartado 6, del Reglamento Bruselas II ter considera ahora que las órdenes de restitución de los tribunales del Estado de residencia habitual anterior constituyen decisiones privilegiadas (artículo 42, apartado 1, letra b), del Reglamento Bruselas II ter). Esta modificación elimina el orden público como motivo de denegación del reconocimiento (artículo 50 del Reglamento Bruselas II ter), anulando de hecho la decisión de no restitución del Estado de acogida. Al mismo tiempo, el artículo 56, apartados 4 a 6, del Reglamento Bruselas II ter permite tener en cuenta las circunstancias significativamente modificadas que exponen al menor a un grave riesgo de daño físico o psicológico. La limitación del controvertido «mecanismo de anulación» (también denominado «procedimiento de segunda oportunidad» o «mecanismo de prevalencia») se limita además exclusivamente a los procedimientos sobre el fondo de los derechos de custodia (artículo 29, en particular el apartado 6). En tercer lugar, las autoridades de ejecución pueden ahora suspender y denegar la ejecución para proteger a los menores de los graves riesgos de daño irreparable a los que los expondría la ejecución. La protección del bienestar del menor se ve reforzada de manera eficaz por este sistema. El mecanismo anterior, que había llevado a los Estados miembros a recurrir a la cláusula de orden público nacional, se sustituye por un mecanismo que permite tener en cuenta directamente el interés superior del menor. Por lo tanto, el debilitamiento justificado del mecanismo tradicional de anulación representa un equilibrio adecuado entre la protección del menor y la prevención del abuso procesal.

43. Hay que preguntarse entonces si este tipo de utilización del Derecho internacional privado es la única vía posible para lograr una mejora común en el reconocimiento, respeto y consolidación de los derechos humanos. La integración por la autoridad, mediante la imposición de una „confianza mutua” no tiene necesariamente que ser ciega⁵⁵. Si los Estados miembros señalan claramente que quieren „mirar antes de saltar” (look before you leap), puede que sea una reflexión más profunda sobre los derechos fundamentales y los métodos para alcanzarlos. El entendimiento mutuo y la confianza mutua constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales debe edificarse un auténtico mecanismo de colaboración transnacional. Este mecanismo debería hacer avanzar la integración europea, reforzando al mismo tiempo la confianza mutua entre los Estados miembros. Se sugiere, también con ejemplos concretos (*infra*), que en lugar de favorecer el forum shopping con la consecuencia de que la solución más liberal acabará imponiéndose y uniformándose, es necesario reconocer la contribución que cada ordenamiento jurídico puede hacer para lograr nuevos avances en el ámbito del reconocimiento y consolidación del respeto de los derechos humanos. Los Estados a Unión Europea utiliza el Derecho internacional privado para acelerar considerablemente la impregnación de los valores europeos actuales en los Estados miembros. La UE emplea el principio de confianza mutua para legitimar el reconocimiento de decisiones y actos jurídicos extranjeros que, de otro modo, podrían entrar en conflicto con la política pública nacional, eludiendo eficazmente el desacuerdo político mediante mecanismos procedimentales. Para abordar la tensión entre la integración jurídica internacional y la soberanía nacional, se propone la subsidiariedad como principio conciliador. Este enfoque tiene por objeto equilibrar la cohesión interna de los sistemas supranacionales con la armonía internacional, preservando al mismo tiempo el espacio para la evolución cultural distintiva de cada sociedad. Situando la universalidad de los derechos fundamentales en un marco diacrónico, se argumenta que, a pesar de las complejidades técnicas y las tensiones políticas, los sistemas jurídicos siguen avanzando hacia los objetivos comunes de la paz mundial. Los Estados, en su evolución natural hacia la cooperación internacional, desarrollarían progresivamente formas de confian-

control de conformidad efectuado en el Reglamento Bruselas II bis con referencia al derecho de visita y a la sustracción parental de menores puede decirse que ha fracasado a la luz de la refundición de dicho Reglamento, que prevé importantes excepciones al anterior „automatismo” del reconocimiento. Este modo de gestión -que implica la identificación previa de un ordenamiento jurídico exclusivamente competente (Picone)- ha planteado dificultades en cuanto a la relación de estas disposiciones con la jurisprudencia *Pellegrini* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en la nota anterior.

⁵⁵ Véase para un ejemplo concreto G. MORGESE, “Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri”, *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), pp. 147-162, p. 155.

za recíproca basadas en experiencias compartidas y convergencias graduales de valores. Esta confianza orgánica, nacida de procesos internos de cada sociedad, constituiría un fundamento sólido para la integración supranacional. La experiencia de las últimas décadas revela que la imposición procedimental de la confianza mutua ha provocado, paradójicamente, reacciones de repliegue nacionalista y resistencia antieuropeísta. Los Estados, sintiéndose despojados de su capacidad de evaluación autónoma sobre la confiabilidad de los sistemas jurídicos extranjeros, responden con posturas defensivas que obstaculizan, en lugar de facilitar, el camino hacia la armonización jurídica internacional. Este fenómeno sugiere que la paz mundial, como objetivo último, requiere de un proceso de maduración que respete los tiempos y modalidades específicas de cada ordenamiento nacional, permitiendo que la confianza emerja como resultado de la experiencia positiva de cooperación.

IV. La Transformación del Derecho internacional privado entre la crisis normativa y la justicia social

44. Frente a estos intentos de armonización de arriba abajo, parece que aumentan las resistencias en sentido contrario que ponen en peligro las aspiraciones universalistas. Asistimos a una sucesión de negativas a cumplir las obligaciones derivadas de la pertenencia a comunidades supranacionales, señal de que algunos Estados ya no pueden identificarse con las entidades supranacionales de las que son miembros⁵⁶. Las numerosas guerras actualmente en curso atestiguan la ausencia de una verdadera alianza mundial por la justicia universal y la profundidad de la crisis institucional que atraviesa la comunidad internacional. En este contexto de crisis, no basta con desmitificar las vías de investigación impulsadas por el deseo de lograr intereses económicos a través del Derecho internacional privado y llamar la atención sobre los verdaderos retos actuales de la gobernanza mundial⁵⁷. Las instituciones supranacionales dieron un impulso decisivo a este proceso, gracias a su visión de conjunto del impacto de las estrategias empresariales en la sostenibilidad social y medioambiental del planeta.

45. La creciente conciencia de la necesidad de conciliar las necesidades económicas de las empresas con el interés público de contener los costes sociales y medioambientales refuerza la obligación legal de proteger los derechos fundamentales en respuesta a un llamamiento a la solidaridad con el Sur global⁵⁸. Hoy en día, las empresas transnacionales deben ir más allá de los tradicionales controles de solvencia y calidad de los proveedores extranjeros con los que contratan, asegurándose también de que sus procesos de producción cumplen las normas de sostenibilidad social y medioambiental.

46. El Derecho internacional privado, utilizado en el pasado para garantizar una impunidad sustancial a las empresas multinacionales responsables de catástrofes socioambientales⁵⁹, está cambiando hoy su papel. Mediante la adopción de factores de conexión adecuados, como el artículo 7 del llamado Reglamento „Roma II”⁶⁰, se está haciendo posible exigir la responsabilidad de las empresas con sede

⁵⁶ El *Brexit* fue la primera señal de crisis en la Unión Europea. Luego están las decisiones de los tribunales constitucionales italiano y ruso. El primero dictaminó que la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 que afirmaba la inmunidad de Alemania es contraria a la Constitución italiana. La sentencia nº 238 de 2014 afirma que la armonía y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional no pueden prevalecer sobre la protección de los derechos humanos garantizados por la Constitución italiana. El Tribunal Constitucional ruso se negó a dar efecto a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 dic. 2014, nº 14902/04 en la sentencia *Yukos* (19 de enero de 2017, nº 1-II/2017).

⁵⁷ H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

⁵⁸ Véanse los análisis del Instituto de Derecho Europeo (ELI) y, en particular, los informes de R. BRAY/ F. POCAR, *Ecocide*; Y. BIONDI/ C. HASLAM/ C. MALBERTI, *ELI Guidance on Company Capital and Financial Accounting*; J. GRIMHEDEN/ D. WALLIS, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies* (con la contribución de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, FRA).

⁵⁹ Por ejemplo, se invocó la doctrina *del forum non conveniens* para obtener una declinatoria de jurisdicción por parte del tribunal del domicilio del demandado, la empresa Union Carbide. En el caso *Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986).

⁶⁰ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). “

en Europa cuando las decisiones adoptadas en su propia sede -con plena conciencia de los riesgos socioambientales- afectan a la sociedad y al medio ambiente de los países del Sur global en los que operan a través de filiales o subcontratistas locales. La aplicación de las normas del Derecho de la sede europea de la empresa -el lugar donde se adoptan las decisiones causantes del daño- permite evitar que las comunidades locales sufran todas las consecuencias de la inadecuación del Derecho sustantivo del país del Sur Global donde se externaliza o subcontrata la actividad. Lejos de garantizar una justicia puramente geográfica, una ley de este tipo, si es aplicada por la autoridad judicial del país de la localización europea⁶¹ garantizará una mejor evaluación de la responsabilidad de la empresa en la asunción de los riesgos socioambientales.

47. Una vez aclarado el carácter ilusorio de la pretendida neutralidad de la disciplina y abundada la idea del carácter exquisitamente geográfico de la justicia que pretende garantizar, se desdibuja la presentación original del Derecho internacional privado como desvinculado del Derecho sustantivo cuyas fronteras traza. En esta concepción, el Derecho internacional privado puede describirse como el mediador de un diálogo inevitable y fructífero entre sistemas jurídicos, un lenguaje que debe aspirar a facilitar la comunicación transnacional. Los sistemas jurídicos deben poder apoyarse en sus herramientas para comunicarse, intercambiar información, validar valores comunes y concebir las normas más eficaces para organizar los conflictos privados y públicos⁶².

1. Progreso jurídico entre las diferencias culturales y la justicia universal.

48. Aunque funcional al ejercicio del poder imperial y de la soberanía territorial, la idea de que es „ley” lo expresado por la autoridad en un momento y lugar determinados reduce el plano jurídico a uno de los muchos instrumentos de la política de gobierno de un territorio. La apología de Carl Schmitt de las Leyes de Nuremberg ya había revelado todos los límites de estas visiones obsoletas⁶³ y es, paradójicamente, una confirmación de la universalidad del sentimiento de justicia. La vieja intuición de que „*la verité doit avoir un visage pareil et universel*”⁶⁴ es una invitación a nutrir el derecho, en la concepción positivista actual, de derecho natural. La norma escrita mantiene su validez a través de la confrontación constante con el resultado social que produce. El vínculo con la necesidad de justicia que el derecho está llamado a expresar es una garantía indispensable de la paz social⁶⁵. Por otra parte, el derecho natural necesita del positivismo, con sus exigencias de certeza y estabilidad de la *norma agendi*, para revelar esta cara suya. Por derecho naturalismo entendemos la atención constante a los principios universales que la norma escrita expresa.⁶⁶ Dando por sentado el *non liquet* de la *disputatio* sobre la oposición entre derecho positivo y derecho natural, o incluso derecho divino⁶⁷, retomemos la dicotomía entre la cultura jurídica -que puede circunscribirse geográficamente- y el sentimiento de justicia -que tiene el mismo carácter universal que cualquier emoción humana- en su valor puramente descriptivo.

⁶¹ De conformidad con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶² L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, Adi-poche, 2013, p. 351, expresa la esperanza de que el conflicto de las culturas jurídicas pueda resolverse en torno a los derechos humanos. Aunque reconoce la fragilidad sobre la que descansa esta esperanza, el autor nos anima a seguir trabajando, incansablemente y a pesar de todo, para lograr un orden jurídico respetuoso con la sociedad humana.

⁶³ Para un comentario sobre la descripción de las Leyes de Núremberg de 1935 como „*Die Verfassung der Freiheit*”, en 40 *Deutsche Juristen -Zeitung* 1133 (1935) véase D. BLASIUS, “Carl Schmitt: Preussischer Staatsrat in Hitlers Reich”, 10-14, 2001, p. 105 y G. S. GORDON/ R. MARTINEZ MITCHELL, “Carl Schmitt and Ossip Flechtheim at Nuremberg: A Crossroads for International Justice and Intellectual History”, *German Law Journal*, 2024, p. 597-634.

⁶⁴ Michel DE MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, p. 137-343v, (exemplaire de Bordeaux, 1595) París, 2008, p. 245.

⁶⁵ W. MASER, *Nuremberg: A Nation on Trial*, London, 1979, p. 177 informa de un comentario de Hitler según el cual el papel de los jueces consiste en „servir a los fines del Estado y no a algún concepto más elevado de legalidad y justicia”.

⁶⁶ L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali*, FrancoAngeli, 1998.

⁶⁷ I. MANCINI, *L'ethos dell'Occidente*, Génova, 1990.

49. Por un lado, cabe señalar que el *ius proprium* es algo que la persona *perteneciente a la comunidad que promulgó esta ley* „utiliza” en su vida cotidiana. Ordena su vida y los rituales que marcan sus pasajes más significativos según las tradiciones y costumbres de la sociedad en la que vive⁶⁸. Por otra parte, la ley producida por la inteligencia humana es la que permite discernir el comportamiento humano en función de su capacidad para garantizar unas relaciones pacíficas entre todos los hombres, independientemente de su cultura. Es la idea de Celso de la ley como *ars boni et aequi*. Es también la idea de que cada hombre cultiva en sí mismo un sentido de la justicia que le permite evaluar sus propias acciones y las de los demás⁶⁹. El principio de *neminem laedere*, por ir a un ejemplo concreto, es metahistórico y meta-geográfico. Un niño de cualquier cultura, ante una acción voluntaria que causa dolor físico o psicológico a otros, mostrará empatía por la víctima y querrá que se castigue al autor del comportamiento antisocial, incluso cuando el castigo del infractor le prive de un beneficio que de otro modo habría obtenido.⁷⁰

2. Una perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales en la búsqueda de una paz social mundial duradera

50. Ya a finales del siglo pasado se constató la „explosión legislativa” de „todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos”⁷¹. Este fenómeno, que aún continúa, entraña varios riesgos. En primer lugar, existe una relación inversa entre la cantidad y la calidad de la producción normativa: la meticulosidad de la normalización no sólo aumenta el riesgo de errores en la calidad del texto normativo, sino que también incrementa las posibilidades de generar incoherencias y contradicciones. El progresivo alejamiento del derecho de los principios de justicia a los que debería permanecer vinculado acaba por reducirlo a „sustancia normativa *sui generis* infundida en todas las organizaciones privadas y públicas por juristas cuyo número y especializaciones no cesan de aumentar”⁷². Entre estas especializaciones se encuentra la de los juristas empleados por organizaciones de presión para promover acciones jurídicas estratégicas que impongan una lectura ideológicamente orientada de los derechos fundamentales.

51. Este tipo de evolución corre el riesgo de orientar la actividad jurídica hacia una construcción sofisticada y astuta que toma prestadas normas reglamentarias, con lo que se reduce la norma jurídica a una restricción burocrática cuyo sentido profundo puede perderse. A lo largo de la historia de la humanidad, han sido los periodos de inflación jurídica los que han creado las condiciones y la necesidad de una reorganización sistemática⁷³. Alessandro Manzoni, que tenía en su familia a Cesare Beccaria y Pietro Verri, describió con gran agudeza el problema de la inflación legislativa al comparar la búsqueda de una ley adecuada a un caso concreto con «perderse en un caos de papeles... como si se cribara el grano en un granero»⁷⁴. Si los profesionales del derecho tienen esta sensación, significa que ha llegado el momento

⁶⁸ B. ANCEL, *Éléments d'histoire de droit international privé*, París, 2017, p. 476.

⁶⁹ Comentando la carta de Séneca a Lucilio nº 53 (Epistulae morales ad Lucilium) Michel DE MONTAIGNE (Essais, Libro III, Capítulo 5, exemplaire 1595 de Guy de Pernon, París 2008, p. 81) nos invita a buscar la justicia en nosotros mismos y no en las leyes humanas, que pueden estar escritas por „necios”.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, el estudio realizado por N. MENDES/ N. STEINBEIS/ N. BUENO-GUERRA/ J. CALL/ T. SINGER, “Pre-school children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others”, *Nat. Human Behaviour*, 2, 2018, p. 45-51.

⁷¹ S. RODOTÀ, “Verso lo Stato costituzionale”, *L'indice*, 1993, p. 4, reseña del libro de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1992.

⁷² J.-G. BELLEY, «Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjonction démocratique ?», *Droit et société*, 1/2016 (n.º 92), pp. 245-252.

⁷³ M. JORI/ A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1995, p. 336: „Existe para todos los participantes en la vida jurídica un interés predominante en „torcer” las normas jurídicas tanto como sea posible para apoyar sus propias posiciones, si no siempre sus propios intereses; esta actitud típicamente jurídica se denomina argucia. En otras palabras, a nivel pragmático, el discurso jurídico forma parte de una empresa inherentemente conflictiva, los intereses en conflicto prevalecen sobre el interés por la comunicación” (traducido *ad hoc*). J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, París 1996, p. 124 y ss. ya denunció la proliferación de derechos subjetivos.

⁷⁴ El texto evoca la descripción que hace Manzoni de la intervención del doctor Azzecagarbugli en el capítulo III de “Los novios”, edición de M. N. MUÑIZ, Cátedra, 1985, Col. Letras Universales, n.º 24, ISBN 84-376-0538-5, p. 38.

de replantearse el sistema en su conjunto. La proliferación normativa puede debilitar paradójicamente la eficacia del sistema jurídico en lugar de reforzarla. Las grandes racionalizaciones normativas, como la consolidación justiniana y, posteriormente, la codificación napoleónica, fueron precisamente una respuesta a la incertidumbre jurídica causada por la proliferación de normas en los periodos que las precedieron.

52. La intromisión del Derecho en la vida íntima y cotidiana de la sociedad ha dado lugar a que se hable de un «cambio radical en la relación entre moral y Derecho»⁷⁵. La búsqueda de una unidad de valores a través de acciones legales que pretenden activar los tribunales de Estrasburgo o Luxemburgo mediante estrategias que no buscan la justicia, sino la regulación de la vida cotidiana es testimonio de la profunda crisis que atraviesan el derecho internacional y los derechos fundamentales del individuo.

V. Epistemología del Derecho internacional privado

53. El derecho internacional privado contemporáneo está experimentando una profunda metamorfosis que altera sus fundamentos epistemológicos tradicionales. Esta evolución conlleva una segunda transformación igualmente significativa: la pérdida de neutralidad técnica en la clasificación jurídica hace que resulte más difícil garantizar la armonía entre las normas internas e internacionales. Ya no se pide al juez que subsuma el caso concreto en categorías jurídicas preexistentes, sino que adopte una visión ideológicamente orientada, influida por interpretaciones jurisprudenciales supranacionales anteriores o condicionada por casos contruidos ad hoc para influir en el resultado. Mientras que tradicionalmente era el derecho nacional el que establecía la norma de referencia en el silogismo jurídico en el que se basaba la calificación, hoy en día este papel lo asumen cada vez más los tribunales europeos —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)— a través de sus pronunciamientos más recientes. La doctrina también se ve obligada a reaccionar continuamente ante estas recientes decisiones en un intento de enmarcarlas de manera racional. El hecho de que, en ocasiones, estas decisiones sean provocadas por litigios estratégicos hace que esta tarea sea especialmente difícil, ya que se basan en casos artificiales y particularmente complejos.

1. Evolución de la relación entre el principio de confianza mutua en el Derecho internacional privado europeo y la consolidación de los derechos fundamentales

54. Las reacciones a la creación de un sistema jurídico coherente demuestran que la construcción de una sociedad cosmopolita y armoniosa tiene que buscar un equilibrio entre normas supranacionales y normas nacionales únicamente⁷⁶. Potenciando la idea que subyace al principio de subsidiariedad, las cortes podrían buscar otro equilibrio entre los niveles supranacional y nacional. Las resistencias normativas a la gestación subrogada no configuran exclusivamente posiciones conservadoras o tradicionalistas, sino que se inscriben en una reflexión crítica más amplia sobre los procesos de mercantilización de las relaciones humanas fundamentales. Estas resistencias actúan como barreras institucionales a las dinámicas de expansión del mercado reproductivo, inscribiéndose en el contexto de las tensiones más

⁷⁵ J.-F. PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginebra, 2013, p. 211.

⁷⁶ Y. LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 246, 1994, p. 231, duda de que las comunidades nacionales puedan fundirse en la sociedad internacional mediante la construcción jurídica de una sociedad cosmopolita bajo la presión de los convenios internacionales. Sobre la relación entre el Derecho uniforme europeo y el Derecho internacional privado europeo, véase también J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato», en P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 61 y ss. El riesgo percibido es el de nuevas formas de guerras de religión, como anticipó S. P. HUNTINGTON, "The clash of civilisations?", *Foreign Affairs*, vol. 72, n.º 3, 1993, p. 22 y ss. y en línea: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/1993-06-01/clash-civilizations>>(última consulta: 9.8.2025). El número 4/2015 de *Questione Giustizia* está dedicado a la importancia del pluralismo, en el pensamiento y en el Derecho, con contribuciones de R. RORDORF, A. NATALE, M. VILLONE, U. ROMAGNOLI, M. PELISSERO, E. GRANDE, S. NICCOLAI, D. PIANA Y L. MORLINO, G. PALOMBARINI, y G. VIGLIETTA sobre el „valor del pluralismo” y el „valor del disenso”.

generales entre las lógicas neoliberales y la protección de los bienes no patrimoniales. La oposición a la comercialización de la gestación por sustitución se inscribe, de hecho, en el ámbito de la resistencia al neoliberalismo económico, en particular en su tendencia a someter a la lógica del mercado ámbitos de la experiencia humana tradicionalmente sustraídos al régimen de la libre negociación.

55. La maternidad subrogada, desde esta perspectiva, representa un caso paradigmático de extensión del dominio del contrato y del precio a las relaciones interpersonales caracterizadas por dimensiones que no pueden reducirse a la simple prestación de servicios. Las preocupaciones relativas a la mercantilización no se limitan a consideraciones de principio, sino que abarcan evaluaciones empíricas sobre los posibles efectos sistémicos de la institucionalización de los mercados reproductivos. El impacto social global de las decisiones de las clínicas de fertilidad aún no se ha medido y evaluado adecuadamente en sus implicaciones a largo plazo.

56. Desde este punto de vista, las resistencias normativas a la maternidad subrogada pueden interpretarse como manifestaciones de una cautela más generalizada frente a la expansión ilimitada de los mercados, en particular cuando afecta a dimensiones antropológicas fundamentales de la condición humana. La protección de los espacios no mercantilizables aparece, así como un elemento de equilibrio necesario en sistemas sociales cada vez más orientados por la lógica de la eficiencia económica y la maximización de la utilidad individual.

57. En la ley francesa impiden el acuerdo para gestar un hijo (maternidad subrogada): los artículos 6, 16.1, 16.5 a 16.7, 47, 1128 y 1162 del código civil. También es una práctica sancionada por el derecho penal en Italia⁷⁷, y España, pero permitida en otros países europeos como Grecia o el Reino Unido. Sin embargo, estas prohibiciones se eluden sistemáticamente mediante la creación artificial de situaciones internacionales, manipulando el elemento de extranjería para activar mecanismos de Derecho internacional privado. Sin embargo, la utilización del Derecho extranjero para eludir la prohibición de la maternidad subrogada coloca al usuario del Derecho en una situación delicada porque dificulta la respuesta a la pregunta: ¿*qua lege vivis*? Esta pregunta traduce la necesidad de establecer, en las relaciones transnacionales, a qué sociedad pertenece una persona y qué ley es la adecuada para regular la relación que mantiene con otras personas.

58. Si el acceso a la sociedad extranjera es sólo temporal e instrumental para el reconocimiento de un derecho -como en el caso de la „permisividad” de la ley de *compra* en materia de maternidad subrogada- no hay una verdadera integración social que proteger. El rechazo de la prohibición legal establecida por una norma que la sociedad de origen considera fundamental ha generado formas odiosas de ostracismo, como la condena penal por el delito de alteración del estatus, el no reconocimiento del niño o incluso su colocación.⁷⁸

59. Las dudas sobre el carácter cultural (*ius proprium*) o racional (*idem apud omnes*) de las normas que deben regir la maternidad subrogada hacen que su tratamiento a nivel internacional resulte problemático sin caer en la ideología. Por otra parte, es precisamente la ideología la que parece ser la víctima de la noción de „interés superior del niño” frente a las diferentes conclusiones a las que han llegado quienes han intentado aplicar el principio a los niños nacidos de la maternidad subrogada⁷⁹. Esta

⁷⁷ Ley nº 169, de 4 de noviembre de 2024, de modificación del artículo 12 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, relativa a la punibilidad del delito de maternidad subrogada cometido en el extranjero por un ciudadano italiano, cuyo artículo 1 reza como sigue: „Al final del apartado 6 del artículo 12 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, se añade la frase siguiente: „Si los hechos mencionados en la frase anterior, con referencia a la maternidad subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado con arreglo a la ley italiana” (traducido ad hoc).

⁷⁸ Comp. S. BOLLÉE, «La gestation pour autrui en droit international privé», *Trav. Com. fr. DIP 2012-2014*, p. 215 y ss. considera que el uso de instrumentos disuasorios protege la coherencia del ordenamiento jurídico interno. Ch. THOMALE, *Mietmuttertschaft Eine international-privatrechtliche Kritik*, 2015, p. 124 destaca el problema del respeto del principio democrático.

⁷⁹ Según Tribunal Constitucional, italiano 22 de noviembre de 2017, n.º 272: „la verdad biológica de la procreación consti-

discrepancia genera un conflicto de leyes que el Derecho internacional privado no puede resolver antes de comprender la evolución jurídica en curso. Invocando la necesidad de proteger el orden público internacional - es decir, la necesidad de proteger el tejido social interno - países como Italia y España se han negado a transcribir en sus registros civiles la certificación de la condición de hijo o hija de los niños nacidos mediante la ejecución de contratos con donantes de gametos y madres de alquiler⁸⁰.

2. El valor del principio de subsidiariedad para el principio de confianza mutua y los derechos fundamentales

60. En su versión original, el principio de subsidiariedad establece que la sociedad en una posición superior debe abstenerse de ejercer su poder sobre asuntos que pueden resolverse en un nivel social inferior. En lugar de aprovechar su posición de dominio para limitar los poderes de la sociedad inferior privándola de sus competencias, la sociedad de orden superior puede apoyarla en caso de necesidad, para ayudarla a coordinar su acción con la de otras sociedades del mismo orden, con vistas a lograr el bien común.

61. Este principio se basa en uno de los principios de la doctrina social de la Iglesia católica, expresado en la encíclica *Quadragesimo Anno*, del 15 de mayo de 1931, de Pío XI:

“79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función „subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”⁸¹.

62. Esta formulación doctrinal establece claramente la lógica del principio: las instancias superiores deben actuar de manera supletoria, no sustitutiva, respecto a las inferiores. Este principio ya se había establecido en la encíclica *Rerum Novarum*, del 15 de mayo de 1891, y tenía como objetivo proteger

tuye, de hecho, un componente esencial del interés del menor, ya que debe garantizarse al niño el derecho a su propia identidad y a la afirmación de una relación de filiación veraz” (traducido ad hoc). Véanse, por ejemplo, las conclusiones de K.S. ROTABI/ S. MAPP/ K. CHENEY *et al*, “Regulating Commercial Global Surrogacy: The Best Interests of the Child”, *J. Hum. Rights Soc. Work*, 2017, pp. 64-73, R. ZAMPERINI, „Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle”, *Family & Law*, 2024, 1-23.

⁸⁰ Corte di cassazione italiana, 30 de diciembre de 2022, n° 38162: „La operación que tiende a borrar la relación entre la mujer y el hijo que lleva en su seno, ignorando los lazos biológicos y psicológicos que se establecen entre madre e hijo durante el largo período de gestación y desvirtuando así el sentido humano del embarazo y del parto, reduciendo el primero a una mera prestación gestacional y el segundo al acto final de tal prestación, constituye una herida a la dignidad de la mujer” y del niño (traducida). Véase también Cass. Italiana, 3 de enero de 2024, n° 85 y Tribunal Supremo, 4 de diciembre 2024, 5879/2024.

⁸¹ Carta encíclica „Quadragesimo anno” sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la encíclica „Rerum novarum” de León XIII en <https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>(última consulta: 9.8.2025).

la autodeterminación de las familias de las injerencias del Estado, como barrera contra las concepciones ideológicas que propagaba el entonces emergente movimiento comunista⁸². Cuando trasladamos este principio al contexto del derecho transnacional contemporáneo, observamos una inversión de su lógica fundamental. De hecho, mientras que la doctrina social católica partía del supuesto de la capacidad intrínseca de las comunidades menores, la aplicación europea del principio parece invertir esta premisa. El punto de partida parece postular la imposibilidad de una acción coordinada de las sociedades inferiores, como se desprende de los considerandos que justifican la adopción de la normativa europea de derecho internacional privado⁸³.

63. Se trata más bien de reconocer que corresponde a la autoridad más próxima a los ciudadanos garantizar la paz social en la comunidad que forman, y que los propios ciudadanos también deben poder organizar su propia *forma de vida* si son capaces de hacerlo. Trasladado a nuestro ámbito, este principio indica que el equilibrio entre la cohesión del orden interno y la armonía internacional está en constante tensión y evolución. Este equilibrio dinámico implica reconocer tanto la legitimidad de la diversidad como la necesidad de convergencia hacia objetivos comunes. Cada sociedad reivindica el progreso cultural en su propio orden. Dado que las diversidades culturales no están grabadas en piedra, sino en plena evolución, es necesario valorizar este potencial evolutivo y destacar sus características universales.

64. Los movimientos feministas, aunque en su diversidad cultural, dan testimonio de esta tensión común -transnacional- hacia un progreso jurídico que garantice más espacio para la acción pública y económica de las mujeres. En Irán, el progreso jurídico que se busca hoy responde a la exigencia coral de la abolición legal de la obligación de llevar velo: una lucha que ha causado considerables pérdidas humanas al movimiento „Mujer, Vida, Libertad”⁸⁴. Otros países, como Francia, han hecho suya la reivindicación de una parte del movimiento feminista y han promulgado leyes destinadas a erradicar la prostitución confinándola a épocas pasadas. También se puede entender a la luz del principio evocado la decisión del Tribunal de Estrasburgo de no utilizar la posición de supremacía que le atribuye el Protocolo n° 11 para limitar la evolución jurídica pretendida por Francia⁸⁵. En lugar de posicionarse a favor de los movimientos -también feministas- que habían provocado la decisión como parte de un plan declaradamente estratégico⁸⁶, el Tribunal se mantuvo en una posición de espera de la evolución futura.

VI. Conclusiones

65. El respeto del principio de subsidiariedad permite evitar los riesgos del imperialismo cultural y adoptar una concepción verdaderamente universalista de los derechos fundamentales de las per-

⁸² Carta encíclica „Rerum novarum” sobre la situación de los obreros <https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html> (última consulta: 9.8.2025).

⁸³ Por ejemplo, el considerando 80 del Reglamento UE 650/2012 sobre sucesiones, basándose en sus predecesores, establece: „Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, la libre circulación de personas, la organización anticipada por los ciudadanos europeos de su sucesión en un contexto europeo y la protección de los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al difunto, así como de los acreedores de la sucesión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del Reglamento, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”.

⁸⁴ Según „6 gráficos para entender las protestas en Irán” de ISPI, el 6 de marzo de 2023 habría „530 muertos entre los manifestantes -entre ellos 71 niños- y más de 19.000 detenidos”, <<https://www.ispionline.it/it/publicazione/5-grafici-capire-le-proteste-iran-36790>> (última consulta: 9.8.2025). Sobre el tema de la evolución jurídica de los derechos de la mujer, I. PRETELLI, „The Consequences of Violence against Women and Children in Armed Conflicts for their Intangible Cultural Heritage” en G. MASTANDREA BONAVIRI/ M. M. SADOWSKI (eds) *Heritage in War and Peace II Spaces of Conflict, Spaces of Justice, Between Natural Landscapes and Cityscapes*, Springer, pp. 471-490.

⁸⁵ TEDH, 25 de julio de 2024, *M.A. y otros contra Francia*, n° 63664/19.

⁸⁶ 56 asociaciones, como *Planning Familial, Inter-LGBT y Open Society* promueven la clasificación de la prostitución como „trabajo”.

sonas⁸⁷. Mujeres y hombres se sacrificaron en Irán con la esperanza de que las futuras generaciones de mujeres iraníes pudieran vivir obedeciendo normas jurídicas distintas de las que las oprimían. Si las generaciones futuras en Francia ven la abolición de la prostitución del mismo modo que hoy vemos la abolición de la tortura, la generación actual habrá hecho su parte. Esto significa leer el pasado y el presente, en sus diversas declinaciones culturales, en función de objetivos futuros deseables, por inalcanzables que nos parezcan hoy. El discernimiento se torna problemático por la complejidad de las demandas sociales, unida a la inevitable inconsistencia de las corpulentas y heterogéneas normas fuente con las que el jurista debe lidiar. Dicho esto, más allá de los planos ideológico y técnico, conviene recordar que la ciencia del derecho „opera en medio de la historia, entre emociones y sentimientos, impulsos generosos y repliegues egoístas, competiciones e intereses contrapuestos”⁸⁸, permaneciendo fiel al objetivo de extraer racionalidad de lo existente.

66. Esta perspectiva diacrónica también se extiende al análisis de las dinámicas contemporáneas del poder de las multinacionales. La progresiva toma de conciencia sobre el impacto que tienen las decisiones de una minoría privilegiada en la vida de muchas familias —trabajadores, consumidores, comunidades locales, acreedores y accionistas— ha llevado a la necesidad de superar la dicotomía público-privado, especialmente en el ámbito internacional. Las decisiones empresariales privadas tienen consecuencias públicas que trascienden las fronteras nacionales y comprometen el bienestar de las generaciones futuras, por lo que es necesaria una respuesta jurídica que reconozca esta nueva realidad del poder transnacional de las empresas, a la que el jurista debe responder ampliando la protección de estas categorías.

67. Aunque el discernimiento jurídico se ha vuelto problemático debido a la complejidad de las demandas sociales y a la inevitable incoherencia de las numerosas y heterogéneas normas de referencia que se producen cada día, es posible identificar perspectivas comunes en torno a la idea de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. Teniendo en cuenta que, más allá de los planos ideológico y técnico, conviene recordar que la ciencia del derecho «opera en medio de la historia, entre emociones y sentimientos, impulsos generosos y repliegues egoístas, competiciones e intereses contrapuestos», siempre se puede así permanecer fiel al objetivo de extraer racionalidad de lo existente.

68. Al interpretar diacrónicamente el carácter universal de los derechos fundamentales, en lugar de fijarlos en un presente inasible, se puede intentar captar el progreso jurídico en esta tensión común hacia la paz mundial y la armonía social. La universalidad de los derechos fundamentales para el conjunto de la humanidad se construye respetando el delicado equilibrio entre los niveles superior y local, reconociendo a cada comunidad el espacio de evolución necesario para una paz internacional duradera. En el sombrío contexto actual, el reto del jurista es saber captar y discernir los valores comunes que despejarán el horizonte de las generaciones futuras.

⁸⁷ A. ESPOSITO, “La senzenza Labita era evitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell’uomo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 227: “La jurisprudencia elaborada por los órganos de protección de Estrasburgo ha creado, en efecto, un patrimonio jurídico común que constituye un derecho de libertad preciso” (traducido ad hoc).

⁸⁸ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milán, 1962 (traducido ad hoc).

La justificación o acreditación de la norma extranjera: la llamada «prueba del derecho extranjero»

The justification or accreditation of foreign law: the so-called «proof of foreign law»

ANA MARÍA RIQUELME MARÍN
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0003-4667-1064

Recibido:21.07.2025 / Aceptado:10.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9895

Resumen: Cuando una norma de conflicto determina que un asunto que se discute ante los tribunales españoles ha de resolverse con arreglo a un derecho distinto al nuestro, sin duda es dicho derecho extranjero el que debe aplicarse, no el nuestro. Para que ello sea posible, debe acreditarse su contenido y vigencia, tarea que corresponde en primera instancia a quien reclama una concreta tutela a los tribunales, a los que es exigible su colaboración. La pregunta de qué debe hacerse cuando no se justifican debidamente dichos extremos no tiene una única respuesta, ya que son posibles diversas situaciones y cada una debe ponderarse debidamente. Atendiendo a esta circunstancia, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha rectificado acertadamente su doctrina anterior y ha fijado que la aplicación subsidiaria del derecho español sólo puede tener lugar con carácter excepcional, lo que resulta más ajustado a nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Derecho extranjero; objeto de prueba; acreditación; investigación de oficio.

Abstract: When a conflict-of-law rule determines that a matter before the Spanish courts must be resolved in accordance with a law other than Spanish law, it is unquestionably the foreign law that must be applied. For this to be possible, the content and validity of that foreign law must be established, a responsibility that primarily falls on the party seeking specific protection from the courts, whose cooperation is therefore essential. There is no single answer as to what should be done when these requirements are not properly substantiated, as various scenarios may arise and each must be carefully considered. In light of this, the First Chamber of the Supreme Court has rightly revised its previous doctrine and has ruled that the subsidiary application of Spanish law may only occur in exceptional circumstances, a position more consistent with our legal system.

Keywords: Foreign law; proof object; accreditation; ex officio investigation.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Concepto de derecho extranjero. III. ¿Alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por los tribunales españoles? IV. Consecuencias de que no se acredite la ley material extranjera. V. La actual doctrina judicial española. VI. Reflexiones finales.

I. Consideraciones preliminares

1. En un contexto de creciente globalización, los órganos jurisdiccionales se ven compelidos cada vez con mayor frecuencia a aplicar normas sustantivas extranjeras para resolver las cuestiones suscitadas ante ellos.

2. Dicha realidad plantea al menos tres desafíos que analizaremos en el presente trabajo. De un lado, el de qué ha de entenderse por derecho extranjero. De otro, el de si los jueces españoles están obligados a aplicar de oficio el derecho foráneo o este ha de ser acreditado por las partes que contienden ante la jurisdicción. Y por último, el de qué consecuencias tiene, si es que tiene alguna, que no llegue a acreditarse el contenido y vigencia del derecho extranjero que ha de aplicarse para resolver las cuestiones objeto de discusión y debate ante nuestros órganos jurisdiccionales.

3. Sentado lo anterior debe hacerse de inmediato una precisión que justifica el título de nuestro trabajo. Ya que, aunque en sentido genérico se habla entre nosotros de prueba del derecho extranjero para tratar el tema que nos ocupa, no cabe equiparar la prueba sobre los hechos y la acreditación del derecho extranjero, que es lo que procede en relación con el derecho foráneo, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC en lo sucesivo) y se subrayaba en el párrafo segundo del artículo 12.6 del Código Civil antes de que fuese derogado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (*cf.* su disposición derogatoria única). De donde se sigue que, en el caso del derecho extranjero, más que de una actividad probatoria en sentido estricto debe hablarse de una colaboración en su justificación entre las partes que contienden y el órgano jurisdiccional llamado a resolver el litigio que les enfrenta¹. Cuestión distinta, claro está, es el alcance de dicha colaboración, aspecto al que posteriormente nos referiremos.

II. Concepto de derecho extranjero

4. Por lo que hace al primero de los interrogantes que antes referimos, debe subrayarse que derecho extranjero es el derecho de un país distinto al nuestro. Y, por supuesto, que no constituye derecho extranjero el derecho de la Unión Europea directamente aplicable en España, ni el contenido de los tratados y convenios internacionales que se encuentren íntegramente publicados en el «Boletín Oficial del Estado», toda vez que, desde ese instante, como disponen los artículos 96.1 de nuestra Constitución y 1.5 del Código Civil, forman parte de nuestro ordenamiento interno.

5. Si quisiéramos puntualizar algo más deberíamos matizar que derecho extranjero es el acordado por los legisladores de una nacionalidad distinta a la nuestra, lo que excluye que pueda considerarse como tal al aprobado por autoridades autonómicas de nuestro país que, a estos efectos, constituye sin duda derecho nacional.

6. Hablar de derecho extranjero supone, por tanto, referirse a las leyes, normas y principios que rigen en un país distinto al del tribunal o autoridad que está conociendo en un caso específico. En otras palabras, el derecho que no es propio del foro donde se desarrolla el procedimiento: el conjunto de normas jurídicas que rigen en un país distinto al nuestro; el derecho positivo de un Estado diferente al de aquel en el que se analiza, estudia o aplica.

III. ¿Alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por los tribunales españoles?

7. La respuesta a la segunda de las cuestiones antedichas precisa tener en cuenta que estamos ante un tema complejo que se encuentra regulado en tres cuerpos normativos diferentes.

8. En primer lugar ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 12.6 del Código Civil, precepto que dispone que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme

¹ Así lo subrayó hace años la STS de 3 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:1494), de la que fue ponente el destacado procesalista Almagro Nosete.

a lo que disponga la ley española; que la remisión al derecho extranjero se entenderá realizada a su ley material; que en ningún caso tendrá aplicación la ley foránea cuando resulte contraria al orden público; que se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española; y que los tribunales españoles aplicarán de oficio las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico.

9. En segundo término ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que establece que el derecho extranjero será objeto de prueba; y que debe acreditarse «*en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*».

10. Y finalmente debe tenerse presente lo señalado en los artículos 33 a 36 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, de acuerdo con los cuales:

i) la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se sujeta a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia;

ii) los tribunales han de determinar el valor probatorio de la prueba practicada para intentar acreditar dichos extremos de acuerdo con las reglas de la sana crítica;

iii) con carácter excepcional, en aquellos supuestos en que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, puede aplicarse el derecho español;

iv) ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles;

v) la información del derecho extranjero puede venir referida al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, así como a cualquier otro aspecto que sea jurídicamente relevante; y

vi) sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales pueden solicitar a la autoridad central española información sobre un derecho foráneo que sea preciso conocer para dilucidar las cuestiones sobre las que deben pronunciarse, formulando al efecto una exposición detallada de los hechos que motivan la petición y los concretos elementos probatorios que se interesan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida, pudiendo unir a la misma copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance.

En tal caso, dicha petición puede contener el ruego de que se acompañen informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra información que se estime relevante, subrayando que, cuando se solicite un elemento probatorio que suponga un coste, este será a cargo de la parte requirente, a cuyo efecto podrá solicitarse una provisión de fondos.

11. El estudio conjunto de todos estos preceptos permite alcanzar diversas conclusiones de interés en el tema de nos ocupa.

Primera. Que los tribunales españoles han de aplicar de oficio las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, que la aplicación de las mismas tiene carácter imperativo, no facultativo.

Segunda. Que ello supone que, si una norma de conflicto determina que, en un caso concreto, ha de aplicarse un determinada ley material extranjera para resolver las cuestiones objeto de debate ante la jurisdicción española, es dicha ley foránea la que debe aplicarse, no otra.

Tercera. Que si nuestros jueces y magistrados han de aplicar un derecho extranjero para dilucidar las cuestiones cuya resolución tienen encomendada, dicho derecho debe ser acreditado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación considere necesario para su aplicación.

Cuarta. Que la justificación de ambos extremos ha de sujetarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Quinta. Que de conformidad con esta última norma, vigente desde hace más de diez años, para acreditar el contenido y vigencia del derecho foráneo pueden aportarse informes o dictámenes, que en ninguna caso tendrán carácter vinculante, que faciliten información sobre el texto en que se contiene, la

vigencia y contenido de la legislación extranjera, su sentido y alcance, la jurisprudencia que la interpreta y, en general, sobre cualquier otro aspecto que sea jurídicamente relevante.

Sexta. Que, sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales pueden solicitar a la autoridad central española información sobre un derecho foráneo que sea preciso conocer para dilucidar las cuestiones sobre las que deben pronunciarse, formulando al efecto una exposición detallada de los hechos que motivan la petición «*y los concretos elementos probatorios que se interesan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida*» (artículo 35.4 de la LCJIMC), pudiendo unir a la misma copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance.

Séptima. Y que, con carácter excepcional, en aquellos supuestos «*en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español*» (artículo 33.3 de la LCJIMC).

12. Ello implica que los jueces españoles deben aplicar el derecho extranjero que venga determinado por una norma de conflicto que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico; que, no obstante, no cabe exigir a los jueces y magistrados españoles que conozcan el derecho de cualquier otro país diferente al nuestro; que, por tanto, en estos casos dicho derecho debe ser acreditado, al menos en cuanto a su contenido y vigencia; que la responsabilidad de hacerlo recae en las partes en disputa y, más en concreto, en aquella que solicite una concreta tutela; que los tribunales españoles pueden recabar información sobre la vigencia, contenido y cuanta información precisen sobre un derecho distinto al español; que el hecho de que nuestro ordenamiento disponga que ello es una posibilidad no les exime de la necesidad de adoptar una postura proactiva en la acreditación de la norma foránea; y que, con carácter excepcional y por tanto no ordinario, cuando las partes no hayan podido acreditar el contenido y actualidad del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español.

13. Que no quepa exigir los jueces y magistrados españoles que apliquen de oficio un derecho extranjero puede entenderse, al menos en un primer momento, en el sentido de que no tienen que aplicar la norma extranjera que sea aplicable para resolver el litigio cuya resolución tengan encomendado si la parte interesada no la alega ni justifica.

14. Sin embargo, no es esta la interpretación de gran parte de la doctrina procesal española, ni la solución adoptada en otros países.

15. En efecto.

16. A favor de que los jueces deban aplicar de oficio el derecho extranjero que, en virtud de una norma de conflicto, deba emplearse para resolver si procede conceder la tutela jurídica solicitada pueden esgrimirse diferentes argumentos. Entre otros, los siguientes:

i) El derecho extranjero es «derecho» y no deja de serlo porque regule las relaciones privadas de los ciudadanos de otra nacionalidad.

ii) Si el derecho extranjero es «derecho», debe ser tratado del mismo modo que el derecho del país donde debe aplicarse.

iii) De lo anterior se sigue que los jueces del país donde se suscite el conflicto deben aplicar de oficio el derecho foráneo, supliendo la dificultad que conlleva su conocimiento a través de los mecanismos de auxilio judicial y de los medios de información de que se disponen hoy en día.

17. Las consecuencias procesales que se derivan de lo anterior son claras:

i) Si el derecho extranjero es «derecho» y debe ser tratado del mismo modo que el derecho del país donde debe aplicarse, el juez debe aplicarlo sea o no sea invocado por las partes.

ii) Al igual que sucede con el derecho nacional, cuyo conocimiento se presupone (excepción hecha de la costumbre, que debe ser probada salvo que las partes estén conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público [*vid.* el artículo 281.2 de Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil]), si el juez no conoce el derecho extranjero que viene determinado por una norma de conflicto debe averiguarlo a través de los medios que tenga a su alcance.

iii) Las partes están exentas de la carga de alegar y probar el derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate ante la jurisdicción.

18. Como han señalado CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, a favor de un sistema en el que el juez deba probar de oficio el derecho extranjero juegan importantes argumentos, de entre los que destacan dos. De un lado, el creciente número de litigios en los que es preciso aplicar el derecho de un país distinto al del foro. De otro, el incesante incremento de normas de conflicto que en los últimos años están dictando las autoridades comunitarias europeas, que solo pueden ser efectivas si se garantiza su aplicación y, por ende, el del ordenamiento jurídico que de conformidad con las mismas ha de tenerse en cuenta para la resolución de un litigio.

19. La consecuencia de lo expuesto es clara y así lo señalan dichos profesores²: es altamente probable que, en un futuro próximo, las autoridades europeas impongan la prueba de oficio del derecho extranjero en todos los países que integran la Unión Europea, algo que, a su juicio, podrían hacer con apoyo en lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³.

20. Por lo demás, no son pocos los ordenamientos jurídicos que secundan este punto de vista.

21. Así sucede, por ejemplo, cerca de nuestras fronteras:

– Alemania⁴,

² A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, julio-diciembre (2006), pp. 61-109.

³ El citado precepto dispone:

«1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior; el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;

c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;

d) la cooperación en la obtención de pruebas;

e) una tutela judicial efectiva;

f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión».

⁴ En Alemania, el §293 del Código de Procedimiento Civil prevé a este respecto:

«Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen»

«El derecho vigente en otro Estado, así como el derecho consuetudinario y los estatutos, sólo exigen prueba en la medida en que sean desconocidos por el tribunal. Al determinar esas normas jurídicas, el órgano jurisdiccional no está limitado a las pruebas aportadas por las partes; está facultado para utilizar otras fuentes de conocimiento y para ordenar lo necesario para hacer uso de dichas fuentes».

- Austria,
- Bélgica⁵,
- Italia⁶,
- Suiza⁷ y Portugal⁸.

22. Fuera del ámbito europeo tiene especial relevancia la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979⁹, cuyo artículo 2 establece la obligación de que los jueces y autoridades de los Estados parte apliquen el derecho extranjero «*tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada*», instrumento que hasta la fecha ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

23. No son pocos por tanto los países que acogen esta solución, como certifica esta muestra que, como es lógico, no es, ni pretende, ser exhaustiva.

24. Tampoco son escasos los procesalistas españoles que apuestan por esta opción como la más idónea.

⁵ En Bélgica, el artículo 15 de su código de derecho internacional privado de 16 de julio de 2004, establece:

«§ 1er. *Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge. Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger.*

§ 2. *Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties. Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge»*

«§ 1er. *El contenido del derecho extranjero designado por la presente Ley es establecido por el juez. El derecho extranjero se aplica de acuerdo con la interpretación recibida en el extranjero.*

§ 2. *Cuando el juez no pueda establecer su contenido, podrá requerir la cooperación de las partes. Cuando sea manifestamente imposible establecer oportunamente el contenido de la ley extranjera, se aplicará del derecho belga».*

⁶ En Italia, el artículo 14.1 de la Ley número 218 de 31 de mayo de 1995, referido a la aplicación de la ley extranjera, determina:

«1. *L'accertamento della legge straniera e) compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate».*

«1. *La determinazione de la ley extranjera corresponde al juez de oficio. A tal efecto, además de los instrumentos indicados por los convenios internacionales, podrá hacer uso de la información obtenida a través del Ministerio de Gracia y Justicia; también puede consultar a expertos o instituciones especializadas».*

⁷ En Suiza, el artículo 16 de la Ley federal sobre el derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, dispone:

«1 *Le contenu du droit étranger est établi d'office. À cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties.*

2 *Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi».*

«1. *El contenido de la ley extranjera se establece de oficio. A tal fin, podrá ser necesaria la cooperación de las partes. En materia patrimonial, la carga de la prueba puede recaer en las partes.*

2. *Si no se puede establecer el contenido del derecho extranjero se aplicará el derecho suizo».*

⁸ El artículo 348 del Código Civil portugués dispone:

«1. *Aquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento.*

2. *O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.*

3. *Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português».*

«1. *La persona que invoque el derecho consuetudinario, local o extranjero deberá probar su existencia y contenido; Sin embargo, el órgano jurisdiccional debe tratar de obtener conocimiento de ella de oficio.*

2. *El órgano jurisdiccional también será competente para examinar de oficio cuando deba pronunciarse sobre la base del Derecho consuetudinario, nacional o extranjero y ninguna de las partes lo haya invocado, o la parte contraria haya reconocido su existencia y contenido o no haya formulado objeciones.*

3. *Si no es posible determinar el contenido de la ley aplicable, el órgano jurisdiccional recurrirá a las normas del derecho común portugués».*

⁹ Vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>

25. Entre otros, RAMOS MÉNDEZ («...el juez tiene la obligación de investigar de oficio el derecho extranjero aplicable al caso. (...) Esta investigación de oficio del derecho extranjero no supone más que la vigencia sin concesiones del principio *iura novit curia*»¹⁰); ALONSO-CUEVILLAS («la naturaleza del derecho extranjero como una cuestión de derecho nos parece fuera de toda duda, debiendo consecuentemente regir, también para el derecho extranjero, el principio *iura novit curia*»¹¹); CERRATO GURI («En nuestra opinión, ...la única solución posible para esclarecer el problema de la confusa regulación de la prueba del derecho extranjero es llevar a cabo un cambio legislativo que determine de manera más concreta la aplicación de oficio del derecho extranjero por ser ésta una cuestión de derecho no sujeta al principio de aportación de parte, tal y como sucede en otros derechos comparados»¹²); y MONTERO AROCA («el juez tiene el deber de investigar de oficio el derecho aplicable, como se desprende del artículo 281.2 de la LEC. Con referencia al derecho extranjero el artículo dicho dispone, primero, que la parte que lo invoque debe probarlo en su contenido y vigencia por los medios de prueba normales y, luego, que el juez debe valerse además de cuantos medios de averiguación estime necesarios. Esta disposición debe generalizarse a todos los casos en que es tema de prueba una norma jurídica»¹³).

26. No es esta, sin embargo, la tesis acogida por nuestro Tribunal Supremo, que mantiene que, en nuestro país, el empleo de los medios de averiguación del derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación para el tribunal. Y, por tanto, que «No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero» (entre las más recientes: SSTs de 20 de julio de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3073], Pte. Sr. Vela Torres; y 27 de julio de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3188], Pte. Sr. Díaz Fraile), que citan a este respecto la STS de 20 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2021:3073], Pte. Sr. Orduña Moreno, que se refiere a su vez a la STS de 17 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1868], Pte. Sr. Saraza Jimena, que aplica la doctrina jurisprudencial «que resulta de sentencias de este tribunal tales como las núm. 436/2005, de 10 de junio; de 4 de julio de 2006, recurso núm. 2421/1999; núm. 797/2007, de 4 de julio; núm. 338/2008, de 30 de abril; núm. 390/2010, de 24 de junio, y núm. 528/2014, de 14 de octubre»).

27. De igual modo se pronuncian otros destacados procesalistas. Entre otros, GARCIMARTÍN MONTERO, quien alaba que la actual ley procesal civil se ocupe de esta materia, considera que el único avance claro que contiene es el de consagrar la posibilidad de que el juez haga uso de los medios de averiguación que considere idóneos para conocer la norma extranjera aplicable y considera que hubiese sido deseable que diese un paso más y obligase a los tribunales a realizar averiguaciones sobre la norma extranjera, sin perjuicio de que las partes pudiesen proponer prueba al respecto¹⁴; LÓPEZ SIMÓ, quien mantiene que, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente LEC, el derecho extranjero debe intentar probarse siempre a través de los medios de prueba propuestos por las partes, pero que si el tribunal considera que estos son insuficientes, puede proceder a investigar tales normas con los instrumentos que tenga a su alcance¹⁵, parecer que comparten ASENCIO MELLADO, quien añade que, si el tribunal conoce la norma extranjera, «podrá aplicarla sin necesidad de acreditación concreta. La ciencia privada en este caso, pues, no queda excluida por el carácter público y general del derecho»¹⁶, y GÓMEZ COLOMER¹⁷; OR-

¹⁰ F. RAMOS MÉNDEZ, «La prueba del derecho extranjero», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, julio/septiembre (1980), p. 667. En parecidos términos, P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 205.

¹¹ J. ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, *Las normas jurídicas como objeto de prueba: tratamiento procesal del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 65.

¹² E. CERRATO GURI, «El *onus probandi* del derecho extranjero», en J. PICÓ I JUNOY (Director), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 92.

¹³ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2012, p. 96.

¹⁴ R. GARCIMARTÍN MONTERO, en F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. MUERZA ESPARZA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2001, pp. 1002 y 1003. También en: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 95-118.

¹⁵ F. LÓPEZ SIMÓ, *Disposiciones generales sobre la prueba*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 56 y 57.

¹⁶ J. Mª. ASENCIO MELLADO, en VV.AA., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 233.

¹⁷ J.-L. GÓMEZ COLOMER, en VV.AA., *Procesal Civil. Derecho Procesal II*, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 229.

TELLS RAMOS, quien considera que el artículo 281.2 de la LEC establece la coexistencia de la prueba de la existencia y del contenido de la ley extranjera por parte de quien la invoque, con la potestad por parte del órgano jurisdiccional de investigarla de oficio¹⁸; GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, quienes consideran que en esta materia «ha de regir la carga material de la prueba, esto es..., si el resultado final de la actividad probatoria desplegada por las partes no conduce a la acreditación de la vigencia y contenido de la norma extranjera aplicable al caso y, por tanto, el juzgador tiene una duda insalvable sobre la misma (que no puede disiparse ni con la prueba de oficio), deberá dictar Sentencia en contra de la parte sobre la que recaía la carga formal de su acreditación»¹⁹); BONET NAVARRO («..en principio, a la parte corresponde la carga de la prueba de este derecho extranjero, si bien el tribunal queda autorizado para fijar la determinación de la norma aplicable mediante su conocimiento privado, así como a realizar averiguaciones sobre la vigencia y contenido del derecho extranjero y a no quedar vinculado por eventuales acuerdos de la partes...»)²⁰; CORTÉS DOMÍNGUEZ («...nuestra ley no establece el deber de investigar el derecho extranjero, ni tampoco crea el deber de que las partes asistan al juez en su investigación (...) la ley establece la carga de acreditar que el derecho extranjero tiene el contenido y la vigencia que se afirma en el proceso, y permite que el juez realice cuanta actividad probatoria entienda que es necesaria para convencerse de que efectivamente el derecho extranjero es y tiene el contenido que resulta de la prueba practicada. Estamos, por tanto, ante una prueba semiplena en la que la parte correspondiente tiene que ofrecer al juez la probabilidad del contenido y de la vigencia de las normas extranjeras»)²¹; y LORCA NAVARRETE («...el derecho extranjero es fuente de prueba de la que surge la necesidad de acreditar su contenido y vigencia por las partes personadas en el proceso civil...»)²².

28. El tema es complejo y, como vemos, discutido.

29. A nuestro parecer, cualquier posicionamiento serio sobre esta materia debe tener presente una serie de premisas que pasamos a desarrollar:

Primero. El carácter extranjero de una norma jurídica no le priva de su naturaleza normativa: sigue siendo derecho. Esta afirmación, en apariencia obvia, reviste importancia capital cuando se examina el papel del derecho extranjero en los procesos jurisdiccionales nacionales.

Segundo. Cuando una norma de conflicto, que tiene carácter imperativo, determina que un ordenamiento jurídico ajeno al propio debe regir una determinada relación jurídica debatida ante los tribunales españoles, dicho mandato ha de cumplirse en sus propios términos, sin que quepa sustituir esa legislación extranjera por otra, salvo que exista una justificación legalmente admisible.

Tercero. Resulta innegable que los jueces españoles están obligados a conocer el derecho nacional²³, pero no se les puede exigir un conocimiento exhaustivo de todos los ordenamientos jurídicos extranjeros existentes. Y menos aún con el nivel de detalle y precisión requeridos para aplicarlos adecuadamente sin mediación alguna.

Cuarto.- Precisamente por lo anterior, la aplicación de una norma extranjera, aunque impuesta por una disposición imperativa del derecho internacional privado, exige que se acredite tanto su contenido como su vigencia en el momento de su eventual aplicación judicial.

Quinto. Que supone un error conceptual grave equiparar las normas jurídicas extranjeras a los hechos a efectos de prueba. Las primeras deben ser acreditadas solo en la medida en que sean desconocidas para el juez. Si este, por la razón que fuere, posee un conocimiento suficiente y preciso de las

¹⁸ M. ORTELLS RAMOS, en VV.AA., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2001, p. 371.

¹⁹ V. GIMENO SENDRA y P. MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil, I, El proceso civil de declaración, Parte General*, 2ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 405.

²⁰ J. BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 138.

²¹ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 11ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 211.

²² A. M^a. LORCA NAVARRETE, *Conceptos básicos del proceso civil II*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2023, p. 30.

²³ Como señaló STEIN, «En relación con el derecho positivo nacional, el juez tiene un absoluto e ilimitado deber de conocimiento sobre su existencia y contenido» (F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, Ediciones Universidad de Navarra, SA, Pamplona, 1973, p. 235).

mismas, se encuentra obligado a aplicarlas, aun cuando las partes no las hayan invocado²⁴. Del mismo modo, si las partes alegan la existencia de ciertas normas extranjeras, el juez no está constreñido a aplicarlas automáticamente si estima, con base fundada, que tales normas no resultan aplicables o no se corresponden con la realidad jurídica extranjera vigente²⁵.

Sexto. Esta situación permite afirmar que el juez puede investigar de oficio el contenido y vigencia de la norma extranjera aplicable. Dicha facultad no excluye, sino que coexiste con la actividad probatoria de las partes. Así se desprende del tenor del artículo 281.2, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite colegir que, si las partes han logrado justificar con solvencia la normativa extranjera pertinente, el órgano judicial no precisa hacer uso de esa facultad. Sin embargo, si no lo han hecho, aunque no esté legalmente compelido a investigar por sí mismo, no queda exonerado de agotar diligentemente todos los medios disponibles a su alcance para esclarecer el contenido y vigencia de dicha normativa²⁶. Una actitud pasiva o negligente por parte del juez en esta materia podría tener como resultado que no se aplique el derecho material efectivamente llamado a regir el fondo del litigio -derecho cuya aplicación viene impuesta por una norma imperativa-, y con ello verse comprometido el derecho fundamental de las partes a obtener una tutela judicial efectiva²⁷.

Esta exigencia resulta aún más patente en aquellos supuestos en los que una de las partes ha desplegado razonablemente todos los esfuerzos que estaban a su alcance para justificar el contenido del derecho extranjero aplicable o cuando la parte beneficiaria ostenta el derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁸. En este último caso, resulta previsible que carezca de los medios económicos necesarios para sufragar los costes que pueden derivarse de la acreditación de los extremos exigidos por la ley.

²⁴ La determinación del derecho aplicable para la resolución de un caso no depende del ordenamiento que las partes invoquen o dejen de invocar, sino de las normas y principios jurídicos que rigen en una sociedad. Por lo que, si las normas y principios jurídicos que rigen en la nuestra determinan que el derecho sustantivo aplicable a un pleito es el de otro país, y no el nuestro, es ese el que nuestros tribunales deben aplicar, lo quieran o no las partes en conflicto, y, por tanto, independientemente de que éstas lo invoquen o dejen de invocar. En igual sentido: SSTs de 10 de junio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3760), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel; 4 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4079), Pte. Sra. Roca Trías; y 1 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1805), Pte. Sr. Seijas Quintana.

²⁵ GÓMEZ ORBANEJA lo explicó en su día con suma claridad: «Pero sería erróneo equiparar, a efectos de prueba, las “máximas de la experiencia” y las normas jurídicas con los hechos. La norma extranjera o consuetudinaria es sólo materia de prueba en la medida que le sea desconocida al juez. Nada sería tan ilógico como aplicar estrictamente respecto de ella los principios de aportación de parte y dispositivo que rigen para la prueba de los hechos. ¿Es que el juez va a partir en su sentencia, digamos, de una pretendida disposición del Código Civil francés, que él sepa que éste no contiene, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue? ¿Es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante que tenía que probarla no lo haya hecho? Por tanto, respecto de la prueba de la norma debe regir el principio de investigación de oficio, el cual no es incompatible con la actividad probatoria de las partes, sino que condiciona su resultado, como el proceso penal nos muestra» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, volumen primero, Parte General - El proceso declarativo ordinario, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 294).

²⁶ Existen diversos convenios internacionales que, bien expresamente, bien de forma tangencial, facilitan la prueba del derecho extranjero. Entre otros, el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 («BOE» núm. 240, de 7 de octubre de 1974), que establece en sus artículos 3 y siguientes un cauce para que una autoridad judicial de un Estado miembro que esté conociendo de un asunto en el que se tenga que probar un derecho extranjero pueda solicitar a otro Estado miembro la prueba del mismo; el Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero (Estrasburgo, 15 de marzo de 1978 - «BOE» núm. 150, de 24 de junio de 1982); la Convención Iberoamericana de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo («BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1988); el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 («BOE» núm. 151, de 25 de junio de 1997); y el Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1998).

²⁷ En tal sentido, la STC de 17 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:10), Pte. Sra. Casas Baamonde, advierte que existen supuestos en los que el uso de dicha facultad «puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio», agregando más adelante que, en algunos supuestos, es exigible a los órganos judiciales «una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba».

²⁸ Téngase en cuenta que el beneficio de justicia gratuita no incluye, entre otros gastos, los determinados por la traducción fidedigna de documentos.

En otras palabras, el principio dispositivo es esencial para el proceso civil y su funcionalidad, pero no debe interpretarse como una invitación a la pasividad judicial. El juez no puede limitarse a contemplar de manera inerte el desenvolvimiento procesal de las partes. Si nuestro ordenamiento jurídico dispone que, en virtud de normas de conflicto imperativas, ha de aplicarse un derecho extranjero en la resolución de un litigio sometido a jurisdicción española, su aplicación no puede quedar condicionada exclusivamente a que las partes acrediten de manera espontánea y exhaustiva su contenido y vigencia. Los jueces deben asumir una actitud activa en la determinación de tales extremos. Si bien su conocimiento especializado se circunscribe legítimamente al derecho nacional, ello no los exime de la obligación de intentar conocer la normativa extranjera aplicable cuando no dispongan de un conocimiento directo y suficiente de la misma, siempre que ello no implique una carga desproporcionada²⁹.

No estamos, desde luego, ante una problemática novedosa. Tampoco son admisibles soluciones mecánicas o de rutina. Como ya advirtiera YÁNGUAS MESSÍA hace más de seis décadas, el abandono de la aplicación del derecho extranjero al arbitrio de las partes conduce a una situación en la que normas de conflicto que el legislador ha revestido de carácter imperativo quedan, en la práctica, desprovistas de eficacia: «Las normas de Derecho internacional privado que el legislador quiso investir de valor imperativo, quedan así entregadas al arbitrio de las partes. Unas veces por ignorancia, otras por malicia, el Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del propio juez podrá no ser alegado por las partes, y el juez, conforme a esta viciosa y extendida jurisprudencia, permanecerá indiferente y pasivo, consagrando la violación de una norma obligatoria de su legislador, que le prescribe aplicar una ley extranjera»³⁰.

IV. Consecuencias de que no se acredite la ley material extranjera

30. Nuestro sistema no obliga pues a los jueces españoles a averiguar el contenido, vigencia y exacta interpretación de las normas extranjeras aplicables a un caso, pero sí prevé (i) que deben resolver los asuntos que tengan encomendados «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes» (artículo 218,1, II de la LEC) y, en consecuencia, con arreglo a las normas jurídicas que en cada caso corresponda, hayan sido o no aducidas por las partes; (ii) que ello implica que, si la aplicación de un derecho foráneo viene determinada por una norma de conflicto vigente en nuestro país, es este el que se debe tener en cuenta para dilucidar la solicitud de tutela suscitada por el actor; (iii) que, con carácter general, ha de practicarse prueba para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero (artículos 281.2 de la LEC y 33.2 de la LCJIMC); (iv) que los tribunales pueden valerse de cuantos medios de averiguación consideren necesarios en orden a la aplicación de la ley sustantiva extranjera que deba administrarse (artículo 281.2 de la LEC); y (v) que «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español» (artículo 33.3 de la LCJIMC).

31. A nuestro parecer, ello determina que son las partes las que deben acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero aplicable al caso; que, en aquellos supuestos, ciertamente insólitos, en que ello no les sea posible, los jueces y magistrados deben hacer todo lo que esté a su alcance para intentar justificar dichos extremos; y que solo en aquellas hipótesis, ciertamente excepcionales, en que ni siquiera así sea posible determinarlos, ha de aplicarse el derecho material español para solventar el fondo del asunto.

32. La regla, por tanto, es que el asunto que deba resolverse conforme a una norma extranjera, por determinarlo así una norma de conflicto aplicable en nuestro país, sea resuelto conforme a dicha norma; que son las partes que disputan ante la jurisdicción española las que tienen la carga de acreditar su contenido y vigencia, singularmente las que solicitan una concreta tutela jurisdiccional; que los

²⁹ En igual sentido: E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Tratamiento procesal del derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Internacional II-1975*, Universidad de Navarra: Facultad de Derecho, p. 50.

³⁰ J. DE YÁNGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado, Parte General*, 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, p. 335.

tribunales pueden y deben colaborar en la determinación de ambos extremos cuando las partes *de facto* no consigan hacerlo, lo que implica que lo intenten, y no de cualquier manera, sino de forma decidida y firme; y que, en aquellas hipótesis ciertamente excepcionales, en que, ni aun así sea posible conocer con el detalle y precisión necesarios cuál es el contenido de la norma aplicable y si esta se encuentra vigente, como solución subsidiaria, puede aplicarse el derecho español.

33. Analicemos con mayor detalle lo que acabamos de apuntar.

34. La atribución de la carga de justificar el contenido y vigencia del derecho extranjero recae, de forma general, sobre las partes procesales. Tal conclusión se deriva no solo del principio dispositivo que rige en el proceso civil, sino también de la lógica estructural del mismo: son las partes quienes deben alegar los hechos sobre los que pretenden fundar sus pretensiones y quienes deben acreditar los hechos controvertidos. Esta responsabilidad encuentra reflejo positivo en nuestro ordenamiento jurídico, que impone a los litigantes el deber de colaborar activamente en la determinación del marco normativo aplicable, cuando este no emana del derecho interno.

35. Conviene aclarar, sin embargo, que esta carga no se extiende a la prueba de la norma de conflicto que determina la aplicabilidad del ordenamiento extranjero. Estas normas tienen carácter imperativo, y como tales, deben ser obligatoriamente observadas por el juzgador, se aleguen o no por los litigantes. La imperatividad de las normas de conflicto exime a las partes de su alegación, pero no las libera de la carga de probar el contenido sustantivo del derecho extranjero resultante de su aplicación³¹.

36. Así pues, una vez determinado, mediante una norma de conflicto imperativa, que debe aplicarse un ordenamiento jurídico extranjero para resolver el litigio, corresponde a las partes -y en especial a aquella que formula una pretensión que requiere su aplicación- acreditar el contenido, vigencia y sentido interpretativo de la norma sustantiva foránea. Esta exigencia no deriva de una opción valorativa arbitraria, sino de un mandato legal expresamente establecido por el legislador español.

37. Es cierto que en estos supuestos los jueces tienen el deber de intentar conocer el derecho extranjero aplicable. Existen en nuestro ordenamiento diversas herramientas jurídicas que permiten al juez cumplir con esta función, entre ellas los convenios internacionales suscritos por España -como el Convenio Europeo sobre Información del Derecho Extranjero de Londres de 1968- o mecanismos de cooperación jurídica internacional. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe recurrir a tales instrumentos y explorar todas las vías razonables a su alcance para dotar de contenido a la norma extranjera designada por la norma de conflicto, sin que sea admisible una actitud pasiva o negligente.

38. Ahora bien, este esfuerzo judicial no puede -ni debe- excluir la implicación activa de las partes en la acreditación del derecho extranjero. La actitud de los litigantes, ya sea diligente o indolente, activa o apática, debe ser valorada en sede judicial a efectos de la resolución del litigio. Si el comportamiento procesal de las partes no influye en modo alguno en la solución judicial, si la aportación o ausencia de elementos probatorios sobre el derecho extranjero carece de consecuencias prácticas, ¿qué incentivo real tendrían los litigantes para cumplir con una obligación que, como dispone expresamente el artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, les incumbe?

39. De tolerarse tal omisión sin consecuencia alguna, si las partes pueden no hacer nada sin que ello tenga consecuencias y el esfuerzo acreditativo queda en manos del voluntarismo de la autoridad judicial, a la que nuestro ordenamiento no le impone que averigüe de oficio cuál es el contenido y exacta

³¹ En efecto. El derecho extranjero no ha de ser alegado por las partes para que los jueces deban tenerlo en cuenta. «Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado» (SSTS de 10 de junio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3760), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel; y 1 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1805), Pte. Seijas Quintana).

interpretación de la norma extranjera, ni si está o no vigente, la solución que la ley española prevé como inusual, insólita o extravagante acabará siendo la habitual, la ordinaria, contraviniendo de forma clara la *ratio legis*.

40. Por todo ello, la conducta procesal que adopten las partes en relación con la determinación del derecho extranjero resulta jurídicamente relevante y debe ser valorada en la decisión judicial.

41. Es cierto que puede darse el supuesto, poco frecuente, pero no descartable, de que las partes -al preparar la demanda y la contestación- no adviertan que el litigio debe resolverse conforme a un ordenamiento jurídico distinto al español. En tales casos, si el juez percibe la aplicabilidad de un derecho extranjero, debe advertírsele a las partes en el momento procesal oportuno. En los juicios ordinarios, ello deberá producirse en la audiencia previa; en los juicios verbales, en la vista. Este deber de advertencia no solo permite preservar el derecho de defensa, sino que habilita a las partes a redirigir sus estrategias procesales y a solicitar la práctica de los medios de prueba pertinentes para acreditar los extremos necesarios³². Si para ello fuera necesario suspender el acto procesal, deberá hacerse por el tiempo mínimo imprescindible.

42. La dificultad sobreviene cuando, aun habiéndose dado la advertencia judicial, o incluso sin que esta fuera necesaria, la parte a quien incumbe justificar el contenido y vigencia del derecho extranjero no lo hace. En otras palabras, cuando quien detenta la carga probatoria no cumple con ella. En estos supuestos, el juez no puede suplir dicha omisión sin quebrantar el principio de igualdad procesal, ni sustituir sin más la carga de la prueba que corresponde a los litigantes. Ello no impide que, dentro de los márgenes del principio de colaboración judicial, el órgano judicial pueda intentar la obtención del contenido del derecho extranjero. Pero tal posibilidad no exime a las partes de su deber de prueba.

43. ¿Cuál es la solución jurídica más ajustada en este caso?

44. Si se piensa con detenimiento enseguida se concluirá que no existe una única respuesta, ya que pueden darse situaciones muy distintas y cada una merece ser debidamente ponderada.

45. Puede suceder, en primer lugar, que la parte interesada en la aplicación de una norma extranjera no proponga prueba alguna para acreditar su contenido y vigencia. También puede ocurrir que lo haga, pero de manera ineficaz o defectuosa. Y, finalmente, puede acontecer que, a pesar de haber actuado con la diligencia exigible, no logre acreditar los extremos requeridos por causas que no le son imputables.

46. Desde una perspectiva jurídica, las dos primeras situaciones deben ser objeto de un tratamiento distinto al del tercer supuesto. En efecto, cuando la parte actúa de forma omisa o negligente, la consecuencia jurídica más razonable y conforme con el sistema procesal español es la desestimación de su pretensión³³. Solo en aquellos casos en que se haya desplegado un esfuerzo acreditativo serio y razonable, sin éxito por circunstancias objetivas, podrá valorarse una solución judicial distinta.

47. En nuestra opinión, la solución que aboga por desestimar la demanda en los casos en que no se acredita el contenido del derecho extranjero -o se hace de forma deficiente- se sustenta en razones bien fundamentadas.

³² En igual sentido: J. PICÓ I JUNOY, «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema?», en J. PICÓ I JUNOY (Director), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 23.

³³ En relación con esta cuestión, el auto de 20 de julio de 2022 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2022:11783A), Pte. Sra. Ureste García, contiene un *obiter dicta* de singular relevancia: «En otras palabras, lo que esta Sala razona es que la doctrina correcta, ya unificada, se contenía en la sentencia de la Sala General de 22 de mayo de 2001, en la que se establecía que en ausencia de prueba del derecho extranjero por la parte que lo alega o pretende su aplicación, la consecuencia no será la aplicación del derecho español, sino la desestimación de la pretensión».

48. En primer lugar, en que los tribunales españoles no están obligados a determinar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, ni a aplicar automáticamente el derecho nacional como supletorio. Sí están obligados, no obstante, a aplicar de oficio las normas de conflicto internas y a realizar una labor activa de averiguación razonable del derecho extranjero aplicable. Esta actividad, sin embargo, no sustituye el deber primario de las partes, quienes deben acreditar dicho contenido si desean obtener una tutela jurisdiccional favorable.

49. En segundo término, en que constituye un incentivo a la diligencia procesal. Cualquier otra solución facilita que los litigantes puedan eludir su deber procesal sin afrontar responsabilidad alguna. En cambio, la desestimación de la demanda promueve la implicación activa de las partes en el proceso probatorio, particularmente cuando el asunto debe resolverse conforme a lo previsto en un ordenamiento jurídico foráneo.

50. En tercer lugar, en el carácter excepcional de la solución prevista en el artículo 33.3 de la LCJIMC. El precepto establece que únicamente podrá aplicarse el derecho español cuando no se haya logrado acreditar el contenido del derecho extranjero. Este supuesto extraordinario presupone que se haya intentado activamente cumplir con la carga probatoria, lo que excluye aquellos casos en los que la parte ha actuado con apatía o no ha desplegado el mínimo esfuerzo exigible.

51. Y, finalmente, porque es una solución plenamente respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE³⁴ que, como es sabido, exige de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonable, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso³⁵. Y la desestimación de la demanda, en los supuestos antes mencionados, sin duda lo es, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, al significar que se trata de «una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso»³⁶.

52. En consecuencia, cuando una parte fundamenta su pretensión en el derecho nacional, omitiendo la referencia a las normas extranjeras que, por imperativo de la norma de conflicto, deberían regir el litigio, la desestimación de su demanda es procedente. Lo mismo ocurre si invoca el derecho extranjero, pero no logra acreditar ni su contenido ni su vigencia por causas atribuibles a su pasividad o falta de diligencia.

53. En ambos casos, este desenlace es jurídicamente legítimo y respetuoso con los principios fundamentales del proceso. Pues desestimar una pretensión porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable, o porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha acreditado en los términos que exige la ley, sin haberse realizado el esfuerzo mínimo requerido para ello, es una respuesta ajustada a nuestro ordenamiento y satisface en términos irreprochables el derecho

³⁴ Así lo admite nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia número 155/2001, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2001:155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez, en la que, no obstante, hace constar que le parece más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE la que aplica con carácter sustitutorio el derecho español.

Sin embargo, no se trata de una opinión unánime entre los magistrados que integran dicho tribunal, como lo acredita el voto particular suscrito por don Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 33/2002, de 11 de febrero, en el que señaló: «Esto sentado, no veo cómo la desestimación de una demanda porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable al caso y porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha probado por la parte que debiera haberlo hecho, pueda considerarse que vulnera el art. 24.1 CE. Por el contrario, estimo que una Sentencia (Sentencias en este caso, del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia) de tal contenido satisface en términos irreprochables el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

³⁵ Discrepamos por tanto de CUARTERO RUBIO, quien afirma que la falta de prueba o prueba insuficiente del derecho extranjero constituye una crisis procesal; que «ante una situación de crisis procesal por falta de prueba del Derecho extranjero el problema desde el punto de vista del art. 24 CE es la solución de reemplazo»; y que del «art. 24 deriva la obligación de proporcionar una solución de reemplazo» (M^a. V. CUARTERO RUBIO, «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, n^o 14, Enero-Diciembre 2000, pp. 59 y 60).

³⁶ ATC de 4 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:422A).

fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, sin indefensión, derecho fundamental que, en ningún caso, conviene insistir en ello, comprende el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, ni, menos aún, una sentencia acorde con las pretensiones interesadas por las partes, sino «una resolución fundada en derecho»³⁷.

54. Ahora bien, para que tal desestimación sea enteramente legítima, es preciso que el tribunal haya desplegado una mínima actividad garantista. Si durante la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el verbal), el juez detecta la necesidad de aplicar un derecho extranjero, debe advertir a las partes de tal circunstancia y ofrecerles la posibilidad de proponer la prueba correspondiente. Asimismo, conforme al artículo 429.1, III de la LEC, puede advertir sobre la insuficiencia de los medios probatorios aportados.

55. Estas actuaciones procesales aseguran que los litigantes tengan conocimiento efectivo de los requisitos exigidos por el ordenamiento y les permiten reorientar su estrategia probatoria, de modo que, en caso de posterior inactividad o fracaso, no pueda alegarse indefensión.

56. El tratamiento debe ser distinto cuando la falta de prueba del derecho extranjero no obedece a desidia o mala estrategia, sino a una verdadera imposibilidad objetiva. Por ejemplo, cuando se trata del derecho de un Estado recientemente constituido, o del ordenamiento de un país sumido en conflicto armado o con instituciones jurídicas colapsadas, concurren otras circunstancias que hacen materialmente inviable obtener alguna información fiable..

57. En estas hipótesis, resulta irrazonable exigir el mismo nivel de diligencia y eficacia. A quien ha actuado con esfuerzo pero sin éxito por razones ajenas a su voluntad no puede atribuírsele responsabilidad procesal alguna. En tales casos, el juez deberá adoptar una actitud aún más proactiva, utilizando los medios previstos en el artículo 281.2 de la LEC, así como cualquier instrumento nacional o internacional a su alcance, para intentar acreditar el contenido del derecho extranjero aplicable. De lo contrario podría vulnerarse el derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, reconocido como es sabido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución³⁸.

58. Ahora bien, puede darse el supuesto de que, pese a la actuación activa del tribunal, no se logre determinar con precisión el contenido del derecho extranjero, ni su vigencia ni su interpretación judicial en su país de origen. Este escenario extremo, aunque infrecuente, es jurídicamente posible.

59. En tales casos, el artículo 33.3 de la LCJIMC permite, con carácter excepcional, la aplicación del derecho español. La norma, sin embargo, guarda silencio respecto de los supuestos intermedios, es decir, aquellos en los que se ha obtenido solo una información parcial, insuficiente o ambigua sobre el derecho extranjero aplicable.

60. Y ello pese que en el Preámbulo de la Ley 29/2015 se afirma que con dicho instrumento se aporta seguridad jurídica y certidumbre añadidas al área de la cooperación jurídica internacional.

61. Ante este vacío legal, siguiendo el autorizado criterio de CALVO CARAVACA³⁹, parece razonable proponer una solución de compromiso: que se apliquen los preceptos del derecho extranjero que hayan sido acreditados satisfactoriamente y que los aspectos jurídicos que, regulados por éste, no lo hayan sido, se rijan por el derecho nacional designado en el siguiente punto de conexión de la norma

³⁷ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC de 6 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:108), Pte. Sra. Casas Baamonde, y 27 de enero de 2014 (ECLI:ES:TC:2014:7), Pte. Sr. Ollero Tassara.

³⁸ Véase a este respecto la STC de 17 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:10), Pte. Sra. Casas Baamonde.

³⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, p. 147.

de conflicto y, en última instancia, por el derecho español, siempre y cuando ello sea conciliable con el derecho extranjero que pueda aplicarse.

IV. La actual doctrina judicial española

62. Como ya hemos apuntado, el tema analizado en el presente trabajo es ciertamente controvertido, existiendo una copiosa jurisprudencia que, a nuestro parecer, no siempre se ha ajustado a lo dispuesto en el conjunto normativo que regula esta cuestión⁴⁰.

63. Existen sin embargo dos recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, a nuestro entender, se orientan en la dirección adecuada y respaldan la postura mantenida en este trabajo, sostenida en los últimos años por destacados iusprivatistas y procesalistas⁴¹.

64. La primera de dichas resoluciones es la sentencia de 3 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1228), Pte. Sra. Parra Lucán. En ella, nuestro más alto tribunal, salvo en materia de garantías constitucionales, señaló que las partes en litigio invocaron en apoyo de sus respectivas pretensiones normas del ordenamiento jurídico colombiano, el cual resultaba aplicable para resolver el fondo del litigio; que la identificación y determinación del contenido de dichas normas extranjeras resultaba sencilla, por cuanto podía efectuarse mediante una simple consulta a la página web oficial del Gobierno de Colombia o a la página web del Consejo General del Poder Judicial, «sin perjuicio del principio de alegación y prueba del derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico»; y que, en este contexto, la aplicación del derecho español al caso, en lugar del Derecho colombiano, fue improcedente, ya que el artículo 33.3 de la Ley 29/2015 solo autoriza dicha aplicación con carácter «excepcional» y exclusivamente cuando no haya sido posible acreditar debidamente el contenido y vigencia del Derecho extranjero pertinente.

65. La segunda, la sentencia de 30 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5263), Pte. Sra. Parra Lucán, dictada por el pleno de dicho tribunal, en la que se establecen importantes precisiones interpretativas que conviene destacar:

i) Cuando una norma de conflicto determina la aplicación de un derecho extranjero, ha de ser este -y no el derecho español- el que se aplique al caso.

ii) Corresponde a las partes procesales la carga de acreditar tanto el contenido como la vigencia del derecho extranjero aplicable.

⁴⁰ Por todas pueden consultarse dos recientes decisiones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: la sentencia de 20 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3073), Pte. Sr. Vela Torres; y la sentencia de 27 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3188), Pte. Sr. Díaz Fraile, ambas con citas de sentencias de 2014 y 2015.

Con todo, en el pasado no faltaron sentencias de la misma sala y tribunal que mantuvieron que la falta de prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero (en el caso analizado el derecho argentino) acarrea la desestimación de la demanda o reconvencción «por cuanto se trata de un hecho constitutivo», (STS de 18 de octubre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5162], Pte. Sr. Corbal Fernández).

⁴¹ Entre los primeros destacan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Entre sus muchos trabajos podemos citar los siguientes: A.-L. CALVO CARAVACA, «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 68, n° 2, 2016, pp. 133-156.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Falta de prueba del derecho extranjero», *Revista jurídica sobre familia y menores*, n° 20, 2018 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: La prueba en los procesos de familia), pp. 11-20; y A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del derecho extranjero en España. Una aproximación económica», en H. SOLETO MUÑOZ, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, A. ARNAIZ SERRANO y S. OUBIÑA BARBOLLA (Coordinadoras), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Vol. 2, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2025, pp. 1709-1731.

Entre los segundos, cabe mencionar los numerosos estudios realizados por SIGÜENZA LÓPEZ: J. SIGÜENZA LÓPEZ, «Aplicación judicial del derecho extranjero: el Tribunal Supremo debe rectificar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 6, 2019; J. SIGÜENZA LÓPEZ, «La prueba del derecho extranjero y la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en J. N. NICOLÁS GARCÍA, J. SIGÜENZA LÓPEZ y C. A. GINER ALEGRÍA (Directores), *Estudios jurídicos y criminológicos. Homenaje a Juan José Nicolás Guardiola*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor-Pamplona, 2023, pp. 43-76; y J. SIGÜENZA LÓPEZ, «El derecho extranjero como objeto de prueba: actividad probatoria de las partes e investigación de oficio de la norma aplicable», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 63, 2024.

iii) El artículo 33.3 de la LCJIMC prevé una solución de carácter estrictamente *«excepcional»*, en los términos utilizados por el propio precepto, y exclusivamente para aquellos supuestos en los que resulte imposible a las partes probar el contenido del derecho extranjero. Solo en tales casos puede el órgano jurisdiccional español aplicar subsidiariamente el derecho nacional⁴².

iv) En consecuencia, la aplicación supletoria del derecho español queda supeditada a la constatación de la imposibilidad efectiva de acreditar la normativa extranjera, lo que no es de aplicación cuando la parte actora debió haber fundado su pretensión en una norma foránea -por exigirlo así la norma de conflicto- y no alegó ni justificó que conforme a ese derecho debía concederse la tutela solicitada, o cuando alegó dicha circunstancia, no propuso prueba para acreditar su contenido y vigencia y no invocó la imposibilidad de llevar a cabo dicha prueba.

66. Ambas sentencias se distancian expresamente de la práctica jurisprudencial anterior, según la cual se aplicaba el derecho español de manera subsidiaria ante la ausencia de prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero. Tal orientación previa desatendía el carácter imperativo de las normas de conflicto consagrado en el artículo 12.6 del Código Civil y generaba una considerable inseguridad jurídica, al dificultar la determinación anticipada del derecho sustantivo aplicable a los litigios sometidos a la jurisdicción española⁴³.

67. Esta nueva línea jurisprudencial se revela, sin duda, más coherente tanto con la letra como con el espíritu de los tres cuerpos normativos que rigen la materia. Subraya con claridad que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la solución ordinaria debe ser la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto pertinente; que la aplicación del derecho español constituye una medida excepcional y, por ende, de carácter extraordinario; y que dicha medida solo procede cuando las partes han intentado con seriedad y rigor, aunque sin éxito, acreditar el contenido y vigencia de la normativa extranjera aplicable.

68. La tesis adoptada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones es jurídicamente impecable y ofrece una construcción argumentativa del todo coherente con los principios fundamentales del sistema jurídico español en materia de aplicación del derecho extranjero.

69. Igualmente irreprochable resulta el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en la STC 10/2000, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:10), con ponencia de la Excm. Sra. Casas Baamonde. En dicha resolución se afirma que, una vez que se ha aportado un principio de prueba del derecho extranjero aplicable al caso, se impone a los órganos judiciales un deber de participación activa en la determinación de su contenido y vigencia. Tal deber incluye, en su caso, la obligación de justificar por qué no se adoptaron medidas complementarias a las ya interesadas por las partes para completar la prueba del derecho foráneo.

70. A continuación, nos referiremos a diversas resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales que han acogido esta nueva orientación jurisprudencial o bien formulan consideraciones particularmente atinadas sobre cuestiones conexas con la problemática que aquí se analiza y con las cuales coincidimos plenamente.

71. En concreto, nos detendremos en siete resoluciones judiciales relevantes.

72. La primera de ellas es el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:390A), Pte. Sra. Guinaldo López, en el que se desarrollan los siguientes razonamientos de interés:

⁴² Artículo 33.3 de la LCJIMC: *«Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español».*

⁴³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero», *Actualidad Civil*, n° 4, abril 2025.

i) Carece de sentido elaborar complejas normas de conflicto en el ámbito de la Unión Europea si, en la práctica, no se aplica el derecho material estatal al que aquellas remiten. Además, se subraya que no existe disposición internacional alguna que imponga a España un régimen específico sobre la alegación y prueba del derecho extranjero, ni tampoco normas de derecho de la Unión Europea que obliguen a los jueces y tribunales españoles a aplicar y probar de oficio el derecho foráneo designado por las normas de conflicto, sean estas europeas o internas.

ii) En aquellos litigios que presentan un elemento de extranjería, el principio *iura novit curia* no se extiende al conocimiento del derecho extranjero, razón por la cual este debe ser objeto de acreditación para poder ser correctamente aplicado al caso concreto.

iii) La excepcionalidad prevista en el artículo 33 de la LCJIMC debe interpretarse a la luz del respeto al carácter imperativo de las normas de conflicto. En este sentido, resulta inadmisibles su neutralización mediante una aplicación sistemática y oportunista de la *lex fori*, lo que permitiría a las partes eludir la aplicación del derecho extranjero simplemente omitiendo su alegación cuando no les resultara conveniente, a pesar de que la norma de conflicto conduzca a él.

iv) Tras la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se exige de los órganos judiciales una actitud activa ante la insuficiencia probatoria aportada por las partes, debiendo incluso indicar qué prueba considera pertinente practicar (art. 429.1 LEC). Esta colaboración entre las partes y la autoridad judicial en la determinación del derecho extranjero, unida a la naturaleza excepcional de la aplicación de la *lex fori* en caso de falta de prueba y a la obligación del juez de advertir dicha insuficiencia, justifica una participación efectiva del órgano jurisdiccional en la identificación del derecho extranjero aplicable, en cumplimiento del mandato de la norma de conflicto.

v) Finalmente, se precisa que si resulta imposible acreditar el contenido del derecho extranjero designado por la norma de conflicto o, una vez acreditado, este se muestra contrario al orden público español, procede entonces aplicar la *lex fori* como solución subsidiaria.

73. La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1250), con ponencia del Ilmo. Sr. Fernández-Porto García, constituye un ejemplo paradigmático de actitud judicial proactiva en la determinación del derecho extranjero aplicable -en este caso, el derecho venezolano- para resolver una impugnación de reconocimiento de paternidad no matrimonial planteada mediante reconvencción. El tribunal, tras consultar fuentes oficiales en línea, accedió al texto del Código Civil vigente en la República Bolivariana de Venezuela, señalando expresamente su Título V del Libro I, dedicado a la filiación; su artículo 209, que establece que «La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre»; y su artículo 221, que dispone que «El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello». La decisión refleja un claro compromiso judicial con la correcta aplicación del derecho extranjero, acorde con el mandato de las normas de conflicto.

74. En términos similares, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APMU:2023:650), con ponencia del Ilmo. Sr. López Pujante, constituye otro ejemplo de actuación judicial diligente en relación con la prueba del derecho extranjero. El asunto versaba sobre la viabilidad de una adopción internacional, cuya denegación se basó en la supuesta prohibición de la adopción por parte del derecho marroquí. La sentencia de instancia había considerado que, al no haberse aportado prueba alguna que desvirtuara la posición del Ministerio Fiscal -quien alegó dicha prohibición-, debía entenderse acreditado ese impedimento normativo. Sin embargo, la Audiencia estima en parte el recurso interpuesto, al considerar acertadamente que quien alega el contenido del derecho extranjero ostenta la carga de su prueba. Pese a ello, el tribunal no estima el recurso en su totalidad, ya que, conforme al artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el órgano jurisdiccional puede servirse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Y en este caso, incluso una búsqueda inicial en bases de datos jurídicas e internet permite constatar que el derecho marroquí prohíbe expresamente la adopción, como lo confirman el artículo 149 de la *Mudawana* (Código de Familia marroquí) y diversas resoluciones de audiencias provinciales.

75. Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APMA:2025:577), con ponencia de la Ilma. Sra. Ruiz Jiménez, y de 13 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APMA:2025:626), con ponencia del Ilmo. Sr. Ramos Villalta, acogen y aplican de forma expresa la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 2024, antes comentada, lo cual debe valorarse de forma positiva.

76. En la misma línea se sitúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APM:2025:2454), con ponencia del Ilmo. Sr. López-Muñiz Criado, que reproduce y aplica el nuevo criterio jurisprudencial con claridad y consistencia, lo que merece ser especialmente destacado.

77. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 10 de marzo de 2025 (ECLI:ES:APAB:2025:172), con ponencia del Ilmo. Sr. Monsalve Argandoña, recuerda de manera pertinente que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 -también referida anteriormente- admite la posibilidad de que los jueces españoles apliquen normas materiales extranjeras cuando conozcan suficientemente el ordenamiento jurídico de origen y su aplicación venga impuesta por una norma de conflicto adecuada para resolver la controversia.

78. No obstante, debe advertirse que subsisten resoluciones recientes que desconocen o desatienden la nueva orientación jurisprudencial.

79. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10670), con ponencia del Ilmo. Sr. Gómez Canal. En dicha resolución, se reconoce expresamente que, conforme a las normas de conflicto aplicables, el derecho material relevante es el portugués. Sin embargo, al no haberse acreditado su contenido y vigencia por las partes, se decide aplicar el derecho español. En apoyo de esta solución, el tribunal sostiene que el uso de medios de averiguación del derecho extranjero constituye una facultad y no una obligación del órgano jurisdiccional. Esta postura contradice frontalmente la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, que establece el carácter excepcional de la aplicación del derecho español cuando se ha determinado normativamente la aplicación de un ordenamiento extranjero. Además, en el caso examinado, la actitud del tribunal resulta excesivamente pasiva, toda vez que no se justifica por qué la determinación del contenido del derecho portugués sería especialmente dificultosa o compleja, cuando parece evidente que no lo es.

80. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:1781), con ponencia del Ilmo. Sr. Menéndez Estébanez, reproduce la doctrina previa a la nueva doctrina del Tribunal Supremo. Considera que, si la parte actora no acredita el derecho extranjero -en este caso, también el derecho portugués-, resulta procedente aplicar directamente el derecho español. Esta solución, sin embargo, ignora el deber de colaboración judicial en la identificación del derecho extranjero y vuelve a incurrir en la indebida generalización de una excepción que debe aplicarse con suma cautela. Especialmente llamativo resulta el hecho de que se alegue una supuesta complejidad para localizar el derecho luso cuando, en realidad, se trata del ordenamiento jurídico de un país fronterizo con el territorio de la propia audiencia provincial. Por otra parte, la afirmación de que «No es necesario probar el derecho extranjero cuando sea conocido por las partes o haya acuerdo total entre ellas del mismo, aunque el tribunal tendrá absoluta libertad de exigir la prueba correspondiente de las normas extranjeras que resulten aplicables» resulta insatisfactoria si no se matiza adecuadamente. Pues el solo acuerdo entre las partes no legitima la aplicación de normas materiales extranjeras cuya vigencia y contenido no hayan sido debidamente acreditados, salvo que el órgano jurisdiccional, con conocimiento suficiente del ordenamiento en cuestión, avale explícitamente su contenido y vigencia, sin discrepar de lo afirmado por las partes.

81. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:767), con ponencia del Ilmo. Sr. Almenar Belenguer, aborda un supuesto en el que debía determinarse el régimen económico matrimonial aplicable conforme al derecho de Costa de Marfil. El tribunal señala expresamente: «En el presente caso, ninguna prueba se ha practicado acerca de la regu-

lación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento de Costa de Marfil, ni los distintos tipos de regímenes -si los hubiera-, ni el modo en que debe formalizarse o cuál sea el régimen aplicable por defecto, como tampoco su contenido. Por tanto, ante la absoluta ausencia de prueba, habrá de aplicarse el Derecho sustantivo español». Aunque no puede descartarse que, dadas las especiales circunstancias políticas de aquel país africano, esta solución haya sido la más pragmática, lo cierto es que la resolución no deja constancia de que el órgano jurisdiccional realizara esfuerzo alguno por averiguar el contenido del derecho extranjero aplicable, lo cual resulta jurídicamente inadmisibles a la luz del deber de cooperación judicial activa en la aplicación de normas materiales determinadas por una norma de conflicto.

82. En términos similares, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:442), con ponencia del Ilmo. Sr. Calle de la Fuente, resuelve un proceso de divorcio en el que la parte demandante basó su pretensión en la legislación española, mientras que el demandado alegó la aplicabilidad del derecho austriaco sin ofrecer prueba alguna ni señalar fuentes de acceso a dicha normativa. Ante esta omisión, el tribunal aplicó el derecho español. Aunque puede considerarse razonable la crítica implícita a la actitud pasiva del demandado, lo cierto es que la resolución no aclara si el derecho austriaco era el aplicable y, en tal caso, si el tribunal realizó por su parte alguna gestión tendente a identificar el contenido del derecho austriaco, como sería exigible. Lo que resulta llamativo, ya que, en la era digital, una simple búsqueda asistida -incluso mediante herramientas de inteligencia artificial como ChatGPT- permite acceder a múltiples fuentes oficiales que habrían facilitado la correcta identificación y aplicación, en su caso, del derecho extranjero.

83. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:4), con ponencia del Ilmo. Sr. Santos Peñalver, insiste en una interpretación restrictiva de la función judicial en materia de derecho extranjero. Tras afirmar que «el derecho extranjero como cuestión de hecho debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca», añade que los órganos judiciales tienen la facultad -pero no la obligación- de colaborar en la determinación de su contenido mediante los medios de averiguación que estimen pertinentes. Asimismo, distingue entre las normas de conflicto, de obligada observancia *ex* artículo 12.1 del Código Civil, y las normas materiales extranjeras, cuyo contenido, según sostiene, no puede ser determinado de oficio por el tribunal. En el caso concreto, relativo a una sucesión regulada por el derecho marroquí conforme al artículo 9.8 del Código Civil, se desestima la pretensión al no haberse acreditado el contenido sustantivo de la normativa extranjera. Sin embargo, en ningún momento consta que el órgano jurisdiccional intentara acceder al derecho marroquí aplicable, lo que resulta especialmente criticable, dado que la sección sentenciadora se encuentra en la ciudad de Melilla, en contacto constante con realidades jurídicas de dicho país. El razonamiento subyacente a la resolución revela una posición excesivamente pasiva del órgano judicial, que considera suficiente la falta de prueba por parte de las partes para aplicar el derecho español, omitiendo su deber de colaboración activa en la determinación del derecho extranjero impuesto por la norma de conflicto.

84. Finalmente, tampoco adopta el nuevo criterio jurisprudencial la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de abril de 2025 (ECLI:ES:APB:2025:3493), con ponencia del Ilmo. Sr. Ribelles Arellano. La resolución mantiene que la consecuencia jurídica derivada de la falta de prueba del derecho extranjero debe ser la aplicación del derecho español al fondo del asunto. Esta solución reproduce la doctrina jurisprudencial anterior a las Sentencias del Tribunal Supremo de 2018 y 2024, que, como se ha expuesto, han restringido de manera significativa la aplicación subsidiaria de la *lex fori* a supuestos verdaderamente excepcionales y tras una diligente tentativa probatoria por parte de las partes y, en su caso, del órgano jurisdiccional.

V. Reflexiones finales

85. El análisis realizado pone de manifiesto que cada día es más frecuente que nuestros jueces tengan que aplicar leyes sustantivas extranjeras para dilucidar cuestiones controvertidas suscitadas ante ellos;

que ello exige determinar con exactitud su vigencia y contenido, así como su adecuada interpretación, habida cuenta que se trata de administrarlo como lo harían los jueces del país de origen; que no existen normas comunitarias europeas ni convenios internacionales suscritos por nuestro país que establezcan un régimen jurídico en esta materia, por lo que nuestros jueces han de estar a lo que disponga nuestra normativa interna, que determina que son las partes las que han de acreditar los extremos antes citados, sin perjuicio de que los jueces puedan colaborar en la justificación del derecho foráneo⁴⁴; que ello no significa, y sería erróneo considerarlo así, que nuestro ordenamiento equipare las normas jurídicas extranjeras a los hechos, ni que dicha posibilidad pueda dejar de ejercerse si no conlleva especial complejidad; y que, por tanto, si el derecho extranjero que ha de aplicarse para decidir un supuesto ante la jurisdicción española no es conocido, debe ser acreditado, lo que requiere un esfuerzo para las partes -singularmente para quien reclama la tutela de los tribunales- y una actitud proactiva por parte de los tribunales, pues nuestro ordenamiento no deja a la sola iniciativa de las partes la justificación de la existencia y contenido del derecho foráneo, ni prevé su investigación de oficio por parte de las autoridades judiciales, como sucede en otros países.

86. Lo anterior debe completarse con un necesario añadido: el de que no hay una única respuesta en aquellos supuestos en los que el derecho extranjero aplicable para resolver la litis no ha resultado acreditado. Y no la hay porque ello puede deberse a diversas razones y cada una debe ponderarse debidamente.

87. Como hemos defendido en este trabajo, en aquellos supuestos en los que la falta de acreditación obedezca a la indolencia o desidia de los litigantes, la respuesta ha de ser acorde con la pasividad de estas y no puede ser otra que la de desestimar la demanda, principal o reconvencional, según el caso. Es posible que las partes no hayan reparado inicialmente en que existe una norma de conflicto que obliga a litigar conforme a la legislación de un país distinto al nuestro: en tal caso, creemos que el juez debe hacerles saber en la audiencia previa o en la vista, según el proceso declarativo en que nos encontremos, que, de conformidad con una norma de conflicto, y, por tanto, con carácter imperativo, el asunto debe dilucidarse con arreglo a un derecho sustantivo distinto al nuestro, concediéndoles al efecto un tiempo prudencial para que puedan recomponer sus estrategias procesales, acreditar el derecho foráneo de que se trate y, en su caso, proponer prueba para justificar sus afirmaciones. Si pese a ello no acreditan dicho ordenamiento y no existe causa que justifique dicho comportamiento, su dejadez no puede tener otra respuesta que la ya indicada, que es también la procedente cuando, pese a haber manifestado que el derecho aplicable al fondo del asunto es uno distinto al nuestro, no se despliega ningún esfuerzo real para justificar su vigencia y contenido.

88. La respuesta ha de ser forzosamente distinta cuando, pese a haberse esforzado por intentar acreditar dichos extremos, ello no es posible por causas ajenas a los litigantes, lo que ciertamente solo acontecerá en supuestos extraordinarios. En tal hipótesis, la respuesta no puede ser la ordinaria que apuntamos en el párrafo anterior, sino la extraordinaria a la que se refiere el artículo 33.3 de la LCJIMC: esto, la aplicación subsidiaria del derecho español.

89. Esta es la tesis que mantiene en la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo tras la histórica sentencia que dictó en esta materia el pasado 30 de octubre de 2024, firmada por todos los magistrados que en ese momento integraban la misma. Este dato, nada irrelevante, permite intuir que eran conscientes de la dificultad de la cuestión analizada y quisieron dejar claro el camino a seguir. Se trata de una decisión valiente y acertada que rectifica una jurisprudencia que, a nuestro entender, se asentaba en postulados discutibles y erróneos. El camino está trazado. Solo resta seguir avanzando por él⁴⁵.

⁴⁴ En vía extrajudicial, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha manifestado en distintas ocasiones que notarios y registradores deben hacer uso no solo de los medios previstos en la LCJIMC, sino también de los medios que proporciona el entorno E-Justicia en el ámbito europeo (*cf.*, a modo de ejemplo, su resolución de 25 de agosto de 2021, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Palamós, relativa a una escritura de manifestación de herencia de un ciudadano alemán [*«Boletín Oficial del Estado»* de 14 de octubre de 2021]).

⁴⁵ Juzgar no es una tarea fácil. Requiere no solo un profundo conocimiento del derecho, sino también haber adquirido las competencias y habilidades propias del arte de juzgar, que por sí solas son insuficientes si no se ejercitan con prudencia: «Juzgar con justicia es juzgar prudentemente» (*cf.*: I. SANCHO GARGALLO, *El paradigma del buen juez*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 139).

Propiedad industrial e intelectual: La protección de patentes de medicamentos y el comercio internacional

Industrial and intellectual property: Patent protection for medicines and international trade

YERAY ROMERO MATUTE¹

CUNEF Universidad

Profesor Contratado Doctor (Acred. ANECA)

Recibido:05.09.2025/Aceptado:11.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9896

Resumen: Como consecuencia del avance tecnológico y de la eliminación de barreras en el comercio internacional, siempre ha existido una cierta preocupación al momento de adoptar normativas que aseguren la protección de los derechos relativos a la propiedad industrial e intelectual. Es por esta razón por la cual, la obtención de una patente y la potestad exclusiva de explotación conlleva, aparejada, la necesidad de cerciorarse de que tal «derecho» es válido en un determinado país. Desde la óptica del Derecho Internacional privado y puesto que lo que se pretende proteger son los derechos inherentes asociados a ciertos productos intangibles, la concreción de un tribunal, así como la determinación de la Ley aplicable, son aspectos cruciales a la hora de proteger tales derechos.

Palabras clave: Propiedad industrial, patentes, medicamentos, internacional, privado.

Abstract: As a consequence of technological progress and the elimination of obstacles to international trade, there has always been a certain concern when adopting regulations to ensure the protection of industrial and intellectual property rights. It is for this reason that obtaining a patent and the exclusive right to exploit it entails the need to ensure that this “right” is valid in a given country. From the point of view of private international law, and given that it is the inherent rights associated with certain intangible products that are to be protected, the determination of a court, as well as the determination of the applicable law, are crucial aspects when it comes to protecting these rights.

Key words: Industrial property, patents, medicines, international, private.

Sumario: I. Introducción. II. Modelos de protección de los bienes intangibles. III. El «Acuerdo TRIPS». IV. La patente. 1. Breves consideraciones. 2. La naturaleza «territorial» de la patente. 3. La patente en la industria farmacéutica. 4. El impacto del comercio internacional y su efecto en la innovación farmacéutica. V. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. VI. LEY APLICABLE. 1. Convenios internacionales. 2. Normativa de producción interna. VII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

1. En primer lugar, es preciso comenzar esgrimiendo que los derechos sobre la propiedad industrial e intelectual surgen, principalmente, como consecuencia de la existencia y al amparo de las leyes

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en el *Institut Suisse de Droit Comparé –L’ISDC–*, Lausana (Suiza), financiada por CUNEF Universidad (Madrid) –dicha financiación se ha obtenido en concurrencia competitiva dentro de la propia institución–.

nacionales de los distintos países que les dan cobertura². Si bien es cierto, tales derechos no solo se encuentran protegidos como resultado de las legislaciones nacionales sino que, a su vez, la existencia de acuerdos y obligaciones internacionales alcanzadas por diferentes territorios extienden esa protección nacional dispensada sobre dicha materia³.

2. Actualmente, aunque parezca una obviedad, los derechos inherentes asociados a los bienes incorporales presentan, desde una perspectiva patrimonial-capitalista, una rentabilidad asombrosa; ello es así, puesto que la explotación de los mismos se produce en diferentes países de manera simultánea⁴. Por ello, pese a su naturaleza y carácter intangible, son del todo adecuados y precisos para un comercio internacional más versátil y eficaz⁵. Asimismo, la generalizada eliminación de las trabas administrativas, burocráticas y transfronterizas en el comercio internacional, ha permitido potenciar y favorecer la libre circulación de cualquier tipo de producto y/o servicio⁶; entre los cuales, por supuesto, se encuentran los «bienes inmateriales» a los que se ha hecho referencia –v.gr., derechos de autor, secreto empresarial, ideas, marcas, denominaciones de origen, patentes, etc.–⁷.

3. En relación con la propiedad industrial e intelectual, desde la óptica del Derecho Internacional privado, en adelante (DIPr.), puesto que lo que se pretende proteger son los «derechos» inherentes de una serie de productos intangibles, la concreción de un tribunal adecuado para interponer una demanda, así como la determinación de la Ley aplicable por infracción de la propiedad sobre tales bienes se complica, aun más, si cabe, en este ámbito⁸.

² Es cierto que, mientras que el término «propiedad intelectual» comenzó a utilizarse a principios del siglo XX a nivel internacional de manera generalizada, en España, dicha terminología ya había sido utilizada en la Real Cédula de Carlos III en el siglo XVIII (1764), [=«*Im Gegensatz zu anderen Ländern, die seit Anfang dieses Jahrhunderts eine solche Bezeichnung vermeiden, wird in Spanien noch an dem Begriff "Propiedad Intelectual" (geistiges Eigentum) als Terminus technicus festgehalten. Dieser Terminus hat in der spanischen Urheberrechtslehre eine lange Tradition. Erstmals gebraucht im königlichen Erlaß von Carlos III. von 1764 und in den folgenden Dekreten wurde er unverändert in das erste spanische Urheberrechtsgesetz von 1847 über-nommen. Auch die heute geltende Ley von 1879 hat in ihrem Art. 1 diesen Begriff beibehalten, ebenso das dazugehörige Reglamente von 1880. Und die entsprechenden Art. 428 und 429 des Código civil tragen sogar die überschrift "De las Propiedades Intelectuales"*»]; vid., K. SCHAEFER, *Grundiragendes spanischen Urheberrechts Im Vergleich zum deutschen Recht*, Verlag V. Florentz, München, 1981, p. 30.

³ M. BLAKENEY, «International intellectual property jurisprudence after TRIPS», in D. VAVER/L. BENTLY (Eds.), *Intellectual property in the new millennium*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 3.

⁴ Y. TAKAGI/L. ALLMAN/M. A. SINJELA (Eds.), *Teaching of Intellectual Property. Principles an Methods*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. xvi; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO *et al.*, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2015, pp. 19 y ss.

⁵ F. ANTONIAZZI, *La Convention d'Union de Paris et la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique et de commerce: etude de l'influence du droit conventionnel sur le droit national en matière de protection des marques et des indications de provenance*, Imprimeries Réunies S.A., Lausanne, 1966, p. 9; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, Tom. III, 2022, p. 3723; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2024, p. 283.

⁶ M. D. CAMPION/G. CAMPION, «Les nouveaux enjeux de la libre circulation des médicaments», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtext, Paris, 1996, pp. 12-13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 19, 2001, pp. 7-8.

⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el Derecho de comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1989, pp. 40-55; J. MASSAGUER, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 31-36; J. J. RETUERTA, *Nueva ley de patentes*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 6-9; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 1994, pp. 23-25; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 37-48; M. NOVIER, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Droz, Genève, 1996, pp. 31-40; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 37-38; W. R. CORNISH, «The free movement of goods I: pharmaceuticals, patents and parallel trade», in R. GOLDBERG/J. LONBAY (Eds.), *Pharmaceutical Medicine, Biotechnology and European Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 11-13; L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada, 2006, pp. 5-8; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 23-24; W. VAN CAENEGEN, *Trade Secrets and Intellectual Property. Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2014, pp. 3-6; B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 271; M. A. MAITO, «El plazo de protección de las patentes», en S. D. BERGEL/S. C. NEGRO, *Propiedad intelectual. Presente y futuro*, BdeF, Montevideo, 2019, pp. 375 y ss.

⁸ Independientemente de la naturaleza de los citados derechos, los mismos son oponibles frente a terceros –*erga omnes*–, son

II. Modelos de protección de los bienes intangibles

4. Desde hace un tiempo, consecuencia directa del avance tecnológico y de la eliminación de barreras estatales al comercio internacional, las diferentes naciones, así como la propia Unión Europea, han mostrado una cierta preocupación por la necesidad de adoptar e implementar mecanismos judiciales que aseguren la protección activa y efectiva de los derechos sustantivos de la propiedad industrial e intelectual. A este respecto, como así determina la propia normativa comunitaria, es importante distinguir dos categorías existentes en este campo: 1.º) derechos de propiedad intelectual; y, 2.º) derechos de propiedad industrial⁹.

5. 1.º) En lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual, habría que hacer referencia tanto a los derechos de autor, como a los derechos *sui generis* sobre las bases de datos¹⁰. Sobre tales ítems, desde una perspectiva general y como sugiere la doctrina, en el ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual coexisten dos modelos genéricos. Por un lado, se encontraría el sistema de «derechos de autor» (= *droit d'auteur*) –concepción subjetiva– y, por otro, el sistema de «copyright» –concepción objetiva–¹¹.

6. El sistema «continental» de protección de los derechos de autor –a diferencia del sistema de «copyright» de tradición anglosajona–, concede a los autores una serie de privilegios tanto morales como económicos, no solo desde el momento en el que se crea la invención, sino durante toda su vida y hasta setenta años después del fallecimiento del autor. En este sistema, el autor/creador de la obra adquiere un verdadero título de propiedad –derecho en exclusiva–, así como una serie de facultades que derivan del conocido como «derecho moral del autor» –inalienables e imprescriptibles–¹²; empero, aun cuando puede transmitirse ese derecho –la propiedad–, la propia ley sigue otorgando una cierta seguridad contra posibles ataques de terceros¹³.

derechos personales y, desde luego, del todo patrimoniales. Es cierto que, al no existir un «soporte físico» como tal, no parece conveniente utilizar como punto de conexión el lugar donde se halle el objeto y/o producto que, en relación con los derechos sobre «bienes corporales», es el que se suele emplear. Parece prudente destacar que en muchas ocasiones y/o prácticamente todas, esos bienes inmateriales suelen contenerse en «soportes físicos»; si bien, los derechos sobre la propiedad intelectual o industrial y las normas de DIPr. relativas a los mismos, no son de aplicación para esos «soportes» en donde se encuentran ubicadas tales ideas o creaciones. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3724.

⁹ En los países en los que se ha adoptado el Derecho continental, cuando se utiliza el término «propiedad industrial» y, dependiendo del «sentido» que se le conceda al mismo, este puede interpretarse de dos maneras: a) general –el término engloba tanto al derecho de propiedad industrial como al de propiedad intelectual–; y, b) específica –solo hace alusión al derecho de propiedad industrial–. Empero, en los sistemas propios de *Common Law*, así como en el Derecho comunitario, cuando se emplea la expresión «propiedad intelectual», se está haciendo referencia a todas las categorías de protección posibles –de manera general–; mientras que, *a sensu contrario*, cuando se utiliza el término «propiedad industrial», únicamente se hace referencia a ese sentido concreto. Cfr., A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, *op.cit.*, pp. 13-23. Asimismo, *vid.*, Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. DOUE-L-2004-81073.

¹⁰ O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, Larcier Luxembourg, Luxembourg, 2019, p. 51.

¹¹ El objetivo primordial del «derecho de autor», es garantizar la seguridad y proteger «las creaciones de los “artistas”, que a menudo se encuentran en una posición de debilidad frente a los inversores. Sin embargo, algunos autores o creadores pueden no considerarse artistas, término que se asocia al arte, y tienden a sentirse más cómodos con el término “autor”, que es más neutro y más cercano a la realidad, de ahí el término francés “*droits d'auteur*” o “derechos de autor”»; *ibid.*, p. 42. Igualmente, cfr., L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, *op.cit.*, pp. 5-8; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO *et al.*, *Manual de propiedad intelectual*, *op.cit.*, pp. 125 y ss.; O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, pp. 42-43; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3726.

¹² En lo referido a los derechos morales y desde la perspectiva «continental»; éstos, «son absolutamente esenciales para proteger los intereses de los autores. (...) han sido inalienables desde que se redactaron las primeras leyes de derechos de autor. Aunque se pueden conceder licencias de uso, los derechos morales no se pueden ceder, ya que son perpetuos (...), inalienables e inviolables, pero transmisibles a los herederos; es posible la cesión separada de los derechos pecuniarios, pero está inextricablemente vinculada a los derechos morales, lo que significa que la cesión de los derechos de autor en su totalidad sigue siendo imposible». Cfr., O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, p. 45.

¹³ Una de las ventajas significativas de los «derechos de autor» para las empresas es, frecuentemente, conseguir un derecho para el autor que ha creado la obra desde el momento de su invención; sin duda, esto explica el motivo por el cual muchas

7. Toda vez que una creación haya sido expuesta con el beneplácito y el correspondiente consentimiento del autor, éste ya no podrá negarse a la circulación de dicha obra ni en su país de origen ni en la propia Unión Europea; sobre este extremo, debe respetarse el principio de «agotamiento del derecho»¹⁴. Ahora bien, ante este panorama, el autor sí que puede delimitar de forma temporal o definitiva la comunicación de su obra –v.gr., si quisiera modificarla y/o retirarla–. Si esto ocurriera, el cesionario debería de obtener una compensación por ello; además, éste adquiriría un derecho «preferente en las condiciones originales de cesión de los derechos de explotación» en el supuesto de que se volviera a publicar la citada creación –esto último, cumple con el propósito de impedir una serie de abusos por parte de autores un tanto exigentes–¹⁵.

8. Por otro lado, en lo que respecta al modelo del «copyright», a diferencia de los «derechos de autor» propio de los países anglosajones y como se ha referenciado *ut supra*, se encuentra más vinculado a los derechos económicos y no tanto a los «derechos morales del autor». Por ello, la comercialización de los derechos de la supuesta creación se realizan con una mayor flexibilidad –poseen una visión más pragmática–; igualmente, pese a las diferencias legislativas de cada país, tanto en Estados Unidos como en Reino Unido se protege al autor durante toda su vida y también hasta setenta años después del fallecimiento del mismo¹⁶. Cabe detallar que el citado modelo permite que el autor sea tanto una persona jurídica como una física, mientras que en el derecho de autor «continental» queda restringido, de manera exclusiva, a esta última. Asimismo, el citado sistema protege las creaciones originales del autor; en cambio, aquellos derechos conexos a éstos se encuentran protegidos a una menor escala –v.gr., derechos de productores, intérpretes, ejecutantes, etc.–¹⁷.

9. Lo que esta claro es que, pese a sus diferencias, tanto el modelo de «derechos de autor» como el sistema del «copyright», conceden al titular y autor material de la creación un derecho exclusivo para su futura explotación. Por lo tanto, toda persona que pretenda hacer uso de una obra «protegida» deberá solicitar un permiso a sus titulares de manera previa; de lo contrario, salvo que se de alguna excepción legítima, se estarían vulnerando los principios protegidos por ambos sistemas.

10. 2.º) En segunda instancia y de conformidad con los derechos de propiedad industrial, cabría recalcar que en este apartado encajarían tanto los modelos de utilidad, como las marcas y los nombres comerciales, los diseños, dibujos y modelos industriales, así como las denominaciones de origen, las obtenciones vegetales, las topografías de productos semiconductores, el secreto empresarial y las patentes –estas últimas, como así refleja el título de la presente disertación, serán tratadas en exclusiva en un apartado futuro–¹⁸.

empresas presionan al legislador para que les conceda «derechos de autor» a sus creaciones. Ello, pese a que en muchas ocasiones ese producto es más una invención que una creación. *Ibid.*, pp. 42-44.

¹⁴ J. MASSAGUER, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, *op.cit.*, pp. 197-214. Si bien es cierto, en relación con el referido «agotamiento del derecho» en la Unión Europea, esto sería distinto desde la perspectiva de que, dicho producto, nunca hubiera sido puesto en circulación en el propio mercado de la Unión Europea. En cuyo caso, esa «primera comercialización» correspondería al titular de la misma; cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3745. En estrecha armonía y desde una perspectiva nacional, se encuentra la Ley de Patentes de España; en su artículo 63.2 se establece que «los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto amparado por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio por la persona que disfruta del derecho de explotación establecido en el apartado anterior» (art. 63.2 Ley 24/2015). *Vid.*, Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. BOE-A-2015-8328.

¹⁵ O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, p. 45.

¹⁶ K. D. CREWS, *Copyright law for librarians and educators: creative strategies & practical solutions*, American library association, 3.ª ed., 2012, p. 32.

¹⁷ En el modelo de «copyright» anglosajón, «el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*, mientras que en el de derecho de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque puede ceder su derecho de autor al empresario a través de un contrato». Cfr., L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, *op.cit.*, p. 6.

¹⁸ A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 37-50; M. J. BOTANA AGRA, *Tratado de Derecho mercantil. Las denominaciones de origen*, Tomo XX, Vol. 2.º, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 20-

11. Por lo pronto se podría concretar que, tanto el sistema de propiedad intelectual como el de propiedad industrial, son dos ramificaciones que se complementan en el ámbito de la protección legal de las invenciones/creaciones. Si bien es cierto, cada una de ellas se centra en una serie de supuestos específicos; mientras que el primero se centra en la protección de creaciones artísticas y literarias con un componente personal y creativo, la propiedad industrial da cobertura a las creaciones técnicas, industriales y/o comerciales. Al igual que en ciertas ocasiones no es necesario llevar a cabo un registro oficial de los derechos de autor, en la mayoría de los supuestos protegidos por la propiedad industrial, sí que es necesario un registro oficial ante la pertinente oficina de propiedad industrial.

12. El propósito de la propiedad intelectual persigue proteger e incentivar las creaciones culturales –proporciona cierta seguridad jurídica a los autores sobre su propia creación–; mientras que la propiedad industrial pretende una expansión de la innovación tecnológica en el comercio internacional a través de la inversión, el desarrollo, la investigación y el retorno económico.

III. El «Acuerdo Trips»

13. Con carácter previo y desde la perspectiva de la protección industrial es preciso comenzar resaltando que, hasta la década de los noventa y como consecuencia de las pocas restricciones existentes en esta materia, los países tenían un alto grado de discrecionalidad para legislar sobre aspectos relativos a la propiedad industrial. Pese a las restricciones establecidas en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883, en adelante (CUP 1883), dicho instrumento no fijaba demasiados límites¹⁹. El CUP 1883, no solo permitía a los Estados que delimitasen el alcance de protección de los productos y los procedimientos a seguir, sino que, además, ofrecía un amplio margen de actuación para establecer la duración de la cobertura, los requisitos de la concesión, así como la denegación de la protección que en su caso se exigiese²⁰.

14. En el ámbito del comercio internacional, y como ya se ha manifestado, puesto que era necesaria la supresión de barreras arancelarias y dado que se precisaba por aquel entonces de una mayor interacción entre los distintos mercados existentes para garantizar la libre circulación de las mercancías; se acabaría firmando un tratado internacional cuya premisa fundamental se sustentaría en la eliminación de esas restricciones comerciales en 1947. Éste, fue conocido como el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, en adelante (GATT 1947) –dicho acuerdo sirvió como acicate para una mayor

22; M^a. DEL MAR GÓMEZ LOZANO, *Denominaciones de Origen y otras Indicaciones Geográficas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 27-29; O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, pp. 25-56.

¹⁹ El CUP de 1883, es uno de los Convenios internacionales con mayor relevancia; de hecho, además de dar cobertura a prácticamente todas las categorías de propiedad industrial existentes y para ver la importancia real del citado, los Estados que forman parte de dicho convenio son más de un centenar –según la OMPI, actualmente, son 180 Estados parte (www.wipo.int consultado a fecha 25 de octubre de 2024)–. Se podría decir que, el objetivo principal de este convenio, consistió en equiparar a los foráneos con los nacionales de un Estado en el momento en el que fueran los titulares de alguno de esos derechos. Del mismo modo, se puede afirmar que el CUP de 1883 se encuentra conformado por varios tipos de normas: a) normas de extranjería –el citado convenio tiene normas de «tratamiento nacional»; el propósito de las mismas, es que los nacionales de otros Estados parte tengan los mismos derechos que los nacionales de ese país y, además, puedan ser titulares de derechos de propiedad industrial en las mismas condiciones (art. 2 CUP 1883)–; b) normas materiales –son una serie de normas «mínimas» que los Estados no pueden evadir (arts. 4, 4 *ter*, 5 *ter*, 5 *quater* CUP 1883)–; y, c) normas de conflicto –en el supuesto de resolver ciertos aspectos sobre la propiedad industrial desde una perspectiva internacional, el citado convenio contiene ciertos preceptos basados en el criterio «*Lex Loci Protectionis*», que, como regla general, respaldan la aplicación de la Ley del país en el que se precisa tal protección (art. 2 CUP 1883)–. Cfr., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 14-15; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3751-3753; G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, Legitech, Belgique, Vol. I, 2.^a ed., 2024, p. 197.

²⁰ F. ANTONIAZZI, *La Convention d'Union de Paris et la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique et de commerce...*, *op.cit.*, 1966, pp. 13-16; P. EBERMAN, *Patents as Protection of Traditional Medical Knowledge? A Law and Economics Analysis*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 40-41; M. A. MAITO, «El plazo de protección de las patentes», *op.cit.*, pp. 375-376.

cooperación económica a nivel global—. Como consecuencia de las limitaciones que presentaban las disposiciones del GATT de 1947 en materia de protección de la propiedad intelectual, fue necesario desarrollar progresivamente dichas normas mediante diversos acuerdos consensuados en el seno y bajo el amparo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en adelante (OMPI)²¹.

15. Durante los años setenta y ochenta, la protección de los derechos de propiedad intelectual se intensificaron; condicionado por las políticas de gobiernos de estados económicamente desarrollados y motivados por los intereses de sus propias empresas en el plano industrial —v.gr., productos farmacéuticos, tecnologías, entretenimiento, etc.—. De seguido, coincidiendo con la rápida industrialización planetaria entre los años ochenta y noventa, los mercados de ámbito nacional empezaron a comercializar con productos falsificados y réplicas y, como no podía ser de otra manera, esto derivó en constantes infracciones en torno a marcas y diseños internacionales. Es decir, pese a que tales productos contaban con una protección específica en otros países, esta no existía en aquellos donde se vulneraban esos derechos —por lo general, los titulares de esos derechos eran empresas o particulares europeos/estadounidenses—²².

16. Considerando lo anterior, y en el contexto del comercio de las falsificaciones y réplicas, este tipo de actividades se intensificó notablemente en los países conocidos como los «Tigres de Asia» —Corea del Sur, Hong Kong, Singapur, Taiwán—. Además, dichas imitaciones no solo se comercializaban en los mercados locales donde se fabricaban, sino que también lograban sumergirse en los mercados europeo, estadounidense y de otros países. A finales del siglo XX, tales actuaciones acabaron percibiéndose como un gran amenaza económica y, poco a poco, los titulares de esos derechos se percataron de que sufrían una gran desprotección y no podían accionar ningún tipo de defensa en favor de sus derechos en los países en los que se producían dichas falsificaciones. En esencia, la razón de lo que precede radicaba en la ausencia de cualquier tipo de cobertura para los derechos vinculados a la propiedad intelectual e industrial en tales países²³.

17. Frente a este contexto, entre 1986 y 1994, en el seno del GATT y durante su octava y última ronda de negociaciones —la conocida Ronda Uruguay—, se desarrolló un proceso de negociación comercial que culminó con la adopción del «Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (ADPIC), conocido internacionalmente como el «Acuerdo TRIPS» —*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods*—²⁴.

²¹ En 1947, en el marco de La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el empleo [La Habana (Cuba)], se adoptó la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio —el propósito de ésta, radicaba en establecer una organización multilateral en el ámbito del comercio—; si bien, el GATT de 1947 no pudo incorporarse —que debía de haberse realizado—, a la citada Carta de La Habana. En consecuencia, el GATT de 1947 se comenzaría a aplicar a través de un Protocolo de Aplicación Provisional; además, como la Carta de La Habana no llegó a entrar en vigor, el GATT de 1947 continuó en vigor, de manera provisional, hasta que su contenido acabó formando parte del GATT de 1994 y, a su vez, más tarde, éste serviría como sustrato para los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así las cosas, después de la adopción de los anteriores Acuerdos de la OMC pero antes de su entrada en vigor, las partes firmantes del GATT de 1947 consideraron prudente que, «los instrumentos jurídicos por medio de los cuales las partes contratantes aplican el GATT de 1947 terminarán un año después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC». Empero, cabe destacar que las disposiciones inherentes del GATT de 1947 —como se ha explicado, comprendidas en el GATT de 1994 y en los Acuerdos sobre la OMC—, tienen plenos efectos jurídicos. Cfr., www.wto.org (consultado el 26 de octubre de 2024).

²² M. A. MATO, «El plazo de protección de las patentes», *op.cit.*, pp. 378-380.

²³ En el informe emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante (OCDE) y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, en adelante (EUIPO), se reseña que el comercio internacional de productos falsificados e imitaciones, pirateados y/o réplicas, se estima en torno a los 460 mil millones de euros. Desde el 2016, el comercio internacional en este «sector», se ha incrementado en torno a un 3%; además, entre el total estimado, unos 121 mil millones de euros aproximadamente en productos de esta tipología se producen, únicamente, en territorio europeo. Cfr., OECD/EUIPO, *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2019; OECD/EUIPO, *Risks of Illicit Trade in Counterfeits to Small and Medium-Sized Firms*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2023; OECD/EUIPO, *Why Do Countries Import Fakes?: Linkages and Correlations with Main Socio-Economic Indicators*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2023; OECD/EUIPO, *Illicit Trade in Fakes under the COVID-19*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2024; www.oecd.org (consultado el 28 de octubre de 2024).

²⁴ Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994. BOE-A-1995-1850; L. KLEIN VIEIRA, «Las licencias

18. Consecuencia directa del citado acuerdo, todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, en lo sucesivo (OMC), tuvieron que adaptar su propia normativa interna para garantizar, al menos, una cierta protección sobre los derechos de la propiedad intelectual; especialmente, aquellos países en los que su ordenamiento no protegía tales derechos –la existencia de este acuerdo derivó en una pequeña injerencia en la soberanía de los Estados–²⁵.

19. Cabe matizar que el Acuerdo TRIPs, parte de la protección «territorial» de esta tipología de derechos –más adelante se explicará el sentido de esta terminología–; cada Estado se encarga de ofrecer una cobertura específica en su propio territorio de la manera en la que considere oportuna. En otras palabras, la consumación de este acuerdo no dio lugar a un Derecho global unificado en materia de propiedad intelectual e industrial, sino que estableció únicamente una serie de directrices mínimas destinadas a ser incorporadas introducirse en los diferentes ordenamientos jurídicos de todos los Estado miembros de la OMC²⁶.

20. El acuerdo en cuestión, como así señala su artículo primero apartado segundo, establece que «la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual»; *ergo*, también circunscribe su ámbito de protección a la propiedad industrial (art. 1.2 Acuerdo TRIPs). Además, en su artículo segundo se determina la necesaria coordinación entre el citado y los distintos convenios internacionales existentes –el Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados– (art. 2.2 en relación con los arts. 9, 15, 16, 39, etc. Acuerdo TRIPs).

21. Es cierto que no todos los aspectos contenidos en los convenios se han incorporado *de facto* en el mencionado acuerdo –ello fue motivo de crítica; por ejemplo, el «derecho moral» de los autores del que se ha hablado, *ut supra*, no fue añadido–. No obstante, puede decirse que el Acuerdo TRIPs no tuvo una especial transcendencia en los ordenamientos jurídicos de países desarrollados. Sus legislaciones, así como los convenios de los que formaban parte, ya protegían esa clase de derechos de manera previa; ahora bien, en los países menos desarrollados, el Acuerdo TRIPs sí que fue toda una revolución²⁷. Sobre este particular, cabe destacar que el mencionado acuerdo reconoce el principio de «trato nacional» a los ciudadanos del resto de Estados miembros; en otras palabras, cualquier nacional de un Estado parte se beneficiará del mismo nivel de protección en materia de propiedad intelectual que el concedido a los propios nacionales del Estado en cuestión (arts. 3 y 4 Acuerdo TRIPs)²⁸.

22. Resulta pertinente destacar las diversas «normas materiales» que incorpora el propio acuerdo. En el ámbito de las patentes, sobresalen disposiciones relativas a la unificación de las materias patentables, los derechos conferidos al titular, los requisitos para su concesión, las excepciones, el uso y la duración de dichos derechos (arts. 27-34 Acuerdo TRIPs). No obstante, dentro de las excepciones contempladas, el propio acuerdo permite a los Estados excluir determinadas invenciones patentables siempre que dicha exclusión sea necesaria para proteger «la salud o la vida de las personas» (art. 27.2 Acuerdo TRIPs)²⁹. Del mismo modo, el artículo trigésimo primero permite a los países conceder «licen-

obligatorias para las patentes de medicamentos: la experiencia brasileña, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. I, n.º 2, 2011, p. 26; Y. BENHAMOU *et al.*, *Droit d'auteur 4.0 = Copyright 4.0*, Schulthess Éditions romandes, Genève, 2018, pp. 140-141.

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 18-19; R. MASTROIANNI, «Diritti su beni immateriali», a N. IRTI, *Dizionario del Diritto Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 126; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3727.

²⁶ P. EBERMAN, *Patents as Protection of Traditional Medical Knowledge? A Law and Economics Analysis*, *op.cit.*, p. 41; M. A. MAITO, «El plazo de protección de las patentes», *op.cit.*, p. 382; B. CATZEFELIS, *Les marques contraires à l'ordre public u aux bonnes moeurs. Étude du droit des marques Suisse dans une perspective de droit comparé*, Schulthess Éditions romandes, Genève, 2022, pp. 8-9.

²⁷ Y. BENHAMOU *et al.*, *Droit d'auteur 4.0 = Copyright 4.0*, *op.cit.*, p. 138.

²⁸ M. FICSOR, «Teaching copyright and related rights», in Y. TAKAGI/L. ALLMAN/M. A. SINJELA (Eds.), *Teaching of Intellectual Property. Principles an Methods*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 38.

²⁹ P. EBERMAN, *Patents as Protection of Traditional Medical Knowledge? A Law and Economics Analysis*, *op.cit.*, pp. 55-56.

cias obligatorias» en supuestos de «emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia o en los casos de uso público no comercial» –la licencia obligatoria permite utilizar una patente sin un previo consentimiento del titular de la misma– [art. 31.b) Acuerdo TRIPs]³⁰.

23. De lo extractado puede considerarse que el Acuerdo TRIPs proporciona una cierta estabilidad en lo que a medidas supervisoras se refiere. Éste, por su parte, obliga a los Estados a ser cautos y a realizar «procedimientos de observancia» que permitan llevar a cabo medidas correctoras «contra cualquier acción infractora» (art. 41.1 Acuerdo TRIPs)³¹. En este sentido, tales procedimientos deben ser «justos y equitativos» (art. 41.2 Acuerdo TRIPs) y, además, deben poder garantizar la toma de «medidas provisionales rápidas» (art. 51.1 Acuerdo TRIPs)³². Con tales mecanismos, el propio acuerdo garantiza la protección de los derechos asociados a la propiedad intelectual; también prevé un sistema para la resolución de disputas y/o «diferencias entre los distintos Estados parte» (art. 64 Acuerdo TRIPs en relación con los arts. XXII y XXIII GATT 1994).

24. En relación con el Acuerdo TRIPs, es preciso apuntar que el 14 de noviembre de 2001 los miembros integrantes de la OMC adoptaron en Doha (Catar) la denominada «Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública», comúnmente conocida como la «Declaración de Doha». Tal como se ha mencionado, el Acuerdo TRIPs es anterior a esta declaración; empero, su interpretación y aplicación fueron objeto de intensos debates durante la reunión celebrada en Doha³³.

25. La «Declaración de Doha» reafirmó que el Acuerdo TRIPs no debía interpretarse de forma que obstaculizara o limitara la capacidad de los países para garantizar y proteger la salud pública. Uno de los elementos más importantes de dicha declaración fue la incorporación de una mayor flexibilidad en el uso de licencias obligatorias, permitiendo, por ejemplo, la fabricación y distribución de medicamentos genéricos sin la autorización ni permiso del titular de la patente. Este avance resultó especialmente significativo para los países en vías de desarrollo, ya que en situaciones de emergencia, les permitió anteponer y priorizar la salud pública a los derechos de propiedad intelectual sobre patentes médicas. En esencia, la «Declaración de Doha» buscó establecer un equilibrio ponderado entre ambos intereses, introduciendo excepciones dentro de un marco jurídico estricto como el que establece el Acuerdo TRIPs.

26. Bien cierto es que la «Declaración de Doha» marcó un inicio alentador y desembocó en negociaciones prometedoras; sin embargo, con el tiempo éstas se vieron estancadas, lo que evidenció profusas divisiones económico-comerciales entre los países desarrollados –en muchos casos, fabricantes de medicamentos– y los países en vías de desarrollo –habitualmente, receptores de dichos fármacos–. Aunque se lograron algunos acuerdos parciales, la Ronda de Doha nunca llegó a concluirse formalmente, motivo por el cual fue considerada como un ejemplo de desacuerdo diplomático. No obstante, dicha Declaración sentó las bases y creó precedentes al introducir una cierta flexibilidad normativa en cuestiones de esta índole.

27. A pesar del estancamiento en las negociaciones derivadas de la Declaración de Doha en 2008, en 2013 la OMC logró impulsar el denominado «Paquete de Bali» y, posteriormente, en 2015, adoptó un nuevo conjunto de medidas conocido como el «Paquete de Nairobi»; este último, orientado especialmente hacia África y otros países en situación de desarrollo. Ahora bien, es importante señalar que ninguno de estos dos «paquetes» abordaron cuestiones vinculadas, de manera directa, con el Acuerdo TRIPs ni trataron aspectos referentes a los fármacos, al acceso a dichos productos o a la flexibilización

³⁰ R. ALLARD SOTO, «El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública», *Acta Bioethica*, Vol. 21, n.º 1, 2015, p. 85.

³¹ T. TAKENAKA *et al.*, *Patent enforcement in the US, Germany and Japan*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 47.

³² M. BLAKENEY, «International intellectual property jurisprudence after TRIPs», in D. VAVER/L. BENTLY (Eds.), *Intellectual property in the new millennium*, *op.cit.*, p. 7.

³³ R. ALLARD SOTO, «El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública», *op.cit.*, p. 85.

de las normas sobre propiedad intelectual. En esta materia, el hito más relevante hasta la fecha continúa siendo la «Declaración de Doha» de 2001 –la citada declaración posee una naturaleza interpretativa y no vinculante– pues, en dicho texto: a) se reconoció el derecho de los miembros de la OMC a proteger la salud pública y garantizar y promover el acceso a determinados fármacos; y, b) se determinó que los países podían hacer uso de las famosas «licencias obligatorias», así como de otras flexibilidades con el fin de garantizar el acceso a determinados medicamentos.

28. Aunque han existido decisiones posteriores a la Declaración de 2001 –*v.gr.*, enmiendas, excepciones e interpretaciones sobre las «licencias obligatorias»³⁴–, a día de hoy, no se ha reformado el Acuerdo TRIPS para incorporar dichas «flexibilidades». Por lo tanto, lo verdaderamente relevante en ese ámbito –y, más aún, lo deseable desde una perspectiva de interés general– sería la elaboración de una nueva propuesta o su propia revisión. Esta posibilidad, permitiría completar y fortalecer los avances alcanzados con la Declaración de 2001, especialmente en lo relativo al acceso de medicamentos en un contexto de urgencia y necesidad colectiva³⁵.

IV. La patente

1. Breves consideraciones

29. La propiedad industrial concede una serie de derechos de explotación en exclusiva a sus titulares. Si bien, ésta posee unas características un tanto especiales; no solo es necesario que exista una invención y/o producto, sino que, además, precisa de un reconocimiento previo y una posterior inscripción para su futura protección³⁶. Es por esta razón por la cual, la obtención de una patente y la potestad exclusiva de explotación conlleva, aparejada, la imperiosa necesidad de cerciorarse de que tal «derecho» es válido. En cuyo caso, si el requisito anterior se cumple –la adquisición de una patente–, ello permitirá al titular de la misma interponer y ejercitar acciones legales en el supuesto de que se infrinja o se vulnere tal «derecho»³⁷.

30. En relación con la patente, J. MASSAGUER la define como «la institución que el ordenamiento jurídico destina a fomentar el progreso tecnológico a través del otorgamiento de una muy especial tutela jurídica sobre las invenciones». Asimismo, dicho autor plantea la existencia de diferentes niveles de protección de esa supuesta invención: 1.º) la propia creación *per se*: el primer nivel se origina simplemente con la invención del bien inmaterial; a partir de ahí, el ordenamiento otorga al creador el conocido como «derecho del inventor». Siendo éste, un derecho subjetivo, personal y patrimonial, pero que de ningún modo le confiere derecho alguno para impedir que cualquier otra persona explote esa idea; 2.º) la solicitud y registro: un segundo nivel de protección se produce cuando se insta la solicitud para el reconocimiento de la patente ante el pertinente registro de la propiedad industrial; y, 3.º) la adjudicación de la patente: el tercer y último nivel se traduce en la concesión de la patente a través del acto administrativo llevado a cabo por el pertinente registro de la propiedad industrial. Dicha actuación, además de crear una

³⁴ *Vid.*, «2003: Realización de un examen a mitad de período en la Conferencia Ministerial de Cancún: no hay acuerdo; 2004: Se acuerda el “Marco” (agosto); 2005: Otros acuerdos en la Conferencia Ministerial de Hong Kong (diciembre); 2008: El paquete de julio de 2008: se intenta superar la situación de estancamiento, se reducen algunas diferencias; 2008: Proyecto revisado de modalidades para la agricultura y los productos no agrícolas; 2013: Gracias a las consultas mantenidas día y noche se logra el “paquete de Bali”; 2015: Los Miembros de la OMC logran un “Paquete de Nairobi” ‘histórico’ para África y para el mundo entero». *Cfr.*, www.wto.org (consultado el 28 de octubre de 2024).

³⁵ M. PABLO ZAPATERO, «Drugs in a brave new world of TRIPS+ schemes: the case for legal ceilings on extra patent protection», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, pp. 229-238.

³⁶ S. CALLENS *et al.*, *Chapters on Pharmaceutical Law*, Intersentia, Oxford, 2000, pp. 85-106; G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, *op.cit.*, pp. 196-197.

³⁷ A. BERCOVITZ, *La nueva Ley de patentes. Ideas introductorias y antecedentes*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 31-38; J. J. RETUERTA, *Nueva ley de patentes*, *op.cit.*, p. 27; O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, pp. 14-15.

nueva situación jurídica, concede y otorga una protección legal –mediante el *ius prohibendi*– no solo a la patente, sino al propio titular de la misma³⁸.

2. La naturaleza «territorial» de la patente

31. Antes de entrar en materia conviene señalar que, con anterioridad a la Edad Media, los derechos sobre bienes intangibles eran nociones arcaicas y abstractas³⁹. No obstante, en Europa, a finales del siglo XV comenzaron a otorgarse los primeros «privilegios de explotación»; éstas, eran concesiones emitidas de forma arbitraria por un soberano, ya que no existía legislación que regulara este tipo de cuestiones. Por ello, en sus inicios, dichos derechos concedidos por el monarca quedaban restringidos al territorio del Estado al que este pertenecía; siendo este motivo, el origen del «principio de territorialidad» de tales derechos⁴⁰.

32. Tal y como se ha expuesto a lo largo de esta disertación, la patente forma parte del conjunto de derechos amparados por la propiedad industrial. Ahora bien, surge la cuestión: ¿por qué los derechos de propiedad intelectual e industrial poseen un alcance territorial? De manera general, como se ha matizado, la razón radica en que estos derechos solo existen y, por ende, producen efectos jurídicos dentro del territorio del Estado en el que han sido creados y/o concedidos. En consecuencia, será el Derecho de dicho Estado el que determine quién ostenta la titularidad, cuál es el contenido y alcance del derecho, las medidas de protección, su duración, así como las creaciones susceptibles de quedar bajo esta tutela.

33. En el caso que ocupa, ya se trate de una marca, una obra o una patente, su existencia, protección y posible vulneración quedan circunscritas exclusivamente al Estado que ha otorgado el derecho sin extenderse a otros países. Dicho de otro modo, la titularidad de un derecho de estas características se ejerce únicamente en el Estado correspondiente. Así, una persona puede gozar de un derecho en un país y carecer de él en otro; empero, si esa persona ha obtenido la titularidad de la misma creación en distintos países, se convierte en titular de varios derechos intangibles sobre una única obra o invención, configurándose así múltiples «derechos nacionales»⁴¹.

34. Es verdad que, como ha remarcado la doctrina en numerosas ocasiones y desde la invención de las patentes, éstas poseen un «carácter territorial»; pues bien, en el comercio y en el tráfico internacional de derechos exclusivos, igual de importante es comprender el alcance y el contenido de esa exclusión, como la eficacia del marco de protección que otorga la patente⁴². Pero, realmente, ¿qué se entiende por «territorialidad» en el ámbito concreto de una patente? La respuesta a esta pregunta, debe interpretarse como la protección que se dispensa al titular de la misma y, por ende, ese amparo queda

³⁸ El autor al que se hace referencia en la presente cita matiza que, «el titular de la patente no sólo podrá explotar la invención, sino que además podrá impedir a todos los terceros que exploten la invención patentada. (...) la patente representa el perfeccionamiento del derecho sobre la invención como derecho sobre un bien inmaterial, que como derecho de inventor tan sólo era un derecho imperfecto sobre un bien inmaterial»; cfr., J. MASSAGUER, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, op.cit., pp. 31-32. En relación con ello, vid., A. BERCOVITZ, *La nueva Ley de patentes. Ideas introductorias y antecedentes*, op.cit., pp. 52-53.

³⁹ «En la Antigüedad la propiedad intelectual era un concepto desconocido y los autores de creaciones del intelecto no disponían de ningún derecho. Esta situación se prolongó en la Edad Media. Existían, incluso, Leyes que prohibían inventar: el “Estatuto de Thorn” de 1523, ciudad polaca, prohibía a los artesanos “imaginar, inventar o utilizar cualquier innovación”. En Japón, un Decreto imperial de 1603 vigente hasta 1867, prohibía taxativamente toda innovación industrial». En este sentido, cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, op.cit., p. 3741.

⁴⁰ «Las Leyes sobre protección de la propiedad intelectual e industrial surgen en el siglo XVIII, tras la independencia de USA y la revolución francesa. La primera Ley de patentes del mundo es la norteamericana, firmada por G. Washington el 10 abril 1790. En Europa, la primera Ley que protege las invenciones y creaciones del intelecto es la Ley francesa de 7 enero 1791. A partir de estas Leyes y hasta la actualidad, todas las Leyes estatales que protegen la propiedad intelectual e industrial asumen el “principio de territorialidad”»; *Ibidem*.

⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, op.cit., p. 3740.

⁴² J. MASSAGUER, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, op.cit., p. 68.

delimitado al territorio de un Estado en donde, los órganos administrativos correspondientes, le hayan otorgado tal concesión⁴³.

35. A pesar de esa territorialidad que posee la patente, parece incuestionable que en los tiempos presentes, su naturaleza y caracteres «llevan a afirmar la decidida vocación internacional» que posee la misma; pues, desde su creación, así como a través de su propio recorrido por la historia, ha pasado desde un ámbito puramente nacional a una explotación internacional para culminar –como no podía ser de otra manera–, en una «*worldwide exploitation*»⁴⁴. Realmente, no hay muchas patentes que limiten su ámbito de actuación a una esfera eminentemente nacional, al contrario, lo pretendido por los titulares de las mismas es ampliar ese campo de protección desde una perspectiva internacional. Consecuencia directa de esa predisposición internacional, los legisladores nacionales han tenido que aunar fuerzas para ofrecer respuestas a una demanda exponencial y necesaria en el mundo de las patentes –*v.gr.*, Convenios internacionales, Directivas, Reglamentos, etc.–⁴⁵.

36. Lo que parece claro y con independencia de la naturaleza «internacional» de la patente, el carácter territorial de la misma comporta una serie de consecuencias que, como es evidente, se encuentran en estrecha relación y en consonancia con el concepto de soberanía del Estado. En este sentido, se puede prever con antelación el área geográfica en el que las leyes de un determinado Estado tendrán vigencia y serán de aplicación para la protección y salvaguarda de una patente⁴⁶.

37. Por lo tanto, en virtud del principio de territorialidad de las patentes, las principales consecuencias serían: 1.º) la autonomía del Derecho nacional: el Estado en donde se pretende la obtención de una patente será el único que concluirá, según sus propias leyes de patentes, los requisitos, el alcance, la duración y la protección que dispensa –con carácter general, la normativa aplicable presenta un carácter

⁴³ A. BERCOVITZ, *Problemática actual y reforma del derecho de patentes español*, Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 41-42. Sobre la territorialidad de la patente, el autor al que se hace referencia en la presente nota al pie, considera que la «tutela jurídica dispensada por el ordenamiento a través de la patente se proyecta en un triple ámbito: objetivo, temporal y espacial. La concreción de los criterios para determinar la extensión de cada uno de estos ámbitos conduce a la delimitación misma de los límites de la protección que proporciona la patente (...)». En consecuencia, «el *ius prohibendi* conferido por la patente sólo podrá hacerse valer frente a las actuaciones de terceros que, siendo reconducibles a alguno de los actos de explotación legalmente enumerados y no habiendo sido autorizados por el titular de la patente, caigan dentro del ámbito de protección de la patente, dentro de su ámbito de eficacia objetiva, temporal y espacial». Además, «el ámbito de la protección concedida por la patente tiene también, evidentemente, relevancia en el campo del comercio internacional de productos protegidos. (...), pues existe tráfico internacional en cuanto entran en contacto unidades espaciales diferenciadas, conjuntos territoriales sobre los que se ejerce una soberanía distinta». Del mismo modo, el autor interpreta que «el alcance espacial de la facultad de exclusión conferida por la patente está definido por el llamado principio de territorialidad, por cuya virtud la protección que procura la patente sólo abarca el territorio sometido a la soberanía del Estado cuyos órganos administrativos la han concedido». No solo eso, igualmente afirma que «el principio de territorialidad, sin embargo, no pertenece sistemáticamente al campo del Derecho de propiedad industrial, sino al del Derecho Internacional privado». Cfr., J. MASSAGUER, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, *op.cit.*, pp. 68-70; R. VON BORRIES, «Territorialitätsprinzip und Gemeinsamer Markt», unter J. SCHWARZE (Hrsg.), *Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt. Pharmazeutische Produkte im Widerstreit von freiem Warenverkehr und nationalen Preiskontrollen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, pp. 39-41; B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 282; G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, *op.cit.*, p. 197.

⁴⁴ J. J. RETUERTA, *Nueva ley de patentes*, *op.cit.*, p. 61; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, p. 8; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, *op.cit.*, pp. 25-28, entre otros.

⁴⁵ Sobre las circunstancias que generan esa internacionalidad de las patentes, J. CARRASCOSA –siguiendo las líneas doctrinales marcadas por A. BERCOVITZ–, sugiere que: «a) El rápido progreso tecnológico en todas las esferas de la vida humana. b) La creciente y ya casi consagrada universalización de la tecnología. c) El desarrollo del comercio internacional, la globalización económica y la consiguiente desaparición de muchas de las fronteras que hasta no hace muchas décadas impedían una más celeridad propagación del mismo, (...). d) La integración de los mercados nacionales antes existentes, realmente restringidos, en unidades más amplias», no han hecho, sino que potenciar el carácter supranacional de la patente. *Vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, p. 8.

⁴⁶ O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, pp. 17-18.

autónomo; no se tendrán en cuenta, *stricto sensu*, las regulaciones de otros ordenamientos jurídicos⁴⁷–; 2.º) la limitación territorial en la infracción de patentes: dado que un organismo público de un concreto Estado es el que valida y concede la patente, la infracción de los derechos derivados de la misma, solo pueden ocurrir dentro de la jurisdicción del Estado que la ha otorgado –v.gr., una patente nacional no puede ser vulnerada en un Estado en el cual no goza de ninguna protección ni ha sido concedida por la administración de ese Estado–; y, 3.º) la inexistencia de una «patente internacional»: como ya se ha referenciado, a resultas del carácter territorial de la patente, no existe una «patente internacional» *per se*; es decir, cuando se pretende que una invención sea respaldada por una patente en una diversidad de territorios nacionales, deberá instarse la pertinente solicitud individual en cada uno de ellos⁴⁸.

38. En coherencia con el principio de territorialidad y contrariamente de lo que en su momento se sostenía, este concepto no proviene del DIPr., sino del Derecho público, pues, como se ha puesto de manifiesto, corresponde a la propia administración de un Estado otorgar la protección a una idea y/o producto. Empero, independientemente de ello, no es un impedimento para analizar la figura estudiada desde la perspectiva del DIPr.; entonces, aun ratificando la territorialidad de la patente, distintos ordenamientos jurídicos disponen «de normas de conflicto muy diversas para señalar la Ley aplicable a las patentes en casos internacionales»⁴⁹.

39. El criterio territorial al que se está haciendo referencia, como se ha mostrado, no perjudica directamente la soberanía de un Estado, si bien, no posibilita la existencia de una «continuidad espacial» de los derechos de una patente. Habida cuenta de ello, el titular de una patente reconocida en un país puede no ser el titular de esa misma patente en otros Estados donde, además, podría encontrarse registrada a nombre de otra/s persona/s. Tal situación dificulta la explotación global del derecho asociado a una patente y, desde una óptica patrimonialista, podría llegar a considerarse como una opción poco rentable.

40. Pese a lo anterior, la territorialidad de la patente sigue siendo un obstáculo para el comercio internacional. Se traduce en un hándicap; en un país puede estar protegida la susodicha invención, mientras que en otros no. Al suceder esto, no se estaría garantizando esa «continuidad espacial» de la patente. Por esta razón, desde hace ya un tiempo, se han ido tratando de implementar diferentes mecanismos para tratar de minimizar los citados inconvenientes jurídicos en torno a la esfera de la propiedad intelectual e industrial. Algunos han tenido más éxito que otros; en este sentido, es importante destacar los siguientes: 1.º) Tratado de Cooperación en materia de Patentes⁵⁰; 2.º) Convenio sobre la Patente Europea⁵¹; 3.º) Patente Comunitaria (1989); y, 4.º) la Patente Unitaria⁵², así como el Acuerdo sobre el

⁴⁷ Esto último queda refrendado por el CUP 1883; dicha normativa, establece que «las patentes solicitadas en los diferentes países de la Unión por los nacionales de países de la Unión serán independientes de las patentes, obtenidas para la misma invención en los otros países adheridos o no a la Unión». Tal consideración, «deberá ser entendida de manera absoluta, sobre todo en el sentido de que las patentes solicitadas durante el plazo de prioridad son independientes, tanto desde el punto de vista de las causas de nulidad y caducidad, como desde el punto de vista de la duración normal». De esta manera, ya quedó afianzando el principio de independencia para aquellas patentes obtenidas en distintos países para la misma invención (art. 4 bis, apartados 1 y 2, CUP 1883). Así, F. ANTONIAZZI, *La Convention d'Union de Paris et la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique et de commerce...*, *op.cit.*, p. 18.

⁴⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 9-10.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 10-12.

⁵⁰ Tratado de Cooperación en materia de Patentes elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado en 1979, modificado en 1984 y 2001. Pueden adherirse al PCT los Estados que son parte en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883). www.wipo.int (consultado 3 de noviembre de 2024).

⁵¹ Convenio sobre la Patente Europea, de 5 de octubre de 1973. Cfr., The European Patent Convention and the Rules relating to Fees have been amended by the following decisions of the Administrative Council since the publication of the 17th edition (November 2020). www.wipo.int (consultado 4 de noviembre de 2024).

⁵² Reglamento (UE) n.º 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente. DOUE-L-2012-82657. Igualmente, en el mismo campo y sobre aspectos de traducción, *vid.*, Reglamento (UE) n.º 1260/2012 del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción. DO L-361 de 31 de diciembre de 2012, pp. 89-92. www.eur-lex.europa.eu (consultado 4 de noviembre de 2024).

Tribunal Unificado de Patentes, en adelante (Acuerdo TUP)⁵³ –instrumentos jurídicos que se analizarán en un apartado posterior–.

3. La patente en la industria farmacéutica

41. Tras ofrecer una visión de lo que se entiende por una «patente», parece necesario abordar la especificidad de la materia desde la perspectiva de las farmacéuticas y los medicamentos que estas mismas desarrollan⁵⁴. Para abordar dicha temática, es preciso retrotraerse hasta principios del siglo XIX en donde la industria de los medicamentos se encontraba en una etapa embrionaria; con todo, el primer impulso que permitió un desarrollo progresivo en el sector farmacéutico, no se produjo hasta el descubrimiento de la arsénamina (1909) –la invención de este químico permitió producir nuevos fármacos que incidían directamente en la erradicación de las bacterias–⁵⁵. Tras esto, con la aparición de A. FLEMING y la creación del considerado como primer antibiótico de la historia –la penicilina (1928)–, el citado sector comenzaría a sufrir una serie de cambios más llamativos, enfocados, sobre todo, en un comercio más liberal –la penicilina no sería comercializada por los Estados Unidos hasta 1940–⁵⁶.

42. Consecuencia de la mercantilización de este novedoso fármaco, así como del descubrimiento de tantos otros, se acabaría impulsando fuertemente la industria farmacéutica: creación de empresas, laboratorios, multinacionales, fusiones, etc.⁵⁷. De ahí que, al existir una demanda incesante y exponencial de tales productos, se acabasen creando y mejorando los sistemas actuales de seguridad social de las diferentes naciones; siendo éstos, a su vez, los garantes y encargados del reembolso monetario tras la adquisición de dichos medicamentos⁵⁸.

⁵³ Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes. DO C-175 de 20 de junio de 2013, pp. 1-40. www.eur-lex.europa.eu (consultado 4 de noviembre de 2024).

⁵⁴ Es preciso señalar que, en el análisis de la protección de la propiedad intelectual desde una perspectiva sanitaria, resulta imprescindible efectuar una distinción entre la patente médica y la patente farmacéutica. La primera comprende cualquier creación vinculada al campo de la medicina en un sentido amplio. Por otro lado, la segunda, constituye una categoría específica dentro del sistema de patentes, dirigida a la salvaguarda y protección de fórmulas químicas, moléculas y medicamentos. Además, esta última no solo se diferencia por su objeto, sino también por el régimen jurídico que la rodea, caracterizado por una mayor rigurosidad.

⁵⁵ Como se ha mencionado, *ut supra*, la arsénamina (=«bala mágica» y/o «compuesto 606»), fue uno de los primeros medicamentos que se utilizó para erradicar infecciones bacterianas. Dicho compuesto fue descubierto por el químico alemán P. EHRLICH en 1909; el citado fármaco fue utilizado como tratamiento para la cura de la sífilis y otras infecciones producidas por el *Treponema pallidum*. Su nombre comercial fue «Salvarsán». Finalmente, consecuencia directa de su alta toxicidad y los efectos secundarios que provocaba –el compuesto contenía arsénico en su composición–, acabaría siendo sustituido por la penicilina –más segura y eficaz–. Empero, se puede aseverar que dicho fármaco fue fundamental en la historia y evolución de los medicamentos. Cfr., R. S. SCHWARTZ, «Paul Ehrlich's Magic Bullets», *The New England Journal of Medicine*, Vol. 350, n.º 11, 2004, pp. 1079-1080; F. BOSCH/L. ROSICH, «The Contributions of Paul Ehrlich to Pharmacology: A Tribute on the Occasion of the Centenary of His Nobel Prize», *Pharmacology*, Vol. 82, n.º 3, 2008, pp. 171-179; J. E. GARCÍA-SÁNCHEZ/E. GARCÍA/M. L. MERINO, «Cien años de la bala mágica del Dr. Ehrlich (1909-2009)», *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, Vol. 28, n.º 8, 2010, pp. 521-530; G. VELÁSQUEZ, «Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública», en S. D. BERGEL/S. C. NEGRO, *Propiedad intelectual. Presente y futuro*, BdeF, Montevideo, 2019, pp. 582-583; J. C. SALAZAR/J. D. RADOLF, «T-Cell Responses to *Treponema pallidum* Proteins in Blood and Skin to Advance Syphilis Vaccine Design: Learning From Nature», *The Journal of Infectious Diseases*, Oxford University Press, Oxford, Vol. 230, Issue 2, 2024, pp. 275-277.

⁵⁶ P. LUTHY, *Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques Suisse et Européen*, Payot, Lausanne, 1993, p. 6; D. P. FIDLER, *International Law and Infectious Diseases*, Clarendon press, Oxford, 1999, pp. 10-11; G. VELÁSQUEZ, «Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública», *op.cit.*, pp. 583-584.

⁵⁷ La mayoría de las empresas que se dedican a la exportación de ciertos productos alimenticios, colorantes o químicos, por lo general, suelen utilizar su ya creada infraestructura para desarrollar productos farmacéuticos; a veces, incluso, crean nuevas empresas utilizando el mismo modelo de negocio. Esto último, evidencia por qué las grandes compañías farmacéuticas suelen ser filiales y/o pertenecen a diversos grupos empresariales que se dedican, habitualmente, a operar en sectores muy similares y relacionados. *Vid.*, P. LUTHY, *Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques Suisse et Européen*, *op.cit.*, p. 7; K. BRINER, «La construction de l'Europe économique du médicament: quels objectifs futurs?», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtex, Paris, 1996, pp. 8-9.

⁵⁸ J. L. VALVERDE, «Commerce parallèle de médicaments: une limite des politiques nationales», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtex, Paris, 1996, pp. 27-31; A. MONOD, «Marché unique et égalité d'accès au marché du

43. A principios de los años setenta, tras unos años muy positivos a nivel económico-empresarial, la industria farmacéutica comenzó a temer por el *statu quo* que había alcanzado después de tanto tiempo. Pues, a causa de: 1.º presiones estatales –los gobiernos presionaron para una bajada de los precios de los medicamentos–; 2.º aumento de los costos de producción –subida de precios del petróleo–; y, 3.º fluctuaciones económicas –inflación, subida de tipos, revalorización y depreciación de ciertas divisas internacionales–, las compañías farmacéuticas verían como se tambaleaban los cimientos económicos que las sostenían. Así las cosas, éstas decidieron reestructurar y configurar una nueva hoja de ruta en donde la visión de las mismas se centraba, particularmente, en potenciar la investigación, así como el valor añadido que ello comportaba para fortalecer su propia posición en un mercado internacional⁵⁹.

44. De naturaleza privada, el objetivo perseguido por las empresas dedicadas al desarrollo de fármacos es encontrar una serie de principios activos con el pretexto de minimizar, reducir y eliminar ciertos tipos de enfermedades bacterianas. Ahora bien, ampliamente conocido por todos es, no solo la productividad y rentabilidad de la industria de los medicamentos en términos económicos, sino el duro proceso de investigación y desarrollo⁶⁰. No es del todo sencillo, es eminentemente científico, racional, conlleva tiempo y mucho empeño⁶¹; además, por lo general, dicho esfuerzo suele llevar aparejado la creación y la obtención del fármaco perseguido –esto último no se produce en todas las ocasiones–⁶².

45. De lo expuesto, parece indicar que la «patente» es el perfecto instrumento para que las empresas farmacéuticas –titulares de las mismas–, sean las únicas con el derecho, en exclusiva, de explotar dicho producto⁶³. Por lo tanto, se desprende que el resto de empresas competidoras no deberían

médicament», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtext, Paris, 1996, pp. 36-41. Sobre este ámbito, algo más actualizado, cfr., A. DUBOIS, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 169-212.

⁵⁹ P. LUTHY, *Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques Suisse et Européen*, *op.cit.*, pp. 7-8; J. L. VALVERDE, «Commerce parallèle de médicaments: une limite des politiques nationales», *op.cit.*, pp. 27-31; A. MONOD, «Marché unique et égalité d'accès au marché du médicament», *op.cit.*, pp. 36-41; H. FREISLER, «Situation und Position der Arzneimittelhersteller in der EU», unter J. SCHWARZE (Hrsg.), *Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt. Pharmazeutische Produkte im Widerstreit von freiem Warenverkehr und nationalen Preiskontrollen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 23; G. VELÁSQUEZ, «Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública», *op.cit.*, pp. 584-585.

⁶⁰ Las empresas farmacéuticas tratan de obtener el máximo rendimiento económico posible; ello, a su vez, se traduce en unos elevados beneficios y altos dividendos a finales de año. Es más, la industria de los medicamentos es una de las más rentables a nivel mundial. Prueba de ello, son los casi 1.6 billones de dólares estadounidenses que se obtuvieron en el año 2023; dicho lo cual, puede verse como el incremento de su producción supera, incluso, a ciertos países en cuanto al producto interior bruto (PIB), se refiere. Del mismo modo, pese a la gran ayuda que proporcionan desde un punto de vista sanitario y humanitario, las empresas farmacéuticas son motivo recurrente de críticas; los amplios márgenes de beneficio que obtienen son vistos con recelo por parte de la ciudadanía. Si bien es cierto, esos altos capitales podrían llegar a interpretarse en equilibrio en función del riesgo y la inversión previa que se realiza por éstas por y para la investigación/desarrollo de un fármaco (*win-win*). Asimismo, contrariamente a lo que se pueda pensar, la elección de una investigación u otra y, por ende, su retorno económico (ROI), es aleatorio y desconocido –la comparativa entre inversión/beneficios debe afrontarse con una extrema cautela en este sector–. Lo anterior, viene motivado como consecuencia del gasto corriente que representa la investigación y la no capitalización de la misma; empero, sin una previa y potente investigación, no se pueden desarrollar los fármacos pretendidos –es de justicia considerar que, en el terreno de la investigación, es una industria excelente–. La investigación es la clave de bóveda en este sector; es más, el éxito asociado al descubrimiento de un fármaco permite una serie de ingresos que, a su vez, ayudan al crecimiento de la empresa y la hace más competitiva desde una perspectiva internacional. Cfr., R. GILBEY, «Le règlement (CEE) n° 2309/93 et l'exigence d'une marque unique pour le territoire communautaire», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtext, Paris, 1996, pp. 51-55; M. HANNOUN, «Recherche pharmaceutique: priorité européenne réelle ou vœu pieux? L'audacieuse mais ineluctable dimension fiscale», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtext, Paris, 1996, pp. 148-152; H. FREISLER, «Situation und Position der Arzneimittelhersteller in der EU», *op.cit.*, pp. 24-30; S. CALLENS *et al.*, *Chapters on Pharmaceutical Law*, *op.cit.*, p. 17; M. DONGHI, *Patent Strategy in Pharmaceutical Industry: Are additional patents valuable?*, Munich Intellectual Property Law Center, Augsburg, 2014, p. 16; G. VELÁSQUEZ, «Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública», *op.cit.*, pp. 595-599; www.statista.com (consultado el 12 de noviembre de 2024).

⁶¹ S. JEAN, «La protection des savoirs traditionnels et des créations», *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Yvon Blais, Montreal, Vol. 35, n.º 3, 2023, p. 714.

⁶² P. LUTHY, *Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques Suisse et Européen*, *op.cit.*, pp. 9 y ss.

⁶³ I. VAN BAEL, «Innovation et protection de la durée effective des brevets en Europe», *Droit Communautaire et médicament*, John Libbey Eurtext, Paris, 1996, pp. 123-129.

de elaborar ese supuesto fármaco sin previo consentimiento; salvo que, por descontado, quieran verse inmersas en un litigio por vulnerar el derecho de propiedad intelectual e industrial –v.gr., desarrollar y comercializar un producto patentado previamente por otra compañía–⁶⁴.

46. Las farmacéuticas, concededoras de la protección que les dispensa una patente obtenida con carácter previo y, para extender esa «exclusividad» durante un mayor periodo de tiempo, a veces, instan solicitudes sobre fármacos supuestamente «nuevos» y/o de «segunda generación»⁶⁵. De ahí que, con este tipo de actuaciones, el propósito perseguido ya no sería tanto amortizar la patente creada, sino prolongar y retrasar la puesta en circulación de productos genéricos⁶⁶; es decir, lo pretendido con este tipo de decisiones, como es evidente, es continuar manteniendo el derecho de explotación en exclusiva del correspondiente medicamento. Ciertamente es que, con base en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante (TFUE), tales acciones podrían llegar a considerarse como una infracción a la libre competencia (art. 102 TFUE)⁶⁷.

47. Nadie niega que las patentes de segunda generación no puedan llevarse a cabo. No obstante, actuar de forma fraudulenta, e impedir la entrada en un mercado de nuevos competidores para que comercialicen medicamentos genéricos, los cuales, a su vez, no pueden distribuirse hasta que no finalice la patente del fármaco originario –salvo excepciones–, sí que podría llegar a vulnerar el Derecho de la competencia –sobre tales pesquisas, el Tribunal de justicia de la Unión Europea, en adelante (TJUE), se ha expresado en numerosas ocasiones–⁶⁸. De conformidad con este particular, se podría considerar que

⁶⁴ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 1, 2015, p. 187.

⁶⁵ Los medicamentos de «segunda generación» son el resultado de un producto previo ya existente y, además, suelen tener el mismo efecto y ámbito de actuación –con alguna mínima mejora–. Normalmente, estos productos tienen similares características que los «primeros»; si bien, los conocidos como «fármacos modificados incrementalmente», se basan en incluir algún tipo de desarrollo adicional en un producto químico activo de otro producto probado y aprobado previamente por el mercado. Es decir, una vez descubierto el «compuesto líder», lo perseguido sería: aumentar su potencia, reducir su toxicidad, mejorar su absorción y potenciar su durabilidad. Cfr., H. AHN, *Second Generation Patents in Pharmaceutical Innovation*, MIPLC, München, 2014, pp. 38-39 y 56-58; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia», *op.cit.*, p. 187.

⁶⁶ Un fármaco denominado como «genérico», podría definirse como el medicamento similar o «bioequivalente a un medicamento de marca en cuanto a dosis, seguridad, potencia, vía de administración, calidad, rendimiento y uso previsto». En este sentido, *a priori*, la composición de dicho fármaco «debe contener cantidades idénticas de los mismos ingredientes activos que el producto de marca y tener el mismo efecto y poca diferencia cuando se sustituye por el producto de marca» –pese a que el compuesto químico de los fármacos «genéricos» sea muy similar a los medicamentos patentados de «marca», los precios de los primeros son considerablemente más reducidos que los segundos–; H. AHN, *Second Generation Patents in Pharmaceutical Innovation*, *op.cit.*, pp. 56-58.

⁶⁷ A este respecto, «será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo» (art. 102 TFUE); cfr., Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE-Z-2010-70002.

⁶⁸ Al principio, el propio tribunal consideraba que el derecho de la propiedad no debía interpretarse, *de facto*, como una posición de dominio. Cfr., STJCE de 29 de febrero de 1968, *Parke, Davis & Co./Probel y otros*, C-24/67, [ECLI:EU:C:1968:4]; en esta resolución, el tribunal afirmó que «el carácter nacional de la protección de la propiedad industrial y las divergencias entre las legislaciones relativas a esta materia pueden crear obstáculos no sólo a la libre circulación de los productos patentados sino también al juego de la competencia en el interior del mercado común; (...) las disposiciones relativas a la libre circulación de los productos, las prohibiciones y restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial son admitidas (...) bajo la reserva expresa de que las mismas “no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”»; STJCE de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon/Metro SB*, C-78/70, [ECLI:EU:C:1971:59]. Posteriormente, éste distinguiría entre la propiedad intelectual y el Derecho de la competencia; por todas, *vid.*, STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, C-322/81, [ECLI:EU:C:1983:313] –abuso de posición dominante–; STJCE de 5 de octubre de 1988, *Volvo/Veng*, C-238/87, [ECLI:EU:C:1988:477] –abuso de posición dominante/negativa a conceder una licencia por parte del titular de un modelo registrado–; STJCE de 6 de abril de 1995, *RTE y ITP/Comisión*, C-241/91P Y 242/91P, [ECLI:EU:C:1995:98] –abuso de posición dominante/derechos de autor–; STJCE de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, [ECLI:EU:C:2004:257] –abuso de posición dominante/estructura de segmentos utilizada para el suministro de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro/negativa a conceder una licencia de utilización [para que se produzca una actividad determinada como «abusiva», bastaría que se dieran «tres requisitos con carácter acumulativo (...) que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el

la obtención de una patente en abstracto ya vulnera, *per se*, ese derecho⁶⁹; es más, dicha concesión no solo coarta la posibilidad de desarrollar y comercializar un determinado producto, sino que, al mismo tiempo, choca frontalmente con las normas sobre la competencia⁷⁰.

48. En otro orden de ideas, aunque dentro del mismo ámbito, se encontrarían los medicamentos huérfanos (= *Orphan drugs*); según el Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, en adelante (NCI), podrían definirse como aquellos medicamentos que se usan para la prevención, el diagnóstico y/o el tratamiento de una enfermedad huérfana –se dice que una enfermedad es huérfana cuando afecta a menos de 200.000 personas en Estados Unidos–⁷¹.

49. Ahora bien, desde la perspectiva de la Unión Europea y para este tipo de situaciones tan excepcionales, se acabaría desarrollando el Reglamento 141/2000, sobre medicamentos huérfanos⁷². Así, según la citada normativa, para calificar un medicamento de esta manera: a) debe prevenir, tratar y/o diagnosticar una enfermedad «que ponga en peligro la vida o conlleve una incapacidad crónica y que no afecte a más de cinco personas por cada diez mil»; y, b) no deben existir otro tipo de medicamentos y alternativas sanitarias satisfactorios o, de haberlos, el beneficio de usar el medicamento huérfano debe ser superlativo en comparación con el resto (art. 3.1 Reglamento 141/2000).

50. Esgrimir que las solicitudes de este tipo de medicamentos suelen ser examinadas por el Comité de Medicamentos Huérfanos, en adelante (COMP) de la Agencia Europea de Medicamentos, en adelante (EMA), a través de un grupo de expertos que ha elaborado dicha agencia. Al tener que examinarse la solicitud de manera centralizada, permite a las empresas instar una única solicitud; lo que, a su vez, origina un solo dictamen y una única decisión por parte de la Comisión Europea, siendo válida en el resto de Estados Miembros. Posteriormente, una vez que dichos medicamentos han sido aprobados, éstos gozarán de protección durante de diez años (art. 8 Reglamento 141/2000)⁷³.

que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en un mercado derivado» (FD 38)]–; STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, [ECLI:EU:C:2012:172]; STJUE de 10 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, C-48/22P, [ECLI:EU:C:2024:726] –abuso de posición dominante/decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo/abuso por efecto de palanca–.

⁶⁹ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia», *op.cit.*, pp. 189-190.

⁷⁰ Para más información sobre el Derecho de la competencia, si se precisa, puede consultarse el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Actualización de la aplicación de las normas de competencia en el sector farmacéutico (2018-2022). Colaboración entre las autoridades europeas de competencia a favor de unos medicamentos asequibles e innovadores. COM(2024) 36 final, Bruselas, 26 de enero de 2024. Así como, M. MARTÍNEZ PÉREZ, «Las patentes sobre “second generation products” utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, n.º 2, 2014, pp. 176-200; H. AHN, *Second Generation Patents in Pharmaceutical Innovation*, *op.cit.*, pp. 28 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia», *op.cit.*, pp. 186-225; P. TREACY, «The interacción between intellectual property law and competition law», in M. I. MANLEY/M. VICKERS, *Navigating european pharmaceutical law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 319-355; A. PALOMAR OLMEDA, «La evolución normativa de la defensa de la competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario», en A. B. CAMPUZANO/A. PALOMAR OLMEDA/C. CALDERÓN, *El Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Ed., 2019, pp. 51-79, entre otros.

⁷¹ Con una cierta asiduidad, normalmente, las enfermedades conocidas como «enfermedades huérfanas» suelen ser muy graves y, además, no compatibles como la vida. Ya en 1983, el gobierno de los Estados Unidos de América acordó la *Orphan Drug Act*; ésta, «proporciona a las compañías farmacéuticas ciertos beneficios financieros para la elaboración de medicamentos huérfanos que sean seguros y eficaces». www.cancer.gov (consultado el 16 de noviembre de 2024).

⁷² Reglamento (CE) n.º 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos. DOUE-L-2000-80074.

⁷³ En este sentido, a finales de 2007, la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos, en lo sucesivo (FDA) y la EMA de la Unión Europea, se pusieron de acuerdo para «utilizar un proceso de solicitud común para ambas agencias para facilitar a los fabricantes la solicitud de la condición de medicamento huérfano, pero al mismo tiempo continuar con dos procesos de aprobación separados»; *vid.*, O. LAIDEBEUR/P. KIHN/B. DAVID/T. BOVIER, *Intellectual Property in Luxembourg*, *op.cit.*, pp. 52-53.

4. El impacto del comercio internacional y su efecto en la innovación farmacéutica

51. La investigación y el desarrollo de un medicamento, así como las actuales tasas de fracaso en el intento de elaborar un fármaco novedoso y efectivo, suele llevar aparejado un costo fijo promedio de mil millones de euros. Es más, las probabilidades de que un medicamento sea exitoso y llegue a comercializarse, con un óptimo beneficio, son del 0.01%; por cada proyecto que es rentable suele suceder que, al menos, nueve no lo sean. Por todo ello puede afirmarse que, cuando se comercializa un fármaco, éste debe y necesita generar unos continuos ingresos para financiar no solo el citado y sus posibles mejoras, sino el desarrollo de nuevos y futuros medicamentos⁷⁴.

52. Pese a esfuerzos incesantes por regular y dotar de cobertura jurídica a los derechos asociados a los bienes inmateriales, suelen producirse constantes confrontaciones entre diversos intereses a nivel internacional: la salud individual y colectiva de las personas, las empresas y el libre comercio, el desarrollo y la investigación científica, la financiación, los dividendos e ingresos que obtienen las compañías y, por supuesto, las relaciones interestatales. Por tales argumentos, parece necesario traer a colación dos casos que reúnen todo lo anterior; el objetivo de ello, radica en que el lector se percate de los conflictos reales existentes en el comercio internacional y su vinculación con las normativas vigentes.

53. 1.º) El caso *Novartis*. Este primer supuesto es uno de los casos más argüidos en el ámbito de la propiedad intelectual, las patentes y el acceso a los productos farmacéuticos. La multinacional *Novartis*, ubicada en Basilea (Suiza), es una empresa especializada en la industria de los fármacos y la biotecnología; además, es la titular de numerosos medicamentos en diversos países. En 2005, como consecuencia del compromiso que adquirió la India con la OMC, la citada compañía también quiso obtener la patente de un medicamento mejorado en el susodicho país –*imatinib mesilato*, comercializado como *Gleevec*–. *Novartis*, evidentemente, ya ostentaba la titularidad de ese fármaco mejorado en numerosos países⁷⁵.

54. Desde una perspectiva empresarial y comercial, en su propósito de obtener la patente en la India, *Novartis* defendía que: a) al conseguir dicha licencia, se daría cobertura y se blindaría el desarrollo e investigación del susodicho fármaco –en los países que se obtuvo la patente se alcanzaron ingresos considerables y muy rentables–; b) el medicamento aportaba grandes mejoras sanitarias como consecuencia de su nueva estructura, forma y composición y, a su vez, garantizaba una disminución de los efectos secundarios; y, c) la negativa de la concesión representaba una amenaza frontal contra un modelo de negocio muy particular: la investigación, la comercialización y la obtención de ingresos para recuperar la inversión inicial.

55. Hasta el 2005, la India no concedía patentes a ningún medicamento; si bien, posteriormente a esa fecha, este país comenzaría a otorgar concesiones sobre fármacos. La Ley india sobre patentes impedía e impide proteger los medicamentos y/o versiones «mejoradas» de los mismos –es decir, el comúnmente conocido como «*evergreening*»–. La normativa en cuestión, en su sección 3 d), impide la patentabilidad de fármacos preexistentes; por esta razón, la India acabó negando la solicitud de patente al medicamento referenciado⁷⁶.

⁷⁴ M. DONGHI, *Patent Strategy in Pharmaceutical Industry: Are additional patents valuable?*, *op.cit.*, pp. 16-17.

⁷⁵ El medicamento al que se hace referencia, «se usa para el tratamiento de ciertos tipos de leucemia y otros cánceres de sangre. También se utiliza para el tratamiento de los tumores de estroma gastrointestinal, los tumores de piel llamados dermatofibrosarcomas protuberantes y una afección rara llamada mastocitosis sistémica. Además, está en estudio para el tratamiento de otras afecciones y tipos de cáncer. *Gleevec* bloquea ciertas proteínas (...) que quizás ayude a evitar la multiplicación de células cancerosas y las destruya». www.cancer.gov (consultado el 20 de noviembre de 2024).

⁷⁶ Sobre este particular, es preciso indicar que algunas empresas la India, «fabrican y venden legalmente en India “medicamentos genéricos” idénticos a *Gleevec*, puesto que nadie es titular de la patente sobre el medicamento conocido como *Gleevec*». Además, tales empresas suelen exportar «estos medicamentos genéricos a países del tercer mundo y obtienen enormes ingresos por tales exportaciones. La India es la “Gran Farmacia del sur del planeta”. Y también es cierto que dicho comercio internacional de genéricos facilita el acceso a medicinas vitales a personas sin recursos económicos, puesto que

56. Ante esta tesis, la multinacional acabó presentando una demanda en la que planteaba no solo la inconstitucionalidad de la Ley de patentes de la India, sino que además sostenía que dicha Ley vulneraba lo dispuesto en el Acuerdo TRIPs. En 2007, un tribunal de la India estimó que la Ley relativa a las patentes no vulneraba los diferentes acuerdos de la OMC. Cabe apuntar que, en el supuesto de que se hubiera decantado la reclamación a favor de la compañía, se tendría que haber modificado la Ley de la India. Si bien, dado que el Acuerdo TRIPs no contiene precepto alguno que resuelva el dilema de la patentabilidad de una invención y, además, tampoco hace alusión sobre las «novedades» que debe contener una patente, todas estas cuestiones deben ser sometidas al escrutinio de la legislación interna de cada Estado –es decir, la «*Lex Loci Protectionis*»⁷⁷–.

57. En consecuencia, toda vez que la normativa india no admite la concesión de patentes de medicamentos «ya patentados» –pese a que presenten «ciertas mejoras»–, esto se tradujo en que la jurisdicción de dicho país acabó interpretando que el fármaco *Gleevec* era un simple medicamento que derivaba de otro ya preexistente y no novedoso. Sobre este caso, en 2013, el Tribunal Supremo de la India finalmente acabaría pronunciándose sobre la constitucionalidad de la citada normativa relativa a las patentes y rechazaría la concesión de la patente, nuevamente, argumentando esa supuesta «falta de innovación».

58. 2.º) El Caso *Merck & Co.* En este segundo supuesto, al igual que en el caso anterior, también se produjo un conflicto entre una multinacional farmacéutica –*Merck & Co.*, ubicada en Nueva Jersey (Estados Unidos)– y diferentes países –países en vías de desarrollo–. La controversia se centraba en la patentabilidad de un medicamento, sus versiones genéricas y la concesión de «licencias obligatorias»⁷⁸.

59. El susodicho fármaco, *efavirenz*, es un retroviral que suele utilizarse para el tratamiento del VIH⁷⁹; pues bien, a este respecto, la multinacional estableció unos precios elevados como consecuencia de la investigación, el desarrollo, la distribución y la comercialización del mismo. Como era evidente, el precio del producto condicionaba el acceso de pacientes con pocos recursos económicos en diferentes países subdesarrollados; además, justo en esos países, es donde existía una prevalencia considerable de transmisión sexual del VIH.

60. Los diferentes gobiernos y organizaciones internacionales, trataron de buscar una solución para reducir los costos y es ahí cuando, en 2007, el entonces y actual presidente de Brasil ordenaría la concesión de «licencias obligatorias» del fármaco en cuestión⁸⁰. Pese a ello, la patente de este medicamento la ostentaba la multinacional *Merck & Co.* –al ser considerado como un fármaco novedoso, éste pudo ser patentado en dicho Estado con carácter previo–. Ahora bien, como resultado de la concesión de esas «licencias obligatorias» –legítimas según el Acuerdo TRIPs–, se permitió que cualquier empresa y/o particular pudiera elaborar, fabricar e, incluso, importar, versiones genéricas del retroviral en cuestión⁸¹.

Gleevec es un medicamento muy caro. Los enfermos de ciertas variantes de leucemia que antes morían en un máximo de cinco años, con *Gleevec* pueden convivir con su enfermedad crónica». Cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3729.

⁷⁷ Es importante matizar que el principio «*Lex Loci Protectionis*» –aunque se precisará más adelante–, es una regla clásica del DIPr en materia de propiedad intelectual. Este principio surgió aproximadamente en el siglo XIX, cuando los Estados manifestaban un poderoso recelo de su soberanía y, sobre todo, entendían que solo sus propias normas podían regular cómo se protegían tales derechos dentro de sus fronteras. En aquella época, se consideraba que tanto el derecho de autor o de patentes era parte del poder soberano del Estado para controlar los beneficios económicos de las distintas creaciones. La «*Lex Loci Protectionis*» puede ser considerada como un «residuo histórico» porque refleja esa visión territorial y soberanista que dominaba en la época en la que se crearon las primeras normas de conflicto. *Ibid.*, pp. 3743 y ss.

⁷⁸ Cfr., arts. 8 y 31.b) Acuerdo TRIPs.

⁷⁹ El fármaco *efavirenz*, es un «inhibidor sintético no nucleósido de la transcriptasa inversa (RT) con actividad antiviral. El *efavirenz* se une directamente a la RT del virus de inmunodeficiencia humana tipo 1 (VIH-1), una polimerasa de ADN dependiente de ARN, bloqueando su función en la replicación del ADN viral. En combinación con otros fármacos antirretrovirales, se ha demostrado que este agente reduce significativamente la carga viral del VIH, retardando o previniendo el daño al sistema inmunológico y reduciendo el riesgo de desarrollar SIDA». www.cancer.gov (consultado el 21 de noviembre de 2024).

⁸⁰ L. KLEIN VIEIRA, «Las licencias obligatorias para las patentes de medicamentos: la experiencia brasileña, *op.cit.*, pp. 25-45.

⁸¹ En India este medicamento no se encuentra patentado; *ergo*, el precio del medicamento ronda los 0.45 dólares/unidad,

61. La citada compañía alegó que, con tales medidas –las concesiones de «licencias obligatorias»–, se estaba realizando una «expropiación de la propiedad intelectual». Sin embargo, desde una perspectiva sanitaria y pese a que lo defendido por la multinacional pudiera ser del todo cierto, el supuesto puso de manifiesto la importancia del acceso a medicamentos por personas con bajos recursos y, sobre todo, en países en donde la tasa de transmisión sexual del VIH era muy elevada.

62. Así las cosas, es preciso recordar que no solo el Acuerdo TRIPs contiene disposiciones que posibilitan la emisión de las «licencias obligatorias» en casos de emergencia sanitaria, sino que, la Declaración de Doha de 2001, en sus apartados 4, 5 y 6, también lo permite⁸². Esta última fue clave en este contexto, pues, en el ámbito del Acuerdo TRIPs, respaldaba la utilización de ciertas medidas un tanto «flexibles» a favor de la protección de la salud pública –esto permitió una negociación real de los precios para *efavirenz* y el uso de genéricos en este ámbito–.

63. Sobre lo analizado se podría decir que, tanto el caso *Novartis*, como el caso *Merck & Co*, evidencian como las diferentes políticas relativas a la propiedad industrial e intelectual pueden «ajustarse» –y de hecho ya lo hacen–, cuando los derechos exclusivos inherentes a una patente pueden afectar al interés superior de una sociedad desde una perspectiva sanitaria. Con ambos casos, se muestra el complicado y complejo *statu quo* existente entre las patentes y el acceso a determinados fármacos; sendas situaciones marcaron la hoja de ruta de las políticas relativas sobre los derechos de esta índole. Se podría dilucidar que el Acuerdo TRIPs fue diseñado y elaborado para equilibrar diferentes intereses, por un lado, económico-comerciales, y por otro, social-sanitarios.

64. Ahora bien, la aplicación y la funcionabilidad de tales acuerdos, no ha impedido la existencia de tensiones en la industria farmacéutica⁸³. En el caso *Novartis* se comprobó como un Estado, a

mientras que el precio por el que lo vende *Merck & Co*, asciende a 1.59 dólares/unidad. Cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3730.

⁸² A este respecto, «convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos. (...) reconocemos que estas flexibilidades incluyen: a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios. b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias. c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. (...) Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC» (apartados, 4, 5 y 6 Declaración de Doha de 14 de noviembre de 2001).

⁸³ Actualmente, en el ámbito de los suministros de versiones genéricas de medicamentos, se encuentran dos conflictos pendientes de resolución ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante, OSD). Una de ellas, «enfrenta en calidad de reclamante a la India –el proveedor principal de medicamentos genéricos para los países en desarrollo y países menos adelantados– contra la Unión Europea» y, la segunda, «confronta a Brasil en calidad de reclamante contra la Unión Europea». Ambas reclamaciones, «se presentaron en mayo del 2010 ante el OSD por reiteradas confiscaciones a exportaciones de medicamentos genéricos –clopidogrel, abacavir, olanzapina, rivastigmina y losartán, entre otros–, originarios mayoritariamente desde la India, en tránsito por puertos y aeropuertos de los Países Bajos, con destino hacia países en desarrollo y países menos adelantados. Las confiscaciones han permitido a grandes empresas farmacéuticas –Novartis, Glaxo, E.I. Dupont de Nemours, Sanofi-Aventis, Eli Lilly, Merck, entre otras– valerse de las severas leyes de patentes del bloque europeo para hacer que sus aduanas nacionales embarguen reiteradamente medicamentos genéricos en tránsito, bajo el argumento de que violan leyes de patentes de la Unión Europea. (...) Según reclaman la India y Brasil, medicamentos genéricos fabricados en la India y en tránsito a terceros países –entre ellos Colombia, Nigeria, Perú y Brasil– fueron tratados como si se hubieran fabricado realmente en los Países Bajos, siendo retenidos inicialmente y más tarde destruidos o devueltos a la India y, solo en unos pocos casos, se permitió que los envíos siguieran su camino hasta el país de destino después de considerables demoras. Para ambos países dichas acciones contravienen diversos artículos del Acuerdo ADPIC. La India pone el énfasis en que dichas medidas crean obstáculos al comercio legítimo, constituyen un claro caso de abuso de derechos de patente y permiten obstaculizar la libertad de tránsito de medicamentos que se pueden producir y exportar desde la India a miembros de la OMC con capacidad insuficiente o inexistente en el sector farmacéutico, que tratan de obtener suministros de esos productos para hacer frente a sus

través de su propia legislación interna y pese a los acuerdos de la OMC, puede blindarse para evitar la patentabilidad de productos «*evergreening*» y, de esa manera, garantizar la autenticidad «real» de las innovaciones farmacológicas. Por otro lado, en el caso *Merck & Co*, se ha demostrado como el uso de «licencias obligatorias», en el marco del Acuerdo TRIPs y la Declaración de Doha de 2001, han permitido a los países priorizar, en casos de emergencia nacional, la salud pública por encima de los derechos inherentes a una patente de productos farmacológicos.

V. Competencia judicial internacional

65. Para determinar los tribunales que precisan la competencia judicial internacional de conformidad con las controversias que puedan o no haber surgido en el ámbito estudiado, diversas son las consideraciones que deben tenerse en cuenta en este apartado; a más, cuando el elemento internacional se haya tan presente en dichos supuestos. En España, a la hora de establecer la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, existen ciertos instrumentos jurídicos que se encuentran en vigor y deben ser consultados con carácter previo: 1.º el Reglamento Bruselas I bis, en adelante (RBI-bis); 2.º el Convenio de Lugano II (CL-II); y, 3.º la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante (LOPJ)⁸⁴.

66. En primer lugar, el RBI-bis permite determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado Miembro y, al mismo tiempo, garantiza la validez y la libre circulación de las resoluciones judiciales emitidas por cualquier tribunal de cualquier Estado Miembro, dentro del ámbito de la Unión Europea⁸⁵. En segundo lugar, de conformidad con el ámbito de aplicación del citado instrumento, deben resaltarse una serie de elementos: a) material; b) espacial; c) temporal; y, d) personal. En este sentido, en función de los cuatro aspectos referenciados y de una serie de circunstancias específicas al amparo de cada uno de ellos, se podrá concretar la aplicación o no del RBI-bis en sintonía con los criterios que emplean diferentes Convenios internacionales, así como la propia LOPJ⁸⁶.

67. Igualmente cabe decir que el RBI-bis presenta una estructura determinada, un sistema de foros jerarquizados –establecidos por su propio cuerpo normativo y refrendados por el principio de seguridad

problemas de salud pública, haciendo un uso efectivo de las licencias obligatorias. Brasil pone el énfasis en que la aplicación del Reglamento N° 1383/2003 del Consejo de las Comunidades Europeas, en el que se basaron las autoridades neerlandesas para confiscar la expedición del medicamento genérico potasio de losartán, producido en la India y con destino a Brasil». Cfr., R. ALLARD SOTO, «El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública», *op.cit.*, p. 86.

⁸⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE-L-2012-82604. Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE-L-2007-82413. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE-A-1985-12666.

⁸⁵ Es importante reseñar varios de los principios en los que se apoya el citado instrumento: 1.º) sus propias normas presentan un «carácter distributivo»; 2.º) a través de la cooperación jurídica internacional se garantiza la tutela judicial efectiva para todas las partes involucradas en el procedimiento; y, 3.º) en aplicación del TFUE, el Reglamento obliga a las autoridades de los diferentes Estados a cumplir y aplicar sus preceptos de manera preferente dado el «carácter imperativo» del mismo (ex art. 288 TFUE). El citado instrumento prevalece sobre distintos convenios bilaterales (art. 69 RBI-bis), así como aquellos que se hayan suscrito con posterioridad relativos a materias específicas –v.gr., STJCE de 14 de julio de 2016, C-230/15, *Brite Strike Technologies*, [ECLI:EU:C:2016:560]–. Empero, este reglamento no afecta a convenios suscritos entre Estados Miembros y terceros Estados (art. 73 RBI-bis), ni a aquellos realizados con anterioridad a la entrada en vigor del citado –los relativos a la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones–. *Vid.*, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado*, Aranzadi, Navarra, 5.ª ed., 2019, pp. 72-78; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 478.

⁸⁶ Para más información relativa al «test de ámbitos» y el contenido de los mismos, cfr., F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado*, *op.cit.*, pp. 79-82; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. II, *op.cit.*, pp. 2471 y ss.; C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 15.ª ed., 2021, pp. 125 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Navarra, 22.ª ed., 2022, pp. 68-82.

jurídica (Cons. 16 RBI-bis)– y, dependiendo de la utilización de un foro concreto, la competencia judicial internacional recaerá sobre los tribunales de un Estado u otro en función de las reglas que presentan los artículos 2 a 35 del RBI-bis. A este respecto, la existencia de una «prelación de foros» significa que hay ciertos foros que presentan una mayor fuerza y, por lo tanto, estos últimos desplazan a los foros de menor rango⁸⁷.

68. Tal y como establece el artículo 24.4 del RBI-bis, en aquellos conflictos y/o controversias que versen sobre las «inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro», la competencia corresponde, con carácter exclusivo, a «los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento de la Unión o en algún convenio internacional».

69. Sobre este extremo, es preciso destacar varios detalles: a) se justifica el foro establecido: respecto de la validez de la inscripción de la patente, dado que dicha inscripción corresponde y forma parte del funcionamiento de la administración de un Estado concreto –servicio público– y, además, éste es el encargado de conceder y otorgar ese derecho –dado el poder soberano que dispone en su propio territorio–, se justifica que ese foro sea «exclusivo» a favor «los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro» de la patente; y, b) el alcance del foro: el precepto en cuestión debe ser interpretado de forma restrictiva; la norma debe aplicarse a aquellos litigios que versen sobre la inscripción o validez de una patente ya se originen como «una cuestión principal o como una excepción o como una cuestión incidental»⁸⁸.

70. En este sentido, en la sentencia de 5 de octubre de 2017, el TJUE matizó que, el propósito perseguido por el artículo 22.4 del Reglamento 44/2201 –actual artículo 24.4 del RBI-bis–, radica en «reservar los litigios relativos a la inscripción o validez de un título de propiedad intelectual a los órganos jurisdiccionales que tienen una proximidad material y jurídica con el registro, ya que dichos órganos jurisdiccionales se encuentran en las mejores condiciones para conocer de los casos en los se impugna la validez del título o incluso la propia existencia del depósito o registro de éste»⁸⁹. Del mismo modo y en el ámbito de la competencia judicial internacional en lo referente a las patentes, el citado tribunal interpretó que, «cuando un litigio no tiene por objeto la validez de la patente ni la existencia del depósito o el registro de ésta, no queda comprendido en el concepto de litigio “en materia de inscripciones o validez de patentes” y no queda sometido, por tanto, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio ha sido registrada»⁹⁰.

⁸⁷ En un primer nivel, se ubicarían los foros «exclusivos» que presenta el artículo 24 del RBI-bis –STJUE de 13 de julio de 2006, C-4/03, *GAT*, [ECLI:EU:C:2006:457]; STJUE de 28 de abril de 2009, C 420/07, *Apostolides*, [ECLI:EU:C:2009:271]; STJUE de 16 de noviembre de 2016, C-417/15, *Schmidt*, [ECLI:EU:C:2016:881], entre otras–. En un segundo nivel, se encontraría el foro de la «sumisión», pudiendo ser ésta expresa o tácita según los artículos 25 y 26 del RBI-bis. Resaltar que, la sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa; no obstante, no siempre prevalece dicho foro cuando se produce un conflicto con el foro de protección –STJUE 17 de marzo de 2016, C-175/15, *Taser International Inc. y SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, [ECLI:EU:C:2016:176]; *vid.*, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado, op.cit.*, p. 139–. Posteriormente, se hallaría el foro del «domicilio del demandado» del artículo 4 del RBI-bis –este foro puede usarse alternativamente con los foros «especiales»– y, en último lugar, se situarían los foros «especiales» en función de la materia tratada, situados en los artículos 7 a 23 del RBI-bis –estos foros pueden accionarse, indistintamente, con el foro anterior del «domicilio del demandado» bajo demanda del actor/demandante–.

⁸⁸ De conformidad con ello, es preciso indicar que «está cubierto por este foro exclusivo el litigio originado por una acción declarativa negativa relativa a la nulidad de la parte nacional de una patente europea, de modo que un tribunal italiano no puede decidir sobre la no vulneración de la parte no italiana de una patente europea *ex art.* 24.3 RB-I bis incluso en vía incidental (Sent. Trib. Bologna 23 junio 2014, RDIPP, 2015, pp. 592-600). El precepto afecta a los derechos relativos a propiedades inmateriales que nacen en virtud de inscripción o depósito, y no a los derechos inmateriales respecto de los cuales la inscripción no es condición de su existencia, como sucede con la propiedad intelectual en Derecho español», *cfr.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3733; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, op.cit.*, p. 842.

⁸⁹ *Cfr.*, STJUE de 13 de julio de 2006, C-4/03, *GAT*, [ECLI:EU:C:2006:457]; STJUE de 5 de octubre de 2017, C-341/16, *Hanssen Beleggingen*, [ECLI:EU:C:2017:738].

⁹⁰ Quedan excluidas del precepto citado las cuestiones relativas a la titularidad, los efectos de las inscripciones, la infracción

71. Visto lo anterior, en aquellos litigios relativos a la titularidad de los derechos sobre esos bienes incorporales y, dado que el propio RBI-bis no contiene foros sobre dicha cuestión, éstos deberán resolverse en atención a los foros generales del mismo –v.gr., titularidad de una patente nacional–. Ahora bien, en el supuesto de que dicho instrumento no pueda ser de aplicación y, desde una perspectiva puramente nacional, se deberá de acudir a la LOPJ (art. 22 LOPJ). Del mismo modo, aquellas controversias relativas a la infracción y/o vulneración sobre tales derechos les será de aplicación las reglas sobre responsabilidad extracontractual, salvo que la infracción derive del marco de un contrato; en tal supuesto, serán de aplicación los artículos del RBI-bis o, como se ha referenciado, la LOPJ (arts. 4, 7.1 y 2, 25 y 26 RBI-bis o art. 22 LOPJ)⁹¹.

72. Cabe esgrimir que el citado reglamento no cubre todos los ámbitos de la patente, más concretamente, cuando entran en escena diferentes normas específicas como las que presenta el Convenio sobre la Patente Europea o las referentes sobre el Acuerdo TUP. Como bien indica el artículo 24.4 párrafo segundo del RBI-bis, «los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro serán los únicos competentes en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado miembro»; por supuesto, «sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes según el Convenio sobre la Patente Europea». Dicho lo cual, el Convenio sobre la Patente Europea no puede sustituir las normas relativas conforme la competencia judicial internacional que presenta el RBI-bis; si bien, éstas pueden influir sobre ciertas cuestiones afines de acuerdo con la validez y los recursos de oposición a la concesión de una patente desde una perspectiva «administrativa y burocrática».

73. Por otro lado, en el ámbito del Acuerdo TUP y bajo el amparo del mismo –patentes europeas con efecto unitario–, en el supuesto de que se pretenda ejercitar una acción de nulidad y/o alguna acción por violación de patente, dicho tribunal tendrá la competencia exclusiva para dirimir dichas cuestiones (art. 32 Acuerdo TUP). Empero, las reglas previstas sobre litispendencia y conexidad que presenta el RBI-bis (arts. 29-32 RBI-bis), son de aplicación para los supuestos en los que dicha competencia recae en el TUP y en el tribunal de un Estado miembro que no es parte contratante del citado Acuerdo, y de igual modo, cuando se dé entre el propio TUP y el tribunal de un Estado miembro que es parte del

y/o vulneración, la explotación contractual de derechos incorporales, las inscripciones de propiedad intelectual. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3733. Ahora bien, pese a que las controversias relativas sobre la titularidad de derechos y/o la vulneración de ese «derecho exclusivo» quedan excluidas, «la separación entre el litigio sobre la propiedad o la violación de derechos, por un lado, y el registro o la validez de los derechos, por otro, no está tan marcada en la práctica como en el nivel abstracto de la calificación. Si una persona que pretende ser titular de derechos de propiedad intelectual inicia una acción por infracción contra un demandado con base en el artículo 7.3, basta que el demandado plantee a modo de excepción una impugnación de la validez del título para que todo el juicio se concentre ante el tribunal competente conforme al artículo 24.4; puede, por tanto, existir un uso defensivo de la impugnación de la validez o del registro con el único fin de ralentizar el proceso, lo que constituye una variante» de las «*torpedo actions*». Cfr., O. CACHARD/P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 9.^a ed., 2021, pp. 82-83.

⁹¹ En relación con estos foros debe esgrimirse lo siguiente: a) foro del lugar de origen del ilícito –reclamar por todos los daños producidos– (art. 7.2 RBI-bis y art. 22 LOPJ); b) foro del lugar donde se ha producido el daño –solo se puede reclamar por los daños ocasionados en ese concreto país– (art. 7.2 RBI-bis y art. 22 LOPJ); y, c) foros generales –reclamar por todos los daños (art 4, 25 y 26 RBI-bis y art. 22 LOPJ). Cfr., B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 287; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.* pp. 3733-3734. Desde una perspectiva extracontractual, parece prudente destacar la *Ordinanza (auto) de la Corte di Cassazione, Italianam terza sezione civile, n.º 25153, 19 settembre 2024*. En este sentido, como consecuencia de los daños provocados por la talidomina en niños italianos, varios de los afectados decidieron demandar ante los tribunales italianos a la multinacional alemana *Grünenthal* –la talidomina se comercializó entre los años 1957 y 1963; ésta, se usaba como un analgésico durante los primeros meses de embarazo; no obstante, con el tiempo, se comprobó que el uso de este medicamento provocaba malformaciones en los recién nacidos [en España, *vid.*, STS de 20 de octubre de 2015, (ECLI:ES:2015:4149)]–. La corte italiana consideró importante, ya no el momento en el que se produjeron los hechos, sino la fecha en la que se planteó la pertinente acción ante los tribunales italianos; es por esta razón, por la cual, el citado tribunal consideró adecuada la utilización del RBI-bis (*ex art.* 66 RBI-bis). Sobre este particular y, dado que los bebés nacieron en Italia –lugar donde se produjo el «hecho dañoso»–, en aplicación del artículo 7.2 del RBI-bis, dicha corte estimó adecuada la competencia judicial internacional de los tribunales italianos con base en el precepto anteriormente referenciado. Cfr., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Demandas contra las empresas farmacéuticas alemanas fabricantes de la talidomina», www.accursio.com (consultado el 28 de noviembre de 2024).

Acuerdo TUP, durante el régimen transitorio que establece el artículo 83 del Acuerdo TUP (*ex art. 71 quater* Reglamento 542/2014⁹²)⁹³.

VI. Ley aplicable

74. En primer lugar, cabe señalar que la determinación de la Ley aplicable en materia de derechos y propiedades intangibles, en contextos de carácter internacional, conlleva diversas dificultades y complicaciones adicionales. Se podría decir que una de las primeras trabas existentes es la inaplicación de la «*Lex Rei Sitae*» (=«lugar de situación del bien»); pues, además de que no existe un soporte físico de esas propiedades inmateriales como tal, éste no puede ubicarse geográficamente. Por esta razón, no podría utilizarse dicho recurso sobre el que recae el derecho en cuestión; es decir, al no poder determinar la Ley aplicable de esta manera, para hallar una solución al respecto, se necesitaría la utilización de otros criterios y/o herramientas⁹⁴.

75. Pese a los esfuerzos por la creación de un Derecho global en la esfera de los derechos inmateriales, no existe un Derecho material que regule todas estas cuestiones –*v.gr.*, las patentes relativas a medicamentos y los requisitos adheridos a éstas son heterogéneos en España, en Estados Unidos o en la India–. Si bien es cierto, sobre este particular, se ha conseguido la unificación de varios aspectos muy específicos –*v.gr.*, derecho moral de autor–, así como la eliminación de las barreras legales contra los extranjeros; es decir, actualmente, éstos pueden ser titulares de derechos de este tipo en las mismas condiciones en las que un nacional de ese Estado lo sería.

76. En el mismo orden de ideas y como ya se ha referenciado, los derechos relativos a la propiedad intelectual e industrial poseen un carácter territorial; de ahí deriva que los citados derechos solo existen y puedan desplegar sus efectos en el territorio del país en el que se ha protegido⁹⁵. Por lo tanto, las normas jurídicas de ese Estado serán las encargadas de determinar y establecer quién o quiénes poseen la titularidad de ese derecho, la tutela jurídica que se dispensa, el contenido o la pérdida del derecho, así como las invenciones que pueden ser creadas y protegidas en el ámbito de los derechos inmateriales. Una marca, una obra literaria, una patente, etc., solo pueden tener cobertura jurídica, frente a una posible vulneración, en el Estado en el que se ha protegido; pese a ello, un sujeto sí que puede ser titular del mismo derecho en otros Estados, ahora bien, éste no será el titular de un único derecho internacional, sino que será poseedor de varios «derechos» en tantos países como se haya inscrito y haya sido reconocida y protegida⁹⁶.

77. Se podría afirmar que los derechos inherentes a la propiedad intelectual e industrial poseen una naturaleza eminentemente territorial –dicho principio ha sido discutido por la doctrina⁹⁷–. Sobre este extremo, podría argumentarse que la infracción de tales derechos no debería de obedecer, de manera im-

⁹² A este respecto, «los artículos 29 a 32 se aplicarán cuando se ejerciten acciones ante un órgano jurisdiccional común y ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea parte en el instrumento por el que se establece dicho órgano jurisdiccional común. Los artículos 29 a 32 se aplicarán cuando, durante el período transitorio a que se refiere el artículo 83 del Acuerdo TUP, se ejerciten acciones ante el Tribunal Unificado de Patentes y ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea parte en el Acuerdo TUP» (art. 71 *quater* Reglamento 542/2014). *Vid.*, Reglamento (UE) n.º 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux. DO L-163 de 29 de mayo de 2014, pp. 1-4.

⁹³ C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional privado*, *op.cit.*, p. 159.

⁹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3739; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 844.

⁹⁵ B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 282.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 282; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3739-3740.

⁹⁷ B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 283.

periosa, a la Ley del Estado en el que se han creado y protegido. A este respecto, hay que prestar especial atención a dos propuestas: 1.º) la «*Lex Origins*»; y, 2.º) «*Lex Loci Protectionis*»⁹⁸.

78. En relación con la primera de las soluciones planteadas, se considera que la Ley aplicable debería de ser la Ley del país en donde se hubiera publicado o difundido la obra en primera instancia y, de ser inédita y no haber visto la luz con carácter previo, debería de aplicarse la Ley del Estado de la nacionalidad del creador de la obra⁹⁹.

79. Esta postura presenta una serie de ventajas: a) presenta un derecho unificado y uniforme para todas las personas: el derecho de propiedad incorporal dispone de un «estatuto jurídico universal»; b) favorece al creador: los derechos sobre su obra no quedan segregados, sino que son los mismos a nivel global; y, c) potencia la libre circulación de las invenciones: el supuesto «derecho» existe a nivel internacional. Empero, a su vez, esta propuesta también presenta una serie de inconvenientes: a) no se encuentra alineada con el principio de territorialidad antes expuesto: si se acepta una visión internacional, se estaría imponiendo un concreto sistema jurídico al resto de países; y, b) se aplicarían leyes extranjeras en los países donde se explotase la creación en cuestión: ello comportaría un perjuicio para terceros, pues, dicha postura favorece al autor; y, en caso de infracción, el creador podría defender su derecho sobre la base de una única ley estatal –según la referenciada «*Lex Origins*», sería la Ley del Estado donde se hubiera publicado la obra en primera instancia–¹⁰⁰.

80. En segundo lugar, en función de la interpretación de la siguiente de las opciones presentadas –«*Lex Loci Protectionis*»–, la Ley aplicable para este tipo de derechos debería de ser la ley del país en el que se divulga y se explota la citada creación. Ahora bien, al igual que en el caso anterior, este planteamiento adolece de una serie de aspectos positivos: a) se ciñe escrupulosamente al enfoque territorial de los citados derechos; y, b) solo habría que asegurarse de cumplir con lo estipulado por la ley de un concreto país. No obstante, también comporta una serie de desventajas: a) quedaría restringida la libre circulación de las invenciones: la Ley aplicable para un mismo derecho se multiplicaría exponencialmente en función de los países en donde se pretendiese conseguir cobertura jurídica; y, b) también repercutiría en el creador de una invención: el autor tendría que demostrar que ha adquirido previamente diferentes derechos estatales –esto dependerá de los actos ilícitos de explotación que haya recibido dicha creación en los distintos países en los que gozaba de tal protección jurídica–¹⁰¹.

81. Es cierto que el criterio de la «*Lex Loci Protectionis*» tiene un claro predominio a nivel internacional; no obstante, dicha postura presenta ciertas grietas en los argumentos seguidos. Dicho criterio es la clave de bóveda en la mayoría de textos normativos internacionales y nacionales que regulan los citados «derechos» –Alemania, Bélgica, España, Italia, Suiza, etc.–; empero, su aplicabilidad, así como las ventajas que comporta, están siendo cuestionadas por varias razones: a) dada la actual posibilidad de una explotación universal e instantánea como resultas del uso de Internet, ello ha derivado en la aplicación masiva de una pluralidad de leyes en función del Estado en donde haya sido vulnerado tal derecho¹⁰²; y, b) la expresión «*Lex Loci Protectionis*» puede ser imprecisa; ergo, ésta podría llegar a ser sustituida por la «*Lex Loci Delicti Commissi*», es decir, la Ley del Estado donde se ha provocado el daño¹⁰³.

⁹⁸ O. CACHARD/P. KLÖTGEN, *Droit international privé, op.cit.*, p. 299; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, op.cit.*, p. 846.

⁹⁹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 5.ª ed., 2021, p. 260.

¹⁰⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3743.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 3563-3564.

¹⁰² La jurisprudencia, así como la doctrina, han considerado prudente que, en este punto, se podría optar por la aplicación de una única ley; pudiendo ser ésta, la Ley del Estado con la que el supuesto se encuentre más conectado, o bien, la Ley del país en el que ese derecho haya sido «vulnerado a mayor escala» (=«*bulk of damage*»). T. VIGNAL, *Droit international privé, op.cit.*, p. 260.

¹⁰³ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, Incidencia de la europeización del Derecho Internacional privado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 17, n.º1, pp. 921-922; O. CACHARD/P. KLÖTGEN, *Droit international privé, op.cit.*, p. 333.

1. Convenios internacionales

82. En el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, uno de los principales retos jurídicos que se plantea radica en la concreción de la Ley aplicable cuando entran en juego elementos internacionales. Esta dificultad se debe, en gran medida, por el «principio de territorialidad» que rige estos derechos, el cual limita su eficacia al territorio del Estado que los ha otorgado.

83. Con el propósito de superar, o al menos atenuar, las barreras derivadas de una fragmentación normativa, la comunidad internacional ha promovido la celebración de diferentes instrumentos jurídicos multilaterales y Convenios internacionales. Dichos acuerdos tratan de instaurar una serie de marcos comunes que faciliten la protección de los derechos intangibles más allá del territorio nacional de un Estado, armonizando criterios sustantivos y procedimentales y, sobre todo, concediendo soluciones previsibles en contextos internacionales¹⁰⁴. Los Convenios internacionales son una herramienta esencial para garantizar cierta coherencia y seguridad jurídica en un ámbito donde la dimensión planetaria de las creaciones y las innovaciones choca frontalmente con la naturaleza territorial de su protección; en este sentido, se distinguen:

84. 1.º) Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970). El presente Tratado fue adoptado en Washington un 19 de junio de 1970 –*Patent Cooperation Treaty*, en adelante (PCT)–; éste, permite la protección de una patente en 158 países a la vez, posibilitando la presentación de una solicitud «internacional»¹⁰⁵. Con carácter general, los nacionales de los Estados parte del PCT pueden presentar dicha solicitud ante la Oficina Nacional de Patentes de su Estado de origen correspondiente –*v.gr.*, en España, la Oficina Española de Patentes y Marcas, en adelante (OEPM)–, o bien, ante la Oficina Internacional de la OMPI –el proceso es abreviado y sencillo–¹⁰⁶.

85. A este respecto, el PCT establece con escrupuloso detalle los aspectos formales para instar una solicitud internacional (art. 3 PCT); es más, debe tenerse en cuenta que la «solicitud internacional surte el mismo efecto jurídico que la presentación de una solicitud nacional ante la oficina nacional de patentes de cada Estado contratante del PCT». Habida cuenta de ello y, posteriormente a la presentación de la solicitud, ésta queda sometida bajo un proceso denominado «búsqueda internacional»; dicho proceso, delegado a distintas Oficinas de Patentes de diferentes Estados parte del PCT, se encarga de evaluar la técnica, la novedad, así como la aplicación industrial de la supuesta invención que se quiere proteger¹⁰⁷. Tras esto, se emite y se publica un informe anexo a la solicitud que permite una protección «provisional» de la invención (arts. 15-18 PCT).

86. Finalmente, el solicitante puede requerir la concesión de la patente en los países que estime pertinente, o bien, someterse a un «examen preliminar internacional» en donde alguna de las administraciones competentes valora la patentabilidad de la invención (arts. 31-33 PCT)¹⁰⁸. Toda vez

¹⁰⁴ Los derechos relativos asociados a la propiedad industrial e intelectual, como se ha referenciado en tantas ocasiones a lo largo de la presente disertación, siguen teniendo una base territorial y, por ende, cada Estado es competente de tomar las decisiones que considere sobre tales extremos. Ahora bien, el régimen jurídico relativo a estas materias es muy similar en el resto de Estados Miembros. Cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3744-3745.

¹⁰⁵ En España, el PCT entró en vigor el 16 de noviembre de 1989. Instrumento de Adhesión de España al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984 y a su Reglamento de ejecución. BOE-A-1989-26066.

¹⁰⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, p. 16.

¹⁰⁷ Según el texto normativo del PCT, las encargadas de ejercer las «funciones de Administración» para realizar la «búsqueda internacional» referida, serían «las oficinas de patentes de Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, India, Israel, Japón, República de Corea, Singapur, Suecia, Turquía, Ucrania, la Oficina Eurasiática de Patentes, la Oficina Europea de Patentes, el Instituto Nórdico de Patentes y el Instituto de Patentes de Visegrado. (situación a 1 de marzo de 2024)». www.wipo.int (consultado 1 de diciembre de 2024).

¹⁰⁸ Sobre tal extremo y según el PCT, las oficinas encargadas del «examen preliminar internacional» serían «las oficinas de patentes de Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia,

emitido el informe pertinente, el solicitante puede instar la petición ante cualquier oficina nacional o regional.

87. 2.º) Convenio sobre la Patente Europea (1973). Este convenio fue elaborado el 5 de octubre de 1973 en Múnich y, la novedad que desplegó en su momento, fue la posibilidad de presentar una única solicitud de patentes ante la Oficina Europea de Patentes, en lo sucesivo (OEP) —es decir, un registro múltiple—¹⁰⁹. Esta solicitud podía y puede desplegar sus efectos en los países designados por el solicitante, o bien, en todos los Estados que forman parte del Convenio de Múnich, en adelante (CPE); esto último evita, como es evidente, la redacción de una multitud de solicitudes en los diferentes Estados miembros del CPE en donde se quiere proteger la invención —actualmente, el susodicho Convenio cuenta con 38 países integrantes (algunos de ellos, no son miembros de la Unión Europea)—.

88. Independientemente de que el CPE sigue un sistema que facilita la inscripción de un derecho en un Estado miembro del CPE determinado y, además, esa inscripción también debe considerarse realizada en el resto de países, éste sigue sin eliminar el problema territorial expuesto. En consecuencia, el solicitante seguirá siendo titular de una multitud de derechos bajo la tutela de la Ley del país y/o países en los que se haya inscrito tal derecho (arts. 64 y 67 CPE)¹¹⁰. Por lo tanto, al quedar unificado dicho procedimiento, toda vez que se conceda una patente, el régimen jurídico variará dependiendo del ordenamiento nacional en el que se haya protegido —es decir, la patente alcanzará un efecto territorialmente limitado—. Ahora bien, puesto que el «convenio se refiere a la patente europea como “objeto de propiedad”», ello «altera el planteamiento tradicional» que se ha realizado sobre la cuestión; pues, el susodicho, «no contiene una norma de conflicto, sino una norma de “conflicto de sistemas del DIPr.”»¹¹¹.

89. De seguido, cabe esgrimir que el procedimiento establecido por el CPE podría extractarse de la siguiente manera: a) la solicitud se insta ante la OEP de Múnich o ante la sucursal ubicada en La Haya; del mismo modo, también puede llevarse a cabo ante distintas administraciones nacionales de los diferentes Estados miembros del CPE —la solicitud puede presentarse en alguno de los tres idiomas oficiales existentes [inglés, francés y alemán (art. 14 CPE)]—; b) tras esto, se examinan los distintos requisitos formales exigidos —se suele publicar la solicitud a los 18 meses y, de esa manera, queda protegido «provisionalmente» el solicitante— (arts. 78, 81, 90 y 93 CPE); c) se realiza la búsqueda internacional y se realiza el examen preliminar (arts. 152 y 153 CPE); y, d) finalmente, tras el examen de patentabilidad, se concede la pretendida patente —es cierto que, si un tercero considera que esa patente se encontraba protegida y/o ya existía previamente, puede instarse un proceso de oposición a la concesión (arts. 99 y ss. CPE)—¹¹².

90. 3.º) Patente Comunitaria (1989). El acuerdo sobre patentes comunitarias hecho en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1989, independientemente de la ratificación de siete Estados, jamás llegó a entrar en vigor. Si bien es cierto y pese a la buena intención, *ex novo*, de crear un Derecho uniforme en el ámbito europeo que produjese efectos en todos los territorios de la Comunidad Europea, el problema «territorial» continuaba persistiendo. Es decir, con este tipo de acuerdo el espacio de protección de la patente, simplemente, aumentaba y se hacía más extenso —un derecho supranacional en el ámbito de las patentes—. Este fracaso a nivel comunitario, permitió que las patentes en Europa siguieran

Filipinas, Finlandia, India, Israel, Japón, República de Corea, Singapur, Suecia, Turquía, Ucrania, la Oficina Eurasiática de Patentes, la Oficina Europea de Patentes, el Instituto Nórdico de Patentes y el Instituto de Patentes de Visegrado (situación al 1 de marzo de 2024)». www.wipo.int (consultado 1 de diciembre de 2024).

¹⁰⁹ G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, *op.cit.*, p. 198.

¹¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3753.

¹¹¹ Ley española 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. BOE-A-1986-7900 [Disposición derogada]. La citada ley ya se encargó, en su debido momento, de adaptar su contenido al reflejado por el Convenio de Múnich de 1973. Actualmente, la Ley que rige en España en este ámbito es la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Igualmente, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, p. 17; G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, *op.cit.*, p. 198.

¹¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, p. 17.

siendo administradas a través del CPE que, como se ha expuesto, permitía obtener una patente en 38 Estados parte; empero, esta obtención precisaba de validaciones nacionales en cada territorio donde se quisiese tal dispensa.

91. Posteriormente, a partir de los 2000 y con la idea de la patente unificada, la Unión Europea acabó impulsando tanto la Patente Unitaria, en adelante (Reglamento 1257/2012), así como el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes de 2013, en adelante (Acuerdo TUP). En relación con el primero, es preciso discernir que el reglamento establecía «una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, tal como autoriza la Decisión 2011/167/UE»; además, en su apartado segundo, matiza que el presente texto normativo «constituye un acuerdo especial en el sentido del artículo 142 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas» (art. 1 Reglamento 1257/2012)¹¹³.

92. Habida cuenta de ello, es preciso indicar que la Patente Unitaria debe ser concedida por la OEP y, toda vez que sea adjudicada, ésta ofrece una protección en los distintos países que han ratificado el Acuerdo TUP. Lo positivo de este acuerdo se traduce en que, como no es necesaria ninguna validación ni ratificación nacional adicional, los costos se reducen considerablemente para las partes solicitantes –v.gr., tasas de traducción y/o validaciones nacionales–.

93. En segunda instancia, el Acuerdo TUP establece un sistema judicial común para la resolución de controversias en el ámbito de las Patentes Unitarias; pues, actúa como una instancia centralizada sobre la validez y/o vulneración de las mismas en los países participantes¹¹⁴. Este sistema, además de ser modificado en el año 2023¹¹⁵, ha sufrido muchos cambios de última hora –v.gr., inclusión de Italia, el *Brexit*, la decisión y valoración sobre la constitucionalidad de dicho acuerdo y posterior ratificación de Alemania, etc.–; no obstante, el 1 de junio de 2023 entró finalmente en vigor el Acuerdo TUP y, con él, tanto la Patente Unitaria como el propio TUP (art. 1 Acuerdo TUP)¹¹⁶.

94. Pese a que el sistema de «Patente Europea» todavía se encuentra en vigor –siendo un sistema válido y accesible para los países que se encuentran adheridos al Convenio de Múnich (PCE)–, el Reglamento 1257/2012, así como el Acuerdo TUP, representan un sistema actual, centralizado y unificado en torno a la protección de patentes en Europa desde una perspectiva unitaria. Para los países que forman parte del Acuerdo TUP, este sistema posibilita una mayor protección para las invenciones en Europa.

95. Es preciso destacar que el titular de una «Patente Europea», si así lo desea, puede solicitar a la OEP el «efecto uniforme» de una patente; *ergo*, esa patente provocaría efectos jurídicos en los diferentes Estados parte del Reglamento 1257/2012. Ahora bien, con independencia del citado Reglamento,

¹¹³ El PCE establece que: «cualquier grupo de Estados contratantes que, en virtud de un acuerdo especial, haya dispuesto que las patentes europeas concedidas para dichos Estados tengan un carácter unitario para el conjunto de sus territorios, podrá establecer que las patentes europeas no podrán ser concedidas más que conjuntamente para la totalidad de dichos Estados. Las disposiciones de la presente parte se aplicarán cuando un grupo de Estados contratantes haya hecho uso de la facultad prevista en el párrafo 1» (art. 142 PCE).

¹¹⁴ Los países que han ratificado el Acuerdo TUP son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Suecia y Rumania. Asimismo, hay seis países que han firmado el acuerdo pero no lo han ratificado: Chipre, Eslovaquia, Grecia, Hungría, Irlanda y República Checa. Del mismo modo, hay tres Estados Miembros de la Unión Europea que no participan en el susodicho, siendo éstos: Croacia, España y Polonia. En el mismo sentido, hay otros once países que forman parte del CPE pero no en el Acuerdo TUP: Albania, Islandia, Liechtenstein, Macedonia, Mónaco, Noruega, Reino Unido, San Marino, Serbia, Suiza y Turquía.

¹¹⁵ Decision of the Administrative Committee under Article 87 (2) UPCA amending the Agreement, 26 June 2023. Unified Patent Court.

¹¹⁶ De conformidad con el Acuerdo TUP, «se crea un Tribunal Unificado de Patentes para la resolución de los litigios relativos a las patentes europeas y a las patentes europeas con efecto unitario. El Tribunal Unificado de Patentes será un tribunal común para todos los Estados miembros contratantes y, por ende, sujeto a las mismas obligaciones en virtud del Derecho de la Unión que cualquier otro tribunal nacional de los Estados miembros contratantes» (art. 1 Acuerdo TUP). Cfr., G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois, op.cit.*, p. 200.

cabe decir que sigue sin unificarse el Derecho sustantivo relativo a las patentes en los Estados Miembros; pues, el efecto de una patente unificada sigue determinándose en función de la Ley del Estado miembro del Reglamento 1257/2012 donde «el solicitante tuviera su domicilio o centro principal de actividad en la fecha de cumplimentación de la solicitud de la patente europea» o, en su defecto, donde el «solicitante tuviera un centro de actividad en la fecha de cumplimentación de la solicitud de la patente europea» (art. 7.1 Reglamento 1257/2012).

96. Sin embargo, «cuando ningún solicitante tuviera su domicilio, centro principal de actividad o centro de actividad en un Estado miembro participante en el que la patente tenga efecto unitario», entonces la patente unitaria «se considerará en su totalidad y en todos los Estados miembros participantes como una patente nacional del Estado en cuyo territorio tenga su sede la Organización Europea de Patentes»; es decir, Alemania –*v.gr.*, en el supuesto de que un español solicitase una patente con efecto unitario y, dado que se cumplen los requisitos de este precepto, la patente en cuestión se debería de considerar como si de una patente nacional alemana se tratase– (art. 7.3 Reglamento 1257/2012)¹¹⁷.

2. Normativa de producción interna

97. Los derechos de propiedad industrial e intelectual suelen existir en función en que éstos son protegidos; *ergo*, ya no son tanto los derechos *per se*, sino la protección que dispensa un concreto Derecho. Así pues, la base en la que se sustenta su regulación, sigue siendo la territorialidad¹¹⁸. En este sentido, en defecto de instrumento jurídico internacional, el DIPr. español dispone del artículo 10.4 del Código Civil (en adelante, CC)¹¹⁹; éste, establece que «los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la Ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte» –la norma en cuestión ha derivado en interpretaciones varias¹²⁰.

98. La última parte del citado artículo reafirma la primacía de la «normativa convencional» frente a la de producción interna en el ámbito tratado en la presente disertación. Es más, la jurisprudencia nacional española suele utilizar y aplicar los Convenios internacionales para dar solución a problemas existentes en materia de propiedad industrial; si puede resolverse el conflicto en aplicación de tales convenios, éstos deben tener preferencia en detrimento de las normas de producción interna¹²¹.

99. El propósito del artículo 10.4 del CC es diferente; dicho precepto se encarga de señalar la Ley aplicable a la protección de las patentes. Por lo tanto, cuando no sea de aplicación ninguna herra-

¹¹⁷ Sobre este punto, es preciso sugerir que «no es una patente verdaderamente europea porque el ordenamiento jurídico de la UE carece de un Derecho (sustantivo) de patentes». En consecuencia, «cada Estado miembro mantiene su Derecho nacional de Patentes, diferentes entre sí». Se podría decir que, con la «patente con efecto unitario», se ha abandonado la idea de elaborar un Derecho propio europeo que se encargue de regular «una verdadera “patente de/para la UE”». De esta manera, se podría afirmar que se ha renunciado a la creación de «un título de propiedad industrial de alcance europeo totalmente independiente de las patentes nacionales de cada Estado miembro y con un ámbito territorial de protección que cubra todo el territorio de la UE. En el fondo, este entramado legal atribuye un “efecto jurídico uniforme” a la patente europea ya existente. Los efectos de esta patente ya no se rigen por la *Lex Loci Protectionis* (=Ley del lugar donde la patente se utiliza y/o presuntamente ha sido vulnerada), sino, como regla general, por la Ley del Estado miembro participante en el que radica el domicilio del solicitante» de la patente con efecto unitario. Cfr., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3754-3756; G. CUNIBERTI, *Droit International privé Luxembourgeois*, *op.cit.*, p. 200.

¹¹⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 846.

¹¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763.

¹²⁰ Cfr., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 22 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3758-3760; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 846.

¹²¹ Los tribunales españoles han considerado prudente remarcar que el CUP 1883 es de aplicación preferente sobre las normas internas españolas. El citado convenio es de «obligada observancia en España». J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 20-21.

mienta supranacional, el citado artículo será el adecuado; el artículo 10.4 del CC es la «norma fundamental» del Derecho Internacional privado español.

100. Ahora bien, se podría decir que varias son las posturas e interpretaciones realizadas en torno al artículo 10.4 del CC: a) la «tesis de la norma estrictamente unilateral»: la mayoría de la doctrina española, así como doctrina extranjera consideran que el artículo 10.4 del CC es una norma de conflicto «unilateral *stricto sensu*»; esto quiere decir que el citado precepto solo muestra el ámbito de aplicación de la Ley nacional. Ahora bien, en los supuestos en los que no se aplica la Ley española, se deberán aplicar las normas de conflicto del país en el que el autor considera ha sido vulnerado su derecho de explotación –ningún país presenta una norma unilateral de conformidad con este tipo de derechos (*v.gr.*, Suiza, Italia, entre otros¹²²); b) la «tesis de la bilateralización»: otra corriente doctrinal defiende que el artículo 10.4 del CC es una norma no completa y, por ende, debe ser «bilateralizada». Se aplicará la Ley del país en la que se produjo la infracción y/o vulneración del derecho en cuestión; es decir, la Ley del Estado en donde se exige esa protección jurídica –la *Lex Loci Protectionis* (esta postura parece la más adecuada, pues se encuentra en sintonía con los Convenios internacionales, así como con otros sistemas internacionales de DIPr.); y, c) la «tesis de la *Lex Origins*»: esta postura entiende que la aplicación del citado precepto conlleva a la aplicación de la Ley del Estado en donde se ha llevado a cabo la primera publicación.

101. La protección a la que se refiere el artículo 10.4 del CC engloba el régimen de las situaciones «reales»; en este sentido, aspectos tales como la titularidad, el contenido, la existencia y el alcance de los referenciados derechos relativos a la propiedad industrial e intelectual presuntamente infringidos serán regulados al amparo de la Ley del Estado en donde éstos sean o hubieran sido vulnerados –*Lex Loci Protectionis*–¹²³.

102. No obstante, las cuestiones relativas a la responsabilidad por daños derivados de la vulneración de derechos inmateriales –esto es, la responsabilidad extracontractual en cuanto a culpa, indemnización, etc.–, se determinará ya no por el artículo 10.4 del CC, sino por el artículo 8 del Reglamento Roma II, en adelante (RR-II)¹²⁴. De conformidad con el artículo 28.1 del RR-II, el artículo 5.2 del Convenio de Berna de 1886 constituye el precepto de referencia para determinar la Ley aplicable en este tipo de situaciones extracontractuales, al consagrar el criterio de la *Lex Loci Protectionis*, es decir, «la aplicación de la Ley del país en cuyo territorio se ha vulnerado» ese derecho protegido¹²⁵.

¹²² R. MASTROIANNI, «Diritti su beni immateriali», *op.cit.*, p. 127; B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 285.

¹²³ Sobre este particular, «ciertos expertos opinan que la norma de conflicto aplicable a este aspecto es el art. 5.2 Conv. Berna 1886, al que otorgan un ámbito expansivo más allá de su dicción literal. Otros autores opinan, por el contrario, que el art. 5.2 Conv. Berna 1886 no es aplicable a los aspectos relativos a la existencia y contenido de estos derechos». *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3760.

¹²⁴ Así, «la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección. En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario» (art. 8 en relación con el Cons. 26 RR-II). Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). DOUE-L-2007-81334. Así como, B. BAREL/S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale privato*, *op.cit.*, p. 286.

¹²⁵ En relación con la aplicación del artículo 5 del Convenio de Berna de 1886, existen una serie de interpretaciones disidentes. En este sentido, «la mayor parte de la doctrina indica que el art. 5.2 Conv. Berna es una norma de conflicto clásica que conduce a aplicar la *Lex Loci Protectionis* a los aspectos extracontractuales derivados de la infracción de estos derechos. Frente a esta visión, otro sector doctrinal opina, sin embargo, que el art. 5.2 Conv. Berna no es una norma de conflicto cuyo objetivo es fijar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de la propiedad intelectual. Se trataría, más bien, de una norma de Derecho de Extranjería. Dicha norma indica que la extensión de la protección jurídica acordada a los extranjeros nacionales de otros países unionistas, así como los medios procesales de los que dispone el autor para la defensa de sus derechos, son los establecidos en la legislación del país en que se reclama la protección, esto es, en la *Lex Fori*. De ese modo, extranjeros unionistas y nacionales del país ante cuyos tribunales se acude son tratados del mismo modo. Nótese que el art. 5.2 *in fine* Conv. Berna 1886 se remite no al país “para cuyo territorio se reclama la protección jurídica” (*Lex Loci Protectionis*), sino a la “legislación del país en que se reclama la protección”, lo que, en efecto, parece indicar que se hace aplicable la *Lex*

103. Con todo, este criterio –que responde a la naturaleza puramente territorial de los derechos intangibles–, no es ajeno a críticas. En la práctica, su aplicación puede ocasionar tensiones en un contexto internacional, especialmente como consecuencia del auge de la explotación global facilitada por la tecnología. De ahí que se hayan planteado alternativas tales como: a) la aplicación del lugar donde se cometió el acto ilícito –*Lex Loci Delicti Commissi*–; b) la ley del país donde el daño se manifiesta de manera más significativa –*bulk of damage*–; c) o incluso la ley de la residencia habitual de la víctima –criterio utilizado en los conflictos que atentan contra los derechos de la personalidad–. Si bien es cierto que tanto el artículo 5.2 del Convenio de Berna de 1886 como el artículo 8 del RR-II consolidan la primacía de la *Lex Loci Protectionis*, las alternativas presentadas quizás no tengan tanto valor práctico en el marco actual, al menos en lo que respecta a patentes y demás derechos análogos.

104. En el ámbito de la protección de los derechos inmateriales, cabe señalar que el artículo 10.4 del CC puede remitir bien a la Ley material española –Ley 24/2015 de patentes (art. 3)–, bien, en el supuesto de vulneración de un derecho exclusivo en un país extranjero, a la Ley de ese Estado¹²⁶. A este respecto, si el citado precepto conduce a la Ley nacional española, no necesariamente se activa la protección de la normativa interna, ya que ésta ofrece cobertura únicamente a ciertos «sujetos protegidos» cuya «vinculación» con España justifica la tutela. Empero, en los supuestos en los que se produzca una vulneración en territorio español y esos «sujetos» –titulares de derechos inmateriales–, se encontrasen «particularmente alejados de España», dicha infracción no produciría menoscabo alguno; en cuyo caso, «la protección que brinda la Ley española carece de sentido».

105. En definitiva, se podría considerar que la determinación de la Ley aplicable a la propiedad industrial en el Derecho Internacional privado, más concretamente a las patentes, encuentra su eje en el art. 10.4 del CC; norma especial que, en defecto o ausencia de Convenio internacional, determina que tales derechos se protegerán en España de acuerdo a la Ley española. La función de tal precepto no se acaba desde una perspectiva interna, sino que responde a la necesidad de resolver los conflictos de leyes que se originan en el ámbito de las patentes con un doble alcance: a) por un lado, regula los aspectos reales –nacimiento, contenido, transmisión y extinción–; y, b) por otro, disciplina los aspectos de responsabilidad no contractual consecuencia de su infracción –acciones de cesación indemnización y medidas cautelares–. En primera instancia, aunque su redacción originaria reflejaba ese planteamiento «unilateral», la doctrina y la mejor perspectiva conflictual lo «bilateralizan» aplicando el principio de la *Lex Loci Protectionis*; es decir, la Ley del país para cuyo territorio se reclama ese amparo, incluso cuando ello pueda suponer la aplicación de un Derecho extranjero¹²⁷.

106. Directamente relacionado con el párrafo que precede a este, ese criterio conflictual se apoya en argumentos tanto jurídicos como económicos. Desde la perspectiva económica, la *Lex Loci Protectionis* aporta previsibilidad y seguridad jurídica, pues permite que el empresario/particular sepa que la explotación o la infracción de una patente se resuelva conforme a la Ley del mercado donde actúa. Asimismo, permite preservar la soberanía de los Estados sobre el monopolio de explotación en su territorio y, a su vez, posibilita una mejor adaptación en la protección de las condiciones de cada país. No obstante, esta regla presenta ciertos límites prácticos en un contexto eminentemente global, pues implica un fraccionamiento legislativo; esto es, una Ley distinta para cada país donde se produce la explotación/infracción, lo que conlleva un incremento de los costes y una mayor complejidad para los particulares.

Fori. Y nótese también que el entero art. 5 Conv. Berna produce la impresión de ser una norma de Derecho de extranjería, pues su objetivo es evitar que los extranjeros que litigan ante tribunales de un Estado unionista tengan menos derechos que los nacionales de dicho país que litigan ante los tribunales de ese Estado. Pues bien, si esta segunda interpretación es correcta, el art. 5.2 Conv. Berna 1886 no entra en conflicto con el art. 8 RR-II, y el art. 28.1 RR-II no es aplicable, de modo que la Ley aplicable a los aspectos extracontractuales derivados de la infracción de derechos de propiedad intelectual es la determinada por el art. 8 RR-II, esto es, la *Lex Loci Protectionis* o Ley del “país para cuyo territorio se reclama la protección”. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, pp. 3761-3762 y 3928-3930.

¹²⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Incidencia de la europeización del Derecho Internacional privado*, *op.cit.*, pp. 920-921.

¹²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, Tom. III, *op.cit.*, p. 3760.

107. El criterio de la *Lex Loci Protectionis* constituye, por tanto, una regla económicamente desfavorable para las multinacionales titulares de tales derechos. En sus orígenes, resultaba ventajoso cuando la patente se explotaba únicamente en un par de países; sin embargo, en el contexto actual de una explotación de alcance y escala mundial, este criterio se convierte en un obstáculo, pues obliga a las grandes corporaciones a conocer y gestionar un elevado número de legislaciones nacionales. De esta manera, aquellos titulares de una patente deben tener presente que el derecho de exclusividad de la patente se rige por la Ley del país en el que se pretenda hacer valer dicho derecho. Esto implica que tal explotación queda restringida a tantas normativas distintas como países alcancen la difusión de la creación¹²⁸.

108. Por último y en el plano internacional, cabe decir que el Convenio de París (CUP 1883) y otros instrumentos como el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), el Convenio de Múnich (PCE) o el Acuerdo TRIPs, desempeñan un papel complementario. El CUP 1883, por ejemplo, aunque no constituya un código completo de Derecho Internacional privado, incorpora normas materiales de calado –*v.gr.*, trato nacional, independencia de patentes, etc.– y algunas normas de conflicto sujetas al principio de la *Lex Loci Protectionis* –art. 2.2 CUP 1883¹²⁹–.

109. Es cierto que el PCT y el PCE unifican procedimientos de solicitud, pero remiten a legislaciones nacionales para resolver ciertas cuestiones tales como origen, titularidad e infracción. Por otro lado, pese a que el Acuerdo TRIPs establezca estándares mínimos de protección y principio de trato nacional, tampoco fija de manera exhaustiva la Ley aplicable. *Ergo*, independientemente de la influencia de los citados tratados, la *Lex Loci Protectionis* sigue siendo la clave de bóveda para determinar la Ley aplicable en materia de patentes, tanto para el origen de la misma, como para la titularidad, así como para la protección frente a posibles injerencias.

VII. Conclusiones

Primera. Las patentes médicas constituyen uno de los pilares fundamentales en el fomento del desarrollo y la innovación en la industria farmacéutica, especialmente frente a desafíos técnicos, económicos pero, sobre todo, temporales. Tal y como han evidenciado los estudios y casos analizados, las probabilidades de éxito en la obtención de un nuevo medicamento son mínimas, mientras que los costes y el propio desarrollo derivado de la investigación resultan extraordinariamente elevados. En este escenario, las patentes operan como un instrumento idóneo para salvaguardar la inversión, concediendo derechos en exclusiva de explotación y, a su vez, garantizando protección frente a ataques.

No obstante, la situación internacional –mostrada, entre otros, en el Acuerdo TRIPs y la Declaración de Doha de 2001– expone que el sistema de patentes no puede ni debe configurarse, únicamente, sobre un sistema de intereses privados. Debe existir un *statu quo* entre la legítima expectativa de retorno económico de los titulares y la satisfacción de intereses públicos –*v.gr.*, acceso equitativo a medicamentos esenciales y protección salud pública, especialmente, en situaciones de emergencia sanitaria y/o en países con menor capacidad de producción–. El reto, por tanto, se encuentra en articular un marco que, sin desincentivar esa innovación, incorpore mecanismos flexibles –*v.gr.*, licencias obligato-

¹²⁸ En el supuesto de «acceptar una regla bilateral basada en la *Lex Loci Protectionis* en el art.10.4 Cc. supone abrir la posibilidad de un fraccionamiento legislativo en el caso de que la infracción de los derechos de patente tenga lugar en distintos Estados». Además, una *Lex Loci Protectionis* bilateralizada «provoca un inconveniente práctico cuando el ilícito se halla espacialmente muy disperso, por ejemplo, cuando la patente ha sido vulnerada en multitud de países, como podría ocurrir con la vulneración de una patente por Internet o en casos de estrategias globales de competencia entre varias empresas que operan a escala planetaria (...). Si el actor reclama ante los tribunales españoles una protección total de sus derechos, en todos los Estados, la aplicación estricta del art. 10.4 Cc. lleva a un fraccionamiento radical de la Ley aplicable: multiplicación, por países afectados, de las Leyes aplicables». J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ley aplicable a las patentes en Derecho internacional privado español», *op.cit.*, pp. 37-38.

¹²⁹ «El CUP 1883 recoge algunas normas de conflicto que hacen aplicable la Ley del país para cuyo ámbito se solicita protección legal». *Ibid.*, p. 15.

rias y/o limitaciones en la patentabilidad de productos de «segunda generación»— que puedan garantizar que ese derecho exclusivo no se traduzca en un impedimento para la cobertura de necesidades sanitarias elementales.

Segunda. La finalidad del Acuerdo TRIPs se concibió para establecer un marco común en materia de protección de los derechos intangibles a nivel internacional. Sin embargo, más que lograr una verdadera armonización, fijó estándares mínimos que cada Estado desarrolla y aplica de manera dispar, lo que ha derivado en una protección desigual y tensiones permanentes entre países desiguales. Es cierto que en el ámbito de los fármacos, el Acuerdo ha intentado —con resultados algo limitados— compatibilizar la investigación y la innovación, por un lado, y garantizar el acceso de fármacos básicos, por otro. En este sentido, dicho Acuerdo contempla la posibilidad de las licencias obligatorias, cuyo alcance, además, fue reforzado por la Declaración de Doha 2001. Esta última incidió en la importancia del Acuerdo TRIPs y manifestó que la interpretación/aplicación del Acuerdo no debe claudicar frente a los intereses comerciales en detrimento de la salud pública.

Pese a estas previsiones, la práctica demuestra que esas «flexibilidades» se aplican de manera heterogénea y, frecuentemente, enfrentan obstáculos económicos, políticos y jurídicos. Situaciones como las analizadas en el texto evidencian y ponen de manifiesto que, aunque desde una perspectiva internacional se reconozcan mecanismos para defender y proteger la salud pública, la eficacia real depende en gran medida de la capacidad y, sobre todo, de la voluntad de cada Estado para utilizarlos.

Tercera. Independientemente de que la regulación sobre patentes ha registrado avances notables en materia de cooperación internacional, plasmados en instrumentos y procedimientos destinados a la simplificación de trámites y el reconocimiento de invenciones, sigue vigente la limitación territorial inherente a la patente. En consecuencia, los solicitantes siguen viéndose obligados a gestionar y administrar su protección en múltiples jurisdicciones, asumiendo costes y trámites diferenciados.

En este punto es preciso distinguir, por un lado, la extensión internacional de las patentes, que consiste en facilitar la obtención de una protección en varios países mediante procedimientos centralizados, pero manteniendo esa naturaleza «nacional» de cada patente otorgada y, por otro, la creación de patentes supranacionales, que se encargan de conceder un título único con efectos automáticos en los Estados participantes en dicho régimen. En el ámbito europeo, el Reglamento 1257/2012 y el Acuerdo TUP representan un avance hacia esta segunda modalidad, al posibilitar una protección unitaria en los Estados miembros participantes sin la necesidad de conseguir ninguna validación nacional adicional. Por consiguiente, se reducen costes, aumenta la predictibilidad y se reduce la fragmentación de modelos anteriores; ahora bien, la eficacia de esto último dependerá del grado de adhesión de los países integrantes así como de la coherencia jurídica que emane del TUP.

Cuarta. En materia de competencia judicial internacional, el artículo 24.4 del RBI-bis establece un foro exclusivo para las acciones que versan sobre la validez de las inscripciones, registros y derechos análogos sometidos a depósito, lo que incluye a las patentes. Este criterio ha de interpretarse atendiendo a las disposiciones específicas aplicables a la patente unitaria, en el marco de los convenios y reglamentos supranacionales, y considerando tanto el papel desempeñado por la OEP como la competencia atribuida al TUP.

Si bien es cierto, este foro exclusivo no se extiende a las diversas y muy variadas controversias vinculadas a las patentes; quedan al margen, por ejemplo, cuestiones sobre la titularidad, las acciones por infracción contractual y las infracciones extracontractuales. En estos determinados supuestos, pueden entrar en juego los foros generales (art. 4 RBI-bis), los foros especiales (art. 7 RBI-bis) o los foros de la sumisión (arts. 25-26 RBI-bis), dependiendo de la naturaleza de la pretensión, así como del lugar donde se hubiera producido el hecho o donde se tenía que cumplir la obligación. Es decir, la adecuada delimitación de las diferentes acciones sometidas a uno u otro foro resulta esencial para prevenir conflictos de competencia y, de este modo, garantizar una tramitación celeré y eficaz de los litigios que se susciten en esta materia.

Quinta. La determinación de la ley aplicable en controversias relativas a patentes plantea desafíos específicos derivados de la naturaleza territorial e intangible de estos derechos exclusivos. A falta de un derecho sustantivo internacional unificado que regule de manera similar y homogénea esta materia, el criterio dominante es el de la «*Lex Loci Protectionis*», según el cual se aplica la Ley del Estado para el cual se ha solicitado la protección o en cuyo territorio se hubiera producido la infracción. El mencionado principio no solo se ajusta a la lógica territorial propia de las patentes, sino que, además, salvaguarda la soberanía normativa de cada Estado.

Sin embargo, la aplicación estricta de la «*Lex Loci Protectionis*» suele colisionar con la realidad del comercio transnacional, puesto que una misma creación puede estar protegida en diferentes países, cada uno con su propia normativa, procedimientos y requisitos varios. De este modo, se configura un mosaico normativo que incrementa tanto la dificultad como el coste de litigar a escala internacional. Ante este panorama, los tratados y convenios adquieren un papel fundamental; dichos instrumentos fijan estándares mínimos de protección, facilitan la cooperación y contribuyen a mitigar la segmentación jurídica, garantizando al mismo tiempo la igualdad de trato entre titulares nacionales y extranjeros.

Sexta. En el ordenamiento español, y en ausencia de Convenio internacional aplicable, la protección de las patentes se rige por el artículo 10.4 del CC, que dispone que los derechos de propiedad industrial, incluidas las patentes, se ampararán conforme a la Ley española. Si bien, la interpretación de este precepto suscitó un profuso debate doctrinal; una corriente mayoritaria sostiene que el artículo 10.4 del CC debe interpretarse de forma «bilateral», es decir, no como una norma puramente orientada a la aplicación de la Ley española, sino como una auténtica norma de conflicto perfectamente alineada con el principio de la «*Lex Loci Protectionis*» comentado en la conclusión anterior.

Bajo esta lectura, la Ley aplicable sería entonces la del país para el que se solicita la protección o en el que se alega la infracción, con independencia de que se trate de España o de un Estado extranjero. Cuestión distinta sería que, una vez determinada la Ley aplicable conforme a las reglas de DIPr., el contenido de esa legislación confiera –o no– protección jurídica al titular de la invención concreta. En este sentido, la norma de conflicto no prejuzga la existencia/validez del derecho, sino que remite a la normativa sustantiva del Estado competente para resolver la cuestión.

Séptima. Cuando se trata de la responsabilidad extracontractual por infracción de patentes, siguiendo el criterio señalado por la doctrina, el artículo 8 del RR-II determina que la Ley aplicable será la Ley del Estado donde se produjo el perjuicio. Este punto de conexión refuerza el principio de proximidad material entre el ordenamiento aplicable y el lugar de producción del daño, lo que resulta relevante en conflictos de naturaleza internacional. Esta solución pone de relieve la simbiosis entre las normas nacionales y los estándares supranacionales, ya que la aplicación de un reglamento de la Unión Europea se combina con el contenido sustantivo de la legislación del Estado competente. De esta manera, el sistema trata de equilibrar la coherencia normativa en el espacio europeo con la diversidad legislativa de los Estados miembros, al tiempo que garantiza que la resolución se articule desde el mejor marco vinculado con la infracción.

Fundamentos jurídicos para un certificado digital europeo de protección de la infancia extranjera no acompañada en el ámbito del asilo

Legal Foundations for a European Digital Certificate for the Protection of Unaccompanied Foreign Children in the Context of Asylum

CARMEN RUIZ SUTIL

Profesora titular (acreditada a catedrática) de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada e investigadora de la Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina)

Recibido:24.06.2025 / Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9897

Resumen La protección de la infancia extranjera no acompañada solicitante de asilo en el espacio europeo plantea desafíos jurídicos diversos, derivados de la movilidad transfronteriza, la complejidad normativa y la ausencia de mecanismos comunes eficaces en el seno de la UE. El presente estudio propone la creación de un certificado digital europeo que permita dotar de eficacia transfronteriza a las medidas de protección adoptadas en favor de estos menores, con el objetivo de reforzar la cooperación entre autoridades nacionales y garantizar la continuidad de dichas medidas en caso de traslado del menor a otro Estado miembro, contribuyendo de este modo al fortalecimiento de la seguridad jurídica. A partir del análisis del marco normativo vigente, en particular, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (CLH 1996), el Reglamento (UE) 2019/1111 y otros instrumentos europeos sobre asilo, se identifican las principales deficiencias de coordinación existentes y se articula una propuesta de mejora basada en el diseño de un modelo de certificación electrónica interoperable, que respete plenamente tanto el principio del interés superior del menor, además de las exigencias de la normativa europea en materia de protección de datos personales y de las actuales estrategias de digitalización de la UE.

Palabras clave: menores no acompañados, protección internacional, traslado transfronterizo, reconocimiento de medidas, certificado digital europeo, cooperación entre autoridades.

Abstract The protection of unaccompanied foreign minors seeking asylum within the European area raises complex legal challenges stemming from cross-border mobility, regulatory diversity, and the absence of effective common mechanisms within the EU. This study proposes the creation of a European digital certificate designed to confer cross-border effectiveness to the protection measures adopted in favor of these minors, with the aim of strengthening cooperation between national authorities and ensuring the continuity of such measures in the event of the child's transfer to another Member State. In doing so, it seeks to enhance legal certainty within the EU framework. Building on an analysis of the existing legal framework, particularly the 1996 Hague Convention on the Protection of Children (HC 1996), Regulation (EU) 2019/1111, and other European asylum instruments, the study identifies the main shortcomings in current coordination mechanisms and puts forward a proposal for improvement. This proposal is based on the design of an interoperable electronic certification model that fully respects both the principle of the best interests of the child and the requirements of EU legislation on personal data protection, as well as the Union's current digitalization strategies.

Keywords: unaccompanied minors, international protection, cross-border transfer, recognition of measures, European digital Credential, inter-authority cooperation.

Sumario: I. Introducción. II. Retos interpretativos en la aplicación de los arts. 6 CLH 1996 y 11.2 del Reglamento 2019/11112 ante la transformación del sistema común europeo de asilo: 1. Menores en necesidad de protección internacional; A) Solicitantes de asilo; B) Con estatuto de refugiado; C) Con protección subsidiaria; D) Con residencia por razones humanitarias; E) Apátridas; 2. Niños desplazados internacionalmente; 3. Niños sin residencia habitual determinada. III. La competencia judicial internacional para fijar las medidas de protección del menor no acompañado solicitante de asilo. IV. El nombramiento del representante legal y del tutor del menor no acompañado ante las intersecciones de instrumentos de asilo y de DIPr. V. Propuesta de creación de un certificado digital europeo de medidas de protección: 1. Contenido mínimo del certificado; 2. Funcionamiento técnico y jurídico del certificado digital; 3. Dimensión digital y garantías en materia de protección de datos. VI. Conclusiones

I. Introducción

1. Los movimientos migratorios han afectado de manera particular a los menores de edad en situación de movilidad, especialmente a aquellos que se desplazan sin acompañamiento adulto o bajo condiciones de vulnerabilidad¹. La creciente llegada a Europa de menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo² ha puesto a prueba la eficacia de los mecanismos de protección infantil en estos contextos transfronterizos. Estos niños y niñas deben ser objeto de medidas urgentes³ que aseguren su bienestar y su integración en el país de llegada. Sin embargo, cuando se produce un traslado posterior a otro Estado miembro —por reunificación familiar, reubicación o por imposición de la normativa común de asilo—, las medidas adoptadas inicialmente corren el riesgo de perder eficacia o no ser reconocidas con celeridad. En el marco europeo, esta discontinuidad en la protección de la infancia extranjera puede terminar por agravar su situación de fragilidad⁴.

2. En este trabajo, nos enfrentamos a una confluencia legislativa de notable alcance, donde el sistema común asilo europeo se entrelazan con los instrumentos propios del DIPr., como el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁵ (CLH 1996) o el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la com-

¹ En España, existe un incremento del 221,4 % en la llegada de menores extranjeros no acompañados en los últimos 8 años, tal y como confirma el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2025).

² Según la definición del art. 2.5 de la Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 2024/1346, 22.5.2024), es “el menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto que sea su responsable, ya sea con arreglo al Derecho o la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de dicho menor, incluido el que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros. No obstante, cabe advertir que el legislador europeo utiliza indistintamente distintos conceptos de menores no acompañados, tal y como ha expuesto L. SERRANO SÁNCHEZ, *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra = Nafarroako Unibertsitate Publikoa, 2021, pp. 1-429. En espec. pp. 208-213.

³ En España, el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias viene a abordar medidas urgentes para proteger el interés superior de la infancia y adolescencia, especialmente con los menores extranjeros no acompañados en situaciones migratorias excepcionales. En particular, las medidas se centran en la redistribución territorial y atención educativa, sanitaria y social; la coordinación entre comunidades autónomas y la administración central para la protección infantil. De esta manera, cuando exista una situación de extraordinaria y urgente necesidad, se justifica el uso del Real Decreto-Ley, cuando exista una afluencia de inmigración y una necesidad de proteger el interés superior de la infancia.

⁴ Entre todos los grupos vulnerables, destacan los niños y niñas migrantes no acompañados, por los siguientes rasgos: son menores de edad, dependientes, extranjeros, separados de sus padres, y están aislados de su comunidad, tal y como destaca S. SANZ CABALLERO, “Migration of Unaccompanied Children: Is the EU Up to the Challenge?”, en S. PANEBIANCO (EDIT.), *Border Crises and Human Mobility in the Mediterranean Global South*, Gewerbestrasse (Suiza), Palgrave Macmillan, 2022, pp. 203-233, p. 5.

⁵ BOE núm. 291, 2 diciembre 2010.

petencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores⁶ (Reglamento 2019/1111). La concurrencia de estos instrumentos determina el régimen jurídico aplicable a la protección transfronteriza de menores no acompañados en Europa⁷, de modo que, cuando deban adoptarse medidas civiles o administrativas concretas —como el nombramiento de un representante legal o de un tutor—, estas deberán ajustarse, según el caso, a lo dispuesto en el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111 o en el art. 6 del CLH 1996. A ello se le une que, a partir de junio de 2026, las autoridades competentes de los Estados miembros receptores de menores migrantes estarán vinculadas por una nueva arquitectura normativa de protección internacional, compuesta por diversos Reglamentos europeos y una Directiva que transforman el actual sistema común de asilo⁸. De todos estos textos, se destacan los procedimientos armonizados en materia de identificación, registro, designación de representantes legales y tutores en los distintos momentos procedimentales que afectan a la solicitud de protección internacional formulada por menores extranjeros no acompañados que acceden al territorio de la UE.

3. En efecto, la movilidad transfronteriza de menores no acompañados solicitantes de asilo dentro del territorio de la UE puede generar importantes dificultades en cuanto al reconocimiento y la eficacia de las medidas de protección previamente adoptadas en el Estado de primera llegada. Así ocurre, por ejemplo, con decisiones relativas al nombramiento de un representante o de un tutor legal, cuya validez puede ser posteriormente cuestionada por el Estado que, de conformidad con el Reglamento 2024/1351⁹ sobre gestión del asilo y la migración, resulte responsable del examen de la solicitud de protección internacional. Estas objeciones suelen fundarse en la heterogeneidad de las autoridades competentes —representantes legales en algunos Estados, tutores designados por vía judicial o administrativa en otros—, en las divergencias lingüísticas, en la ausencia de formatos documentales estandarizados, así como en la falta de sincronización de los tiempos y procedimientos administrativos. La doctrina¹⁰ ha señalado que, a pesar de los avances en materia de libre circulación de personas dentro del espacio europeo, las instituciones del Depre. siguen enfrentándose a significativos obstáculos fronterizos cuando se trata de hacerlas valer en un Estado miembro, a diferencia de lo que se ha conseguido con la libre circulación de personas en el espacio de la UE. Esta asimetría revela una laguna en la arquitectura normativa europea, que incide negativamente en la continuidad de la protección otorgada a los menores en situación de movilidad.

⁶ DOUE L 178, 2.7.2019. Sobre dicho instrumento, *vid.* U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *Brussels II ter Regulation*, Colonia, Otto Schmidt, 2023; C. GONZÁLEZ BEILFUSS y OTROS, *Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility Matters: A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Cheltenham, UK Edward Elgar Publishing, 2023; B. CAMPUZANO DÍAZ y M.^a Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas: un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con terceros estados en protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2023, pp. 357-382; B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022; G. Palao Moreno (DIR.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) no 2019/1111*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

⁷ Sobre la necesidad de un instrumento específico que aborde de una manera integral la inmigración de menores extranjeros no acompañados, *vid.* J. M. LÓPEZ ULLA, “Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 73, 2022, pp. 873-914.

⁸ Para comprobar las medidas que afectan a menores no acompañados en todos los nuevos textos de asilo europeos, *vid.* Informe del Defensor del Pueblo, *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados. Anexos en formato digital. Anexo I. Instrumentos del Pacto Europeo de Migraciones y Asilo*, en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2025/05/ANEXO-I-Instrumentos-del-Pacto-Europeo-de-Migraciones-y-Asilo.pdf>

⁹ Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 604/2013, DOUE L 2024/1351, 22.5.2024.

¹⁰ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La persona física y su estatuto nuevas perspectivas en la interacción entre el derecho internacional privado y la libre movilidad intra-UE*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 75-76, apart. 99 y 100, donde aclara el diferente alcance que tiene el cruce fronterizo desde Derecho UE y desde el DIPr.

4. En consecuencia, el presente estudio plantea la necesidad de establecer un mecanismo jurídico-técnico de carácter digital que permita documentar y transferir de forma eficaz las medidas de protección adoptadas por las autoridades competentes en favor de los menores. La implementación en el ámbito de la UE de un certificado digital europeo que incorpore dichas medidas —especialmente en el caso de menores solicitantes de asilo— mediante tecnologías interoperables y estandarizadas, se perfila como una herramienta estratégica para facilitar que las autoridades del Estado receptor puedan reconocer y aplicar las decisiones previamente adoptadas en otro Estado miembro. Este instrumento digital contribuiría de forma decisiva al fortalecimiento de la cooperación administrativa, al reconocimiento mutuo automático de las medidas de protección y a la garantía de su continuidad, todo ello en consonancia con el principio del interés superior del menor. De este modo, se superarían los actuales obstáculos vinculados al reconocimiento y la eficacia transfronteriza de tales medidas, otorgando una respuesta jurídica coordinada que asegure, de forma dinámica y efectiva, tanto la primacía del interés superior del niño como su bienestar integral.

5. La existencia de diversas iniciativas europeas fundamentadas en la base competencial prevista en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), relativo a la cooperación judicial en materia civil, sirven de precedentes consolidados para la creación del mecanismo de reconocimiento automático de decisiones mediante certificados estandarizados. Entre ellos destacan el Certificado sucesorio europeo, regulado en el Reglamento (UE) n.º 650/2012¹¹, o el Certificado europeo para resoluciones de restitución de menores previsto en el Reglamento 2019/1111. Ambos instrumentos han demostrado la utilidad de soluciones jurídicas armonizadas que, mediante formatos normalizados y efectos automáticos, permiten conferir validez transfronteriza a determinadas decisiones sin necesidad de procedimientos intermedios de exequátur, lo que resulta especialmente relevante cuando se circula por el espacio judicial europeo.

6. Inspirada en estos modelos previamente consolidados en el ámbito del Derecho de la Unión, la propuesta de creación de un certificado digital europeo de medidas de protección de menores debería estructurarse sobre la base de un formulario estandarizado, técnicamente interoperable con los registros electrónicos nacionales, y con efectos automáticos en todos los Estados miembros, sin necesidad de procedimientos adicionales de reconocimiento o ejecución. Esta propuesta busca ofrecer una solución operativa y jurídicamente segura a las dificultades que enfrentan los menores extranjeros en situación de movilidad dentro del espacio europeo, en particular aquellos que se encuentran no acompañados y solicitan asilo, cuyas medidas civiles o administrativas de protección deben poder desplegar eficacia jurídica en otros Estados miembros de acogida o tránsito. Esta iniciativa puede encontrar su fundamento normativo en el Reglamento (UE) 2023/2844 sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales¹², que establece un marco común para el intercambio electrónico de información entre autoridades competentes, órganos jurisdiccionales y ciudadanos, a través de plataformas digitales seguras, interoperables y accesibles. El certificado digital propuesto tendría como objetivo principal la documentación electrónica, fiable y verificable, de las medidas de protección adoptadas por las autoridades competentes de un Estado miembro en favor de un menor extranjero, permitiendo su conocimiento, autenticidad y reconocimiento en los demás Estados. Entre las medidas susceptibles de certificación podrían incluirse, a título ejemplificativo, la designación de un representante o tutor legal.

7. Esta iniciativa no sustituiría a las resoluciones judiciales, sino que las complementaría como medio probatorio estandarizado, garantizando la validez de las medidas contenidas en dicho certificado. A pesar de que su desarrollo normativo y técnico entrañe dificultades considerables, estamos convencidos de que la UE y los Estados miembros tienen el compromiso de diseñar y aplicar marcos jurídicos transnacionales y digitales, que garanticen la mayor seguridad en la protección integral, real y efectiva de todos

¹¹ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012

¹² DOUE L 2023/2844, 27.12.2023.

los menores, con independencia de su estatuto migratorio. Solo así será posible construir una UE más justa, solidaria y respetuosa de los derechos fundamentales de la infancia migrante que ha sido expuesta a situaciones de extrema vulnerabilidad y que merece una oportunidad real de reconstrucción de sus vidas.

II. Retos interpretativos en la aplicación de los arts. 6 CLH 1996 y 11.2 del Reglamento 2019/11112 ante la transformación del sistema común europeo de asilo

8. Los arts. 6 del CLH 1996 y 11.2 del art. 11.2 del Reglamento 2019/1111 aluden a menores refugiados, desplazados o sin residencia habitual definida, pero sin ofrecer definiciones claras, lo que dificulta su aplicación. En este epígrafe, en particular, vamos a proponer una interpretación amplia acorde a la nueva normativa de asilo europea que incluya a todos los menores que requieren protección internacional —solicitantes de asilo, refugiados, beneficiarios de protección subsidiaria, apátridas o con residencia humanitaria—. El Informe explicativo del CLH 1996¹³ y cierta doctrina respaldan esta visión extensiva del concepto de menor refugiado¹⁴, en consonancia con el principio de protección reforzada a la infancia migrante¹⁵. Se aboga así por una lectura flexible de los preceptos referidos que permita una respuesta más adaptada a las necesidades especiales de estos menores necesitados de protección internacional, independientemente de su nacionalidad, apatridia o su situación migratoria definitiva¹⁶.

9. Hasta el momento, el término menor refugiado referido en la CLH 1996 y en el Reglamento 2019/1111 ha mantenido una interpretación alineada con los parámetros establecidos en la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. No obstante, en ámbitos intraeuropeos, resulta imprescindible revisar y adaptar dicho concepto a las realidades contemporáneas de la infancia desplazada, con independencia de las causas específicas que hayan motivado su migración forzada, tal como se desprende del conjunto normativo común en materia de asilo que será plenamente aplicable a partir de junio de 2026¹⁷. Tal y como venimos defendiendo, en atención a la especial situación de vulnerabilidad que presentan los menores necesitados de protección internacional¹⁸, resulta pertinente mantener una interpretación amplia y funcional del ámbito personal de aplicación de los preceptos 6 CLH 1996 y 11.2 del Reglamento 2019/1111. Esta lectura extensiva permite dar una adecuada respuesta a la heterogeneidad de situaciones jurídico-administrativas que afectan a niños y niñas desplazados en el ámbito europeo, en coherencia con las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, según las cuales “el disfrute de los derechos es aplicable a todos los menores, sin exclusión de los solicitantes de asilo, de los refugiados o de los niños migrantes, independientemente de su nacionalidad, apatridia o situación migratoria”¹⁹.

¹³ P. LAGARDE, *Informe explicativo del CLH 1996*, en <https://assets.hcch.net/>, pp. 25-26, parágrafo 44.

¹⁴ K. GATZSCHE, “Child protection in flight situations: the Hague Child Protection Convention and unaccompanied minors”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11 (1), 2019, pp. 340-349, en espec. p. 345.

¹⁵ F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective*, *European Parliament*, 2017, en <https://data.europa.eu/doi/10.2861/75370>, pp. 15 y ss. [Consultado 02/06/2025], nos exponen que el interés superior del niño es una consideración primordial en el DIPr. y en el Derecho de la Migración en la UE. Además, se aboga por un concepto extensivo que ampare a todos los niños necesitados de protección internacional, independientemente de las razones que forzaron a su desplazamiento.

¹⁶ Tal y como se ha expuesto en el Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 6/2005 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 12, en <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2005/es/38046> [Consultado 15/06/2025]

¹⁷ *Vid.* <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo> [Consultado 02/06/2025] que entraron en vigor el 11 de junio de 2024 y que se aplicarán en junio de 2026.

¹⁸ En los diversos instrumentos sobre asilo en la UE se hace referencia a las necesidades especiales de los niños que requieren protección internacional, en particular, de los menores no acompañados o de las víctimas de la trata de seres humanos. Un ejemplo de ello se encuentra en el Considerando 46 del Reglamento 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración.

¹⁹ Tal y como defiende el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Nº 4/2016 o el Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Nº 11/2017.

10. En las líneas que siguen, procederemos al análisis de las distintas categorías jurídicas que pueden quedar comprendidas bajo la noción de *menor refugiado*, adoptando una perspectiva amplia y evolutiva, orientada a garantizar la protección efectiva de sus derechos en contextos transfronterizos y situaciones de movilidad forzada.

1. Menores en necesidad de protección internacional

11. Los conflictos armados, las crisis humanitarias y los desórdenes internos que afectan a numerosos países impactan gravemente en las personas menores, principales víctimas de estas realidades violentas y desestructuradas²⁰. Esta situación obliga tanto a los Estados como a la comunidad internacional a adoptar medidas que fortalezcan y actualicen los sistemas tradicionales de protección internacional²¹, adecuando las categorías jurídicas vigentes a las nuevas dinámicas de desplazamiento forzoso que afectan a niños y niñas en ámbitos transfronterizos.

12. Este escenario exige el análisis de dos esferas normativas esenciales:

Por un lado, el término menor refugiado recogido en el art. 6 CLH 1996 y art. 11.2 del Reglamento 2019/111 debe ser interpretado conforme a los instrumentos internacionales que conforman el núcleo del sistema clásico de protección internacional, en particular la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto Jurídico de los Refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. En este sistema, el principio de no devolución (*non-refoulement*), consagrado en el art. 33 de la Convención de 1951²², constituye un eje central de protección, al impedir la expulsión o el retorno de personas solicitantes de asilo o refugiadas a territorios donde su vida o su libertad corran peligro.

Por otro lado, en el contexto intraeuropeo, la categoría de menor refugiado debe adaptarse a las transformaciones introducidas por el renovado sistema común europeo de asilo²³, cuyas nuevas disposiciones serán plenamente aplicables a partir de junio de 2026²⁴. Esta reciente reforma normativa responde a los desafíos actuales en materia de migración forzada y asilo, y establece una base jurídica más coherente y uniforme para la identificación y protección de menores desplazados en el seno de la UE. En este sentido, el Reglamento (UE) 2024/1347, relativo a los requisitos para el reconocimiento de la protección internacional²⁵ será uno de los principales instrumentos de referencia para la interpretación de los arts. 6 del CLH 1996 y 11.2 del Reglamento 2019/1111. Con el objetivo de evitar enfoques divergentes entre los Estados miembros, la referida normativa europea de asilo avanza hacia la consolidación de criterios comunes para la identificación de las personas que realmente requieren protección internacional, incorporando disposiciones específicas relativas a los menores no acompañados (art. 33 del Reglamento 2024/1347) para establecer garantías particulares en dichos procedimientos.

²⁰ Como prioridad de la Unión, el 24 de junio de 2024 se adoptaron las Directrices revisadas de la UE sobre menores y conflictos armados (COHOM 137), con el objetivo de reforzar su contribución al respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos de los menores. Los datos son preocupantes, en tanto que, en los últimos diez años, han aumentado en gran medida las violaciones graves de los derechos de los menores.

²¹ Vid. F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective...*, op. cit.

²² Este principio cubre cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a una persona refugiada o solicitante de asilo a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde corra un riesgo de sufrir persecución, incluyendo su intercepción, rechazo en la frontera, o devolución indirecta.

²³ El Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en su art. 78, prevé la creación de un sistema europeo común de asilo que respete las obligaciones impuestas a los Estados por la Convención de Ginebra de 1951. Para aplicar esta disposición, se han adoptado diversos órganos de protección.

²⁴ Vid. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>, que entraron en vigor el 11 de junio de 2024 y que se aplicarán a partir de junio de 2026

²⁵ Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 2024/1347, 22-5-2024.

13. Nos encontramos, en definitiva, ante un grupo heterogéneo de menores solicitantes o beneficiarios de protección internacional, cuya diversidad responde tanto a sus circunstancias personales, como a los motivos que originaron su huida o a su negativa a retornar a su país de origen por temor a que corra riesgo sus vidas. Esta complejidad da lugar a una pluralidad de estatutos jurídicos, cuya delimitación resulta especialmente desafiante. Seguidamente, procedemos a realizar una exposición general de las principales categorías jurídicas que conforman esta realidad:

A) Solicitantes de asilo

14. El art. 3.7 del Reglamento 2024/1347 sobre requisitos para el reconocimiento de la protección internacional²⁶, establece que “la solicitud de protección internacional es una petición formulada por un nacional de un tercer país o por un apátrida para obtener la protección de un Estado miembro, quedando pendiente hasta su resolución por parte de las autoridades competentes el otorgar el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria”. Los niños y niñas solicitantes de asilo, forzados a huir de sus países por persecución, enfrentan mayores peligros que los adultos, como el reclutamiento forzoso, la trata y la violencia²⁷. Por ello, es crucial identificarlos rápidamente y brindarles asistencia jurídica especializada. Mientras su solicitud de asilo está en curso, la legislación de cada Estado miembro²⁸ debe permitir a estos menores acceder a cursos de idiomas²⁹, una autorización de trabajo provisional (si cumplen la edad legal) y ciertas prestaciones económicas derivadas de la protección internacional.

B) Con estatuto de refugiado

15. El estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 y de su Protocolo de 1967, reproducido en el art. 3.5 del Reglamento 2024/1347, reconoce dicha condición a los nacionales de terceros países o a las personas apátridas que, debido a fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, no pueden o no desean acogerse a la protección de su país de origen.

La definición de refugiado debe interpretarse de forma contextualizada, atendiendo a factores como la edad, el género y las formas específicas de persecución que afectan particularmente a los menores³⁰. En esta línea, el art. 10 del Reglamento 2024/1347 introduce conceptos comunes que permiten precisar los motivos que pueden justificar la concesión de la protección internacional. En los procedimientos nacionales, los Estados miembros deberán prestar especial atención a las modalidades

²⁶ Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, DOUE L 2024/1347, 22-5-2024.

²⁷ Estos menores pueden ser reclutados forzosamente por parte de grupos armados; expuestos a sufrir formas extremas de violencia, trata de seres humanos, abusos físicos, psicológicos y sexuales antes y/o después de su llegada al territorio de acogida. En este sentido, *vid.* Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. DOUE L núm. 2024/1712, de 24.6.2024. En estos momentos, se está debatiendo una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual infantil, COM (2022) 209, que ha sido comentada por R. MORTE FERRER, “La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores. Poca luz y muchas sombras”, *La Ley privacidad*, nº 14, octubre-diciembre 2022.

²⁸ En España, la legislación aplicable relativa a los derechos de los menores solicitantes de asilo queda recogida en diversas leyes y normativas, como La Ley 12/2009 de 30 de octubre, sobre el derecho a la protección internacional o la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, destacando la importancia de su interés superior y la necesidad de procedimientos adaptados a su situación.

²⁹ Considerando 74 Reglamento 2024/1347.

³⁰ ACNUR, Directrices de Protección Internacional: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)(2) y 1(F) de la Convención de 1952 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, en <https://www.refworld.org/es/docid/57f76d68a.html>, [Consultado 12/05/2025]

de persecución que afectan de manera específica a los niños, incluidas aquellas relacionadas con la violencia de género³¹.

Pese a las dificultades que en ocasiones plantea la aplicación práctica de los criterios establecidos en la Convención de Ginebra de 1951³², el reconocimiento del estatuto de refugiado constituye la forma más sólida y garantista de protección internacional para la infancia no acompañada. Precisamente, esta categoría es la que aparece recogida en los arts. 6 del CLH 1996 y en el 11.2 del Reglamento 2019/1111. No obstante, dicha referencia no debe interpretarse de forma restrictiva, sino que, como se viene argumentando en estas páginas, debe ser objeto de una interpretación amplia que permita dar cobertura a la pluralidad de situaciones de riesgo y desprotección que enfrentan los menores en ámbitos de desplazamiento forzoso³³.

C) Con protección subsidiaria

16. La protección subsidiaria en el ámbito de la UE se concede a nacionales de terceros países o a personas apátridas que, sin reunir los requisitos para ser reconocidos como refugiados conforme a la Convención de Ginebra de 1951, se enfrentan a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos³⁴ por la normativa europea en caso de retorno a su país de origen. En tales circunstancias, estas personas no pueden o no desean acogerse a la protección del Estado en cuestión. Esta forma de protección queda actualmente definida en el art. 3.6 del Reglamento 2024/1347³⁵ (que deroga la Directiva 2011/95/UE)³⁶ y se configura como un régimen complementario al estatuto de refugiado previsto por el Derecho internacional.

La protección subsidiaria resulta especialmente pertinente en contextos de violencia generalizada, como guerras civiles, colapso del orden público u ocupación por fuerzas extranjeras, donde resulta razonable que la persona afectada no pueda regresar a su país sin poner en peligro su vida o integridad. A pesar de su incontestable relevancia práctica, la delimitación del estatuto de protección subsidiaria plantea importantes desafíos tanto desde el punto de vista interpretativo como en su aplicación concreta³⁷. Si bien las causas que justifican esta forma de protección difieren de aquellas que sustentan el reconocimiento del estatuto de refugiado, la duración y los efectos jurídicos de ambas pueden resultar sustancialmente equivalentes en la práctica. En virtud de esta proximidad funcional, parte de la doctrina ha defendido la posibilidad de aplicar, por analogía, las garantías previstas para los refugiados en el art. 12 de la Convención de Ginebra de 1951³⁸ a los beneficiarios de protección subsidiaria. Esta línea de interpretación ha sido, en cierta medida, acogida por los nuevos reglamentos europeos en materia de asilo, que persiguen una armonización progresiva

³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6/2005 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 74, en <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2005/es/38046> [Consultado 15/06/2025].

³² En Alemania, de conformidad con el art. 3 de la Ley de asilo, tal y como analiza T. KNOCHÉ, “La tutela de menores no acompañados en situaciones transfronterizas estado de reglamentación alemana y desafíos desde la perspectiva de género”, en A. LARA AGUADO (coord.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 827-856.

³³ ACNUR, Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)(2) y 1(F) de la Convención de 1952 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f76d68a.html>

³⁴ Los daños graves que justifican esta protección incluyen la condena a pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes, y amenazas graves a la vida o integridad física en contextos de violencia indiscriminada por conflictos armados.

³⁵ *Id.* los Considerandos 50, 51 y 52 del Reglamento 2024/1347.

³⁶ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DOUE L 337, 20.12.2011.

³⁷ Como ha ocurrido, en particular, el ejemplo de los solicitantes sirios en Alemania. *Vid.* T. KNOCHÉ, “La tutela de menores no acompañados en situaciones transfronterizas...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 843 y ss.

³⁸ P. MANKOWSKI, “Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration”, *IPrax*, enero 2017, pp. 40-48, en espec. p. 44.

entre ambas categorías de protección internacional, reforzando así la coherencia del sistema europeo común de asilo.

Desde la perspectiva del DIPr., como venimos argumentando, resulta imprescindible interpretar de manera extensiva el art. 6 de la CLH 1996 y el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111, de forma que comprendan también a los menores beneficiarios de protección subsidiaria. Su especial vulnerabilidad, así como las similitudes sustantivas entre ambos regímenes, justifican plenamente su inclusión en el ámbito personal de aplicación de las normas de cooperación internacional en materia de medidas de protección.

D) Con autorización por razones humanitarias

17. Cuando se ha denegado el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria, la autorización de residencia temporal por razones humanitarias es un mecanismo que permite una solución de residencia en un Estado miembro. Esta autorización opera fuera del marco jurídico de la protección internacional³⁹, fundamentándose en el derecho nacional de cada país⁴⁰. El Considerando 9 del Reglamento 2024/1347 aclara que estas autorizaciones nacionales no deben confundirse con la protección internacional, ya que pueden ofrecer un nivel de protección diferente, como expuso la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-542/13)⁴¹. Por consiguiente, si se presentan hechos vinculados a una situación de riesgo, conflicto o inestabilidad en el país de origen —incluyendo circunstancias relacionadas con la situación personal del solicitante de asilo y del empeoramiento que representaría su regreso— se puede conceder una autorización de residencia por razones humanitarias fundamentada en dichas causas⁴².

En España, este permiso está regulado por los arts. 37 b) y 46.3 de la Ley de Asilo, que ha sido desarrollado en el actual art. 128.1 del Real Decreto 1155/2024 (Reglamento de la Ley de Extranjería)⁴³. Se configura como un tercer nivel de protección dentro del sistema español, otorgándose tras la denegación del refugio o la protección subsidiaria. Por consiguiente, esta autorización basada en razones humanitarias puede concederse si existen hechos vinculados a una situación de riesgo, conflicto o inestabilidad en el país de origen, o si el regreso del solicitante implicaría un empeoramiento significativo de su situación personal⁴⁴.

A nuestro entender, cuando esta protección por razones humanitarias afecta a un menor no acompañado que solicitó asilo, se considera que entra en el ámbito de aplicación del art. 6 de la CLH 1996⁴⁵ o, en su caso, el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111, teniendo en cuenta que se ha otorgado debido a la situación del país de origen y las condiciones que allí prevalecen.

E) Apátridas

18. El derecho fundamental a la nacionalidad, consagrado en el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se desarrolla y precisa a través de diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954⁴⁶ y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961⁴⁷. Conforme a dichas normas, se considera apátrida a “toda persona que

³⁹ Tal y como expone el FJ V de la SAN 282/2021, de 27 de enero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:282.

⁴⁰ Así lo establece la STJUE de 23-05-2019, Bilali, C-720/17, ECLI: EU:C:2019:448, párrafo 61.

⁴¹ ECLI:EU:C:2014:2452, párrafos 44-46.

⁴² *Cfr.* la STS 1884/2019, de 10 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1884.

⁴³ Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2024.

⁴⁴ *Cfr.* STS 1884/2019, de 10-06-2019, ECLI:ES:TS:2019:1884; FJ V y VI de la STS 361/2025, de 28-01-2025, ECLI:ES:TS:2025:361

⁴⁵ Informe explicativo del CLH 1996, párrafo 44.

⁴⁶ Adoptada en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954.

⁴⁷ Adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961.

no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación⁴⁸. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Art. 7) refuerza este principio al reconocer el derecho de todo niño o niña a adquirir una nacionalidad desde su nacimiento. En el caso español, el procedimiento para el reconocimiento del estatuto de apátrida se encuentra regulado por el Real Decreto 865/2001⁴⁹.

A pesar del marco normativo internacional orientado a la erradicación de la apatridia, su aplicación efectiva sigue presentando deficiencias. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado la existencia de prácticas inadecuadas en la identificación de situaciones de apatridia, especialmente en lo que respecta a la evaluación de menores, lo que puede constituir una violación del derecho a la nacionalidad⁵⁰. En muchos casos, la apatridia está estrechamente vinculada a los desplazamientos forzados, de modo que tanto los solicitantes de asilo como sus descendientes pueden ser o correr un riesgo significativo de convertirse en apátridas⁵¹. Por ello, los procedimientos de asilo y migración deben contemplar mecanismos específicos de detección temprana, capaces de identificar la posible apatridia, especialmente en el caso de personas menores de edad. Este reconocimiento temprano resulta esencial para derivar a los menores a los procedimientos adecuados de protección internacional. En situaciones en las que el menor se encuentra acompañado por su familia, no debe presumirse automáticamente que posea la nacionalidad de sus progenitores⁵², siendo necesaria una evaluación individualizada cuando existan indicios de riesgo de apatridia⁵³.

Cabe señalar que un menor sin nacionalidad puede cumplir los requisitos para ser reconocido como refugiado y, por tanto, tener derecho a asilo, en cuyo caso prevalecerá el estatuto de refugiado sobre el de apátrida. Ambos estatutos presentan ciertos puntos de convergencia, como la posibilidad de acceder a un permiso de residencia permanente; sin embargo, no todas las personas apátridas reúnen las condiciones exigidas para ser reconocidas como refugiadas. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable a la apatridia constituye una categoría diferenciada, con su propio procedimiento, ámbito de aplicación y efectos jurídicos. Es jurídicamente posible —y, en muchos casos, recomendable— solicitar simultáneamente el reconocimiento del estatuto de refugiado y de apátrida, debiendo ser cada solicitud tramitada y resuelta de manera independiente.

Estas consideraciones adquieren especial relevancia en las políticas europeas de migración y asilo, que han avanzado hacia la construcción de un marco común para la identificación y protección de las personas apátridas en el territorio de la Unión. El art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), junto con el Reglamento 2024/1347⁵⁴, equiparan a las personas apátridas con los nacionales de terceros países a efectos de la legislación de asilo y migración, siempre que cumplan los requisitos establecidos para dicha situación. De conformidad con el mencionado reglamento, las garantías específicas previstas para los menores apátridas deben ser equivalentes a las reconocidas a los menores refugiados.

En consecuencia, si un menor apátrida tiene reconocido dicho estatuto y precisa la adopción de medidas de protección, las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se encuentre deben intervenir, incluso cuando ni el art. 6 de la CLH de 1996 ni el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111 hagan referencia expresa a la apatridia. En aplicación del principio del interés superior del menor y del deber de garantizar una protección efectiva, se activa la competencia jurisdiccional del Estado de presencia, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales del menor en situación de especial vulnerabilidad. En virtud del principio del interés superior del menor y del deber de protección efectiva, la jurisdicción del Estado de presencia se activa para garantizar sus derechos.

⁴⁸ Ver Directrices Acnur sobre apatridia nº 1, HCR/GS/12/01, 20.02.2012.

⁴⁹ BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001

⁵⁰ Zhao v. the Netherlands (2020) CCPR/C/130/D/2918/2016 (UN Human Rights Committee, 28 December 2020). 40 ACNUR, Campaña #IBelong, <https://www.unhcr.org/ibelong/es/>

⁵¹ European Network on Statelessness, Apatridia y el Pacto sobre Migración y Asilo de la UE: análisis y recomendaciones, 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asyappctza/default/table?lang=en, [Consultado 12/05/2025].

⁵² Kids in Need of Defence Europe and Child Circle, “Advanced protection for unaccompanied children in Europe by strengthening legal assistance”, (January 2021), <https://static1.squarespace.com/static/5fa53b246a2b4b04df87d4a3/t/6010275b3d4e0f50867a1b00/1611671395682/Chil d circleKINDreport.pdf>

⁵³ <https://www.statelessness.eu>

⁵⁴ *Id.* el art. 2 y los Considerandos 9 o 76 del Reglamento 2024/1347.

2. Niños desplazados internacionalmente

19. Se entiende por niños desplazados internacionalmente aquellos que, como consecuencia de conflictos armados⁵⁵, violencia generalizada o violaciones graves de derechos humanos, se han visto obligados a abandonar sus países de origen, llegando al territorio de acogida acompañados o no por adultos. En muchos casos, estos menores pueden quedar privados del cuidado parental, ya sea de forma temporal o permanente⁵⁶, lo que agrava su situación de vulnerabilidad y exige una respuesta jurídica adecuada por parte del Estado receptor.

Un ejemplo reciente y particularmente relevante lo constituye la crisis humanitaria derivada de la invasión a gran escala de Ucrania por parte de la Federación de Rusia en febrero de 2022. Ante la llegada masiva de personas desplazadas, el Consejo de la UE activó por primera vez la Directiva 2001/55/CE⁵⁷, relativa a la concesión de protección temporal, mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382⁵⁸. Este instrumento de emergencia permite a los Estados miembros conceder de forma inmediata una protección provisional a los desplazados forzosos, garantizando su residencia legal por un periodo determinado. España incorporó este mecanismo a través del Real Decreto-ley 6/2022⁵⁹, prorrogando su aplicación⁶⁰ en consonancia con las decisiones adoptadas a nivel europeo⁶¹, mientras persistan las circunstancias que motivaron el desplazamiento.

Una vez reconocidos como beneficiarios de protección temporal, estos menores se integran en el sistema de garantías previsto por el DIPr. Las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que se encuentren tienen la responsabilidad de adoptar las medidas de protección necesarias, conforme a lo dispuesto en el art. 6 del CLH 1996 o, en su caso, en el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111, preceptos que sí incorporan expresamente la citada institución para garantizar una actuación inmediata en situaciones excepcionales de desarraigo y emergencia humanitaria.

3. Niños sin residencia habitual determinada

20. El CLH de 1996 ni el Reglamento 2019/1111 no contiene una definición o calificación autónoma del término residencia habitual, con el riesgo de caer en interpretaciones divergentes, especialmente si

⁵⁵ Aunque no se define el término disturbios o riesgo razonable, se aclara el término que incluye la guerra civil, hambruna, disturbios medioambientales o socioeconómicos. *Vid.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6/2005 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 84-88, en <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2005/es/38046> [Consultado 15/06/2025].

⁵⁶ Esta excepción no pretende ser aplicable a otros niños, como los fugitivos o abandonados, menores a los que se les aplica otras soluciones del CLH 1996.

⁵⁷ La activación de esta Directiva ha sido analizada, entre otros, por N. ARENAS HIDALGO, “La primera activación de la Directiva 2001/55/CE. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania”, *REEI*, n° 44, 2022; G. MILLOS, “La activación de la DPT para las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra”, *REEI*, n° 44, 2022; F. J. DURÁN RUIZ, “La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE”, *RDCE*, n° 73, 2022, pp. 951 y ss.

⁵⁸ DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022, Comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

⁵⁹ En España, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, protección temporal prevista en la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022.

⁶⁰ En España, mediante la Orden INT/195/2025 de 27 de febrero de 2025, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2025, se proroga la validez automática de las Tarjetas de Identidad de Extranjero (TIE) de beneficiarios de protección temporal, con extensión hasta el 4 de marzo de 2026

⁶¹ La prolongación del conflicto ha provocado que la Unión haya adoptado la Decisión de Ejecución (UE) 2024/1836 del Consejo, de 25 de junio de 2024, DOUE núm. 1836, de 3 de julio de 2024, por la que se proroga la protección temporal introducida por la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382. Esta protección temporal está vigente hasta el 4 de marzo de 2026 y se extenderá hasta el 4 de marzo de 2027.

la autoridad competente recurre a su derecho interno para colmar esa laguna normativa⁶². Su interpretación no debe basarse en ninguna ley estatal, sino en un enfoque coherente y en consonancia con el espíritu de los referidos textos internacionales. En consecuencia, el término residencia habitual del menor se refiere al verdadero hogar y donde desarrolla la mayor parte de su vida cotidiana, quedando desprovisto de toda carga de ficción normativa. Es un concepto autónomo⁶³ e independiente del domicilio de los progenitores y queda determinado por factores objetivamente comprobables. Así, se priorizan aspectos, como la educación, el círculo social, las actividades diarias o la duración de la estancia en un lugar específico, es decir, todo aquello que forme parte de su rutina y contribuya a su bienestar⁶⁴. De todos modos, para comprobar las cuestiones suscitadas en la práctica, nos remitimos al capítulo de esta obra que versa sobre el art. 5 y la competencia general de la residencia habitual, donde se establecen los parámetros para definirla y se aclaran los criterios que deben considerarse en casos de disputas.

La problemática relacionada con la residencia habitual del menor puede generar complicaciones significativas, especialmente en ámbitos internacionales cuando resulta imposible determinarla⁶⁵. Esto sucede, por ejemplo, si un niño se traslada con frecuencia entre dos o más Estados o, en su caso, ha perdido su anterior residencia habitual y no existe prueba suficiente para conocer la nueva. El art. 6 CLH 1996⁶⁶ proporciona solución a estas situaciones⁶⁷ mediante una especie de cláusula de salvaguarda para atribuir competencia a las autoridades de la presencia del menor que no tiene una residencia habitual determinada⁶⁸. En sentido similar, se articula la respuesta del art. 11.1 del Reglamento 2019/1111, para cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no haya existido elección de jurisdicción sobre la base el art. 10, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro serán los de la presencia del menor. Esta especie de foro de necesidad cesa si la residencia habitual se adquiere posteriormente en otro Estado contratante (art. 5 CLH 1996/art. 7 Reglamento 2019/111).

III. La competencia judicial internacional para fijar las medidas de protección del menor no acompañado solicitante de asilo

21. La determinación de la competencia judicial internacional para la adopción de medidas de protección respecto de menores no acompañados solicitantes de asilo constituye una tarea particularmente compleja. Ello se debe a la necesidad de articular diversos instrumentos internacionales —como el CLH 1996 y el Reglamento 2019/1111— cuya aplicación conjunta puede generar conflictos interpretativos y problemas de delimitación normativa⁶⁹. En ocasiones, se recurre por parte de la jurispru-

⁶² Tal y como la doctrina afirma, puede que la legislación interna de los Estados no defina dicho concepto. Por ejemplo, en Derecho alemán, la interpretación del domicilio y de la residencia referida en el § 13 y ss. del BGB no está adaptada a las funciones del DIPr. Sobre el tema, *vid.* T. KNOCH, “La tutela de menores no acompañados en situaciones transfronterizas...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 827-853.

⁶³ El TJUE insiste en la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el concepto, como hace la STJUE (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 (As. C-111/17 PPU: «OL/PO»), ECLI:EU:C:2017:436, al determinar a los menores de vida errante” o “sin residencia habitual identificable”. En este caso, se justifica la competencia sobre el criterio de la presencia física del niño en territorio de país participante en el momento de presentarse la demanda (art. 6. 2 CLH 1996).

⁶⁴ Tal y como se desprende de las distintas respuestas del TEDH, como resulta, entre otras, en las STEDH de 11 de enero de 2022 (ED c. Rusia); STEDH de 3 de mayo de 2022 (P.D. c. Rusia); STEDH de 13 de mayo de 2022 (X. c. República Checa); STEDH de 14 de febrero de 2023 (Byčenko c. Lituania); STEDH de 21 de febrero de 2023 (G.K. c. Chipre); STEDH de 30 de marzo de 2023 (X. c. República Checa); STEDH de 8 de junio de 2023 (P.N. c. República Checa).

⁶⁵ *Vid.* FJ II de la SAP Málaga, Sección. 6ª, núm. 779/2024 de 22 de mayo de 2024, ES:APMA:2024:1841

⁶⁶ *Vid.* Informe Explicativo p. 26.

⁶⁷ Reglamento 2019/1111 diseña una respuesta adicional en el art. 11.1, donde se afirma que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor, y tampoco sea factible fundamentar la competencia sobre la base del art. 10, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro “en el que esté presente el menor”.

⁶⁸ En este sentido, AAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 412/2023 de 30 Nov. 2023, ECLI: ES:APB:2023:12309; Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, núm. 345/2024 de 26 de junio de 2024 ECLI: ES:APB:2024:8931

⁶⁹ A. DURÁN AYAGO, “¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 (1), 2021, pp. 825-831 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5993>

dencia⁷⁰ a una aplicación acumulativa de ambos regímenes, sin una técnica depurada de articulación de fuentes, lo que compromete la coherencia del sistema.

22. Tanto el art. 5 del CLH 1996 como el art. 7 del Reglamento 2019/1111 adoptan como regla general el criterio de la residencia habitual del menor para determinar la competencia judicial internacional. Sin embargo, este foro puede resultar inadecuado en situaciones excepcionales, como el de los menores solicitantes de protección internacional, cuya residencia habitual puede ser incierta o inexistente. Ante la imposibilidad de determinar una residencia habitual en sentido técnico-jurídico⁷¹, especialmente en ámbitos de movilidad forzada, se recurre a fórmulas subsidiarias de atribución de competencia, como el *forum presentiae*. Este criterio permite a las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentra físicamente el menor asumir la competencia para la adopción de medidas de protección. Tal solución resulta particularmente pertinente en el caso de menores migrantes no acompañados solicitantes de asilo, pues debido a su situación de desplazamiento forzoso, carecen de un vínculo territorial estable. La razón de este foro de necesidad⁷² refleja una adaptación funcional del DIPr. a las circunstancias excepcionales de estos menores, garantizando una intervención inmediata por parte de las autoridades del Estado de presencia en aras del interés superior del niño o niña. En consecuencia, ante circunstancias tan extremas, resulta no solo legítimo, sino jurídicamente necesario que en el país de acogida donde se encuentre la persona menor sean las indicadas para tomar medidas de protección inmediatas y eficaces, en condiciones funcionalmente equiparables a las que corresponderían al Estado de su residencia habitual⁷³. Esta solución deriva de la especificidad de las y los menores necesitados de protección internacional, quienes, en muchos casos, han roto forzosamente todo vínculo con el Estado de origen o de última residencia, lo que hace inviable —o incluso contraria al interés superior de esta infancia— la invocación de la jurisdicción fundada en la residencia habitual⁷⁴.

23. En el proceso de adopción de medidas de protección para la infancia extranjera en situación de movilidad, adquiere particular relevancia la interacción entre el Reglamento 2019/1111 y el CLH 1996. Las cláusulas de concurrencia previstas en el art. 97 del Reglamento y en los arts. 52 y 53 del CLH 1996 tienen por objeto resolver los posibles solapamientos entre ambos instrumentos, en particular cuando concurren situaciones transfronterizas que pueden solaparse. Sin embargo, estas disposiciones no siempre logran disipar completamente las tensiones entre regímenes normativos y principios sustantivos divergentes. A pesar de ello, tanto el Reglamento como el Convenio consagran el principio del interés superior del menor como criterio rector, cuya aplicación prevalece incluso en aquellos supuestos que desbordan los esquemas ordinarios de competencia judicial.

24. El art. 97 del Reglamento 2019/1111 precisa los supuestos en los que el instrumento europeo debe aplicarse con carácter prioritario y aquéllos en los que debe ceder ante lo dispuesto en el CLH 1996⁷⁵, especialmente en contextos complejos que involucran a menores no acompañados solicitantes de asilo. A continuación, se analizan diversos escenarios en los que resulta necesario delimitar el régimen jurídico aplicable a la luz de los mencionados instrumentos, con el fin de garantizar una adecuada protección del menor en ámbitos transfronterizos:

⁷⁰ FJ III STS 4133/2024, de 10 de julio de 2024, ECLI:ES:TS:2024:4133; FJ II del AAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 446/2024, de 16-10-2024 ES:APB:2024:11816A.

⁷¹ K. GATZSCHE, “Child protection in flight situations: the Hague Child Protection Convention...”, *loc. cit.*, pp. 340-349.

⁷² Denominación realizada por P. LAGARDE, Explanatory Report on the 1996 Convention, párrafo 45.

⁷³ *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*, Hague Conference on Private International Law 2014, 2014, párrafo 13.88, en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6096&dtid=3>

⁷⁴ Con más detalle, A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 11, 12, 13 y 14)”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 99 y ss. y la bibliografía allí citada.

⁷⁵ Este precepto se complementa con el art. 98, que establece en su aptdo. 1º que los Convenios mencionados en los artículos precedentes seguirán surtiendo efectos en las materias que no están reguladas por el Reglamento.

25. En primer lugar, cuando el menor tenga una residencia habitual en un Estado miembro de la UE. En este supuesto, será de aplicación prioritaria el art. 7 del Reglamento 2019/1111⁷⁶, en virtud del principio de confianza mutua entre los Estados miembros. En cambio, si el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado parte del CLH 1996 pero no de la UE, será la normativa convencional la que prevalecerá⁷⁷. Un ejemplo paradigmático lo constituyen los menores ucranianos desplazados. Inicialmente, y ante la falta de residencia habitual, se aplica el art. 6 del CLH 1996, atribuyendo competencia al Estado en el que se encuentren⁷⁸. Sin embargo, si su estancia en un Estado miembro se prolonga, según el transcurso del conflicto bélico en territorio ucraniano⁷⁹, podrá consolidarse una nueva residencia habitual a efectos del DIPr.⁸⁰

26. En segundo lugar, el art. 97.2 del Reglamento 2019/1111 contempla expresamente la posibilidad de aplicación preferente del CLH de 1996 en determinados supuestos de concurrencia normativa, especialmente en relación con las reglas de la *derogatio fori*, la transferencia de competencia y la *lis pendencia*⁸¹. A pesar de ello, la correcta articulación entre ambos instrumentos exige la evaluación constante del interés superior del menor, lo que exige una cooperación efectiva entre autoridades implicadas⁸².

27. En tercer lugar, cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado que no sea parte del CLH 1996, surgen importantes cuestiones sobre el régimen jurídico aplicable. La doctrina mayoritaria⁸³ admite la posibilidad de aplicar el CLH 1996 recurriendo al marco de compatibilidad diseñado en el art. 97, en conexión con el Considerando 25 del Reglamento 2019/1111⁸⁴. Esta interpretación sugiere que podría ser de aplicación el art. 6 del CLH 1996 en aquellos supuestos en los que el menor

⁷⁶ M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional de menores (versión refundida): Principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, n.º 2, 2021, pp. 229-260.

⁷⁷ STJUE (Sala Cuarta) de 14-07-2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen — Suecia) — CC / VO, ECLI:EU:C:2022:562, dispone que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que conoce de un litigio en materia de responsabilidad parental, no conserva la competencia para resolver dicho litigio con arreglo al art. 8.1 del Reglamento Br. II bis, cuando la residencia habitual del menor de que se trate ha sido trasladada legalmente, durante el procedimiento, al territorio de un tercer Estado que es parte del CLH 1996.

⁷⁸ Como ilustran C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La protección de los menores desplazados desde Ucrania en la Unión Europea y España a través de los instrumentos de derecho internacional privado de familia”, n.º 117, *Revista Española de Derecho Militar*, 2022, pp. 165-212; C. PARRA RODRÍGUEZ, “La aplicación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores a los niños desplazados internacionalmente en el conflicto ruso-ucraniano”, en A. LARA AGUADO (COORD.), *La protección de la infancia migrante frente a las diferentes caras de la violencia de género, la discriminación y la trata*, Madrid, Sepín, 2022, pp. 25-31.

⁷⁹ Vid. https://e-justice.europa.eu/38593/ES/children_from_ukraine_civil_judicial_cooperation

⁸⁰ No obstante, la SAP Barcelona (Sección 18ª), núm. 345/2024 de 26 de junio de 2024, ECLI: ES:APB:2024:8931, subraya la importancia de la competencia jurisdiccional en casos de menores desplazados internacionalmente y reafirma que el acogimiento temporal no altera la residencia habitual de los menores ucranianos, lo que tiene implicaciones significativas para su protección en situaciones de crisis humanitaria.

⁸¹ A. DURÁN AYAGO, “*Perpetuatio fori* y coexistencia del Reglamento (CE) 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996. A propósito de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21, CC”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15 (2), 2023, pp. 1213-1219.

⁸² Vid. F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective...*, *op. cit.*, nos exponen que el interés superior del niño es una consideración primordial en el DIPr. y en el Derecho de la Migración en la UE. A pesar de que estos marcos jurídicos regulan la protección de los niños, se hace de forma descoordinada, tal y como se aprecia en los Reglamentos Dublín III y el de Bruselas II bis, textos que no están alineados ni se aplican de forma coherente.

⁸³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado, Cizur Menor* Thomson Reuters, 2024, p. 420., donde exponen que “el art. 97 del Reglamento parece restringir la aplicación de las disposiciones europeas a los supuestos de residencia del menor en un Estado miembro y deja a la aplicación del CLH 1996 los casos de menor residente en un tercer Estado, sea o no parte del Convenio, como sugiere el Considerando 25”.

⁸⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y B. AÑOVERAS TERRADAS, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 191; M.ª C. CHÉLIZ INGLÉS, “El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73 (2), 2021, 37–51, p. 50; A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (2), 2020, pp. 1243-1289, espec. pp. 1274-1275.

ha roto los vínculos con su residencia habitual anterior y su presencia en el Estado miembro de acogida tiene carácter provisional o transitorio, independientemente de que el país de origen del menor sea o no parte del Convenio⁸⁵. Alternativamente, se plantea la posibilidad de aplicar directamente el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111, que habilita a las autoridades del Estado miembro en el que el menor se halle presente a adoptar medidas de protección, incluso si no son competentes para conocer del fondo del asunto. Esta vía se justifica cuando la residencia habitual anterior del menor no puede operar como punto de conexión válido, al haberse convertido en una categoría fáctica carente de relevancia jurídica, dado que el menor ha abandonado forzosamente dicho territorio, por ejemplo, huyendo de conflictos, persecuciones o situaciones de violencia estructural. En estos casos, la localización de la antigua residencia habitual del menor únicamente puede desempeñar un papel residual, quizás relevante a efectos documentales en procedimientos de extranjería o en la concesión de protección internacional, pero no como criterio determinante del DIPr. No obstante, la clave de estos asuntos estaría en la valoración de la situación concreta del menor solicitante de asilo y en la necesidad de garantizar una respuesta adecuada e inmediata por parte de las autoridades del Estado en el que se encuentra físicamente presente.

28. En cuarto lugar, puede producirse la situación en que el menor no cuente con una residencia habitual claramente determinada y tampoco exista una elección válida de foro competente. Este escenario, que resulta frecuente en casos de menores en tránsito prolongado, en situación de irregularidad administrativa y en los que no consta aún la condición de solicitante de asilo, plantea relevantes interrogantes del punto de vista teórico-técnico en torno a la determinación de la autoridad competente para la adopción de medidas de protección. La ausencia de un estatuto migratorio definido y la imposibilidad de identificar un centro de vida como tal obstaculizan la aplicación de los criterios generales de competencia internacional, así como del foro específico previsto para menores refugiados. En este contexto, el Considerando 25 del Reglamento 2019/1111 parece ofrecer una orientación interpretativa útil: en los supuestos en los que el menor proceda de un tercer Estado, debe acudir a lo dispuesto en el art. 6 del CLH 1996, que consagra el criterio del *forum presentiae*, atribuyendo competencia a las autoridades del Estado en cuyo territorio se halle físicamente el menor. De forma complementaria, en situaciones de movilidad transfronteriza irregular o carencia de identificación, puede activarse la competencia de las autoridades del Estado de presencia para adoptar medidas urgentes, provisionales o cautelares, conforme al art. 15 del Reglamento 2019/1111 para escenarios intraeuropeos o, en otras situaciones, a los arts. 11 y 12 del CLH 1996⁸⁶. Estas previsiones normativas configuran mecanismos operativos para evitar vacíos de protección y asegurar una respuesta inmediata y eficaz, conforme al principio del interés superior del menor, cuando los foros generales del DIPr. no resultan aplicables⁸⁷. No obstante, cabe reconocer que, en la práctica, tales situaciones se resuelven regularmente mediante la intervención de la autoridad del Estado de presencia, con independencia del fundamento jurídico invocado, dado que los distintos enfoques expuestos conducen, en definitiva, a una solución convergente.

29. En quinto lugar, puede suceder que el órgano jurisdiccional del Estado en el que el menor se encuentra físicamente presente no sea el más idóneo para conocer del fondo del asunto, especialmente si existe otro tribunal mejor situado para valorar globalmente la situación del menor y adoptar las medidas de protección pertinentes. Tanto los arts. 8 y 9 del CLH de 1996⁸⁸ como los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111 contemplan la posibilidad de remisión a un foro más apropiado (*forum conveniens*)⁸⁹, con el

⁸⁵ El Informe Explicativo del CLH de 1996 dispone que los niños refugiados o desplazados son “los que han roto toda relación con el Estado de su residencia habitual anterior y la precariedad de su estancia en el Estado donde han encontrado provisionalmente refugio no permite considerar que la han adquirido”. Ibid. p. 25.

⁸⁶ Vid. F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective...*, op. cit., definen lo que se supone una medida provisional o la que no lo es, a pesar de ser una tarea compleja, más aún si deriva en su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros, p. 17, nota 22.

⁸⁷ The Application of the 1996 Child Protection Convention to Unaccompanied And Separated Children, 2024, punto 26, en <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=1018>

⁸⁸ Informe Explicativo del Convenio de 1996..., op. cit., párrafo 58; N. LOWE y M. NICHOLLS, *The 1996 Convention on the Protection of Children*, Family Law, Jordan Publishing, 2012, par. 3.44.

⁸⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro

objetivo de garantizar una mejor administración de justicia y una protección más efectiva del menor. Esta opción resulta particularmente relevante en contextos de movilidad intraeuropea, en los casos que se tiene constancia de que familiares cercanos del menor solicitante de asilo residen en otro Estado miembro distinto al de su llegada⁹⁰. Para dar respuesta a estos contextos, el foro fundado exclusivamente en la presencia física del menor puede desempeñar un papel subsidiario respecto del tribunal que, por razones materiales y de vinculación personal o familiar, se encuentre en mejores condiciones para evaluar y garantizar el interés superior del menor⁹¹. En efecto, si el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo⁹² —determinación que se efectúa con arreglo a los criterios establecidos en el Reglamento (UE) n.º 604/2013 (Dublín III)⁹³, próximamente sustituido por el Reglamento (UE) 2024/1351 relativo a la gestión del asilo y la migración⁹⁴— difiere del país miembro en el que inicialmente se encuentra el menor, resulta razonable considerar que las autoridades del Estado encargado de verificar la petición de asilo serán, en principio, las más adecuadas para adoptar las medidas de protección necesarias. Esta posibilidad refuerza una interpretación flexible de los foros de competencia, que armonice los objetivos del DIPr. con el sistema común europeo de asilo y, en particular, con la necesaria atención que requiere la situación del menor extranjero no acompañado.

30. En definitiva, la determinación del instrumento jurídico aplicable dependerá de las circunstancias concretas de cada caso, tal y como hemos expuesto, debiendo siempre prevalecer el interés superior del niño o la niña como criterio rector⁹⁵. Tanto el Reglamento 2019/1111 como el CLH 1996 coinciden en reconocer que la presencia física del menor necesitado de protección internacional constituye, en principio, un criterio legítimo para atribuir competencia judicial internacional a fin de adoptar medidas urgentes o provisionales para aquél. No obstante, esta competencia puede ceder en favor de un órgano jurisdiccional mejor situado —*forum conveniens*— cuando ello resulte más adecuado para salvaguardar de forma integral los derechos y necesidades de esta infancia extranjera. Una vez reconocido al menor el estatuto de protección internacional —ya sea como refugiado, beneficiario de protección subsidiaria o el que corresponda— y establecida su residencia habitual en un Estado miembro concreto, la competencia para la adopción de nuevas medidas de protección se determinará conforme al foro general previsto en el art. 7 del Reglamento 2019/1111. A partir de ese momento, cesará la aplicación de los foros excepcionales vinculados a la presencia física, operando con carácter ordinario la competencia del Estado en el que la niña o el niño ha fijado su centro de vida, conforme al principio de estabilidad jurisdiccional que rige en materia de responsabilidad parental.

Estado miembro e interés superior del menor. STJUE de 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, núm. 43, *La Ley Unión Europea*, 2016, p 2; Id., “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018, núm. 66, *La Ley Unión Europea*, 2019.

⁹⁰ L. SERRANO SÁNCHEZ, “Competencia y cooperación internacional de autoridades: el interés superior del menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación”, en A. LARA AGUADO (COORD), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 693-730, en espec. p. 719 y ss; Id., “Undocumented migrant persons claiming to be minors: jurisdiction, applicable law, and cooperation”, vol. 26, *Spanish Yearbook of International Law* 26, 2022, pp. 91-108.

⁹¹ Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La protección de los menores desplazados desde Ucrania...”, *loc. cit.*, pp. 165-212. La jurisprudencia del TJUE aborda precisamente la posibilidad de traslado del menor de un país a otro estas circunstancias, como sucede en la STJUE de 01/08/2022, *Bundesrepublik Deutschland (Enfant de réfugiés, né hors de l'État d'accueil)*, as. C-720/20, ECLI:EU:C:2022:603

⁹² C. RUIZ SUTIL, “International removals in contexts of violence between European asylum law and the best interests of the child: The CJEU case A. VB, of 2 August 2021”, *Yearbook of Private International Law* vol. 23, 2021/2022, pp. 349-363; M. REQUEJO ISIDRO, “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable”, vol. 9 (2), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 482-505, en espec. p. 489 y ss.

⁹³ F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective...*, *op. cit.* p. 19 y ss.

⁹⁴ DOUE L, 22 mayo 2024, texto que entrará a ser aplicado en junio de 2026.

⁹⁵ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (1), 2020, pp. 97-117.

IV. El nombramiento del representante legal y del tutor del menor no acompañado ante las intersecciones de instrumentos de asilo y de DIPr.

31. El nombramiento de un representante legal y, en una fase posterior, de un tutor legal, constituye una garantía fundamental en el marco de los procedimientos de protección internacional en la UE, particularmente en el caso de los menores extranjeros no acompañados⁹⁶. No obstante, persisten importantes desafíos normativos y prácticos que dificultan la provisión de una representación garantista y protectora para esta infancia⁹⁷. Entre los principales obstáculos cabe destacar la frecuente omisión en la designación de representantes o tutores debidamente cualificados⁹⁸, así como la deficiente vinculación personal entre estos y los menores, dado que, en numerosos casos, ni siquiera llegan a conocerlos personalmente. A ello se suma la excesiva burocratización de los procedimientos administrativos implicados, así como la notoria insuficiencia de recursos materiales y humanos destinados a la contratación de profesionales especializados⁹⁹, lo que incide de forma directa en la calidad y eficacia de la protección jurídica brindada a este colectivo especialmente vulnerable.

32. Estas figuras se configuran como garantes esenciales de los derechos de la infancia migrante no acompañada desde el momento mismo de su llegada al territorio de la UE y durante todas las fases del procedimiento de protección internacional, incluso hasta la estabilización definitiva de su estatuto jurídico o el acceso a la mayoría de edad. En efecto, tanto la Directiva 2024/1246 relativa a las condiciones de acogida, como el Reglamento 2024/1348 sobre procedimientos¹⁰⁰, el Reglamento 2024/1356 sobre gestión de fronteras, y el Reglamento 2024/1347 que regula el estatuto conferido, consagran expresamente el derecho de los menores no acompañados a ser asistidos por un representante legal o un tutor. Esta asistencia se erige como una manifestación reforzada del principio del interés superior del menor, eje transversal del nuevo sistema europeo común de asilo¹⁰¹.

33. No obstante, la aplicación práctica de esta garantía plantea dificultades significativas, particularmente cuando convergen los regímenes normativos del Derecho de asilo y del DIPr. A pesar de la reiterada exigencia del nombramiento de una figura representativa, los distintos instrumentos europeos no determinan con claridad si el representante debe coincidir necesariamente con el tutor legal, o si, por el contrario, se trata de funciones diferenciadas y complementarias. Esta ambigüedad terminológica, unida a la falta de precisión competencial, puede derivar en descoordinación entre las autoridades administrativas, judiciales y de protección de infancia implicadas, lo que redundaría en una tutela fragmentaria e insuficiente del menor. La ausencia de una armonización sustantiva sobre el estatuto, funciones y for-

⁹⁶ Según el Considerando 43 de la Directiva 2024/1346 de acogida, “la función principal de un representante debe ser garantizar el interés superior del niño y representar y prestar asistencia al menor no acompañado o actuar en su nombre. El representante debe poder explicar la información facilitada al menor no acompañado, hacer de enlace con las autoridades competentes para garantizar el acceso inmediato de este a las condiciones materiales de acogida y a la atención sanitaria, y representar, asistir o, con arreglo al Derecho nacional, actuar en nombre de un menor no acompañado para garantizar que disfruta de los derechos y cumple con las obligaciones que se disponen en la presente Directiva. Los representantes deben ser nombrados con arreglo al procedimiento definido en el Derecho nacional.

⁹⁷ Comité Directivo para los Derechos del Niño (CDENF), en <https://bit.ly/3gzgbFv>, organismo intergubernamental del Consejo de Europa responsable de las actividades de establecimiento de normas en el ámbito de los derechos del niño, viene promoviendo prácticas en esta materia de niños migrantes. *Id.* entre otros documentos, el referido al “Examen de la aplicación de la Recomendación CM/Rec (2019)11 del Comité de ministros a los Estados miembros sobre la tutela efectiva de los niños no acompañados y separados de su familia en el contexto de la migración”, CDENF(2024)06 final Strasbourg, 06 diciembre de 2024, pp. 30 y ss.

⁹⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022.

⁹⁹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018.

¹⁰⁰ Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, DOUE L 2024/1348, 22.5.2024.

¹⁰¹ Para entender mejor la situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados en la UE, *vid.* C. RUEDA FERNÁNDEZ, “Menores refugiados, una aproximación a las medidas de protección: del Reglamento Dublín al Reglamento Bruselas, pasando por Ucrania”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 361-380.

mación de los representantes y tutores compromete, en última instancia, la efectividad del principio del interés superior del menor y dificulta una protección continua en contextos de movilidad transfronteriza.

34. A pesar de dicha imprecisión conceptual, lo cierto es que, en la práctica, el representante legal desempeña funciones claramente delimitadas en el contexto del procedimiento de protección internacional¹⁰². En particular, durante la tramitación de las solicitudes de asilo, su intervención resulta esencial desde las fases iniciales. De conformidad con los arts. 25 y 26 del Reglamento 2024/1348, corresponde a esta figura la formalización de la solicitud en nombre del menor, así como su acompañamiento durante la entrevista personal¹⁰³. El art. 23 del mismo texto dispone que el representante podrá ser tanto una persona física como una organización dotada de la competencia necesaria para asumir esta función. Asimismo, desde el momento en que se registra la solicitud, la autoridad competente para la petición del asilo¹⁰⁴ deberá facilitar al representante toda la información pertinente para el ejercicio adecuado de su función, conforme a lo previsto en el art. 19.1, letra r), del Reglamento (UE) 2024/1351. Esta configuración normativa consolida el papel del representante como interlocutor privilegiado entre el menor y el sistema de asilo, y lo sitúa como garante fundamental del respeto al interés superior del menor en el procedimiento.

35. Esta configuración normativa del representante legal adquiere una relevancia aún mayor en escenarios operativos complejos, como aquellos caracterizados por flujos migratorios de alta presión y llegadas masivas a las fronteras exteriores de la Unión. En tales contextos, el art. 23 del Reglamento 2024/1356 impone la obligación de designar sin demora a un representante legal que asista al menor no acompañado durante el denominado proceso de triaje¹⁰⁵. Este procedimiento inicial, de carácter decisivo, implica una evaluación rápida de las necesidades específicas del menor y de su situación jurídica. En caso de que no se haya procedido aún al nombramiento formal del representante, el mismo precepto establece que deberá designarse provisionalmente a una persona cualificada que actúe en defensa del interés superior del menor y vele por su bienestar. Esta previsión refuerza el carácter inmediato y no dilatable de la protección, garantizando que los derechos del menor sean salvaguardados incluso en las primeras fases de contacto con las autoridades fronterizas o de inmigración, cuando la situación de vulnerabilidad puede ser más extrema.

36. La actuación del representante legal no se agota, sin embargo, en las fases preliminares o en los momentos iniciales de contacto con las autoridades. Su función se extiende de forma activa a lo largo de toda la tramitación del procedimiento de asilo. En este sentido, el art. 23.10 del Reglamento 2024/1348 regula con detalle las obligaciones específicas que debe asumir esta figura durante la instrucción del expediente, particularmente en el caso de menores no acompañados¹⁰⁶. Entre las funciones expresamente atribuidas se incluyen: la asistencia a las entrevistas personales, la provisión de información clara, comprensible y adaptada al menor, la coordinación con los servicios de protección competentes y, en general, la actuación como garante de sus intereses jurídicos y personales. Esta intervención no puede concebirse como una exigencia meramente formal o simbólica: por el contrario, su adecuada ejecución requiere un acompañamiento constante, individualizado y técnicamente cualificado. No obstante, preo-

¹⁰² K. DE GRAEVE, “Children’s rights from a gender studies perspective: gender, intersectionality and ethics of care”, en W. VANDENHOLE, E. DESMET, D. REYNAERT, K. VLIEGHE & S. LEMBRECHTS (EDS.), *Routledge International Handbook of Children’s Rights Studies*, 2015, London, Routledge, pp. 71-88

¹⁰³ Respecto a esta obligación cabe mencionar “Herramienta para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania”, Agencia de Asilo de la Unión Europea, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, noviembre 2022.

¹⁰⁴ *Vid.* el art. 25 del Reglamento 2024/1351 que establece los criterios para determinar el Estado miembro responsable de la solicitud de asilo de los menores no acompañados.

¹⁰⁵ El triaje contempla medidas específicas, como la identificación, los controles sanitarios y de seguridad, la toma de huellas dactilares y el registro en la base de datos Eurodac conforme al Reglamento UE 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre la creación del sistema «Eurodac», DOUE L 2024/1358, 22.05.2024. A partir de estos controles, se podrá derivar a procedimientos adecuados que, según las circunstancias, podrán ser los de protección internacional, los de retorno o los de reubicación (art. 18 del Reglamento 2024/1356).

¹⁰⁶ *Cf.* art 25 de la Directiva (UE) 2024/1346 que define como “solicitante con necesidades de acogida particulares: es aquel que requiera condiciones o garantías particulares para poder disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones que se derivan de la presente Directiva, tal y como sucede con menores, embarazadas, ancianos.

cupa la previsión del propio Reglamento 2024/1348, según la cual una única persona puede ser designada representante legal de hasta treinta menores, número que incluso puede ampliarse excepcionalmente a cincuenta. Esta sobrecarga funcional compromete seriamente la calidad de la representación y el estándar de protección exigido por el Derecho europeo de los derechos humanos, pudiendo traducirse en una desprotección estructural del colectivo infantil afectado¹⁰⁷.

37. Superada la fase procedimental y una vez concedido el estatuto de protección internacional, la responsabilidad en materia de representación del menor se transforma. El art. 33 del Reglamento 2024/1347 encomienda a las autoridades nacionales¹⁰⁸ la adopción de las medidas necesarias para el nombramiento de un tutor legal, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de acogida. Esta figura¹⁰⁹, que no necesariamente coincide con el representante designado durante la fase de solicitud¹¹⁰, debe asumir funciones de mayor alcance y continuidad en el tiempo. Entre sus cometidos se incluyen, conforme al art. 33.2 del citado Reglamento, la garantía del acceso del menor a los derechos inherentes al estatuto de protección reconocido, la representación en procedimientos de revocación o revisión de este, y, en su caso, la colaboración en la búsqueda o localización de familiares. Asimismo, el legislador europeo exige a los Estados miembros la implementación de mecanismos de supervisión sistemática de la labor del tutor, mediante la intervención de entidades especializadas o, en su defecto, de autoridades judiciales competentes. Esta evolución funcional de la representación del menor subraya la necesidad de una continuidad protectora real y efectiva, más allá del reconocimiento formal del estatuto jurídico.

38. En aras de garantizar una protección continuada y coherente, el Reglamento 2024/1347 subraya la conveniencia de que, siempre que sea posible, una misma persona física asuma la responsabilidad del menor tanto durante el procedimiento de asilo como tras la concesión de la protección internacional. Esta previsión, orientada a reforzar la estabilidad de los vínculos personales y a prevenir situaciones de desamparo institucional, exige una implementación efectiva por parte de los ordenamientos internos. No obstante, en la práctica, muchos Estados miembros aún no han desarrollado mecanismos normativos que permitan hacer operativa esta salvaguardia¹¹¹.

¹⁰⁷ Esta cuestión ha sido denunciada por la Clínica jurídica de acción social, *Análisis de la situación de los menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo a raíz del pacto migratorio europeo. Detección de posibles disfunciones que contraríen el interés superior del menor*, Universidad de Salamanca, 2025, pp. 32-33, en <https://clinicajuridica.usal.es/lineas-actuacion/>, donde se propone una cuestión prejudicial al TJUE para impedir que un representante legal tenga a cargo un número tan elevado de menores extranjeros no acompañados, con la finalidad de garantizarles una defensa efectiva y personalizada conforme al art. 24 CDFUE para el efectivo ejercicio de la tutela judicial efectiva.

¹⁰⁸ Es fundamental coordinar las funciones de unos y otros en cada fase del proceso, tal y como estipulan los Reglamentos 2024/1347, 2024/1356, 2024/1351 y 2024/1348.

¹⁰⁹ Las características del tutor: a) tendrá los conocimientos especializados necesarios y recibirá una formación inicial y continua adecuada sobre los derechos y las necesidades de los menores no acompañados, incluidos los relativos a las normas de protección de la infancia aplicables; b) estará sometido a las normas de confidencialidad establecidas en el Derecho nacional en relación con la información a que tenga acceso por razón de su labor; c) no deberá tener antecedentes acreditados de delitos o faltas relacionados con la infancia, o de delitos o faltas que puedan sembrar una duda fundada sobre su capacidad para asumir una función de responsabilidad en relación con menores.

¹¹⁰ Se da la posibilidad de mantener a la misma persona designada representante para actuar como tutor, sin necesidad de una nueva designación oficial, de conformidad con el art. 23, apartado 2, letra b) del Reglamento (UE) 2024/1348 o con el artículo 27, apartado 1, letra b) de la Directiva (UE) 2024/1346.

¹¹¹ En Alemania, la introducción del § 42a VIII del Código Social Alemán, destinado a la protección de los menores no acompañados, designa a la oficina de bienestar juvenil (*Jugendamt*) como la institución con el deber de acoger provisionalmente a todos los menores extranjeros no acompañados en caso de emergencia. De manera similar, en los Países Bajos, NIDOS ejerce la función de tutor provisional en virtud del llamado proyecto *Schiphol*. En Bélgica, vid. https://justice.belgium.be/fr/themes/enfants_et_jeunes/mineur_etrangere_non_accompagne_mena/manuel_des_tuteurs_tutrices En general, sobre el tema, F. JAULT-SESEKE Y OTROS, *Children on the Move – A Private International Law Perspective...*, op. cit., pp. 39 y ss., <https://data.europa.eu/doi/10.2861/75370>. Para ver la comparativa de otros países desde un punto de vista práctico, vid. el estudio de Save the Children, *Cruzando Fronteras. Realidades de niños y niñas migrantes en las fronteras exteriores de la UE*, junio 2025, en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2025-06/Cruzando_fronteras_2025.pdf; Comité Directivo para los Derechos del Niño (CDENF), “Examen de la aplicación de la Recomendación CM/Rec(2019)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la tutela efectiva de los niños no acompañados y separados de su familia en el contexto de la migración”, CD-ENF(2024)06 final Strasbourg, 06 diciembre de 2024, pp. 27 y ss.

Tal es el caso de España¹¹², donde el marco legislativo vigente no contempla expresamente dicha continuidad funcional entre representante y tutor, lo que genera fragmentación institucional en la atención a los menores. Frente a ello, algunos ordenamientos han adoptado modelos más avanzados. Así, en Italia, la Ley n.º 47/2017¹¹³ establece un régimen integral de protección para los menores extranjeros no acompañados, introduciendo la figura del tutor voluntario como garante de proximidad, continuidad y compromiso personal con el menor. El art. 11 de la citada ley¹¹⁴ prevé que estos tutores sean seleccionados, formados y supervisados por las autoridades competentes, configurando un modelo de intervención que podría resultar replicable, al menos en parte, en otros Estados miembros¹¹⁵.

39. La experiencia comparada revela, sin embargo, que la falta de mecanismos normativos convenientes para asegurar la continuidad y calidad de la representación o tutela se traduce, en numerosos contextos, en situaciones de desprotección. La ausencia o la deficiente asignación de representantes o tutores cualificados comporta riesgos graves para los menores no acompañados, tales como errores en la determinación de la edad, fallos procesales, mayor exposición a abusos o trata, así como vulneraciones sistemáticas de sus derechos fundamentales. Esta realidad evidencia la necesidad urgente de reforzar los sistemas internos respecto de las figuras de representación o tutela legal, mediante la garantía de una designación temprana, la especialización profesional y su disponibilidad efectiva desde el primer momento de contacto con el menor¹¹⁶. Estas deficiencias estructurales los convierten en un mecanismo muchas veces ineficaz o inaccesible, especialmente en los contextos fronterizos, donde su activación inmediata reviste un carácter crítico. En los puntos de entrada, la presencia de representantes legales y tutores es esencial para salvaguardar los derechos del menor, prevenir irregularidades procedimentales y asegurar el acceso a servicios básicos y medidas de protección adecuadas. En ausencia de una reforma inminente que fortalezca el marco jurídico común de tales figuras protectoras de este colectivo vulnerable, con el incremento la dotación de recursos humanos y materiales, desarrollando un modelo de tutela más individualizado, especializado y coordinado a nivel europeo, los menores no acompañados seguirán enfrentándose a demoras sustanciales en los procedimientos de asilo, a una protección insuficiente y a barreras estructurales persistentes que comprometen su inclusión social y jurídica en el Estado de acogida¹¹⁷.

40. Esta necesidad de reforma estructural y armonización funcional adquiere una dimensión aún más relevante si se considera que el nombramiento de representantes y tutores para menores migrantes no acompañados, con independencia de que derive o no de solicitudes de protección internacio-

¹¹² En España, no hay tutores individuales, ya que se recurre a los servicios institucionales de protección a la infancia de las correspondientes Comunidades o Ciudades Autónomas, que les prestarán atención inmediata y asumirán su guarda provisional en los términos previstos en el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y en el art. 172.4 del Código Civil. De esta manera, cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores de edad constate que una persona menor de edad se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley su tutela y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (art. 172.1 del Código Civil y art. 18.1 de la LOPJM).

¹¹³ GU n. 93 del 21-04-2017. Para ver la comparativa de otros países desde un punto de vista práctico, vid.

¹¹⁴ F. TASSINARI, “La identificación de los menas y el tutor voluntario en Italia: ¿un modelo a asumir por la UE?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11 (1), 2019, pp. 545-570.

¹¹⁵ Vid. M. CIRESE, *Minori migranti. Diritti e tutela dei legami familiari*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 89-94.

¹¹⁶ Por ejemplo, en España, la constitución de la tutela legal de menores no acompañados requiere una declaración formal de desamparo, un procedimiento administrativo que puede extenderse hasta tres meses antes del nombramiento efectivo de un tutor legal. Durante este periodo transitorio, puede acordarse una guarda provisional, aunque carece de plenas facultades de representación jurídica. En la práctica, dicha guarda se delega habitualmente en el director del centro de protección donde se encuentra alojado el menor, sin que se designe un tutor individualizado. Esta situación conlleva una sobrecarga significativa, generando ratios desproporcionadas entre cuidadores y menores, superiores a los estándares recomendados, debido tanto a la sobreocupación de los centros como a la escasez de recursos humanos y materiales. Además, los plazos y procedimientos para la formalización de la tutela presentan notables divergencias entre comunidades autónomas, lo que da lugar a desigualdades territoriales en el acceso a los servicios de protección infantil, especialmente en contextos de saturación del sistema o insuficiencia de plazas disponibles. Conforme a la legislación vigente, la titularidad de la tutela corresponde a la autoridad de protección de menores, que, en la práctica, se identifica con la Dirección General de Protección de la Infancia de cada comunidad autónoma, en el marco de un modelo descentralizado de gestión competencial.

¹¹⁷ Vid. *Cruzando Fronteras. Realidades de niños y niñas migrantes en las fronteras...op. cit.*, pp. 44 y ss.

nal, debe inscribirse también en el ámbito de las medidas de protección propias del DIPr.¹¹⁸ A pesar de que el art. 4, letra j), del CLH 1996 excluye expresamente de su ámbito material las decisiones relativas al Derecho público¹¹⁹ —tales como las adoptadas en materia de extranjería o asilo—, ello no obsta para que los mecanismos civiles de protección, como el nombramiento de tutor o las medidas de guarda, se rijan por dicho instrumento internacional. Esta interpretación se ve reforzada por el Considerando 4 del Reglamento 2019/1111, que aclara que el concepto de „materia civil“, a efectos del Derecho de la Unión, debe ser objeto de una interpretación autónoma y extensiva, capaz de incluir determinadas medidas que, desde la perspectiva del Derecho interno de algunos Estados miembros, estarían clasificadas como propias del Derecho público. En particular, dicho concepto comprende todas las actuaciones, resoluciones y medidas relativas a la responsabilidad parental, tal y como ha sido definida por el Reglamento, en consonancia con su finalidad protectora. De este modo, la coexistencia entre el régimen jurídico público de protección internacional y el sistema de competencia judicial internacional propio del DIPr. impone una coordinación tanto conceptual como operativa entre ambos marcos. Solo mediante una articulación eficaz de estos instrumentos es posible garantizar una tutela continua y efectiva del menor extranjero no acompañado, especialmente en situaciones transfronterizas o de prolongada indeterminación estatutaria¹²⁰.

41. En esta línea, tanto el art. 6 del CLH 1996 como el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111 atribuyen competencia a las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentra físicamente el menor para adoptar las medidas de protección necesarias, sean estas de naturaleza civil o administrativa¹²¹. Estas disposiciones refuerzan el papel del Estado de presencia como garante inmediato del interés superior del menor, especialmente cuando no es posible determinar con claridad su residencia habitual debido a situaciones de tránsito prolongado, movilidad forzada o indefinición del estatuto jurídico. Esta atribución funcional de competencia —que opera con carácter prioritario cuando los foros generales resultan inaplicables— evidencia la vocación protectora del DIPr. en contextos de vulnerabilidad infantil y su mayor acercamiento con el régimen jurídico de la protección internacional. En consecuencia, la coordinación efectiva entre ambos marcos normativos no solo es posible, sino necesaria para asegurar una intervención rápida, legítima y adaptada a las necesidades del menor extranjero no acompañado.

42. En definitiva, la articulación entre los regímenes del Derecho de asilo y del DIPr. no está exenta de tensiones estructurales¹²², que dificultan la construcción de un marco normativo coherente, uniforme y verdaderamente operativo. En los casos en que no es posible determinar una residencia habitual —circunstancia habitual en contextos de movilidad forzada, tránsito prolongado o indeterminación estatutaria—, se configura lo que parte de la doctrina ha calificado como una “zona gris” de desprotección¹²³. Esta se manifiesta, en particular, en la ausencia de mecanismos eficaces de reconocimiento mutuo de las medidas de protección adoptadas por otros Estados miembros. Si bien el Reglamento 2019/1111 contempla procedimientos de reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental, estos no han sido diseñados específicamente para abordar las complejidades propias de la infancia vulnerable en situación de protección internacional, lo que limita considerablemente su eficacia en

¹¹⁸ El listado que establece el art. 3 del CLH 1996, aunque no es exhaustivo sino meramente indicativo, aparece el nombramiento del representante del menor, tal y como se ha expuesto por Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 21 October 2015, *Vasilka Ivanova Gogova v Ilia Dimitrov Iliev*, C-215/15, FD 27.

¹¹⁹ K. GATZSCHE, “Child protection in flight situations: the Hague Child Protection Convention...”, *loc. cit.*, p. 343.

¹²⁰ C. RUIZ SUTIL, “International removals in contexts of violence between European asylum law and the best interests of the child...”, *loc. cit.*

¹²¹ Tal y como resultó en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), nº 345/2024 de 26-06-2024, ECLI: ES:APB:2024:8931, ante una necesidad sobrevenida de protección, durante la estancia en España, se ha de valorar las medidas de protección derivadas de la denuncia de malos tratos a partir de los supuestos malos tratos de los tutores ucranianos de los menores no acompañados procedentes de Ucrania.

¹²² Sobre las distorsiones entre ambos ámbitos, *vid. M.ª C. CHÉLIZ INGLÉS*, “El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación...”, *loc. cit.*, pp. 37–51

¹²³ A. BELTRAME DE MOURA Y C. LERIN, “The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16 (1), 2024, pp. 95-112

escenarios transfronterizos. Esta insuficiencia normativa revela la necesidad de dotar a las medidas de protección —en especial, aquellas relativas al nombramiento de representantes y tutores— de un verdadero carácter transnacional. Ello exige la creación de mecanismos jurídicos eficaces que garanticen su validez, continuidad y reconocimiento en todos los Estados miembros, ya sea en el Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional, conforme al art. 25 del Reglamento 2024/1351, o en aquel en el que el menor finalmente fije su residencia habitual.

V. Propuesta de creación de un certificado digital europeo de medidas de protección para la infancia no acompañada solicitante de asilo

1. Contenido mínimo del certificado

43. Uno de los principales desafíos que enfrentan los niños y las niñas que llegan solos a las fronteras europeas radica en que, en numerosas ocasiones, no son debidamente identificados ni tratados como menores de edad, en contravención del principio del interés superior consagrado para la infancia en el Derecho internacional y en la normativa europea. En España, y conforme al art. 35 quáter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ha promulgado recientemente el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio (poner en pie de pagina el BOE núm. 176, de 23 de julio de 2025), que establece las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria con el fin de garantizar la protección del interés superior de la infancia y adolescencia migrante no acompañada. Esta normativa demuestra la necesidad de articular mecanismos específicos de actuación ante escenarios excepcionales de movilidad migratoria, consolidando así la protección jurídica del menor dentro del marco nacional. De igual manera, la movilidad transnacional de este colectivo pone en evidencia una grave carencia estructural en los sistemas actuales de protección¹²⁴, como la ausencia de datos fiables y de registros oficiales a nivel de la Unión que permita su seguimiento y localización¹²⁵. Tal es la situación que se hace imperativo reforzar los mecanismos de cooperación administrativa y judicial, así como establecer procedimientos comunes de reconocimiento mutuo de las medidas de protección adoptadas por un Estado miembro, particularmente aquellas relativas al nombramiento de representantes legales o a la tutela.

44. La complejidad inherente a la protección transfronteriza de los menores extranjeros no acompañados exige no solo una mayor armonización normativa en el ámbito europeo, aunque también el desarrollo de soluciones tecnológicas interoperables que favorezcan la aplicación eficaz de los instrumentos jurídicos vigentes. La efectiva garantía de los derechos de estos menores requiere una cooperación institucional ágil, estructurada y fiable entre las autoridades competentes de los Estados miembros. Asimismo, a pesar de los mecanismos previstos de cooperación entre autoridades centrales previstos en ambos instrumentos, se constatan importantes carencias prácticas, entre las que destacan las dificultades probatorias, los requisitos formales de traducción en determinados casos o la escasa coordinación entre los distintos órganos competentes de los distintos Estados miembros.

45. En efecto, incluso en los supuestos en los que cabría esperar un reconocimiento automático de las medidas de protección adoptadas en favor de menores, conforme a lo previsto a lo dispuesto en el art. 23 del CLH 1996 y, en el contexto intraeuropeo, con lo recogido en los arts. 30 a 32 del Reglamento 2019/1111, persisten relevantes obstáculos operativos que dificultan su aplicación efectiva. Entre los

¹²⁴ La Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre la protección del ISN en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo (2016/2575(RSP)) ya pedía que los Estados miembros pudieran introducir sistemas de seguimiento y evaluación (con estadísticas pertinentes desglosadas con criterios socioeconómicos y por nacionalidades), en un marco de coordinación nacional, sobre los casos transfronterizos que impliquen a menores. También recomendaba que la Comisión coordine la transferencia de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros.

¹²⁵ S. SANZ CABALLERO, “Migration of Unaccompanied Children: Is the EU...?”, *loc. cit.*, donde se denuncia que, a pesar de los esfuerzos legislativos, persisten problemas como la falta de datos confiables, la descoordinación entre Estados miembros y la priorización de controles fronterizos sobre el bienestar infantil.

más relevantes se encuentran las dificultades probatorias, los requerimientos formales de traducción en ciertos supuestos o la escasa coordinación administrativa entre las autoridades de los distintos Estados. Tales deficiencias afectan especialmente a decisiones de carácter urgente, como la designación de un representante legal, el establecimiento de un tutor legal o la adopción de medidas inmediatas de acogimiento, cuya eficacia transfronteriza puede verse comprometida por la ineficiencia de los canales de cooperación transfronteriza existentes¹²⁶. Ello genera una situación de incertidumbre jurídica que vulnera el interés superior del menor no acompañado y pone en riesgo la continuidad de su protección.

46. Desde esta perspectiva, la introducción de un certificado digital europeo de medidas de protección a favor de la infancia extranjera no acompañada puede suponer un cambio estructural en la manera en que se articula la cooperación entre autoridades competentes, particularmente en contextos de protección internacional y asilo. La creación de dicho instrumento digital se configura como un punto de partida idóneo para reforzar la eficacia del sistema vigente, al actuar como mecanismo auxiliar destinado a facilitar la formalización, transmisión y reconocimiento transfronterizo de las decisiones adoptadas en interés de estos menores.

47. En esta línea, este certificado actuaría como un vehículo técnico y jurídico para favorecer la cooperación entre autoridades y el reconocimiento de medidas, conforme a lo previsto en el Reglamento 2019/1111¹²⁷. Su finalidad no sería establecer un régimen sustantivo nuevo, sino reforzar la operatividad del marco normativo vigente, asegurando que las decisiones adoptadas puedan circular eficazmente en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión. El certificado proyectado se concibe como un instrumento complementario, no sustitutivo, que documenta de forma estandarizada y electrónicamente verificable las medidas adoptadas en el interés superior del menor, garantizando su portabilidad y eficacia en contextos transfronterizos de asilo. Se trata, en definitiva, de un documento que no crea derechos nuevos, pero que acredita de manera fiable la existencia, vigencia y contenido de una medida de protección, facilitando su reconocimiento y aplicación en otros Estados miembros.

48. Ahora bien, la viabilidad del certificado digital europeo requiere una arquitectura jurídica sólida que garantice su validez, eficacia y ejecutabilidad en todo el territorio de la Unión. Para ello, resulta imprescindible una articulación coherente entre los instrumentos del DIPr., el Derecho de la Unión Europea y los marcos normativos nacionales en materia de infancia, protección internacional y cooperación administrativa. Solo a través de esta integración normativa será posible reforzar la coordinación transfronteriza y asegurar una protección efectiva de los niños y niñas migrantes que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

2. Funcionamiento técnico y jurídico del certificado digital

49. Con el propósito de garantizar la interoperabilidad y la uniformidad del certificado digital europeo de medidas de protección adoptadas a favor de menores extranjeros no acompañados, su contenido deberá estructurarse mediante un formulario común armonizado a nivel de la Unión, siguiendo el modelo previsto en otros instrumentos jurídicos, como el certificado sucesorio europeo regulado por el Reglamento 650/2012¹²⁸, o el certificado relativo a resoluciones en materia de responsabilidad parental contemplado en el Reglamento 2019/1111.

¹²⁶ A. BELTRAME DE MOURA Y C. LERIN, “The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children...”, *loc. cit.* p. 25.

¹²⁷ Se establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro han de ser reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno. Asimismo, se determina los documentos que deben presentarse para dicho reconocimiento: copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad y el certificado apropiado, y prevé los supuestos de suspensión del procedimiento (art. 30 y ss. Reglamento 2019/1111).

¹²⁸ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

50. Desde nuestro punto de vista, y siguiendo las orientaciones establecidas en el paquete de medidas sobre justicia digital de la UE¹²⁹, para que este certificado cumpla su función eficaz en el marco de la cooperación transfronteriza, debe incorporar una serie de elementos jurídicos esenciales que aseguren su validez formal, utilidad práctica y reconocimiento automático en el conjunto de los Estados miembros. En particular, su estructura debe ser clara, estandarizada y contener una carga informativa suficiente que permita su interpretación y aplicación por parte de las autoridades competentes de otros Estados. Entre los componentes fundamentales que el certificado debería incluir, cabe destacar: 1) datos identificativos del menor no acompañado, tales como nombre completo, fecha de nacimiento, nacionalidad y situación migratoria, conforme a la información disponible en los registros administrativos o migratorios pertinentes; 2) especificación clara de la medida adoptada, con indicación precisa de su naturaleza —por ejemplo, el nombramiento de un representante o tutor legal— así como cualquier otra intervención jurídica relevante; 3) fundamento jurídico de la decisión, incluyendo la base normativa nacional y/o internacional que la sustenta, la autoridad que la ha emitido, la fecha de adopción, el periodo de vigencia y, en su caso, la fecha prevista para su revisión o expiración; 4) información sobre recursos y mecanismos de revisión, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas, incluyendo las vías de impugnación disponibles en el Estado de origen; 5) datos de contacto de la autoridad emisora, con el objetivo de facilitar la cooperación posterior entre Estados miembros y asegurar un canal ágil, seguro y verificable para el intercambio de información en el contexto de procedimientos administrativos o judiciales conexos. En todo caso, la integración de estos elementos no solo refuerza la fiabilidad jurídica del certificado, sino que contribuye a estandarizar y simplificar los procesos de reconocimiento de medidas en contextos transfronterizos, mejorando con ello la protección efectiva de los menores extranjeros no acompañados en la UE.

51. Además, su eficacia jurídica se verá fortalecida por su compatibilidad con el sistema de reconocimiento automático establecido en el Reglamento 2019/1111. En efecto, un certificado emitido por una autoridad del Estado miembro en el que el menor se halle presente podrá ser reconocido de pleno derecho en el resto de los Estados miembros, en caso de producirse una situación de movilidad intraeuropea, salvo que concurren motivos excepcionales que justifiquen su no reconocimiento. Por lo que respecta a su ejecutabilidad, en aquellos supuestos en que la medida incorporada en el certificado implique una obligación concreta —como puede ser el traslado del menor, la entrega a un representante legal o la imposición de una tutela—, será necesario acompañar el certificado de la resolución original correspondiente. Su ejecución se regirá por los mecanismos previstos en el citado Reglamento, sin que sea preciso recurrir al procedimiento de exequátur.

3. Dimensión digital y garantías en materia de protección de datos

52. La eficacia operativa del certificado digital europeo relativo a las medidas de protección adoptadas a favor de menores extranjeros no acompañados deberá sustentarse en una base jurídica sólida, una infraestructura tecnológica segura, interoperable y conforme con los estándares europeos en materia de identificación electrónica y protección de datos personales, gestionada o coordinada por una entidad pública europea. En este sentido, la emisión, almacenamiento y verificación del certificado deberá llevarse a cabo a través de plataformas digitales confiables, preferentemente integradas en el marco del nuevo sistema europeo de identidad digital regulado por el Reglamento (UE) 2024/1183 (e-IDAS 2)¹³⁰, que modifica el Reglamento (UE) n° 910/2014 (e-IDAS)¹³¹. Esta normativa establece un ecosiste-

¹²⁹ Como el referido Reglamento 2023/2844 sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, acompañado de la Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial, DOUE L 2023/2843, 27.12.2023.

¹³⁰ DOUE L 2024/1183, 30.4.2024, que entró en vigor el 20 de mayo de 2024, con el objeto de mejorar su eficacia, extender sus beneficios al sector privado y promover unas identidades digitales de confianza para todos los europeos.

¹³¹ DOUE núm. 257, de 28 de agosto de 2014. El 20 de mayo de 2024 entró en vigor el Reglamento (UE) 2024/1183 del

ma de confianza digital que permite la creación de documentos jurídicos verificables, dotados de plena validez y portabilidad en todo el territorio de la Unión, lo que garantizaría su autenticidad, trazabilidad y valor jurídico probatorio. En el caso del certificado de medidas de protección de menores, resultará imprescindible que cuente con una firma electrónica cualificada emitida por un prestador autorizado, que garantice su autenticidad, integridad y trazabilidad, elementos esenciales para el reconocimiento mutuo automático.

53. Ahora bien, el carácter sensible de los datos personales que contendrá el certificado —relativos a menores de edad en situación de especial vulnerabilidad— exige una atención reforzada en materia de protección de datos. Su tratamiento deberá ajustarse plenamente al Reglamento (UE) 2016/679¹³² (Reglamento General de Protección de Datos), particularmente en lo recogido en su art. 8, al hacer mención expresa a los menores de edad¹³³. En este sentido, se deberán observarse los principios de licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización y exactitud de los datos; limitación del plazo de conservación; e integridad y confidencialidad. Para garantizar la conformidad con dichos principios, será necesario implementar mecanismos técnicos y organizativos adecuados, entre los que cabe destacar el acceso restringido exclusivamente a autoridades competentes, la creación de un sistema de trazabilidad que registre las consultas realizadas, la caducidad automática del certificado una vez concluida la vigencia de la medida de protección, y el deber de informar de manera clara y accesible al menor y/o a su representante legal sobre el tratamiento de sus datos personales, así como de asegurar el pleno ejercicio de sus derechos en esta materia.

54. Este certificado digital, además, se alinea con las estrategias de digitalización de la justicia impulsadas por la Unión Europea, entre las que destacan el Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX)¹³⁴, que establece una infraestructura segura para el intercambio transfronterizo de datos en el ámbito judicial, junto al más reciente Reglamento (UE) 2023/2844, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos civiles, mercantiles y penales con dimensión transfronteriza¹³⁵, cuya implementación será clave para la consolidación de una justicia en red, interoperable y accesible a escala europea.

55. En esta misma línea, y con el objetivo de reforzar la confianza y la protección de la privacidad en este nuevo entorno digital, el marco regulador contempla la creación de la Cartera Europea de Identidad Digital (*European Digital Identity Wallet*, EUDI Wallet)¹³⁶, que permitirá a los ciudadanos —incluidos los menores, a través de sus representantes legales— almacenar y gestionar de forma segura sus credenciales electrónicas. En este contexto, el certificado digital de medidas de protección podría integrarse como una credencial electrónica jurídicamente válida, accesible y verificable por las

Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital, con el objeto de mejorar su eficacia, extender sus beneficios al sector privado y promover unas identidades digitales de confianza para todos los europeos.

¹³² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE núm. 119, de 4.5.2016.

¹³³ Sobre el tema, M^a. C. GETE-ALONSO y CALERA, “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIĆ (COORDS.), *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, 2018; M^a.C. García Garnica, “Datos personales y menores de edad”, en I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M. CASTILLA BAREA (COORDS.), *Protección de Datos Personales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 161-238; A. PIÑAR REAL, “Los menores de edad en el Reglamento General de Protección de Datos”, *Revista de Jurisprudencia*, julio de 2019; M. MORILLAS FERNÁNDEZ, “La protección de datos, atendiendo a la edad de los usuarios, como garantía en la prevención de los riesgos de la sociedad digital”, *Revista internacional Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 29, junio de 2023, pp. 65-90.

¹³⁴ DOUE L 150, 1.6.2022,

¹³⁵ DOUE L 2023/2844, 27.12.2023

¹³⁶ *Vid.* <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/factpages/european-digital-identity-wallet>

autoridades competentes de todos los Estados miembros, reforzando así su operatividad y facilitando su circulación transfronteriza.

56. El diseño técnico de esta herramienta deberá incorporar medidas avanzadas de protección de datos, tales como la pseudonimización y los mecanismos de prueba criptográfica de conocimiento cero (*zero-knowledge proofs*)¹³⁷, que permiten verificar determinados atributos sin revelar la totalidad de la información personal, limitando así el acceso a los datos estrictamente necesarios. Estas garantías técnicas refuerzan la confidencialidad del sistema y reducen significativamente los riesgos asociados al tratamiento de información sensible relativa a menores en situación de vulnerabilidad. A ello se suma la exigencia de utilizar software de código abierto, la realización de auditorías periódicas de ciberseguridad y la implementación de controles transparentes y verificables, lo que incrementa la solidez, fiabilidad y legitimidad institucional del sistema en su conjunto.

57. La gestión del certificado digital podría encomendarse a las autoridades centrales designadas conforme al Reglamento 2019/1111, quienes estarían en condiciones de asumir funciones esenciales de verificación de autenticidad, coordinación entre autoridades nacionales y canalización de información complementaria. Su participación permitiría consolidar un sistema descentralizado pero interoperable, en el que la comunicación entre tribunales, servicios de protección de menores y estructuras de acogida se vería significativamente reforzada. En este sentido, el certificado digital no solo contribuiría a optimizar los canales de cooperación ya existentes, sino que posibilitaría respuestas más ágiles, coordinadas y adaptadas a las necesidades concretas de los menores no acompañados, especialmente en contextos de traslado urgente o de emergencia humanitaria.

58. La naturaleza digital del instrumento permitiría su consulta anticipada por parte de las autoridades competentes del Estado de destino —ya sean administrativas o judiciales— y, con ello, la preparación proactiva de los recursos necesarios, como plazas de acogida, designación de tutores, servicios sanitarios o educativos. De este modo, el certificado adquiriría también una función anticipatoria y preventiva, al facilitar la planificación eficaz de las medidas de protección y prevenir discontinuidades en la respuesta institucional. En consecuencia, más allá de su valor como medio de prueba y como documento jurídicamente vinculante, el certificado se proyecta como un verdadero dinamizador de la cooperación administrativa y judicial en materia de infancia, contribuyendo a construir un modelo de justicia transfronteriza digital, accesible y garantista.

59. Asimismo, el certificado podría integrarse como herramienta de apoyo estructural al funcionamiento de la Red Europea de Tutores (*European Guardianship Network*)¹³⁸, al sistematizar la información relativa a la designación de representantes legales, la evolución del expediente del menor y las medidas adoptadas en su favor. A través de una plataforma digital común, tales actuaciones podrían registrarse y seguirse de forma estructurada, lo que permitiría garantizar la continuidad y la coordinación inmediata de la representación o tutela en los distintos Estados miembros por los que transite el menor, asegurando una protección más eficaz, coherente y duradera.

60. En suma, la adopción de un certificado digital europeo, emitido electrónicamente, con firma cualificada y a través de una plataforma oficial segura, constituiría un avance cualitativo en el ámbito del reconocimiento automático de medidas de protección infantil, al reducir las incertidumbres vinculadas a la autenticidad, la competencia o el contenido de las resoluciones adoptadas en el Estado de origen. Ello permitiría su reconocimiento inmediato por parte de las autoridades del país de destino, sin necesidad

¹³⁷ El cifrado de conocimiento cero se basa en técnicas criptográficas que emplean algoritmos y funciones de muy difícil reversibilidad (cifrados, funciones hash, aritmética modular, etc.). Aplicando el ZKP a la protección de datos, permite cumplir con el principio de minimización de datos y con la limitación en la accesibilidad a los datos, recogidas en el art. 25 del Reglamento Europeo de Protección de Datos.

¹³⁸ <https://www.egnetwork.eu/>

de recurrir a legalizaciones, traducciones certificadas u otras formalidades que actualmente dificultan la cooperación efectiva. A nuestro entender, la propuesta tecnológica aquí defendida tiene el potencial de configurar un modelo funcional de certificado digital europeo de medidas de protección para menores extranjeros no acompañados en contextos de asilo, que combine seguridad jurídica, eficacia probatoria, interoperabilidad administrativa y respeto pleno a los derechos fundamentales de la infancia extranjera. Un instrumento de esta naturaleza permitiría avanzar hacia un sistema más integrado, ágil y protector, capaz de garantizar la continuidad y efectividad de las medidas de protección en situaciones de movilidad transnacional de la infancia extranjera, al tiempo que fortalece la cooperación interestatal sobre la base de un compromiso renovado con el interés superior del menor como principio rector.

VI. Conclusiones

61. Los menores que se ven forzados a abandonar sus países de origen a causa de conflictos armados, disturbios generalizados o situaciones de violencia estructural constituyen un grupo especialmente vulnerable, sobre todo cuando emprenden esta travesía sin el acompañamiento de un adulto responsable. Esta situación exige respuestas jurídicas específicas por parte de los Estados de acogida, particularmente en el contexto europeo, donde confluyen normas del DIPr., el Derecho de la Unión y el sistema común de asilo. En el presente trabajo se ha analizado el complejo entramado normativo aplicable a la infancia extranjera no acompañada solicitante de asilo, centrando la atención en la articulación entre los distintos instrumentos, muy especialmente el Reglamento 2019/1111, el CLH 1996 y las nuevas disposiciones de protección internacional adoptadas en el marco del Pacto sobre Migración y Asilo.

62. Desde una perspectiva sustantiva, hemos sostenido la necesidad de adoptar una interpretación amplia e inclusiva del concepto de “menor refugiado” contemplado en el art. 6 del CLH 1996 y en el art. 11.2 del Reglamento 2019/1111, a efectos de determinar la autoridad competente para la adopción de medidas de protección. Esta interpretación debe extenderse no solo a los niños y niñas que hayan sido formalmente reconocidos como refugiados, sino también a los solicitantes de asilo, beneficiarios de protección subsidiaria, personas apátridas, titulares de una autorización de residencia por razones humanitarias, menores desplazados internacionalmente, así como a aquellos cuya residencia habitual no pueda determinarse, supuesto que, a diferencia de los demás, sí está expresamente contemplado en las disposiciones citadas. Más allá del estatuto migratorio reconocido, la efectividad del principio del interés superior del menor, que constituye la piedra angular del sistema de protección internacional de la infancia, tanto en el plano europeo como internacional, exige garantizar una protección integral y sin discriminaciones de la infancia que se encuentre en situación de necesidad, con independencia de su situación administrativa o del grado de formalización de su protección internacional.

63. En este marco, se ha subrayado que la mera presencia del menor en el territorio de un Estado parte activa la competencia de sus autoridades para adoptar medidas de protección, civiles o administrativas, incluso las de carácter cautelar o urgente. A partir de junio de 2026, con la aplicación de los nuevos Reglamentos y Directiva de asilo, las autoridades y responsables de los menores solicitantes de protección internacional deben estar atentos a reforzar los estándares comunes de identificación, registro, acogida y representación legal y asignación del tutor legal para la infancia extranjera no acompañada, mejorando sustancialmente la respuesta institucional desde el primer contacto hasta la finalización del sistema de protección internacional.

64. No obstante, se constata aún una grave disfunción estructural en la coordinación transfronteriza de las medidas adoptadas a la luz del DIPr.: la falta de un mecanismo armonizado y operativo de registro, transmisión y reconocimiento automático de decisiones de protección impide garantizar su continuidad cuando el menor se traslada a otro Estado miembro. Esta laguna normativa genera situaciones de desprotección y de inseguridad jurídica, contrarias al interés superior del menor y al principio de confianza mutua entre autoridades.

65. En respuesta a este déficit, el presente estudio ha propuesto la creación de un certificado digital europeo de medidas de protección a favor de la infancia extranjera no acompañada en contextos de asilo. Se trata de un instrumento jurídico y tecnológico destinado a documentar, de manera estandarizada, jurídicamente vinculante y electrónicamente verificable, las medidas adoptadas por las autoridades competentes, facilitando su reconocimiento y ejecución automática en otros Estados miembros. Esta propuesta se alinea con los principios del Reglamento 2019/1111 y se sustenta en el marco europeo de identidad digital (e-IDAS 2), así como en las estrategias de digitalización de la justicia promovidas por la Unión, como los Reglamentos 2022/850 (sistema e-CODEX) y el de 2023/2844.

66. El certificado digital reforzaría el principio de confianza mutua al permitir que las decisiones adoptadas por un Estado miembro sean reconocidas sin necesidad de legalizaciones, traducciones certificadas u otras formalidades. De este modo, se facilitaría una cooperación más ágil, segura y orientada a las necesidades concretas del menor no acompañado en contextos de movilidad transfronteriza. Además, su integración en la Cartera Europea de Identidad Digital (*EUDI Wallet*) facilitaría su accesibilidad para las autoridades competentes, asegurando su validez, trazabilidad y portabilidad. La incorporación de tecnologías avanzadas, como la pseudonimización o los sistemas de prueba criptográfica de conocimiento cero, junto con exigencias de código abierto y auditorías periódicas, refuerza su legitimidad técnica y su adecuación al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

67. Desde el punto de vista funcional, este instrumento permitiría reducir los tiempos de tramitación, habilitar su consulta anticipada por parte de las autoridades del Estado de destino, y garantizar una mejor planificación de los recursos de acogida, incluidos los tutores legales y los servicios básicos. Este certificado proyecta una función preventiva, probatoria y de gobernanza digital que trasciende el plano formal, convirtiéndose en un catalizador de una justicia transfronteriza accesible y protectora. Para su implementación, se requerirá una decidida voluntad política, inversiones sostenidas en infraestructura digital, formación especializada de los operadores jurídicos e institucionales, y una visión estratégica centrada en el reconocimiento del menor extranjero no acompañado como sujeto pleno de derechos. La eficacia del certificado dependerá de su interoperabilidad entre sistemas nacionales, de su aceptación judicial y de su integración armónica en el ecosistema europeo de protección de la infancia.

68. En definitiva, la UE se enfrenta al imperativo de consolidar un sistema de protección más coherente, inclusivo y adaptado a las realidades de la movilidad contemporánea de la infancia no acompañada. La digitalización del reconocimiento de medidas de protección no es solo una exigencia técnica, sino también una oportunidad para profundizar en la integración normativa y reforzar los compromisos éticos asumidos en materia de derechos del niño. La doctrina más reciente coincide en señalar que el DIPr. debe ser complementado con herramientas innovadoras que traduzcan las exigencias de protección en soluciones operativas. En esta línea, el certificado digital europeo de medidas de protección para los menores no acompañados en contextos de asilo representa una propuesta estratégica de convergencia entre técnica jurídica y realidad administrativa, llamada a constituir una pieza clave en la construcción de un sistema europeo de protección de la infancia verdaderamente transnacional, efectivo y humanamente sensible.

Algunas reflexiones sobre el Derecho de la UE en materia de filiación adoptiva: Perspectivas de futuro¹

Some reflections on EU law on adoptive parentage: Future perspectives

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente

Recibido:09.06.2025 / Aceptado:25.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2025.9898

Resumen: Los vínculos jurídico-legales derivados de la institución adoptiva pueden plantear inconvenientes cuando presentan un elemento internacional, en virtud del cual, la situación quedaría vinculada con los ordenamientos jurídicos de distintos Estados, cuyas discrepancias podrían dar lugar a resoluciones claudicantes. Con la finalidad de garantizar los principios del interés superior del niño y de no discriminación, se adoptó la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones. Igualmente relevante resulta la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo.

Palabras clave: adopción transfronteriza, Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional Privado, reconocimiento de resoluciones.

Abstract: Legal-legal links arising from the institution of adoption can be problematic when they have an international element, whereby the situation would be linked to the legal systems of different States, the discrepancies of which could lead to claudicating decisions. In order to ensure the principles of the best interests of the child and non-discrimination, the European Parliament Resolution of 2 February 2017 on the cross-border aspects of adoption was adopted. Equally relevant is the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parentage and the creation of a European Certificate of Parentage.

Keywords: Intercountry adoption, European Union law, Private International Law ,recognition of decisions.

Sumario: I. Planteamiento general de la cuestión. II. Líneas fundamentales de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones. III. Algunas consideraciones de interés sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción. IV. La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo: Aspectos básicos relativos al sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales aplicable a la institución adoptiva. V. Breves reflexiones finales.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

I. Planteamiento general de la cuestión

1. Los vínculos que se generan en las relaciones de familia por circunstancias jurídico-legales, como los derivados de la institución adoptiva, pueden plantear situaciones que afecten a sujetos especialmente vulnerables y necesitados de protección, como los menores de edad. Los inconvenientes se incrementan cuando la filiación adoptiva presenta un elemento internacional, en virtud del cual, la situación quedaría vinculada con los ordenamientos jurídicos de distintos Estados, que podrían presentar discrepancias en sus regulaciones. Estas divergencias entre sistemas jurídicos resultan más evidentes en el sector de la validez extraterritorial de decisiones, en tanto que pueden dar lugar a resoluciones claudicantes, válidamente decretadas en el Estado de origen, pero, cuyo reconocimiento no se va a otorgar en el Estado de recepción, ocasionando indefensión y situaciones de desprotección.²

2. A este respecto, no puede desconocerse que la aparición en el marco de la Unión Europea de nuevos modelos de familia también influye en el ámbito de la filiación adoptiva (adopción por personas del mismo sexo, adopción monoparental, etc.) y tampoco hay que olvidar que los efectos de la institución adoptiva no se regulan de la misma manera en todos los ordenamientos jurídicos (adopción simple, adopción de mayores de edad). Por este motivo, tanto el TEDH³ como el TJUE⁴, han unificado determinados conceptos propios del Derecho de familia (“vínculo de filiación”, “vida familiar”) a la hora de aplicar, en el primer caso, el CEDH⁵ y, en el segundo, el Derecho de la Unión Europea, debido a los problemas que se han suscitado en referencia al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE⁶) y al derecho a la libre circulación y residencia (art. 21 TFUE⁷ y art. 45 CDFUE). Ello ha dado lugar a definiciones autónomas, independientes de las previstas en los ordenamientos de los Estados,

² Téngase en cuenta aquí que, tanto de la jurisprudencia del TJUE como de la doctrina sentada por el TEDH, que se mencionará más adelante, se desprende que, tratándose de situaciones transfronterizas en las cuales es fácil encontrarse con situaciones claudicantes, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, sin que quepan las respuestas generales ni en la aplicación de determinados principios, como, por ejemplo, el del interés del menor, ni tampoco de la normativa aplicable. Así se concluye en M.J. SÁNCHEZ CANO Y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de derecho de familia”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N.º 2, 2021, pp. 1070-1085, (<https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6315>).

³ En materia de adopción, Vid. entre otras muchas resoluciones, las SSTDH de 22 enero 2008, Caso E.B. contra Francia (TEDH 2008/4); 13 enero 2009, Caso Todorova contra Italia (TEDH 2009/8); 10 enero 2008, Caso Kearns contra Francia (TEDH 2008/5); o de 13 septiembre 2007, Caso Emonet y otros contra Suiza. También son de interés la STDH de 28 junio 2007, Caso Wagner y JNWL contra Luxemburgo (JUR 2007/147388) o la STEDH de 3 mayo 2011, Caso Négrépontis-Giannisis contra Grecia (TEDH 2011/43). En cuanto a los nuevos conceptos del Derecho de Familia, también es relevante STEDH de 24 enero 2017, n.º 25358/12 (Caso Campanelli y Paradiso contra Italia), comentada por A.M. RUIZ MARTÍN, “El Caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 2, Octubre 2019, pp. 778-791.

⁴ Sobre los nuevos modelos de familia y el respeto a la vida privada y familiar, a título de ejemplo, cabe citar STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - Coman y otros (ECLI:EU:C:2018:385). Sobre las implicaciones en materia de Derecho Internacional privado que contiene esta sentencia, consúltese J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la sentencia del TJUE de 5 junio 2018 en el asunto Coman-Hamilton”, <http://accursio.com/blog/?p=85>; y, M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el As.C-673/16, Coman)”, *Crónica de Derecho Internacional Privado, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, www.reei.org. Igualmente, hay que traer también a colación la STJUE de 26 de marzo de 2019, Asunto C 129/18, SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section (ECLI:EU:C:2019:248), que acoge la doctrina sentada en la STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10 (ECLI:EU:C:2011:866. Acerca de esta resolución, consúltese: N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, n.º 71, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁶ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, «DOCE» núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁷ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

con la finalidad de garantizar la continuidad de las relaciones familiares en supuestos transfronterizos, frente a las limitaciones o restricciones establecidas por los poderes públicos de cada Estado⁸.

3. Por otra parte, cabe tomar en consideración que, de acuerdo con el artículo 67 TFUE, “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”. Como también hay que tener muy presente el principio de mutuo reconocimiento⁹, igualmente aplicable a situaciones propias del Derecho de familia, en cuya virtud, toda situación jurídica válidamente creada al amparo del Derecho de un Estado miembro de la UE ha de ser considerada como válida y existente en los demás Estados miembros de la UE, siempre que se respeten los principios y valores fundamentales que constituyen el orden público internacional del Estado miembro destino.

4. Atendiendo a los anteriores razonamientos y con la finalidad de garantizar los principios del interés superior del niño¹⁰ y de no discriminación, y dentro del respeto de sus derechos fundamentales, se adoptó la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones¹¹, cuyo objetivo consiste en establecer normas mínimas comunes en materia de adopción, con las cuales se pretende solventar las divergencias existentes entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, especialmente, en lo que respecta a los principios que deben regir el procedimiento de adopción y en lo referente a los efectos jurídicos del proceso de adopción. De dicha resolución trae causa la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción.

5. En el marco de la Unión Europea resulta igualmente relevante la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo¹². De dicho instrumento, por lo que respecta a la filiación adoptiva, entre otras cuestiones, cabe resaltar:

- 1ª Prevé que la adopción internacional, en la que el hijo o la hija y el progenitor o los progenitores adoptivos tengan su residencia habitual en diferentes Estados, se regirá por el CH 1993.
 - 2ª El Reglamento no deberá aplicarse a la adopción internacional, con independencia de que afecte a dos Estados miembros o a un Estado miembro y a un tercer Estado, y de que la adopción internacional esté o no cubierta por el CH 1993.
 - 3ª La Propuesta no se aplica al establecimiento de la filiación en situaciones nacionales sin elementos transfronterizos, como la adopción nacional en un Estado miembro, aunque sí opera respecto del reconocimiento de la filiación determinada en tales situaciones nacionales en un Estado miembro.
 - 4ª El Reglamento debe abarcar tanto la adopción plena como la adopción simple.
6. Todas estas cuestiones se desarrollarán con más detalle a lo largo del presente trabajo.

⁸ A este respecto, además del Caso Wagner y JNWL contra Luxemburgo (JUR 2007/147388), Vid. la STEDH de 4 octubre 2012, Caso *Affaire Harroudj* contra Francia (rec. 43631/2009), y la STDH de 16 diciembre 2014, Caso *Chbihi Loudoudi y otros* contra Bélgica (TEDH 2014/101).

⁹ Art.67.4 TFUE: “La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.” Vid. también art.81 TFUE: “1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.”

¹⁰ En relación con el principio del interés del menor, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 - *Chavez-Vilchez y otros* (ECLI:EU:C:2017:354).

¹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones (2015/2086(INL)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017IP0013>.

¹² Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. Vid. y <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017IP0013>.

II. Líneas fundamentales de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones¹³

7. Primeramente, del marco normativo del que parte la citada Resolución parece oportuno destacar las referencias al principio de reconocimiento mutuo, antes mencionado (art.67.4 TFUE), con especial atención en el procedimiento para establecer medidas para garantizar el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia de Derecho de Familia con repercusión transfronteriza, así como su ejecución de decisiones (art.81 TFUE). Igualmente, la Resolución reseña otros textos internacionales de particular relevancia en relación con las adopciones transfronterizas, como son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹⁴ (con mayor interés en los arts. 7, 21 y 35), la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000¹⁵, el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993¹⁶, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (en adelante, CH 1993)¹⁷ y el documento temático del comisario para los Derechos Humanos titulado «*Adoption and Children: a Human Rights Perspective*» (la adopción y los niños desde la perspectiva de los derechos humanos), publicado el 28 de abril de 2011¹⁸. Estas normas y muy en especial, el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1980 y el CH 1993, encuentran su reflejo en las normas mínimas comunes en materia de adopción que, seguidamente, enuncia la Resolución.

9. Así, en cuanto tales normas mínimas, en primer lugar, la Resolución se remite a los principios del interés superior del niño¹⁹ y de no discriminación, dentro del respeto de sus derechos fundamentales e incidiendo en la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto. No resulta de extrañar que el Parlamento Europeo mencione en primer lugar tales principios, habida cuenta que constituyen valores fundamentales en materia de protección de menores. En concreto, el principio de no discriminación se encuentra recogido en el art.2 Convenio sobre los Derechos del Niño de 1980, mientras que el principio del interés del menor se contempla en su art.3 como una consideración primordial a tomar en consideración en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos; y también, en el art.21, se establece el interés del menor como criterio inspirador de la adopción..

¹³ Esta resolución es objeto de estudio en: D. MENICHINI, “Reconocimiento mutuo de decisiones y adopción internacional. Situación europea”, *La Protección de la infancia migrante frente a las diferentes caras de la violencia de género, la discriminación y la trata* / coord. por A. LARA AGUADO, P. MELGAREJO CORDÓN, M. E. VÍLchez VIVANCO, Madrid, Sepin, 2022; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Identidad personal transfronteriza y derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección ESTUDIOS, Miscelánea/Miscellany, Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 157-179, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.02>.

¹⁴ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁵ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2002.

¹⁶ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, «BOE» núm. 18

¹⁷ En referencia al CH 1993, puede consultarse, G. PARRA ARANGUREN, *Informe Explicativo relativo al Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, <https://assets.hch.net/docs/9962f11b-1df5-4c7a-96fa-e03054d7abf9.pdf>.

¹⁸ [Vid.https://rm.coe.int/adoption-and-children-a-human-rights-perspective-issue-paper-commissio/16806dac00](https://rm.coe.int/adoption-and-children-a-human-rights-perspective-issue-paper-commissio/16806dac00).

¹⁹ Sobre el principio del interés del menor en Derecho Internacional Privado, Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El “interés del menor” como factor de evolución y progreso del Derecho internacional privado”, *Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y legislación de Cataluña*, noviembre 1993, pp.15 y 56-58. En relación con el principio del interés del menor como principio fundamental que integra el orden público internacional español, resultan muy ilustrativas las reflexiones que realizan A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) Gestación por sustitución en California”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil* / M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), Vol. 6, 2016 (2013-2014 / coord. por J. ESPIN GRANIZO), pp. 395-410.

10. Específicamente, en materia de adopción internacional, el CH 1993, con carácter general, muestra su preocupación por que se garantice que las adopciones internacionales vayan a tener lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, estando presente igualmente este precepto a lo largo de su articulado (arts. 1, 4, 16, 21 y 24)²⁰. Y por último, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, tampoco hay que olvidar que el principio del interés del menor está previsto expresamente en el art.24.2 CDFUE.

11. La Resolución estipula igualmente que “la finalidad de la adopción no es conferir a los adultos el derecho a tener un hijo²¹, sino ofrecer a los niños un entorno estable de cariño y atención en el que criarse y desarrollarse en armonía”. De este modo, el Parlamento Europeo sigue la línea establecida en el Preámbulo del Convenio sobre Derechos del Niño de 1980 y en el CH 1993, en el sentido de que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Esto enlazaría con el requisito de idoneidad de los adoptantes, previsto en el art.5.a) CH 1993²².

12. Estas reglas mínimas que establece la Resolución se estipulan para la adopción de menores de dieciocho años o menores de edad según su ley personal. El Parlamento Europeo no sigue en este punto al CH 1993, que resultan aplicables hasta que el niño cumpla los dieciocho años de edad (art.3). Por otra parte, debe recordarse que el art.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño dispone que “*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

13. La armonía entre los derechos del niño adoptado y de sus progenitores, a la que atiende especialmente el Convenio sobre los Derechos del Niño (particularmente, en los art.8, 9, 20 y 21) también es tomado en consideración por la Resolución en varios de sus Considerandos. Así, el Considerando D se refiere “*al justo equilibrio entre el derecho del niño adoptado a conocer su verdadera identidad y el derecho de los progenitores a proteger la suya*”; mientras que los Considerandos E y F, respectivamente, aluden a que las circunstancias económicas no han de tenerse en cuenta a la hora de retirar la patria potestad a los padres y acordar la adopción del menor, así como la exigencia de que los procedimientos de adopción no se inicien con anterioridad a la decisión de retirada de la patria potestad a los progenitores y al derecho de éstos a oponerse a dicha decisión, que, si no se adopta con las debidas garantías procesales, puede no ser objeto de reconocimiento en los demás Estados miembros²³.

14. Al mismo tiempo, el Parlamento Europeo reitera el derecho del menor a ser oído, en cumplimiento del art.12 del Convenio sobre los Derechos del Niño, instando a que se cuente con su opinión, si tiene suficiente juicio. y en su caso, con el consentimiento para su adopción, siguiendo la línea establecida en el art.4.3 CH 1993²⁴.

²⁰ Sobre el interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Dipr, consúltese: M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Lexnova, 2004.

²¹ Sobre este particular se ha pronunciado el TEDH en la STEDH de 3 de mayo de 2011 (Caso NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS c. GRECIA), ya referenciada, donde se deja sentado que el derecho a adoptar no se encuentra garantizado como tal en el CEDH. Igualmente, de la STDH de 26 de febrero de 2002, Caso Fretté c. Francia ((nº 36515/97), se desprende que la finalidad de la adopción es encontrar una familia adecuada para un niño y no un niño para una familia.

²² El CH 1993, entre otras cautelas, establece, en su art.5. a), la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que “*los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar*”.

²³ En este punto, no puede desconocerse que la normativa internacional antes citada consagra el principio de la subsidiaridad de la adopción y de prioridad de la propia familia. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-(STEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson I v.Suecia)-sostiene que “*toda medida de separación de un menor de su familia debe ser concebida en principio como temporal, revocándose tan pronto como las circunstancias lo permitan*”. Sobre condenas recientes por parte del TEDH contra Noruega y España por decisiones en las que se acordaba la adopción de menores sin el consentimiento de los padres biológicos, Vid. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la tutela de la administración y la separación de los menores de sus padres biológicos en casos de abandono y/o maltrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, pp. 602-616, - www.uc3m.es/cdt - DOI: 10.20318/cdt.2024.8933.

²⁴ En relación con el art.12 de la Convención, Vid. *Observación general Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*,

15. Asimismo, hay que destacar la mención expresa que realiza la Resolución al art.21 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1980, como principal punto de referencia para cualesquiera procedimientos, medidas o estrategias relacionadas con adopciones en un contexto transfronterizo, al tiempo que se respeta el interés superior del niño, así como a la preocupación del legislador por que se refuercen las medidas de cooperación en la lucha contra la delincuencia y la corrupción en la Unión Europea. A este respecto, no hay que olvidar las cautelas que introduce en CH 1993, sobre todo, en sus arts.4.y 8.

16. Por último, el Parlamento Europeo ha entendido que, antes de dar al niño en adopción, hay que propiciar la integración del menor en su propia familia y la colocación de hermanos en la misma familia adoptiva, en conjunción con el art.9 del Convenio sobre los Derechos del Niño, que establece el principio de prioridad de la propia familia. Junto a ello, en cumplimiento de lo estipulado en el art.20 del Convenio sobre los Derechos del Niño, la Resolución aboga por que en supuestos de adopción transfronteriza se tengan en cuenta y se respeten en la medida de los posible, las tradiciones culturales y lingüísticas del niño.

17. Después de estas disposiciones, la Resolución se centra en la adopción internacional según el CH 1993, poniendo de relieve los inconvenientes que surgen en relación con la expedición de certificados de adopción y exhortando a los Estados miembros a no plantear impedimentos burocráticos innecesarios para el reconocimiento de adopciones constituidas conforme al Convenio. Del mismo modo, se insta a las autoridades de los Estados miembros a que intensifiquen su cooperación en materia de justicia civil en el ámbito de la adopción.

18. Y en cuanto al reconocimiento transfronterizo de las resoluciones de adopción nacionales, la Resolución hace hincapié en que *“el principio de confianza mutua entre los Estados miembros reviste una importancia fundamental para el Derecho de la Unión, ya que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores”*. Aquí, hay que advertir que el Parlamento Europeo observa que el Reglamento Bruselas II (actual RBII ter) no aborda la cuestión del reconocimiento de las resoluciones de adopción, de ahí que considere sumamente importante *“adoptar legislación que prevea el reconocimiento automático en un Estado miembro de una resolución de adopción adoptada en otro Estado miembro, siempre que se garantice el pleno respeto de las disposiciones nacionales en materia de administración pública y de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”*. Por este motivo, la Resolución defiende que se apruebe una legislación complementaria que integre la ausencia de normas en materia de reconocimiento de las adopciones, tal como se contempla en el CH 1993, cuya relevancia pone de relieve.

19. En definitiva, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que, a más tardar el 31 de julio de 2017, le sometiera, sobre la base de los arts.67 y 78 TFUE, una propuesta relativa a un acto sobre el reconocimiento transfronterizo de las resoluciones de adopción, siguiendo las recomendaciones que figuraban en el anexo, y en consonancia con el Derecho internacional existente en este ámbito

III. Algunas consideraciones de interés sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción²⁵

20. Del Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones surge la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo

Comité de los derechos del niño 51º período de sesiones ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf.

²⁵ Puede consultarse el texto de la Propuesta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0370_ES.html?redirect#_section2.

rizo de resoluciones de adopción. Dicha Propuesta parte de la necesidad de garantizar la libre circulación de las familias que han adoptado a un niño, para lo cual se considera necesario disponer de un instrumento jurídico de la Unión Europea vinculante y directamente aplicable, que determine las normas que rigen la competencia y el reconocimiento de las resoluciones de adopción, de manera que no se produzcan resoluciones claudicantes. O lo que es lo mismo, la Propuesta de Reglamento trata de impedir que una resolución de adopción adoptada legalmente en un Estado miembro no sea reconocida en otro Estado miembro.

21. En cuanto al ámbito de aplicación, la Propuesta de Reglamento pretende cubrir únicamente aquellas resoluciones de adopción adoptadas o reconocidas en un Estado miembro, pero, advierte que no se aplicará a las adopciones internacionales acordadas conforme al CH 1993, en tanto que dicho instrumento ya prevé el reconocimiento automático de dichas adopciones (art.1.2.b y 18). Ello comporta que la Propuesta de Reglamento ampare únicamente el reconocimiento de las adopciones nacionales, adoptadas por las autoridades de los Estados miembros, así como a las adopciones internacionales decretadas al margen del CH 1993.

22. El art. 2 de la Propuesta de Reglamento estipula que se entiende por resolución de adopción *“la sentencia o decisión por la que se crea o reconoce una relación jurídica paternofamiliar permanente entre un niño que no ha alcanzado la mayoría de edad y un adoptante o unos adoptantes que no son los padres biológicos de ese niño, con independencia de la denominación que reciba la relación jurídica en el Derecho nacional”*. De esta definición se desprende que el Reglamento operaría respecto de aquellos adoptandos menores de edad conforme a su ley personal, apartándose del CH 1993, que, recuérdese, se aplica desde el nacimiento y hasta que el niño haya cumplido los dieciocho años de edad.

23. La Propuesta de Reglamento establece que ha de existir una conexión entre la adopción y el territorio del Estado miembro que haya adoptado o reconocido la resolución de adopción. Esto requiere que el reconocimiento de la adopción incorpore el control del cumplimiento de las normas comunes de competencia de autoridades, que, según la Propuesta, han de presentar un alto grado de previsibilidad y a tal fin, deben fundamentarse en la residencia habitual de uno o de los dos adoptantes o en la del adoptando. Sin embargo, se introduce una excepción al criterio de la residencia habitual en situaciones en las que estén implicados terceros países, respecto de las que se considera que el Estado miembro de nacionalidad puede constituir ese elemento de vinculación, al que se ha hecho referencia más arriba. Y se insiste en que, habida cuenta que los adoptandos suelen ser menores, no cabe la posibilidad de elección de las autoridades que decidirán sobre la adopción²⁶. En este punto, hay que hacer notar que la decisión es acertada y acorde al principio del interés del menor, en tanto que se evitan fraudes mediante el uso de foros exorbitantes o mediante la sumisión a tribunales o autoridades de países con los que el supuesto no presenta suficiente vinculación y cuyas normas no avalan que la constitución de la adopción se lleve a cabo con las debidas garantías²⁷.

24. En virtud del principio de confianza recíproca y siguiendo la línea emprendida por el legislador europeo en otros Reglamentos, entre los que cabe citar el RBII ter, la Propuesta de Reglamento contempla un sistema de reconocimiento automático, de manera que las resoluciones de adopción adoptadas o reconocidas en un Estado miembro han de ser reconocidas en todos los demás Estados miembros sin

²⁶ En este sentido la Propuesta de Reglamento dispone, *“Artículo 4. Competencia en materia de resoluciones de adopción: 1. Las autoridades de un Estado miembro solo podrán adoptar una resolución de adopción si el adoptante o adoptantes o el niño adoptado tienen su residencia habitual en ese Estado miembro.*

² *En los casos en que la resolución de adopción haya sido adoptada por las autoridades de un tercer país, las autoridades de un Estado miembro también podrán adoptar tal resolución, o decidir sobre el reconocimiento de la resolución del tercer país, con arreglo a los procedimientos establecidos por su Derecho nacional, si el adoptante o adoptantes o el niño adoptado no tienen su residencia habitual en dicho Estado miembro, pero son ciudadanos del mismo”*.

²⁷ Como han venido manifestando los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, tradicionalmente, el control de la competencia judicial internacional del juez de origen se fundamenta en razón de la protección respecto a foros exorbitantes, así como en la salvaguarda frente a la utilización del *Bad Forum Shopping*. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Edición 2012-2013, Granada, Comares, 2012, pp.609 y 610.

necesidad de procedimiento especial alguno. Ahora bien, se prevé que cualquier parte interesada pueda solicitar la denegación del reconocimiento de una resolución de adopción si considera que concurre alguno de los motivos para denegar el reconocimiento. Dichos motivos son la falta de competencia de las autoridades del Estado miembro en el que tuvo lugar la adopción y que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, según una interpretación conforme con el art.21 CDFUE²⁸. Ello, sin que en ningún caso quepa en el Estado miembro requerido una revisión en cuanto al fondo de la decisión acordada en el Estado miembro de origen²⁹.

24. No obstante, esta previsión queda matizada por lo dispuesto en el art.1.3. a) y b) de la Propuesta de Reglamento, que dispone que los Estados miembros no están obligados a “reconocer la existencia de cualquier relación jurídica entre los adoptantes de un niño adoptado como consecuencia del reconocimiento de una resolución de adopción”³⁰. Cabe destacar la redacción del mencionado precepto resulta menos concreta en comparación con el régimen del CH 1993, que incluye expresamente a las adopciones simples de menores de dieciocho años dentro de su ámbito de aplicación (art.2.2 en relación con el art.3) y por lo tanto, las mismas quedan cubiertas por el sistema de reconocimiento de pleno derecho del que se benefician las adopciones certificadas conforme al Convenio (art.23), sean éstas plenas o simples, revocables o no, con la única salvedad de que la concreta adopción resulte manifiestamente contraria al orden público internacional del Estado contratante requerido (art.24).

25. En cuanto a los efectos, el art. 12 de la Propuesta de Reglamento contiene una previsión para los casos en que la resolución tenga por objeto una medida o una orden que no encuentre acogida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido. De este modo, la medida o la orden habrá de adaptarse, en lo posible, a una medida u orden prevista en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, sin más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen. También contrasta este precepto con lo dispuesto en el art.25 CH 1993, que contempla unos efectos mínimos que se derivan del reconocimiento de la adopción y que se concretan en el establecimiento de un vínculo de filiación entre el menor y sus padres adoptivos y la responsabilidad de éstos respecto del adoptado. De la misma manera, el CH 1993, en su art. 27 señala que la adopción simple puede ser convertida en una adopción plena si la ley del Estado de recepción así lo permite y siempre que los consentimientos a los que se refiere el propio Convenio hayan sido emitidos para dicha adopción³¹.

²⁸ La Propuesta de Reglamento estipula: “Artículo 3 Reconocimiento automático de resoluciones de adopción.

1. Una resolución de adopción adoptada en un Estado miembro se reconocerá en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento especial alguno, a condición de que el Estado miembro que adopte la resolución sea competente de conformidad con el artículo 4.

2. Cualquier parte interesada podrá solicitar, de conformidad con el procedimiento previsto en artículo 7, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen el artículo 6.

3. Si la denegación del reconocimiento se invoca como cuestión incidental de la que depende la conclusión de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional será competente para conocer de tal cuestión”.

En cuanto a los motivos de denegación del reconocimiento, Vid: “Artículo 6 Denegación del reconocimiento
Apelación de cualquier parte interesada, el reconocimiento de una resolución de adopción adoptada en un Estado miembro solo podrá ser denegada:

a) si dicho reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;

b) si el Estado miembro de origen no era competente con arreglo al artículo 4”.

²⁹ Vid. “Artículo 10 Prohibición de la revisión en cuanto al fondo

La resolución de adopción adoptada o la resolución judicial dictada en un Estado miembro no podrán ser objeto en ningún caso de una revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro requerido”.

³⁰ Ni tampoco están obligados los Estados miembros a “adoptar resoluciones de adopción en circunstancias en las que el Derecho nacional aplicable no lo permita” (art.3.1.b).

³¹ En referencia a la conversión de la adopción simple en plena, el legislador español ha regulado dicha posibilidad en el art.30.4 LAI.

26. A este respecto, cabría plantearse si la aplicación del art.12 de la Propuesta de Reglamento pudiera dar lugar a la degradación de la institución adoptiva, en especial en el caso de las adopciones simples, al no establecer expresamente el reconocimiento del vínculo de filiación. Para evitar este problema, quizás hubiera sido más adecuado optar por un reconocimiento material o conflictual, conforme al cual, los efectos en el Estado miembro requerido de las resoluciones dictadas en el Estado de origen serían los previstos en la *lex causae*, es decir, en la ley material aplicable al fondo de la situación, designada conforme a las normas de conflicto del foro, sin necesidad de acudir a la normativa de Derecho procesal civil internacional, con la única limitación del orden público internacional³².

27. Por último, cabe resaltar que el art.11 de la Propuesta de Reglamento regula el certificado europeo multilingüe de adopción, que las autoridades del Estado miembro en el que se haya decretado la adopción deberán expedir a solicitud de cualquier parte interesada y conforme al modelo establecido con arreglo al art.15.

IV. La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo: Aspectos básicos relativos al sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales aplicable a la institución adoptiva³³

28. En este apartado, principalmente, se desarrollarán las cuestiones planteadas en el epígrafe I. del presente trabajo. Así, primeramente, cabe recordar que esta Propuesta de Reglamento en materia de filiación se formula atendiendo, entre otros extremos, justamente, a la Resolución de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones, antes examinada.

29. De la Exposición de Motivos parece oportuno destacar que el objetivo de la Propuesta consiste en reforzar la protección de los derechos fundamentales de los hijos en situaciones transfronterizas, y muy en particular, su derecho a la identidad, a la no discriminación, a la vida privada y familiar, así

³² Así lo ha recogido el legislador español en el art. 30 LAI. Los problemas que pudieran derivarse del sistema previsto en la Propuesta de Reglamento se pusieron de relieve en nuestro país con anterioridad a la LAI, en tanto que la DGRN, acogiendo la tesis de la calificación funcional, adoptó una solución similar a la Propuesta de Reglamento, llevando a cabo un estudio de la función que la figura de la adopción simple o menos plena desempeñaba en el ordenamiento jurídico extranjero, para, seguidamente, buscar la institución que en nuestro Derecho cumplía una función equivalente, decidiendo que lo más conveniente era equiparar las adopciones simples o menos plenas a una institución de protección de menores, como es el acogimiento familiar regulado en el ordenamiento jurídico español. Vid., entre otras, RRDGRN, 14-5-1992, 18-10-1993, 13-10-1995, 25-4-1995, 1-4-1996, 16-9-1996, 3-4-2002, así como 27 (5ª)- 2 y 21-3-2006, en las cuales ante una adopción cuyos efectos no se corresponden con los previstos por el ordenamiento español la DGRN califica la misma como “*situación personal de prohijamiento o acogimiento*”, admitiendo la posibilidad de su anotación con valor informativo. En este punto, debe señalarse que, como tal medida de protección de menores, en su caso, quedaría cubierta por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de Autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, entonces vigente, tal como observaron en su momento los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2006, p158. Esta solución proporcionaba un nivel de protección muy inferior, provocando una “*degeneración jurídica*” o “*degradación*” de la institución de la adopción simple, toda vez que privaba a la institución adoptiva de todos los efectos que producía según la ley que la regía y muy particularmente, de una de sus connotaciones esenciales, cual es el vínculo de filiación, y así lo advirtieron A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional*, (Reflexiones y comentarios), Granada, Comares, 2008, p.299.

³³ Sobre dicha “Propuesta, consúltese, Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.10, N°3, 2023, pp. 171-200; E. RODRÍGUEZ PINEAU (2023). “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, pp. 148-180, DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.46>; A. DURÁN AYAGO, “La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pp. 1400-1409, DOI: 10.20318/cdt.2023.8114; M. GUZMÁN PECES, “La interconexión de los foros de competencia en la propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación con los Reglamentos Bruselas II ter y III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pp. 1410-1424, DOI: 10.20318/cdt.2023.8115. .

como los derechos sucesorios y de alimentos en otro Estado miembro. Ello, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor como consideración primordial en todas las acciones relacionadas con la infancia, tanto si las llevan a cabo autoridades públicas como entidades privadas. Junto a ello, se hace hincapié en que la Propuesta pretende proporcionar seguridad jurídica y previsibilidad en lo relativo a las normas sobre competencia internacional y ley aplicable para la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas y sobre el reconocimiento de la filiación, reduciendo los costes respecto a los procesos judiciales de reconocimiento de la filiación en otro Estado miembro.

30. Asimismo, en la Exposición de Motivos se pone de relieve el incremento de las relaciones de Derecho de familia con elemento transfronterizo en el ámbito de la Unión Europea, lo que ha dado lugar a numerosísimas resoluciones claudicantes en materia de filiación, obstaculizando la libertad de circulación y los derechos inherentes a la misma, de acuerdo con la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De ahí que por el Derecho de la Unión se deba proceder a establecer la normativa mediante la cual se pueda requerir a los Estados miembros para que reconozcan la filiación del hijo o de la hija determinada en otro Estado miembro. Ello, habida cuenta las divergencias en cuanto a las normas de Derecho Internacional privado de los Estados miembros en materia de filiación y a la ausencia de instrumentos procedentes del legislador europeo que regulen la cuestión,

31. Del mismo modo, en la citada Exposición de Motivos se observa que la Propuesta de Reglamento “*abarca el reconocimiento de la filiación del hijo o de la hija con independencia de cómo se concibió o nació y del tipo de familia. Así, pues, la propuesta incluye el reconocimiento de la filiación del hijo o de la hija con progenitores del mismo sexo, así como el reconocimiento de la filiación del hijo o la hija adoptados en el ámbito interno nacional de un Estado miembro*”. Ello, en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación previsto en el Derecho internacional, el Derecho de la Unión y las legislaciones de los Estados miembros.

32. La Propuesta se articula a través de nueve capítulos:

- Capítulo I: Objeto, ámbito de aplicación y definiciones;
- Capítulo II: Competencia en materia de filiación en situaciones transfronterizas;
- Capítulo III: Derecho aplicable a la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas;
- Capítulo IV: Reconocimiento de las resoluciones judiciales y los documentos públicos con efecto jurídico vinculante expedidos en otro Estado miembro;
- Capítulo V: Aceptación de documentos públicos sin efecto jurídico vinculante expedidos en otro Estado miembro;
- Capítulo VI: El certificado de filiación europeo;
- Capítulo VII: Comunicación digital;
- Capítulo VIII: Actos delegados;
- Capítulo IX: Disposiciones generales y finales.

33. La Propuesta, que ha sido objeto de 83 enmiendas³⁴, dispone en su art.1.1 que el “*Reglamento establece normas comunes sobre competencia judicial y Derecho aplicable para la determinación de la filiación en un Estado miembro en situaciones transfronterizas; normas comunes para el reconocimiento mutuo o, en su caso, la aceptación en un Estado miembro de las resoluciones judiciales en materia de filiación dictadas en otro Estado miembro y de los documentos públicos relativos a la filiación formalizados o registrados en este; y crea un certificado de filiación europeo*”.

³⁴ Vid. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM(2022)0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52023AP0481>.

34. En cuanto a la definición de filiación, el Considerando 24 de la Propuesta admite que la filiación puede ser por adopción y a los efectos del presente Reglamento dispone que *“la filiación se refiere al vínculo de filiación entre progenitor o progenitora e hijo o hija determinada por ley, y debe abarcar el estatuto jurídico de ser el hijo o la hija de un progenitor o una progenitora o unos progenitores en concreto”*. Dicha definición se incorpora en el art.4.1 de la Propuesta, precisando en el apartado 2 del mencionado precepto que hijo o hija es *“toda persona de cualquier edad cuya filiación deba determinarse, reconocerse o acreditarse”*.

35. No obstante, específicamente en lo referente a la institución adoptiva, debe señalarse que la Propuesta reitera en su Considerando 21 que el presente Reglamento comprende también *“el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación del hijo o de la hija adoptado en otro Estado miembro en virtud de las normas que rigen la adopción nacional en ese Estado miembro”*. A este respecto, hay que puntualizar que, tal como se expone en el Considerando 25, la Propuesta de Reglamento no opera en relación con la determinación de la filiación en un Estado miembro en una situación nacional sin elementos transfronterizos y en consecuencia, no se incluyen disposiciones sobre la competencia o el Derecho aplicable para la determinación de la filiación en casos nacionales, como la filiación del hijo o de la hija tras una adopción nacional en un Estado miembro. Ahora bien, no obstante lo dicho, atendiendo a la salvaguarda del principio de no discriminación y del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, las normas referentes al reconocimiento o a la aceptación de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia de filiación sí que resultarán aplicables al reconocimiento de la filiación determinada en un Estado miembro en situaciones internas, como la establecida tras una adopción nacional en dicho Estado miembro. Ello supone que a estas situaciones también le son aplicables las disposiciones relativas a la certificación pertinente y al certificado de filiación europeo.

36. Por otra parte, la Propuesta de Reglamento define en el Considerando 26 la adopción nacional en un Estado miembro como *“aquella en la que el hijo o la hija y el progenitor o los progenitores adoptivos tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro y en el que la adopción crea un vínculo de filiación permanente”*. En este punto, se estipula que quedan cubiertas tanto las adopciones plenas como las adopciones simples.

37. Por su parte, el Considerando 27 indica que la *“adopción internacional, en la que el hijo o la hija y el progenitor o los progenitores adoptivos tienen su residencia habitual en diferentes Estados, se rige por el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, del que son parte todos los Estados miembros”*. En dicho Considerando se insiste igualmente que el Reglamento *“no debe aplicarse a la adopción internacional, con independencia de que afecte a dos Estados miembros o a un Estado miembro y a un tercer Estado, y de que la adopción internacional esté o no cubierta por el Convenio de La Haya”*. Y en consonancia con los mencionados Considerandos el art.1.2 de la Propuesta de Reglamento deja fuera del ámbito material de la norma a las adopciones internacionales.

38. Puesto que la Propuesta de Reglamento prevé que dicho instrumento opere respecto del reconocimiento de la filiación determinada en situaciones nacionales en un Estado miembro, incluida la adoptiva, parece oportuno dejar sentadas las notas principales que se han introducido en el Capítulo IV de la Propuesta respecto de las normas para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos que determinen la filiación con efecto jurídico vinculante emitidos en otro Estado miembro. Así, el art.24 de la Propuesta contempla un sistema de reconocimiento automático, basado los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuo, al establecer que *“las resoluciones relativas a la filiación dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno”*, incluida la actualización de los asientos del registro civil del hijo. El mismo sistema se prevé en el art.36 respecto de documentos públicos que determinen la filiación y que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro en el que hayan sido formalizados o registrados.

39. El art.26 de la Propuesta prevé que cualquier parte interesada pueda instar un procedimiento judicial, solicitando que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el art. 31. El citado precepto establece que se denegará el reconocimiento de una resolución judicial si confluye alguna de las siguientes causas:

- a) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento, teniendo en cuenta el interés superior del hijo o de la hija. Este punto hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el art.31.2 de la Propuesta de Reglamento, toda vez que establece que el apartado 1, letra a), *“deberá ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros de conformidad con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta, en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.”*. Igualmente, respecto de la excepción de orden público, hay que tomar en consideración lo estipulado en el Considerando 14, que advierte que *“el orden público de un Estado miembro no puede servir de justificación “para denegar el reconocimiento del vínculo de filiación entre los hijos y sus progenitores del mismo sexo a efectos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere al hijo o a la hija”*. Y a tal fin, en el citado Considerando se aboga por una interpretación del Reglamento conforme a la jurisprudencia del TJUE. Junto a ello, el Considerando 75 completa lo anterior, al prever que *“Cuando los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes de los Estados miembros planteen la excepción de orden público, la resolución del órgano jurisdiccional que determina la filiación debe seguir siendo válida hasta que se hayan agotado las vías de recurso a nivel nacional y de la Unión y se haya dictado una resolución firme sobre la excepción de orden público”*. Esto se reitera en el art.31.2 bis, introducido por la Enmienda nº 44.
- b) Si, habiéndose dictado en rebeldía de las personas en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dichas personas el escrito de incoación o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que puedan organizar su defensa, a menos que conste que esas personas han aceptado la resolución judicial de forma inequívoca.
- c) Previa presentación de pruebas, a petición de cualquier persona con interés legítimo conforme a la ley procesal del Estado miembro en el que se incoe el procedimiento que alegue que la resolución judicial menoscaba su filiación con respecto al hijo o a la hija, si se hubiere dictado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída ni de presentar pruebas.
- d) Si la resolución judicial fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con otra dictada posteriormente en materia de filiación en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento.
- e) Si la resolución fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con otra dictada posteriormente en relación con la filiación en otro Estado miembro, siempre y cuando la resolución judicial dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento.

40. Igualmente, cabe reseñar que el apartado 3 del art.31 de la Propuesta contempla otra causa de denegación de reconocimiento de una resolución judicial en materia de filiación cual es que la misma se haya dictado *“sin que se haya dado a los hijos la oportunidad de expresar su opinión, a menos que ello vaya en contra del interés del menor”*. Y añade que, en el caso de que los hijos sean menores de dieciocho años, dicha disposición se aplicará cuando estos sean capaces de formarse su opinión de conformidad con el artículo 15, que incorpora expresamente el derecho del menor a expresar su opinión y a ser oído, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en el art. 24.1 CDFUE, como recuerda el Considerando 49 de la Propuesta.

41. Por último, debe indicarse que los arts. 46 a 57 de la Propuesta de Reglamento regulan el certificado europeo de filiación, que tendrá efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. Según se infiere del Considerando 76, el citado certificado tiene como

finalidad que los hijos o sus progenitores puedan acreditar fácilmente la condición de los hijos en otro Estado miembro, reduciendo burocracia y facilitando “*el acceso a la libre circulación en la Unión como forma de promover la igualdad.*” No obstante, atendiendo al principio de subsidiariedad, se deja sentado que el certificado de filiación europeo no puede sustituir a otros documentos previstos en los Estados miembros y que desplieguen efectos similares.

V. Breves reflexiones finales

42. Resulta obvio que, por lo que respecta a la institución adoptiva, existen importantes divergencias entre los diferentes sistemas de Derecho Internacional privado y también entre las normas de Derecho sustantivo de los distintos Estados miembros. En particular, se han puesto de relieve los inconvenientes que suscita la aplicación de la normativa nacional de los Estados miembros en relación con el reconocimiento de las decisiones por las que se constituye la adopción y de los efectos derivados de dicho reconocimiento, en tanto que pueden generar adopciones claudicantes, con la consiguiente vulneración tanto del principio de igualdad y no discriminación como del derecho al respeto a la vida privada y familiar, recogidos tanto en el CEDH como en la CDFUE. Todo lo cual, además, puede suponer un obstáculo a la libertad de circulación de personas prevista en el Derecho de la Unión Europea.

43. Lo cierto es que, sin perjuicio de la posible aplicación del CH 1993 al reconocimiento de las adopciones transfronterizas, el Derecho de la Unión Europea no dispone de ningún instrumento normativo que tenga por objeto la regulación de la adopción desde la perspectiva del Derecho Internacional privado. Muy en especial, del análisis efectuado hasta el momento, se ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con normas a nivel europeo que proporcionen respuestas uniformes, de aplicación en todos los Estados miembros, con la finalidad de que la filiación válidamente determinada en un Estado miembro, incluida la adoptiva, sea reconocida a todos los efectos en todos los demás Estados miembros de la Unión Europea. La cuestión no es baladí, pues, de este modo, se garantizaría la estabilidad y continuidad de la relación jurídica, en los términos que ha dejado sentado tanto la jurisprudencia del TEDH como la del TJUE, frente a las limitaciones o restricciones poco ponderadas establecidas por las normas nacionales de cada Estado miembro, que pudieran terminar comportando un obstáculo al ejercicio de la libertad de circulación.

44. Por este motivo, resulta necesario que, sin más demora, el legislador de la Unión Europea apruebe un Reglamento que regule específicamente el reconocimiento de las adopciones nacionales decretadas por las autoridades de los Estados miembros, así como de las adopciones internacionales acodadas al margen del CH 1993, que, en la actualidad y salvo que pueda operar un Convenio bilateral que cubra esta materia, queda supeditado a las normas de producción interna de los Estados miembros, con las consiguiente heterogeneidad que las caracteriza y las dificultades que conlleva su aplicación. A este respecto, el sistema de reconocimiento automático, con un listado de motivos de denegación, que incorporan las dos Propuestas de Reglamento examinadas a lo largo del presente trabajo, de manera similar a otros Reglamentos de la Unión Europea, parece la solución más razonable y acorde con el interés del adoptando. Ello, toda vez que es una consecuencia del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales del art.67.4 TFUE, en cuya virtud, las decisiones de un Estado miembro por las cuales se instituya una adopción serán consideradas válidas y existentes en todos los Estados miembros; o lo que es lo mismo, se les atribuirá efecto constitutivo, sin necesidad de procedimiento alguno.

45. No obstante, como se ha indicado en epígrafes precedentes, pese a los esfuerzos del legislador europeo, la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción resulta insuficiente, en tanto que presenta algunos inconvenientes, discordancias y lagunas, en los términos que se han enunciado en apartados anteriores. La solución a estos problemas podría articularse a través de la adaptación de la Propuesta, en la medida de lo posible, a las disposiciones del CH 1993, así como con la incorporación de algunas de las previsiones de la Propuesta de Regla-

mento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, sobre todo, por lo que respecta a las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales y muy en particular, en lo referente a la interpretación de la excepción del orden público de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Los criptotribunales: un arbitraje en la cadena de bloques, con smart contracts y según la teoría de juegos¹

Crypto tribunals: arbitration in the blockchain, with smart contracts and according to game theory

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-2814-7894

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:01.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9899

“El mejor regalo que Dios ha dado en su abundancia fue la autonomía de la voluntad”

Dante Alighieri

Resumen: Hay autores en la doctrina que consideran que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos autónomo e independiente de otros poderes estatales o judiciales, hasta el punto de considerarlo un sistema no nacional para resolver disputas comerciales. Para ellos, el arbitraje vive al margen, con libertad y emancipado de cualquier otro poder u ordenamiento y subsiste sin respetar los marcos legales nacionales, a modo de un arbitraje deslocalizado. Fue Rubellin-Devichi quien, en 1965, planteó y defendió esta teoría, y señaló que el arbitraje no podía clasificarse como exclusivamente contractual o jurisdiccional y que tampoco era una institución mixta. Más tarde, en 2005, Lew apoyó esta corriente doctrinal y señaló que el arbitraje únicamente debía ser gobernado por reglas y prácticas internacionales, y no por leyes nacionales. Sobre esta idea se sustentan los tribunales de arbitraje que actúan en la cadena de bloques, combinando los contratos inteligentes, la teoría de juegos y las criptomonedas o tokens. Lew, Mistelis y Kroll señalan que esta idea/teoría dominará el arbitraje en el futuro, ¿se puede afirmar algo así?

Palabras clave: Arbitraje, Cadena de bloques, Contratos inteligentes, Cláusula Arbitral, Kleros, Aragon, Descentralización, Criptomonedas, Teoría de juegos, Lex Mercatoria, Lex Criptográfica.

¹ Este artículo fue presentado como ponencia invitada titulada “¿Es el arbitraje el método de resolución de conflictos en el mundo crypto?” en el II Congreso Internacional de *Casos prácticos reales de Derecho Internacional Privado en un mundo post pandémico*, celebrado en la Universidad de Murcia, los días 15 y 16 junio 2023. Parte del trabajo se realizó durante la estancia de investigación que realizó la autora en el Tech & Law Center de la Dublin City University (DCU) en Dublin, Irlanda, de septiembre a diciembre de 2024. Cayetana Santaolalla es miembro del proyecto de investigación europeo ‘*ELI’s Access to Digital Assets Project*’ (2019-2024), del European Law Institute (ELI), investigadores principales: Teresa Rodríguez de las Heras Ballell y Jos Uitdehaag; Miembro del equipo de investigación del proyecto: ‘*Towards a procedural consumer law: a step in the modernisation of civil jurisdiction in the European context*’, 2022- 2025, de la Agencia Estatal de Investigación (España), proyecto: PID2020-117624GB-I00, investigadora principal: Carmen Jerez Delgado. Asimismo, Cayetana Santaolalla es investigadora principal del proyecto de investigación ‘La Denominación de Origen Calificada Rioja vs la Denominación de Origen de Viñedos alaveses: alcance jurídico’, del Instituto de Estudios riojanos (IER), concurrencia competitiva, agosto 2024- agosto 2025 y es investigadora principal del Proyecto de investigación titulado “*Digital assets: property rights, privacy, centralisation, smart contracts, technologically vulnerable consumer, antitrust law and intellectual property rights*”, ref: PJUPNA2025-11918, de la Universidad Pública de Navarra, por concurrencia competitiva (1/01/2025 a 31/12/2025).

Cayetana Santaolalla Montoya es miembro del European Law Institute (ELI), miembro de la European Association of Private International Law (EAPIL), miembro del Instituto de Investigación Avanzada en Economía y Empresa (INARBE), miembro de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) y miembro de la Red España-Europa de Derecho Internacional Privado (APEDIP). Correo electrónico: cayetana.santaolalla@unavarra.es.

Abstract: There are authors in the doctrine who consider arbitration to be a conflict resolution mechanism, autonomous and independent of other state or judicial powers, to the point of considering it a non-national system for resolving commercial disputes. For them, arbitration lives on the margins, free and emancipated from any other power or order and subsists without respecting national legal frameworks, in the manner of delocalised arbitration. It was RUBELLIN-DEVICHI who, in 1965, put forward and defended this theory, and pointed out that arbitration could not be classified as exclusively contractual or jurisdictional, nor was it a mixed institution. Later, in 2005, LEW supported this doctrinal current and pointed out that arbitration should only be governed by international rules and practices, and not by national laws. This idea underpins the arbitration courts operating in the metaverse, combining blockchain, smart contracts and cryptocurrencies or tokens. LEW, MISTELIS and KROLL point out that this theory will dominate arbitration in the future - can this be said?

Keywords: Arbitration, Blockchain, Smart Contracts, Arbitration Clause, Kleros, Decentralisation, Cryptocurrencies, Game Theory, Lex Mercatoria, Lex Cryptographica.

Sumario: I. Introducción. II. Breve apunte histórico del Arbitraje internacional. III. Los Criptotribunales. 1. La Cadena de Bloques (*Blockchain*). 2. Los Contratos inteligentes (*Smart Contracts*). 3. Las criptomonedas o tokens. IV. Tipología de cripto-tribunales. 1. Aragon: las DAO. 2. Kleros: la teoría de juegos. V. La ley aplicable del criptotribunal. VI. De la Nueva Lex Mercatoria a la Lex Cryptográfica. VII. Valoraciones finales.

I. Introducción

Hay autores en la doctrina que consideran que el arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, es autónomo e independiente de otros poderes estatales o judiciales, hasta el punto de considerarlo un sistema no nacional para resolver disputas comerciales. Para ellos, el arbitraje vive al margen, con libertad y emancipado de cualquier otro poder u ordenamiento y subsiste sin respetar los marcos legales nacionales, como si fuera un arbitraje deslocalizado². Fue RUBELLIN-DEVICHI quien, en 1965, planteó y defendió esta teoría, y señaló que el arbitraje no podía clasificarse como exclusivamente contractual o jurisdiccional y que tampoco se trataba de una institución mixta³. Más tarde, en 2005, LEW apoyó esta corriente doctrinal y señaló que el arbitraje únicamente debía ser gobernado por reglas y prácticas internacionales, y no por leyes nacionales⁴. Sobre estas premisas se sustenta la idea del potencial arbitraje en el metaverso, combinando la cadena de bloques, los contratos inteligentes, la teoría de juegos y las criptomonedas o tokens. LEW, MISTELIS y KROLL⁵ señalan que esta teoría dominará el arbitraje en el futuro, ¿se puede afirmar algo así?

El arbitraje en los llamados criptotribunales conecta el derecho, la tecnología, la resolución de conflictos, la administración de justicia, los contratos inteligentes, la IA, las criptomonedas y/o tokens y la cadena de bloques. El arbitraje es un método de resolución de conflictos a través del cual las partes en conflicto acuerdan, normalmente a través de una cláusula arbitral, someter su disputa a una persona (árbitro o tribunal de árbitros) en cuya pericia o criterio confían⁶.

² J. LEW & L. A. MISTELIS, *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 81.

³ E. GAILLARD, "International Arbitration as a Transnational System of Justice". En: A. J. VAN DEN BERG, (ed.) *Arbitration: The Next Fifty Years ICCA Congress Series 16*, Kluwer Law International, 2011, p. 67.

⁴ J. LEW, "Is Arbitration Autonomous. Arbitration International", 22(2), 2005, págs. 179-182; en M. MISTELIS, A. LOUKAS, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 73-74; W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 609

⁵ W. M. REISMAN & B. RICHARDSON, "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration". En A. J. VAN DEN BERG (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series, Volumen 16, Kluwer Law International, 2012, p. 27.

⁶ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN & M. HUNTER, *Una visión general del arbitraje internacional*, Redfern & Hunter on International Arbitration, 2009, pp. 1-83.

No está claro dónde está el origen del primer arbitraje entre Estados. Se dice, no unánimemente, que fue el caso de *Lagash contra Umma*⁷, resuelto en 2550 a.C. por el rey *Mesilim de Kish*⁸. Pareciera que era una práctica habitual que los antiguos griegos recurrieran al arbitraje internacional para resolver disputas entre ciudades-Estado⁹.

La antigüedad y la perdurabilidad del arbitraje a lo largo de la historia confirman su importancia y eficacia. El arbitraje ha evolucionado, a través de los tiempos, adoptando diferentes características. Durante la Edad Media, en Europa, el Papa Alejandro VI participó en uno de los *arbitrajes* más famosos de la historia, repartiendo los descubrimientos del Nuevo Mundo entre España y Portugal¹⁰. Los procedimientos arbitrales de aquellos tiempos, aunque tenían similitudes con lo que hoy se conoce como arbitraje, no los representaban en su totalidad.

En la actualidad, cabe destacar que, a nivel mundial, se estima que entre el 3% y el 5% de las transacciones culminan en litigio¹¹, lo que da lugar a más de setecientos millones de disputas anuales, de las cuales un porcentaje muy pequeño llega a los tribunales judiciales tradicionales¹². La mayoría de estas disputas son resueltas a través de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, el arbitraje o la negociación directa entre las partes. Este fenómeno refleja una tendencia hacia soluciones más rápidas, eficientes y menos costosas en comparación con los procedimientos judiciales convencionales. Además, el avance de la tecnología y la digitalización de los procesos legales¹³ están promoviendo el crecimiento de plataformas en línea para la resolución de conflictos, facilitando el acceso a la justicia y reduciendo la carga sobre los sistemas judiciales nacionales, lo que hace que aumenten la mediación y el arbitraje¹⁴.

En general, todas las disputas pueden someterse a arbitraje, salvo aquellas para las que las leyes internas del país dicten lo contrario¹⁵.

La importancia de Internet hoy en día es enorme y, como consecuencia, han surgido muchos conflictos nuevos a través de este cauce. También han aparecido nuevas oportunidades y herramientas, y es necesario analizar cómo se puede incorporar la tecnología al sistema de arbitraje tradicional.

Además, siguiendo la estela del *Common Law* y sus sentencias, parece oportuno recopilar casos, a modo de precedente, que estén ya dando soluciones concretas a estas realidades en los multiversos con el objeto de poder resolver, conforme a ellas, los nuevos desafíos que surjan. Esta aproximación permitiría construir un sistema normativo de resolución de disputas en entornos virtuales, tomando como modelo los *law reports*¹⁶ tradicionales del sistema jurídico anglosajón. Los *law reports* son compendios de sentencias judiciales que no solo permiten a los abogados y jueces conocer cómo se han resuelto casos previos, sino que también sirven de guía para la toma de decisiones en casos similares. De esta forma, se podrían generar *precedentes* para la resolución de conflictos en los entornos digitales, y resultaría muy sencillo al sistematizarlos en la cadena de bloques.

⁷ R. C. R. SIEKMANN, "League of Nations: Some Peacekeeping Avant la Lettre", *Mil. L. & L. War Rev.*, 29, 1990, p. 207.

⁸ J. BLANCAS MACHUCA, "Las comunicaciones ex parte en el arbitraje internacional entre estados". Tesis de licenciatura. *Centro de Investigación y Docencia Económicas*, 2019. <http://hdl.handle.net/11651/3995>

⁹ G. B. BORN, *Arbitraje comercial internacional*. Kluwer Law International BV, 2020.

¹⁰ K. A. Á. YANZA, C. I. A. VALENCIA, & S. F. F. BONILLA, "La mediación en el metaverso", *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 7(2), 2022, pp. 857-866.

¹¹ E. KATSH & O. RABINOVICH-EINY, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford Scholarship Online, 2017, p. 67; W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 596.

¹² M. DILAG & H. SMITH, "From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms", *Information, Communication & Society*, 26(2), pp. 372-387, 2021, <https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.1942958>

¹³ R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford University Press, 2019.

¹⁴ S. MACAULAY & D. M. ENGEL, "The Use of Dispute Resolution in Commercial and International Contracts", *In International Dispute Resolution: A Handbook for Practitioners*, Springer, 2019; J. ZARATE, *La resolución alternativa de conflictos: una vía para el acceso a la justicia en tiempos de globalización*. Editorial Tirant lo Blanch, 2020; H. M. KRITZER, *Litigating Judicial Selection*. Cambridge University Press, 2024; A. VAN DEN BERG, *The New Arbitration Law and Practice: The Influence of International Standards*, Oxford University Press, 2018

¹⁵ J. L. G. M. SÁNCHEZ, "Declinatoria y arbitraje internacional", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (10), 2017, pp. 63-82.

¹⁶ W. DANIELS, "Far beyond the law reports: Secondary source citations in United States Supreme Court opinions October terms 1900, 1940, and 1978". *Law. Libr. J.*, 76, 1, 1983.

La resolución de disputas en plataformas que se basan en la cadena de bloques plantea retos inéditos, como la protección de la propiedad intelectual digital, los contratos inteligentes, la identidad virtual o la legislación transnacional, entre otros. Ante estos nuevos desafíos, las decisiones arbitrales previas en este contexto podrían servir como punto de referencia, proporcionando una estructura legal predecible y coherente para resolver disputas futuras.

En la actualidad, se están produciendo grandes avances en la materia, un ejemplo se encuentra en los *cripto tribunales arbitrales* desarrollados recientemente para resolver controversias operando con tecnología *blockchain*. Se trata de una solución disruptiva que puede cambiar por completo el paradigma de la administración de justicia en el futuro. Existen varias plataformas con este fin, como *Aragon* o *Kleros*, cada una con una forma de funcionamiento única. Estas plataformas y la tecnología que utilizan pueden abrir la puerta a una nueva era del arbitraje internacional con un número inimaginable de posibilidades y un cambio completo en las reglas del juego.

Estas plataformas resuelven conflictos que, por sus características particulares, difícilmente llegan a los tribunales tradicionales. Responden a la necesidad de la nueva era digital en la que el ser humano está inmerso. Los tribunales arbitrales virtuales son plataformas de justicia descentralizadas y abiertas que funcionan, normalmente, en una cadena de bloques pública. Aprovechan la analítica jurídica (que es la aplicación de la ciencia de datos al derecho), la inteligencia artificial, las evidencias digitales, entre otras tecnologías, para resolver conflictos a muy bajo coste y con mucha agilidad¹⁷.

La oferta de servicios de cada tribunal descentralizado varía, pero caben destacar dos innovaciones principales. Entre ellas se encuentra la selección aleatoria de los árbitros y la ejecución en la cadena, que implica la transferencia automática de criptomonedas, tokens o activos digitales (a modo de fichas) ejecutada por un contrato inteligente subyacente. La ejecución en cadena libera a la parte, cuyas reclamaciones se estiman, de la necesidad de solicitar por separado la ejecución tras recibir la adjudicación. Sin embargo, solo está disponible si las partes han depositado previamente determinados activos en los contratos inteligentes antes de que se emita un laudo arbitral¹⁸.

Todo esto conduce a que sea necesario buscar mecanismos para resolver estas controversias que no tiene lugar en una realidad material- física (conocida), sino que discurre en un *universo* (desconocido) y nada familiar, que vive, respira, crece y muere en una realidad intangible/virtual/digital que parece que, porque no la vemos, no existe, y nada más lejos de la realidad. Eso desconcierta mucho y al derecho (que legisla, acota y aporta soluciones) aún más.

Todo ello exige que se produzcan cambios drásticos, porque el esquema legislativo y judicial tradicional, tal y como lo conocemos, no puede abarcar, ni siquiera aproximarse a unas realidades que, basándose en la plena libertad y autonomía de las partes, discurren libres por internet. Todo ello responde a una nueva visión de un mundo virtual conectado, donde mundo real y digital se integran utilizando nuevas tecnologías y al que, apenas, nos asomamos con timidez y desconocimiento.

Lo cierto es que el concepto de arbitraje ha ido evolucionando y adaptándose a las circunstancias y necesidades de cada momento. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es el siguiente paso? La respuesta dependerá del desarrollo de los avances tecnológicos, de cómo se combinan con la resolución de conflictos y del tipo de conflictos que puedan surgir.

II. Breve apunte histórico del Arbitraje Internacional

El caso de *Lagash contra Umma* es considerado como uno de los antecedentes más antiguos del arbitraje, aunque no hay un consenso unánime sobre su naturaleza exacta, porque hay quienes lo consideran una mediación más que un arbitraje¹⁹. Este conflicto, que se remonta al año 2550 a.C., involucró a

¹⁷ D. MOLINA, *¿Las Nuevas Tecnologías Extinguirán El Sistema Arbitral? Kleros: Una Mirada Al Futuro Del Arbitraje Internacional*, 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/30/las-nuevas-tecnologias-extinguiran-el-sistema-arbitral-kleros-una-mirada-al-futuro-del-arbitraje-internacional/>

¹⁸ A. SMITH & B. JOHNSON, "Avances en la gestión de conflictos: el papel de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico", *Revista de estudios jurídicos*, 8(1), 2023, pp. 112-125.

¹⁹ J. BLANCAS MACHUCA, "Las comunicaciones ex parte en el arbitraje internacional entre estados". Tesis de licenciatura.

las ciudades-estado²⁰ mesopotámicas de Lagash y Umma, que luchaban por el control de tierras en la región de Sumeria. En este conflicto, el rey *Mesilim de Kish*²¹ actuó como árbitro para resolver el conflicto entre las dos ciudades y facilitó el reparto de las mismas, considerándose como una forma primigenia de arbitraje internacional, carente de sistematización y formalidad alguna. Los llamados *arbitrajes* en la antigüedad normalmente implicaban figuras de autoridad, como reyes o líderes locales, que intervenían para poner fin a los conflictos, pero no siempre seguían un conjunto de reglas preestablecidas como en los sistemas modernos de arbitraje.

La antigua Grecia también muestra ejemplos importantes de lo que hoy consideraríamos arbitraje internacional. Las ciudades-estado griegas, especialmente durante el período clásico, tenían relaciones entre sí basadas en tratados y acuerdos que frecuentemente incluían cláusulas de arbitraje para la resolución de disputas. Un ejemplo significativo fue el uso de árbitros en conflictos relacionados con la *Liga de Delos* o en disputas territoriales. Los griegos confiaban en personas de otras ciudades, que les aseguraba cierta imparcialidad y objetividad, para actuar como árbitros y en donde se reflejaba la intención que tenían de resolver pacíficamente el conflicto²².

La intervención de un árbitro externo era vista como una forma de evitar la guerra y de mantener la estabilidad en las relaciones internacionales. Estos *arbitrajes* en Grecia, aunque no formalizados bajo una estructura moderna de arbitraje, marcaron un precedente para el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas en las relaciones internacionales.

Tanto el caso de *Lagash contra Umma* como las prácticas griegas de arbitraje entre ciudades-estado pueden considerarse antecesores del concepto de arbitraje internacional moderno. Aunque la formalización y las reglas del arbitraje no existían de la misma manera en ese entonces, estos casos muestran que las civilizaciones antiguas ya recurrían a la figura de un tercero imparcial para resolver disputas, algo que hoy en día es uno de los pilares del arbitraje internacional

La antigüedad y perdurabilidad del arbitraje a lo largo de la historia confirman su importancia y eficacia. El arbitraje ha evolucionado, a través de los tiempos, adoptando diferentes características. Por ejemplo, durante la Edad Media, en Europa, el Papa Alejandro VI participó en uno de los *arbitrajes* más famosos de la historia, repartiendo los descubrimientos del Nuevo Mundo entre España y Portugal, entre finales del siglo XV y principios del siglo XVI. Este arbitraje fue el resultado de una serie de tensiones entre ambos reinos, los cuales competían por el control de las nuevas tierras descubiertas tras los viajes de Cristóbal Colón y otros exploradores. Dado que ambos países eran potencias marítimas y las disputas podían desencadenar conflictos serios, el Papa Alejandro VI, en su rol de líder religioso y figura de autoridad moral, fue llamado para intervenir como árbitro.

En 1493, el Papa Alejandro VI emitió la *Bula Inter Caetera*²³, que establecía una línea divisoria imaginaria, conocida como la línea de demarcación, que separaba las zonas de influencia de España y Portugal en el continente americano. Esta línea iba de norte a sur, a unas cien leguas al oeste de las Islas Azores y Cabo Verde, dividiendo el océano Atlántico y los territorios descubiertos hasta ese momento. Según esta bula, todas las tierras descubiertas al oeste de la línea serían para España y todas las que quedaran al este serían para Portugal.

Aunque la bula fue un primer intento de arbitraje, surgieron disputas sobre la ubicación exacta de la línea de demarcación, lo que llevó a la firma del Tratado de Tordesillas en 1494, entre España y Portugal. Este tratado modificó la línea de demarcación y definió más detalladamente los límites de las zonas de influencia de ambos países. Aunque no fue un arbitraje formal como lo consideramos hoy, la in-

Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2019. <http://hdl.handle.net/11651/3995>; E. SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, “Un caso de estudio: la cuenca del Nilo”, *Cuadernos de estrategia*, n. 186, 2017, pp. 207-258.

²⁰ G. B. BORN, *Arbitraje comercial internacional*. Kluwer Law International BV, 2020.

²¹ J. BLANCAS MACHUCA, “Las comunicaciones ex parte en el arbitraje internacional entre estados”. Tesis de licenciatura. *Centro de Investigación y Docencia Económicas*, 2019, <http://hdl.handle.net/11651/3995>

²² J. A. MORROW, “Arbitration in Ancient Greece”, *The American Journal of International Law*, 33(4), 1939, pp. 793-805; P. J. RHODES, *The Greek City States: A Source Book*, Routledge, 1986; L. DOHERTY, “Arbitration in Ancient Greece and Its Influence on Modern International Arbitration”, *Penn State International Law Review*, 13(3), 1994, pp. 543-557; P. CARLEDGE, *The Greeks: A Portrait of Self and Others*. Oxford University Press, 2002.

²³ L. ROJAS DONAT, “Derecho internacional público a fines del siglo XV. Los tratados de Alcáçovas y Tordesillas”, *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, 2001, n. 3, pp. 131-156.

tervención papal y la resolución de la disputa mediante un acuerdo se consideró una forma de arbitraje internacional en la historia. El arbitraje de Alejandro VI marcó un hito por tres elementos decisivos, como fueron: la intervención de un Papa como autoridad, fue la primera resolución de disputas internacionales sobre territorios entre estados-nación y supuso un precedente para futuras disputas internacionales.

El arbitraje, cuyo origen nos remonta a Grecia y Roma, se consolidó durante la Edad Media. En aquellos tiempos, las disputas entre comerciantes o entre gobiernos eran resueltas por terceros neutrales que actuaban como árbitros. Este método fue utilizado para evitar la intervención de tribunales estatales, especialmente cuando las partes involucradas eran de diferentes naciones o cuando las leyes nacionales no ofrecían soluciones adecuadas.

Sin embargo, el arbitraje adquirió una importancia singular en el siglo XVI, con el auge del comercio internacional y las primeras formas de diplomacia moderna. A medida que los intercambios internacionales crecían, también lo hacía la necesidad de resolver disputas sin recurrir a la violencia o a la guerra. Los reyes y monarcas de la época, a menudo, actuaban como árbitros en disputas entre sus súbditos y los de otros países.

Una etapa clave en la evolución del arbitraje internacional ocurrió en el siglo XIX. Un ejemplo fue el *Tratado de Washington de 1871*, que estableció un sistema de arbitraje para resolver conflictos entre Estados Unidos y el Reino Unido, relacionado con la guerra civil estadounidense y los daños a barcos comerciales. Esta fue una de las primeras instancias en las que se formalizó el arbitraje internacional en el marco de un tratado bilateral, lo que contribuyó a su reconocimiento como un mecanismo legítimo y eficaz para resolver disputas²⁴.

A principios del siglo XX, el arbitraje pasó a formar parte de la diplomacia internacional. En 1899 se creó la *Corte Permanente de Arbitraje (CPA)*, en la Conferencia de La Haya, que se consolidó como un foro para la resolución de disputas entre países. Este fue un paso importante en la institucionalización del arbitraje internacional, y la Corte sigue operando hoy en día.

La postguerra mundial provocó un crecimiento en el arbitraje internacional, con el establecimiento de varias convenciones y tratados que promovieron su uso en el comercio internacional y en otras áreas. Muy importante fue, y sigue siendo, la *Convención de Nueva York de 1958* sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que estableció un marco global para que las decisiones arbitrales tuvieran validez y se pudieran ejecutar internacionalmente²⁵. Hoy por hoy se considera uno de los textos más importantes y de mayor alcance de derecho internacional privado en el mundo²⁶.

El arbitraje internacional experimentó un gran auge con el aumento del comercio global y la inversión extranjera. En 1966 se creó la *Cámara de Comercio Internacional (CCI)* y el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, fundado bajo el auspicio del Banco Mundial²⁷. Estas instituciones facilitaron un arbitraje más especializado, sobre todo, en materia comercial e inversora. La *Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)*, que estableció normas claras sobre el arbitraje internacional en el sector privado, representó un avance significativo en la uniformización de las prácticas de arbitraje en el comercio global²⁸.

Hoy en día, el arbitraje internacional sigue siendo una de las principales formas de resolución de disputas en el ámbito comercial y en disputas de inversión. El crecimiento de la globalización, junto con la proliferación de tratados internacionales que fomentan el arbitraje como mecanismo de resolución,

²⁴ L. A. MORGENFELD, *Nuestra América frente a la doctrina Monroe: 200 años de disputa*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2023, pp. 1-180, <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2023/08/Nuestra-America-Monroe.pdf>

²⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ et al., “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 111-124.

²⁶ S.I. STRONG, *International Commercial Arbitration and the New York Convention: A Guide for Practitioners and Scholars*. Oxford University Press, 2015; L. VOSER & A. LENZ, *International Arbitration: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2020; L. BÄR & J. KÜHN, *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Commentary*, Springer, 2015.

²⁷ D. AVEN et al., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), Caso UNCITRAL N° UNCT/15/3, 1998, https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C4866/DC10097_sp.pdf

²⁸ C. CONEJERO ROOS, “Influencia de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo”, *Revista chilena de derecho*, 2005, vol. 32, p. 89.

han consolidado el arbitraje como una alternativa atractiva frente a los tribunales nacionales. El arbitraje de inversión, en particular, ha experimentado un notable crecimiento, con el incremento de disputas entre gobiernos y empresas multinacionales.

El arbitraje internacional sigue evolucionando, con énfasis en mejorar la transparencia, la eficiencia y la accesibilidad, y se encuentra en constante adaptación a los cambios políticos y económicos internacionales. Desde esta perspectiva es desde la que se plantea la incursión de la tecnología en el arbitraje internacional, para comprender si tienen encaje ciertos términos y conceptos nuevos como son los *smart contracts*, la *blockchain* y las criptomonedas, por citar algunos de ellos.

III. Los criptotribunales

El arbitraje internacional se ha convertido en la opción preferida²⁹ de resolución de litigios económicos transnacionales que no pueden resolverse satisfactoriamente en los tribunales. En este contexto, junto con el hecho de que la tecnología *blockchain* ha visto una aplicación comercial generalizada, las disputas relacionadas con la cadena de bloques requieren un mecanismo de resolución de disputas rápido, barato, transparente y fiable que dicte resoluciones justas y definitivas. Buscando una alternativa, el arbitraje comercial internacional parece encajar a la perfección con este mecanismo³⁰.

Algunas de las mayores ventajas del arbitraje frente a la justicia tradicional son su flexibilidad y confidencialidad. En cuanto a la confidencialidad, la protección de la información es de suma importancia tanto para los participantes en un procedimiento arbitral como para las instituciones arbitrales. Por ejemplo, la *American Arbitration Association* (AAA) impone a su personal la obligación ética de mantener la confidencialidad de cualquier información³¹. Además, otra ventaja del arbitraje es la posibilidad de designar al árbitro, que será elegido por las partes, y normalmente estará especializado en la materia sobre la que ha de resolver.

Dada la complicada naturaleza de los conflictos relacionados con la tecnología *blockchain*, este puede ser un argumento importante a favor del arbitraje. Como señala LEHMANN, el arbitraje en la *blockchain* permite a la comunidad de usuarios a través del globo actuar como árbitros. La IA permite, con algoritmos, incluso suplir a los árbitros. Qué duda cabe que la nueva tecnología permite autoejecutar un acuerdo arbitral que se haya adoptado con IA porque, a través, de los *smart contracts*, se puede desviar los activos al que ha obtenido un resultado favorable y también se pueden congelar los activos de una persona que ha resultado perdedora en un arbitraje, sea del tipo que sea, y siempre que se base en un *smart contract* que permita operar dentro de la *blockchain* o cadena de bloques.

Como señala LEHMANN, esta posibilidad sólo sería posible si una nueva convención internacional, abierta a los cambios tecnológicos que han surgido, fuera redactada y firmada por un número de estados similares a los que se han adherido a la Convención de New York de 1958³². Además, teniendo en cuenta la libertad de las partes para acordar los aspectos procesales, esto aporta una flexibilidad que no puede encontrarse en la justicia tradicional. La propia cadena de bloques permite validar y verificar las pruebas como transacciones separadas en la propia cadena³³.

Las disputas *en la cadena* aluden a los conflictos que surgen de las transacciones que se producen en la cadena de bloques, total o parcialmente. Los desarrolladores han estado creando sistemas innovadores de resolución de disputas que aprovechan las características de la *blockchain*, como es el

²⁹ M. REQUEJO ISIDRO, "Arbitraje y tribunales para el comercio internacional en el "mercado de la litigación", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 12(1), 2019, p. 15.

³⁰ D. KOTTARIDOU, "The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology", *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

³¹ W. MATTLI, Private justice in a global economy: from litigation to arbitration. *International Organization*, 55(4), 2001, pp. 919-947, doi:10.1162/002081801317193646

³² M. LEHMANN, "The New York Convention's Borderline. Blockchain Arbitration and Artificial Intelligence", in M. PIERS & S. MCCARTHY (Eds.), *Transforming Arbitration: Exploring the Impact of AI, Blockchain, Metaverse and Web3*, Radboud University Press, 2024, p. 71, <http://www.jstor.org/stable/jj.28414751.7>

³³ D. KOTTARIDOU, "The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology", *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

caso de los tribunales de arbitraje virtual o, también conocidos, como los cripto-tribunales. Algunos de ellos son *Aragon* y *Kleros*. Estas plataformas son plataformas abiertas de justicia descentralizada que operan, generalmente, en una cadena de bloques pública.

Estos criptotribunales promueven los contratos inteligentes para asegurar una ejecución automática de las resoluciones del laudo arbitral, apoyándose en la propia cadena de bloques, donde vuelcan los contratos inteligentes que reflejan la autonomía de la voluntad de las partes, con objeto de mantener el registro de la información y respetar el laudo. Las decisiones de los árbitros (caso de *Kleros*) se basan en la teoría de juegos. Además, los miembros del tribunal son anónimos y no se conocen entre sí, lo que puede representar amenazas y desafíos³⁴. En consecuencia, se crea un enfoque novedoso para la resolución de disputas en línea que combina la cadena de bloques (*blockchain*), los contratos inteligentes (*smart contracts*) y las criptomonedas o tokens³⁵.

1. La Cadena de Bloques (*Blockchain*)

Uno de los avances tecnológicos más importantes de los últimos años y todavía una de las tecnologías más desconocidas, hoy en día, es la cadena de bloques. Puede definirse como “*un libro de contabilidad descentralizado para registrar datos digitales de forma verificada y con sello de tiempo sin necesidad de un tercero de confianza*”. La cadena de bloques puede ser pública o privada, con o sin permisos, o impulsada por la cripto-economía tokenizada o sin token³⁶.

El término *blockchain* fue creado por Satoshi Nakamoto en 2008, cuando se publicó el *Whitepaper* (libro fundacional) de Bitcoin. Esta tecnología consiste en un diseño de bloques que se extraen mediante los mineros que combinan datos de bloques anteriores, de ahí su nombre. Estos bloques son imposibles de modificar y, como consecuencia, esta tecnología ofrece una alta seguridad de las transacciones realizadas³⁷. La tecnología *Blockchain* es el protocolo que está detrás del funcionamiento de criptomonedas como Ethereum y Bitcoin. Estas monedas virtuales son monedas digitales aseguradas por criptografía que se benefician de esta tecnología para funcionar³⁸.

El concepto de *blockchain* se refiere a una aplicación descentralizada que opera en una red distribuida. La diferencia entre centralizada o descentralizada es que mientras la primera depende de una única entidad o autoridad para controlar todos los aspectos, la segunda implica el consenso de todos los participantes/validadores (verificadores o nodos)³⁹.

Por otro lado, en una red descentralizada hay diversidad de ordenadores que funcionan como nodos, almacenando la información en todos ellos y a su vez tiene diversidad de mineros para verificar transacciones, estados y demás detalles de la cadena. Por último, en una red distribuida, todos los ordenadores conectados a la red cumplen la doble función de validar y certificar. Así, la cadena de bloques actúa como una base de datos descentralizada, distribuida, en la que la información es almacenada por todos los nodos que soportan esa red⁴⁰. Todo ello la configura como una plataforma en donde la información digital se almacena sin necesidad de intervención humana. Por todo ello se consigue seguridad, trazabilidad y transparencia, además de reducir los costes operativos⁴¹.

³⁴ E. CADENAS, *El caso de Kleros para la resolución de disputas y Cumplimiento Regulatorio*, Blog de Cointelegraph, 2020, <https://es.cointelegraph.com/news/the-kleros-case-for-dispute-resolution-and-regulatory-compliance>

³⁵ E. P. ERMAKOVA, “Blockchain, metaversos y NFT en el procedimiento civil y el arbitraje en Rusia, China y EEUU”, *RUDN Journal of Law*, 27(1), 2023, pp. 148-165.

³⁶ I. SHEHATA, *Smart Contracts & International Arbitration*, 2018, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290026>

³⁷ L. DAC-NHUONG et. al., *Cyber Security in Parallel and Distributed Computing: Concepts, Techniques, Applications and Case Studies*, Scrivener Publishing LLC, 2019.

³⁸ D. KOTTARIDOU, “The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology”, *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

³⁹ C. SANTAOLALLA MONTOYA, “Bitcoin vs Central Bank Digital Currencies: última llamada para la libertad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2024), vol. 16 (1), 2024, p. 590.

⁴⁰ A. BARTOLOMEO & G. MACHÍN URBAY, *Introducción a la tecnología blockchain: su impacto en las Ciencias Económicas*, 2020, pp. 1-15, https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/15304/14.-introduccionalatecnologia.pdf

⁴¹ I. SHEHATA, *Smart Contracts & International Arbitration*, 2018, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290026>

La tecnología *blockchain* se está utilizando para eliminar la necesidad de que las transferencias pasen por múltiples intermediarios antes de llegar a su destino en los pagos transfronterizos. No obstante, esta descentralización puede aportar beneficios, pero también plantea un reto jurídico y normativo a la hora de determinar la parte responsable a la que se pueda rendir cuentas. Será difícil establecer la legislación y la normativa que se debe aplicar cuando surgen los conflictos debido a la dispersión de los nodos por todo el mundo⁴².

Hoy en día, la cadena de bloques es una de las tecnologías más elevadas y tiene implicaciones en muchos sectores debido a sus características fundamentales, que incluyen consistencia, velocidad, escalabilidad y verificabilidad⁴³. BLEMUS establece que los tres principales objetivos regulatorios de la cadena de bloques serían: la regulación de las monedas virtuales, la regulación de los tokens, y la validez legal de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes⁴⁴.

Por ejemplo, la red de Bitcoin actúa como fedataria pública de todas las operaciones que se realizan en la red, deja una huella que corrobora, atestigua y da fe de lo que ha ocurrido en el universo virtual, en el ciberespacio⁴⁵. En el terreno legal, la consecuencia inmediata es la perfecta identificación de una transacción y del objeto intercambiado.

La cadena de bloques (*blockchain*) se equipara a un instrumento registral, indeleble, público y compartido, frente a otros registros centralizados. Evita la pérdida de datos y minimiza el extravío u obsolescencia de los mismos. En una compraventa, por ejemplo, identifica al comprador, al vendedor, la fecha, el precio, y es irrefutable. Registra las operaciones y todas están enlazadas, anudadas⁴⁶ en la cadena. No se puede manipular, no se puede duplicar, porque las claves criptográficas identifican a las partes en este registro descentralizado (*distributed ledger*).

Todo ello representa un ahorro en costes humanos, de tiempo, de gestión, en gastos de transacción, y en gastos legales, junto a una mejoría en la seguridad y la democratización de su uso porque no discrimina a nadie. No hay administrador central de la base de datos, por lo que no hay riesgo de destrucción o manipulación de ordenadores, servidores o registros centrales. De esta manera, se reduce la necesidad de prueba documental en los juicios, en las compraventas, en los acuerdos entre las partes, y un largo etcétera. La cadena de bloques refuerza la autonomía de la voluntad de las partes en la medida en que capacita a los operadores a controlar toda la transacción, incentivando las operaciones. Todo ello sin fiscalización pública posible ni injerencias del ser humano⁴⁷.

2. Los contratos inteligentes (*Smart contracts*)

En 1995, SZABO⁴⁸ definió el contrato inteligente como un conjunto de promesas dentro de los cuales las partes cumplen. El contrato inteligente es un acuerdo entre las partes que es automatizable y ejecutable⁴⁹, y normalmente despliega sus efectos en la cadena de bloques, como medio para ganar inmutabilidad, trazabilidad y seguridad.

Hoy en día es habitual oír hablar de los llamados *contratos inteligentes*. Pueden definirse como

⁴² J. SALMON & G. MYERS, "Blockchain and related legal issues for emerging markets", 2019, <https://pdfs.semanticscholar.org/7d4e/8725cb7ca75b9d1a27b7e14e6af8fafd3b96.pdf>

⁴³ D. KOTTARIDOU, "The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology", *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

⁴⁴ S. BLEMUS, "Derecho y blockchain: Una perspectiva jurídica sobre las tendencias regulatorias actuales en todo el mundo", *Revue Trimestrielle de Droit Financier; Revista Trimestral de Derecho Financiero y de los Mercados de Capitales*, RTDF 4, 2017.

⁴⁵ R. ABRIL, "A proposal of a new pattern for a Land Registry based on blockchain technology", *Derecom* n° 28, 2020, pp. 65-94.

⁴⁶ J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, "Blockchain, ¿el nuevo notario?", *Everis Comillas*, 2016, p. 3.

⁴⁷ C. SANTAOLALLA MONTOYA, "Bitcoin vs Central Bank Digital Currencies: last call for freedom", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2024), vol. 16 (1), 2024, pp. 578-602.

⁴⁸ N. SZABO, Glosario de los smart contracts, 1995, Academy Bit2me, <https://academy.bit2me.com/glosario-smart-contract-nick-szabo/>

⁴⁹ C.D. CLACK, V.A. BAKSHI & L. BRAINE, Smart contract templates: foundations, design landscape and research directions, Cornell University, 2016, <https://arxiv.org/abs/1608.00771>

un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, que incluyen protocolos dentro de los cuales las partes cumplen dichas promesas. Otra definición puede ser un programa dirigido por eventos, que se ejecuta en un libro de contabilidad distribuido, descentralizado, compartido y replicado que puede custodiar e instruir la transferencia de activos⁵⁰.

Estos contratos tienen la peculiaridad de poder ejecutarse automáticamente cuando se cumplen las condiciones y, además, el cumplimiento del contrato inteligente está garantizado sin recurrir a los tribunales. Esto lo permite la tecnología *blockchain*, sobre la que se basa, y es una expresión de la libertad de las partes del contrato. Las partes, voluntariamente, pueden llegar a un acuerdo sobre esta ejecución automática, y sobre cualquier aspecto que deseen.

Son muchas las funciones que pueden desempeñar los contratos inteligentes. Pueden utilizarse para codificar y automatizar diversos procesos de negocio que pueden ser compartidos y ejecutados por múltiples partes, proporcionando así confianza y fiabilidad en el proceso, lo que conlleva una importante eficiencia y también una gran reducción de costes. Además, pueden utilizarse para codificar cualquier acuerdo entre partes que implique una transferencia de activos. Los acuerdos se vuelven automáticamente muy transparentes y funcionan sobre la base de condiciones predeterminadas, por lo que resulta extremadamente difícil que una de las partes se retracte⁵¹.

Los contratos inteligentes se utilizan para establecer términos de acuerdos y específicamente para incluir una cláusula de arbitraje que estipule el uso de la plataforma en caso de conflicto. Sin embargo, la función más importante de los *smart contracts* es que se utilizan para plasmar el laudo arbitral y éste se ejecuta de forma automática, sin necesidad de recurrir a los tribunales. Un contrato inteligente es un acuerdo jurídicamente vinculante en el que alguno o todos los términos contractuales son definidos y/o ejecutados automáticamente por un programa informático. Como afirma FERNÁNDEZ ROZAS, los *smart contracts* „favorecen la previsibilidad, la seguridad jurídica del proceso, y lo legitima ya que las partes acuerdan resolver el conflicto por este medio“⁵².

Es importante abordar la distinción entre la resolución de conflictos *fuera de la cadena* y *dentro de la cadena*. Por un lado, la resolución de conflictos *fuera de la cadena* se refiere a ciertas formas tradicionales de resolución de conflictos en ausencia de un mecanismo automático para hacer cumplir una decisión. Por otro lado, la resolución de conflictos *en la cadena* incluye un proceso automatizado que permite que las decisiones de los conflictos se ejecuten automáticamente sin necesidad de intervención humana⁵³.

Pueden surgir problemas cuando no todas las obligaciones resultantes del contrato inteligente tengan lugar en la cadena de bloques, y haya entradas que provengan del mundo real. Además, incluso los contratos inteligentes *en la cadena* pueden requerir un tercero de confianza, especialmente en lo que respecta a la resolución de disputas. Este tercero de confianza se conoce comúnmente como *oráculo*. Pueden ser individuos o programas que almacenan y transmiten información desde *fuera de la cadena*, proporcionando así un medio para que las plataformas, dentro de la cadena de bloques, interactúen con personas del mundo real y reaccionen a tales eventos externos. Por ejemplo, estos oráculos pueden estar conectados a una fuente de datos de un tercero que transmita información. Además, los oráculos pueden transmitir las percepciones de seres humanos o apoyar sistemas privados de resolución de conflictos y arbitraje privado⁵⁴.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la función de los oráculos, los contratos inteligentes pueden ser capaces de responder a condiciones cambiantes, pueden utilizarse para actualizar obligaciones basadas en el juicio subjetivo de determinados individuos. Como resultado, se puede combinar la ejecución determinista y garantizada de los contratos inteligentes con promesas objetivas que son traducibles a códigos con un juicio subjetivo de un oráculo humano elegido⁵⁵.

⁵⁰ I. SHEHATA, Smart Contracts & International Arbitration, 2018, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290026>

⁵¹ D. KOTTARIDOU, “The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology”, *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

⁵² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar”, *Revista de Arbitraje* (19), 2019, p. 91-110.

⁵³ D. KOTTARIDOU, “The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology”, *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

⁵⁴ I. SHEHATA, Contratos inteligentes y arbitraje internacional, 2018, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290026>

⁵⁵ C. RAMOS GUTIÉRREZ, Blockchain y sus aplicaciones económicas, 2022, <http://hdl.handle.net/10651/64312>

Los *smart contracts* plantean una serie de ventajas, relacionadas con la eficiencia material que implica la sustitución de la confianza de las partes por un control informático externo de las vicisitudes en la formación y ejecución del contrato. Esta confianza virtual se sustenta en tres elementos: la inmutabilidad de los eventos, pues quedan registrados sin posibilidad de alteración en la cadena de bloques; el cumplimiento de las prestaciones, que no se somete a la interpretación humana y se automatizan los remedios frente al incumplimiento; y la autoejecución del contrato conforme a lo pactado y programado⁵⁶.

Sin embargo, los contratos inteligentes se enfrentan a varios retos jurídicos. En primer lugar, debido a la naturaleza descentralizada de la tecnología *blockchain*, sobre la que normalmente se apoyan, la dificultad para determinar la ley aplicable a un contrato inteligente puede ser enorme. Dado que los nodos de un libro de contabilidad descentralizado pueden estar ubicados en distintos lugares del mundo, resulta difícil determinar qué legislación debe aplicarse⁵⁷, porque de no hacerlo, entrañará mucha dificultad después.

Otra cuestión relevante acerca de los contratos inteligentes está relacionada con la identidad de las partes. Un contrato, según nuestra concepción clásica del derecho, es válido si las partes tienen capacidad legal para contratar, por lo que si el contrato inteligente es firmado por partes seudónimas o anónimas, será imposible validar su capacidad. En los contratos inteligentes, muchas veces, las partes involucradas son anónimas y la ejecución del mismo se podrá realizar sin acudir a los tribunales⁵⁸. Por lo tanto, se tambalea la concepción clásica del contrato tal y como la entendemos.

3. Las criptomonedas o tokens

Dentro del concepto de moneda virtual se encuentran las criptodivisas, que hacen referencia a „la moneda virtual convertible distribuida, de código abierto, basada en las matemáticas y descentralizada que está protegida por criptografía y que no tiene una autoridad central que la administre, ni un control o supervisión central“⁵⁹. Bitcoin sería un ejemplo de moneda virtual, y más concretamente, de criptomoneda.

Las monedas virtuales pueden clasificarse en convertibles (o abiertas), como es el caso de Bitcoin, y no convertibles (o cerradas). Las monedas virtuales abiertas tienen „un valor equivalente en moneda real y pueden intercambiarse por moneda real“⁶⁰, mientras que las cerradas están pensadas para ser específicas de un mundo virtual concreto (por ejemplo, Q Coins)⁶¹.

Las criptomonedas pueden adaptarse, y de hecho lo hacen, a las necesidades de comunidades y fines específicos, ya sean comerciales (*Bitcoin*), estabilizadoras (*stablecoins*), o incluso recreativas (*cryptokitties*, *dogecoin*). Bitcoin tiene una función comercial, ya que puede ser un depósito de valor y un medio de intercambio⁶². Las *stablecoins* (USDC, USDT, DAI) permiten intercambios entre monedas tradicionales y criptodivisas volátiles, proporcionando así un intermediario para la estabilidad entre instrumentos divergentes⁶³. También hay monedas recreativas como *cryptokitties* y *dogecoin* que están diseñadas para que las personas se dediquen al ocio o a la diversión⁶⁴.

⁵⁶ C. ARGELICH-COMELLES, “Smart Contracts O Code Is Law: Soluciones Legales Para La Robotización Contractual (Smart Contracts or Code Is Law: Legal Remedies for Contractual Robotization)”, *InDret*, 2, 2020, p. 33.

⁵⁷ S.N. KHAN, F. LOUKIL, C. GHEDIRA-GUEGAN, E. BENKHELIFA & A. BANI-HANI, *Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends. Peer-to-peer Networking and Applications*, Springer, 14, 2021, pp. 2901-2925.

⁵⁸ M. KASATKINA, “The Interpretation of Smart Contracts in the EU and the USA”, *International Comparative Jurisprudence*, 7(2), 2021, pp. 202-217.

⁵⁹ GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), “Virtual Currencies - Key Definitions and Potential AML/CFT Risks”, 2014; Y. GONZÁLEZ QUINZÁN, “La actuación normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional frente al criptoblanqueo”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n. 10, 2024, pp. 217-264.

⁶⁰ TJUE C- 264/14, asunto *Hedqvist*, 2015, ECLI:EU:C:2015:718; TJUE C-172/96, asunto *First National Bank of Chicago*, 1998, ECLI:EU:C:1998:354 y TJUE C-389/17, asunto *Paysera*, 2019, ECLI:EU:C:2019:25.

⁶¹ M. PUVOGEL ROJAS, *Blockchain y monedas virtuales: aproximación jurídica*, Tesis Doctoral, Universidad de Chile, 2018.

⁶² S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system. White Paper*, 2008.

⁶³ M. BELOTTI, N. BOŽIĆ, G. PUJOLLE, & S. SECCI, “A vademecum on blockchain technologies: When, which, and how”, *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, 21(4), 2019, pp. 3796-3838.

⁶⁴ U. W. CHOCHAN, *Cryptoanarchism and cryptocurrencies*, p. 14, 2017, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3079241>

La naturaleza descentralizada de las criptomonedas es inseparable de su lógica y función, y se manifiesta de varias maneras. En primer lugar, los libros de contabilidad de las criptomonedas están repartidos en innumerables ordenadores, sin una autoridad central, y estos ordenadores actualizan continuamente nuevos bloques en la cadena a través de procesos descentralizados⁶⁵. Esto significa que ningún ataque a un solo ordenador puede sabotear la arquitectura subyacente de una criptomoneda.

Estas monedas digitales están descentralizadas, no dependen de una autoridad central para emitir y, de hecho, cualquier persona puede aprobar una criptomoneda en cualquier momento⁶⁶. En ese caso, la centralización dependería de la persona que la emite, como el caso de Butelin con la criptomoneda Ethereum. Por definición, la criptomoneda debería estar descentralizada, como el caso de Bitcoin. De lo contrario, nos estaríamos refiriendo a las monedas digitales de los bancos centrales que dependen de una autoridad central para aprobarlas, ponerlas en circulación, aumentarlas o disminuirlas. Bitcoin representa el caso más claro de la descentralización y transparencia en el mundo cripto, como ya lo señaló ANTONOPOULOS⁶⁷. Los participantes/nodos en la minería de una moneda están incentivados para mantener la estabilidad del sistema y para utilizar su potencia de cálculo para mantener la cadena de la moneda; de este modo pueden actuar de forma descentralizada y seguir cooperando para construir un sistema que funcione⁶⁸.

En el caso de los tribunales virtuales en la cadena de bloques, normalmente cada uno de ellos utiliza una moneda virtual o token, a modo de ficha que garantice su participación y contribución al arbitraje. Sin fichas no se podrá formar parte de este arbitraje. En el caso de Kleros será *pinakions* (PNK), en el caso de Aragon es ANT, que actúan como fichas validadoras de las funciones que vaya a realizar cada una de las partes (árbitro, demandante, demandado...).

Por ejemplo, si uno quiere ser árbitro en Kleros, debe adquirir un número mínimo de *pinakions*. Si una parte quiere someterse a arbitraje en Kleros, debe aportar *pinakions* al procedimiento para que sea efectivo el contrato inteligente que se vuelque en la cadena de bloques con objeto de que sea autoejecutable una vez que se conozca el laudo arbitral. Y se autoejecutará porque han quedado en depósito, dentro de la cadena, precisamente, ese número de fichas. Una vez emitido el laudo, los árbitros cobrarán y también la parte que ha obtenido el laudo favorable. Sin *pinakions*, no se puede iniciar el procedimiento ni actuar como árbitro. Por lo tanto, para poder referirse a los criptotribunales, será necesario entender este término de criptomoneda o tokens que se pueden convertir después en dinero.

IV. Tipología de criptotribunales⁶⁹

Estos tribunales se basan en la cadena de bloques, que está descentralizada y es pública. En ellos, los propios usuarios los gobiernan y no existe una autoridad central. Es necesario que, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, haya una cláusula de sumisión a este método de resolución de conflictos y la doctrina se pregunta si esa es la solución adecuada para resolver las controversias en este escenario⁷⁰.

La ejecución del laudo es automática, aunque se puede apelar, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje tradicional, donde, como regla general, el laudo del árbitro es vinculante y solo está sujeto

⁶⁵ M. BELOTTI, N. BOŽIĆ, G. PUJOLLE, & S. SECCI, "A vademecum on blockchain technologies: When, which, and how", *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, 21(4), 2019, pp. 3796-3838

⁶⁶ K. KONDRU, R. SARANYA & A. CHACKO, *A Review of Distributed Supercomputing Platforms Using Blockchain. Advances in Distributed Computing and Machine Learning*, Springer, 2020, pp. 123-133.

⁶⁷ A. M. ANTONOPOULOS & D. A. HARDING, "Mastering bitcoin", *O'Reilly Media*, 2023; A. M. ANTONOPOULOS, *Why I bought bitcoin?*, 2024, <https://youtu.be/WPLsTgYWeBA>

⁶⁸ K. KONDRU, R. SARANYA & A. CHACKO, *A Review of Distributed Supercomputing Platforms Using Blockchain. Advances in Distributed Computing and Machine Learning*, Springer, 2020, pp. 123-133.

⁶⁹ W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 596.

⁷⁰ Y. P. YANG, "The Crowd's Wisdom in Smart Contract Dispute Resolution: Is Crowdsourced Dispute Resolution Arbitration?", *Contemp. Asia Arb. J.*, 15, 2022, p. 175.

a revisión o anulación⁷¹. Aquí, en el arbitraje cripto, la apelación se puede hacer tantas veces como se desee, hasta un máximo de 500 veces, como determina el propio criptotribunal Kleros⁷².

1. Aragon: las DAO

Aragon fue fundado en 2016, por CUENDE e IZQUIERDO, con la convicción de que el destino de la humanidad se decidirá, en un futuro no muy lejano, en la frontera de la innovación tecnológica. Para comprender Aragon es necesario comprender a las organizaciones autónomas descentralizadas o *Decentralised Autonomous Organisations* (DAO), que permiten a las personas coordinarse y autogobernarse a través de un conjunto de reglas autoejecutables desplegadas en una cadena de bloques pública, donde la gobernanza es independiente del control central. En su fundamento está la idea de crear herramientas para que todo el mundo pueda experimentar con la gobernanza, haciendo uso del *software*, y desplegaron el primer marco DAO ayudando a miles de organizaciones autónomas descentralizadas a asegurar y gobernar más de 6.000 millones de dólares en valor⁷³.

Las DAOs son un modelo organizacional emergente que rompe con las estructuras tradicionales jerárquicas y centralizadas, permitiendo una gobernanza participativa y transparente. Aragon es una herramienta clave que permite a las personas crear y gestionar estas organizaciones, haciendo que las DAOs sean más accesibles y fáciles de implementar para cualquier tipo de comunidad, ya sea para proyectos, empresas, colectivos sociales, entre otros. Una DAO es, básicamente, una organización gobernada por reglas codificadas en un software⁷⁴. Estas reglas son establecidas por los miembros de la comunidad a través de contratos inteligentes (*smart contracts*), los cuales son ejecutados automáticamente en la *blockchain* sin la intervención de una entidad central.

Los participantes de una DAO pueden ser cualquier persona que posea un token (generalmente un token de la misma DAO) que les permita votar sobre decisiones clave, como cambios en las reglas, distribución de recursos, etc. Las DAOs permiten la toma de decisiones de forma colectiva y transparente, garantizando que todos los miembros tengan una participación activa y directa en los procesos de gobernanza, sin depender de jerarquías tradicionales o instituciones. La confianza en la DAO proviene del código y la transparencia de la cadena de bloques.

En concreto, Aragon ofrece plantillas de organización que pueden personalizarse mediante aplicaciones predefinidas que proporcionan funcionalidades como la gestión financiera y la toma de decisiones⁷⁵. Entre sus funcionalidades, Aragon utiliza mecanismos de resolución de disputas como parte de su gobernanza descentralizada. El *token* de red de Aragon, ANT, permite a los poseedores del token votar sobre el futuro desarrollo de la aplicación.

El tribunal de Aragon tiene jurisdicción sobre las organizaciones que celebran contratos inteligentes en su plataforma. En cuanto a su funcionamiento, las partes deberán depositar garantías e implementar procesos de resolución de disputas mediante adjudicación digital para poder ejecutar un contrato inteligente. Las decisiones pasadas se archivan y recopilan y los jurados ganan crédito reputacional con el tiempo, lo que se traduce en decisiones más coherentes. Los posibles jurados deberán firmar un código de conducta⁷⁶ porque aquellos jurados que no denuncien a las partes que intenten sobornarles verán arruinada su reputación en el sistema y será complicado que vuelvan a actuar como jurados en Aragon.

⁷¹ Hay excepciones en el arbitraje tradicional donde si se puede apelar, es el Caso de la Cámara de arbitraje de Londres (LCIA), la Cámara de Arbitraje del Deporte (CAS) y la Asociación de comercio de cereales y piensos (GAFTA); A. MURILLO ÁVILA, *Causas de impugnación de laudos arbitrales*, Tesis de Maestría, 2022.

⁷² S. BARONA VILAR, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2022.

⁷³ A. SCHMITZ & C. RULE, "Online dispute resolution for smart contracts", *J. Disp. Resol.*, 2019, p. 103.

⁷⁴ A. T. NORMAN, *Todo Sobre Tecnología Blockchain*, Litres, 2019; A. R. MORALES CÁCERES, "Aspectos legales de la tecnología Blockchain", *Advocatus*, 2023, n. 43, pp. 161-208.

⁷⁵ A. PEÑA-CALVIN, J. SALDIVAR, J. ARROYO & S. HASSAN, "A categorization of decentralized autonomous organizations: the case of the Aragon platform", *IEEE Transactions on Computational Social Systems*, 2023.

⁷⁶ D. KOTTARIDOU, "The use of arbitration for the resolution of disputes arising from the use of blockchain technology", *International Hellenic University*, 2023, pp. 23-26.

Cuando se inicia una demanda, los honorarios que debe pagar el demandante vienen determinados por la reputación general de los jurados que elija; es decir, que variará según los jurados. Las partes iniciarán el procedimiento presentando declaraciones y pruebas. Durante el fallo, la reclamación podrá rechazarse inmediatamente o más tarde, si los jurados deciden actualizar el contrato, reasignar las garantías o determinar el caso para una revisión posterior. La decisión se determinará por mayoría simple de los jurados, no se exige unanimidad ni mayoría absoluta⁷⁷.

Las partes pueden apelar, pero cada apelación multiplica por dos el precio y la reputación de los jurados. Los jurados resuelven los litigios mediante un sistema simbólico que incluye varios sistemas de incentivos para garantizar la imparcialidad. El código de conducta que están obligados a firmar los jurados explica las expectativas que se tienen de ellos, y precisa que el mecanismo para garantizar imparcialidad emplea el dilema del prisionero para animar a los jurados a denunciar los intentos de soborno de las partes en el conflicto⁷⁸.

2. Kleros: la teoría de juegos

Este criptotribunal se creó en París, el 7 de abril de 2017. Kleros es un protocolo descentralizado de resolución de litigios que trabaja en la cadena de bloques. Se trata de un sistema polivalente de resolución de litigios entre pares que utiliza incentivos basados en la criptoconomía para ofrecer servicios de arbitraje descentralizados en donde los miembros son seleccionados automáticamente como jurados⁷⁹. Kleros actúa como un sistema de arbitraje *ad hoc*, que se constituye *ex profeso*, descentralizado, en el que dos partes pueden presentar una demanda ante un tribunal, donde la imparcialidad está *garantizada* por incentivos económicos.

Al igual que en el arbitraje tradicional, aquí es necesaria la existencia de una cláusula arbitral. En este caso, la cláusula será digital e incorporada a un contrato inteligente. Esta cláusula debe establecer, entre otras cosas, qué tribunal arbitral de Kleros resolverá la controversia, de entre las diversas opciones que existen. La importancia de esta cláusula implica que las partes aceptan voluntariamente otorgar legitimidad a Kleros para resolver el conflicto⁸⁰. Actualmente, Kleros tiene tribunales de arbitraje que se especializan, por materias, en: la cadena de bloques, servicios de marketing, asuntos en inglés, asuntos en español, adquisiciones, producción de videos, análisis de datos y tribunal sobre humanidad. En estos tribunales tratan cuestiones como el comercio electrónico, las redes sociales, los viajes, el alquiler de vehículos, el *crowdfunding* o las finanzas, entre otros.

La cláusula de sumisión es el eje central del procedimiento, ya que favorece la previsibilidad y la seguridad jurídica y legitima el proceso apartándose de la resolución de conflictos por la vía de la justicia tradicional⁸¹.

Dada la naturaleza de contrato inteligente que opera de forma automática, antes de iniciar el procedimiento, se debe vincular una cuenta al contrato inteligente, y las partes deben transferir una cantidad, acordada previamente en tokens, que normalmente se destina a pagar al tribunal arbitral y a la parte ganadora. Kleros selecciona el tribunal arbitral que decidirá la disputa a través de un procedimiento aleatorio que está encriptado, por lo que no puede ser modificado, alterado o manipulado por nadie. La plataforma utiliza tokens llamados *Pinakion* (PNK) como medio de selección de los árbitros que participarán en el arbitraje; cuantos más tokens posea una persona, más probabilidades tendrá de ser seleccionado como árbitro. Los árbitros se seleccionan por separado y sin posibilidad de comunicación

⁷⁷ A. PEÑA-CALVIN; J. SALDIVAR; J. ARROYO & S. HASSAN, "A categorization of decentralized autonomous organizations: the case of the Aragon platform", *IEEE Transactions on Computational Social Systems*, 2023.

⁷⁸ C. M. HAFNER & S. MAJERI, "Analysis of cryptocurrency connectedness based on network to transaction volume ratios", *Digital Finance*, 4(2), 2022, pp. 187-216.

⁷⁹ S. PERDRISAT, *Case study of sociotechnical imaginaries in the making: Kleros decentralized dispute resolution protocol*, Master of Arts Thesis, Tallinn University of Technology, 2021.

⁸⁰ W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 596.

⁸¹ P. D. FRIEDLAND, *Arbitration clauses for international contracts*. Juris Publishing, Inc, 2007.

entre ellos⁸². Se eligen por sorteo y según el número de *pinakions* que posean, tendrán más posibilidades de ser elegidos como árbitros en el asunto concreto.

Los usuarios persiguen sus propios intereses económicos cuando optan por ser jurados en Kleros. Para ser jurado en Kleros debes comprar previamente unos PNK. La probabilidad de que un usuario sea elegido como jurado para un litigio concreto es proporcional al número de tokens que deposite como garantía; es decir, depende de su poder adquisitivo previo, lo que determina unos criterios de elección y por qué no, un sesgo en la elección de los árbitros. Una vez que los candidatos se han nominado a sí mismos depositando fichas en el tribunal en el que desean trabajar, la selección final se realiza por sorteo...pero tendrá más posibilidades de ser elegido jurado para ese concreto tribunal aquel que tenga mayor número de tokens, lo que reduce la selección a puros criterios economicistas.

La única información personal o profesional que los árbitros facilitan a Kleros es a qué tribunal arbitral desean pertenecer. Es decir, no se cuenta con información alguna sobre las personas que serán árbitros porque es anónimo y se desconoce su identidad. En la actualidad, Kleros cuenta con una cartera de más de tres mil árbitros en todo el mundo.

La decisión del árbitro debe ser individual y se basa en un sistema de votación binario. Es decir, deben seleccionar cuál de las dos partes tiene razón y justificar su voto, que una vez emitido no podrá cambiarse⁸³ porque así quedará registrado en la propia cadena, sin posibilidad de modificación alguna, será inmutable.

En Kleros, los árbitros seleccionados reciben una notificación de su nombramiento, junto con las pruebas que existan, y se les indica que tomen su decisión en un plazo de tres días basándose en una gama limitada de opciones en virtud del contrato inteligente acordado. Posteriormente, la decisión se ejecutará en la cadena de bloques, que ha quedado registrada bajo un contrato inteligente. Se puede apelar la decisión ante un panel de árbitros más grande, con un aumento proporcional de los honorarios, a cargo de la parte apelante. Al emplear estos métodos, los usuarios confían en que se mantendrán todas las garantías procesales, pero de una manera más eficiente y sencilla que en los tribunales tradicionales⁸⁴.

Una vez que todos los árbitros han votado, se emite una decisión que se notificará a las partes. En el caso de que ninguna de las partes recurra (opción que se presenta en el arbitraje virtual pero raras veces en el arbitraje tradicional), los tokens (a modo de fichas de recompensa) se transferirán automáticamente a la parte ganadora, y a los miembros del tribunal arbitral (a partes iguales) que haya votado por la opción ganadora. Según el punto focal de SCHELLING, o la teoría de juegos que rige el funcionamiento de los árbitros en Kleros, el árbitro que no votó como la mayoría se considera que no tuvo pericia o fue negligente, y por lo tanto, no sólo no ganó, sino que fue penalizado con la pérdida de fichas y su pérdida reputacional⁸⁵.

La teoría de juegos fue formulada por NEUMANN y MORGENSTERN en 1944, en el libro titulado *Theory of Games and Economic Behavior*⁸⁶. La teoría de juegos se centra “en el análisis de conflictos y situaciones de cooperación entre individuos puramente racionales, basándose en cuáles serían las estrategias más beneficiosas o menos perjudiciales”. Se sustenta en torno al concepto de puntos focales de SCHELLING, Nobel de Economía en 2005, que replanteó la teoría de juegos y explicó cómo las personas pueden llegar a una solución incluso cuando no pueden comunicarse o cuando las partes no confían unas en otras⁸⁷. En este sentido, el árbitro, para emitir una resolución, debe tener en cuenta la posible decisión que podrían tomar otros árbitros. Por lo tanto, según la teoría de juegos, se considerará que un árbitro actúa correctamente si resuelve/vota conforme a la mayoría y aquel arbitro que vota en minoría, pierde

⁸² W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 596.

⁸³ G. ALEKSEI, “Crowd arbitration: Blockchain dispute resolution”, *Legal Issues in the digital Age*, (3), 2020, pp. 59-77.

⁸⁴ F. AST, W. GEORGE, J. KAMALOVA, A. SHARMA & Y. AOUIDEF, “Corrigendum: Decentralized justice: state of the art, recurring criticisms and next-generation research topics”, 2024. *Front. Blockchain* 7:1434503. doi: 10.3389/fbloc.2024.1434503

⁸⁵ W. NAVA GONZÁLEZ & N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Panorama actual de los criptotribunales arbitrales: obstáculos y consideraciones jurídicas”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 19, 2022, p. 596.

⁸⁶ J. VON NEUMANN & O. MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton University Press. 1947.

⁸⁷ R. SUGDEN Y I. E. ZAMARRÓN, “Encontrar la clave: el enigma de los puntos focales”, *Journal of Economic Psychology*, 27(5), 2006, pp. 609-621.

su recompensa (sus fichas o tokens) y su prestigio y reputación. El árbitro que votó en minoría se considera la opción perdedora y pierde todas sus fichas, redistribuyéndose entre los árbitros ganadores⁸⁸.

Si después de que el jurado haya resuelto el caso, una de las partes no está satisfecha (porque cree que el resultado no ha sido justo, o por otras razones), tiene la opción de recurrir la decisión. En caso de apelación, el número de árbitros se duplicará más uno. La parte que recurre debe transferir la tasa (*pinakions*) para pagar al nuevo tribunal arbitral. Debido al mayor número de jurados, las tasas de recurso que deben pagarse se calculan de la siguiente manera: las tasas de recurso son iguales al número de nuevos jurados multiplicado por la tasa por jurado. Por lo tanto, el número de apelaciones que se pueden hacer depende de la cantidad de fichas (tokens) que estén dispuestos a gastar para este fin. El procedimiento es exactamente el mismo que el realizado en primera instancia⁸⁹. En otras palabras, dado que la tasa de recurso se paga a un número exponencialmente creciente de jurados cada vez que se recurre, la tasa también crece exponencialmente en función del número de recursos. Esto significa que, en la mayoría de los casos, las partes no recurrirán, o sólo lo harán un número limitado de veces. En el caso del tribunal Kleros, se puede apelar hasta 500 veces. Y dependerá por supuesto del poder económico que tenga cada uno.

Por lo tanto, basándose en la teoría de juegos⁹⁰, el punto central para el árbitro es intentar predecir qué votarán los demás para maximizar su beneficio económico⁹¹, evitando así perder dinero. Esto puede entrañar problemas, ya que los árbitros pueden votar pensando en la mayoría y no por razones de objetividad y justicia, lo que hace que se desvanezca la esencia misma del arbitraje objetivo e imparcial⁹².

V. La ley aplicable del crypto tribunal

Para comprender este desarrollo, primero es preciso saber ante qué tipo de arbitraje nos encontramos. Si, dentro de un arbitraje tradicional, se ha optado por un arbitraje *ad hoc*, o si se trata de un arbitraje institucional, sometido a alguna de las instituciones arbitrales que existen en el mundo. Ahora bien, también nos podemos encontrar con arbitrajes virtuales (*ad hoc* o institucional), que han aumentado después de la pandemia *covid*, facilitando virtualmente la celebración del arbitraje aunque las partes estén ubicadas en países distintos. En este caso, las partes estarían identificadas y con plena capacidad de obrar. O bien, nos podemos encontrar con lo que hoy llamamos criptotribunales que resuelven cuestiones que han surgido en el mundo real o en el virtual, y que se celebran en la cadena de bloques, a través de contratos inteligentes y que aplican la teoría de juegos. En este último supuesto, es habitual que las partes no se conozcan y que tampoco se sepa su identidad ni si tienen (o no) capacidad para obrar, además de encontrarse en lugares que se desconocen. Es aquí donde la complejidad para determinar la sede del tribunal se complica considerablemente.

Determinar la sede del arbitraje es una cuestión relevante en el derecho internacional privado porque conecta el laudo arbitral con los órganos judiciales de un determinado país con objeto de que faciliten la ejecución del laudo⁹³. Los órganos jurisdiccionales intervienen si la parte perdedora no cumple, o si es necesario revisar el laudo por concurrir alguna causa de nulidad. Como señala FERNÁNDEZ ROZAS: “No es casual que las partes quieran conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos y les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral”⁹⁴. Por lo

⁸⁸ KLEROS. WHITEPAPER, <https://kleros.io/whitepaper.pdf>

⁸⁹ FORO KLEROS. *Kleros TCR: Una explicación profunda*, 2020, <https://forum.kleros.io/t/kleros-tcr-una-explicacion-profunda/343>

⁹⁰ E. P. ERMAKOVA, “Blockchain, metaversos y NFT en el procedimiento civil y el arbitraje en Rusia, China y EEUU”, *RUDN Journal of Law*, 27(1), 2023, pp. 148-165.

⁹¹ C. LESAEGE, *Long Paper v1. 0.0 Clément Lesaege, William George y Federico Ast*, 2020.

⁹² FORO KLEROS. *Kleros TCR: Una explicación profunda*, 2020, <https://forum.kleros.io/t/kleros-tcr-una-explicacion-profunda/343>

⁹³ M. F. VÁSQUEZ PALMA, “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, *Vniversitas*, (136), 2018, pp. 179-205.

⁹⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration*, 2, 2007.

tanto, la ley que rija el arbitraje servirá para determinar cuál es el sistema jurídico de referencia, estableciendo el marco del proceso arbitral y las autoridades judiciales con capacidad para colaborar asistiendo a los árbitros o tramitando la anulación del laudo⁹⁵.

Existen diferentes posibilidades para determinar la ley del arbitraje, que actúan como recomendaciones de *soft law*, como podría ser la *lex arbitri*, o ley de la sede del arbitraje, que definirá los distintos recursos que procederán contra el laudo y las causas de anulación⁹⁶. Será esa ley la que determinará las causas que lo hacen procedente y el tribunal que será competente, así como el límite temporal, las consecuencias y los posibles remedios posibles ante un recurso de nulidad. Otra posibilidad sería la *lex loci arbitri*, o ley del lugar donde se encuentran los árbitros, siempre que se pueda determinar dónde se encuentran los mismos, cuestión que no siempre será fácil ante los arbitrajes virtuales que se celebran hoy en día.

También existe la *lex causae*, que será la ley aplicable al fondo de la controversia y será aquella ley estatal donde se encuentren el mayor número de puntos de conexión. No obstante, esta teoría entraña bastante inseguridad jurídica porque las partes no podrán predecir qué ley aplicar antes de que ocurra.

Según la teoría del *lex loci server*, se aplicará la ley del lugar donde esté ubicado el servidor que se utilice en caso de que las partes y los árbitros se conecten a través de servidores... pero puede ocurrir que el arbitraje se realice utilizando varios servidores de manera simultánea, por lo que esta teoría se desvanece al no poder determinar claramente la sede, por ser indeterminado el servidor, o haber varios. No aporta certeza ni seguridad jurídica.

La *teoría de la deslocalización* plantea que el arbitraje no se encuentra supeditado a las leyes de algún lugar en particular, es el caso de Suiza, que aplica esta teoría a pesar de contar con bastantes detractores⁹⁷. Esta teoría desarrolla la posibilidad de que el laudo tenga aceptación en otras jurisdicciones sin necesidad de que haya habido un pronunciamiento acerca de su validez por parte del país en el que se produjo. Para ella, los actos procesales que componen el procedimiento arbitral no están sujetos (o limitados) a normas obligatorias del estado donde se esté realizando el arbitraje.

En esta línea, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ señalan que el arbitraje puede separarse del control impuesto por la ley del lugar del arbitraje porque la ley nacional no tiene por qué ser considerada como la adecuada para la práctica del arbitraje comercial internacional. Es decir, si las partes, dentro del ejercicio de su autonomía plena, no han determinado o acordado nada, “*el árbitro podría no solo ignorar la ley sustantiva, sino que podrían aplicar la ley procesal que consideraran apropiada*”, a pesar de este idea choca con el art. V de la Convención de New York de 1958 cuando señala que “*el tribunal del país donde se solicita la ejecución de un laudo tiene el derecho de rechazar dicha aplicación si el mismo no se ha convertido en vinculante según la ley del país en el que se realizó la decisión*”⁹⁸. Es decir, el lugar donde se pretenda la homologación del laudo contará con la facultad de restarle fuerza al mismo, si este no es válido según las leyes del Estado en el que se creó. Para la teoría de la deslocalización, el laudo deberá ser evaluado conforme a las normas del estado donde se quiere homologar y reconocer, siendo esta evaluación totalmente independiente del estado donde se creó.

Como ponen de relieve estos autores, la Nueva Lex Mercatoria consiste “*en una habilitación ofrecida... a los árbitros para que éstos valoren distintos materiales jurídicos reguladores del comercio internacional y, tras ello, extraigan las normas más adecuadas para solventar el litigio*”⁹⁹. Para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la metodología de la Nueva Lex Mercatoria es la más operativa, la más útil, la más completa y que permite desarrollarla como fuente del Derecho de los negocios internacionales.

⁹⁵ M. P. LA MANNA, “El arbitraje online y criterios para la determinación de su sede”, *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, (4), 2022, pp. 390-391.

⁹⁶ M. F. VÁSQUEZ PALMA, “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, *Vniversitas*, (136), 2018, p. 3.

⁹⁷ J. TIRADO, *¿Cuántas leyes son de aplicación en el arbitraje internacional?*, Garrigues, 2019.

⁹⁸ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva lex mercatoria”, *Cadernos da Escola de Direito*, (12), 2010.

⁹⁹ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, *Cadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 2020, pp. 66-85, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva lex mercatoria”, *Cadernos da Escola de Direito*, (12), 2010.

En el arbitraje, la autonomía de la voluntad de las partes alcanza su máxima expresión porque lo ampara y permite todo. Serán las partes quienes podrán decidir si someterse a arbitraje, qué tipo, bajo qué ley, dónde se celebrará, cuántos serán los árbitros...es decir, que todos los elementos del arbitraje quedarán sujetos a la plena autonomía de la voluntad de las partes. Además, se recomienda, para que no haya confusión, que se determine, por un lado, la cláusula arbitral y, por otro, la cláusula que determine la ley aplicable y el resto de elementos necesarios para determinar los recursos, causas de nulidad y etc. Si no se hace, siempre quedará la discrecionalidad del propio árbitro, según su leal saber y entender, *ex aequo et bono*, para determinar la ley que se aplicará al arbitraje. La autonomía de la voluntad de las partes se consagra, y así se observa en el art. 34 de la Ley de Arbitraje española¹⁰⁰ y en el art. VII.1 del Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961¹⁰¹.

La autonomía de la voluntad, tomada como principio general regulador de las relaciones jurídicas internacionales entre particulares, lleva a admitir que las partes puedan acudir a la Nueva Lex Mercatoria como norma aplicable al comercio internacional. Es decir, en esta teoría de la deslocalización prima, más que en ninguna otra, la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley aplicable al arbitraje, sin tener que circunscribirse por obligación a leyes impuestas desde fuera, como la *lex arbitri*, la *lex causae*, la *lex server*... Prima, prevalece por explícita voluntad de las partes, la ley que ellas consideren. Y esta directriz se permite y encaja dentro de la Nueva Lex Mercatoria¹⁰².

Los factores limitantes que afectan a los tribunales nacionales, atados a sistemas normativos rígidos, cerrados y autónomos, no deberían afectar a los árbitros. Los árbitros deben poder operar conforme a su leal saber y entender y aplicar la ley que sea más justa o arbitraria al proceso si las partes no han elegido una. Y no deben dudar si dichas normas deben extraerse de la Nueva Lex Mercatoria porque es ella la que sitúa a las empresas en un plano de igualdad y sólo los árbitros están en la mejor posición para aplicar una ley neutral que no beneficie a una u otra parte sólo por pertenecer a uno u otro Estado¹⁰³.

VI. De la Nueva Lex Mercatoria a la Lex Criptográfica

Y yendo un poco más lejos de lo que señala la doctrina, que destaca la eficiencia y voluntariedad de la Nueva Lex Mercatoria para regular las controversias que surjan en el derecho mercantil internacional, y dentro del campo de actuación y discrecionalidad de los árbitros, siempre que las partes no hayan determinado la ley aplicable, extraemos unas reflexiones muy interesantes de los estudios realizados por WRIGHT & DE FILIPPI. Ellos consideran que, cuando se sustentan las relaciones entre las partes en una cadena de bloques, la solución a esos problemas a través de códigos informáticos se encontrará en la Lex Criptográfica y en la teoría de que el derecho es código. Este enfoque hace que nos planteemos una evolución de la Lex Mercatoria a la Lex Criptográfica como una nueva forma de regulación del derecho mercantil internacional, que despliega sus efectos en los distintos universos, a través de las interacciones que voluntariamente realizan las partes, en el ejercicio de su plena autonomía de la voluntad.

Además, WRIGHT & DE FILIPPI apuntalan la necesidad de reformular los conceptos de soberanía, tal y como se entienden hoy, porque el papel de los Estados-nación, las organizaciones internacionales y la sociedad civil, en este nuevo escenario, fundamentado en cadenas de bloques y contratos inteligentes, se desvanece¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309 de 26 de Diciembre de 2003.

¹⁰¹ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Lex mercatoria y arbitraje privado internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 2020, p. 83.

¹⁰² A. STONE SWEET, "The new Lex Mercatoria and transnational governance", *Journal of European Public Policy*, 13(5), 2006, pp. 627-646.

¹⁰³ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Lex mercatoria y arbitraje privado internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 2020, pp. 83-84.

¹⁰⁴ A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>; N. D. C. G. PROTO, *Da Lex Mercatoria à Lex Cryptographia: análise jurídica da regulamentação*

Estos autores vaticinan que los algoritmos terminarán por desplazar al derecho, a los jueces y a los tribunales estatales porque se desarrollará un nuevo cuerpo normativo, independiente de la ley estatal. Es lo que se denomina *Lex Cryptographia*, entendida como el conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas (DAO, ya observadas en el tribunal arbitral Aragon)¹⁰⁵. “*Se trataría de una especie de gobernanza algorítmica: un nuevo sistema normativo capaz de regular la sociedad de manera eficiente, que reduce los costes de la aplicación de la ley y permite un sistema de normas personalizado para cada ciudadano, donde las reglas se revisan constantemente en función de las preferencias y perfiles correspondientes...*”¹⁰⁶.

La *Lex Cryptographia* es vista como la extensión natural de la *Lex Mercatoria* y ambas se basan en la autorregulación¹⁰⁷ que realizan las partes, que consienten las partes haciendo uso de su libertad y voluntariedad. A pesar de sus similitudes, la *Lex Cryptographia* se muestra más fuerte que la *Lex Mercatoria*. Mientras que esta última necesita del sistema judicial y está sometida a su escrutinio al no disponer de mecanismos coercitivos propios, la *Lex Cryptographia* opera a través de mecanismos autoejecutables que limitan al máximo el margen de intervención del aparato jurídico estatal. Cabría pensar que, conforme la criptografía y la tecnología avancen, la deslocalización en las transacciones y en el comercio aumentará¹⁰⁸.

Defensores de la *Lex Cryptographia* afirman que tiene una funcionalidad similar a las instituciones jurídicas, porque contienen normas acordadas por las partes que son ejecutables, no por las autoridades estatales, sino mediante herramientas tecnológicas, y su eficiencia puede ser muy superior. Según sus impulsores, este sistema se adapta mejor a la interdependencia y descentralización de la nueva realidad tecnológica, puesto que proporciona a las partes “*un sistema judicial descentralizado en línea que no está sujeto a barreras artificiales tradicionales como las jurisdicciones nacionales*”¹⁰⁹.

En el estado actual de desarrollo de la *Lex Cryptographia*, sin embargo, la intervención del derecho estatal sigue siendo necesaria para solucionar situaciones no previstas por el código algorítmico, como errores de programación, validez o causas extrínsecas, insolvencias, fallecimientos o activos criptográficos hackeados u obtenidos ilegalmente¹¹⁰. Sin olvidar que, ante supuestos de daños causados por estas tecnologías, el legislador ha de actuar para proporcionar a la víctima una compensación adecuada.

La finalidad que persiguen los defensores de este *nuevo cuerpo normativo* es sustituir el sistema judicial actual, hasta ahora conocido,¹¹¹ y que se convierta en una especie de jurisdicción digital con sus propias normas y con sus propios sistemas de resolución de conflictos (como *Aragon* o *Kleros*, pero perfeccionados) que lleven a cabo este tipo de operaciones completamente independientes del sistema. Que existan los medios para que se pueda llevar a cabo, gracias a la tecnología descentralizada, no significa que vaya a pasar inmediatamente, pero hace plantearnos unas cuestiones que hace años ni imaginábamos.

En cualquier caso, se trata de un dilema importante entre los usos y costumbres de un sector privado y su propia regulación (autorregulación) y la tutela del estado ejerciendo su potestad legislativa dando seguridad jurídica y protegiendo a los más débiles... Y la pregunta que surge es: ¿el Estado es el que mejor protege los intereses de la gente o son los propios ciudadanos en un ejercicio de gobernanza multinivel?

global do blockchain e os seus impactos no comércio internacional, 2020, https://btdt.ibict.br/vufind/Record/UFPE_874fe5f80e301b5632b13157336fd6a1

¹⁰⁵ A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p.4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>

¹⁰⁶ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Applicable law to smart contracts and lex cryptographia”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol. 13, 2021, pp. 458-459; A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Lex Mercatoria”, *Rettid*, 2002, p. 47.

¹⁰⁷ D.A. WALLACH, “Bitcoin for Rockstars: How Cryptocurrency Can Revolutionize the Music Industry”, *Medium*, 2014.

¹⁰⁸ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Applicable law to smart contracts and lex cryptographia”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol. 13, 2021, pp. 458-459.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 440- 459.

¹¹⁰ M. LEHMANN, “Who owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain”, *EBI Working Papers Series*, n. 42, 2019.

¹¹¹ A. WRIGHT & P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p.4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>

VII. Valoraciones finales

Una forma de resolver los conflictos entre las partes es a través de tribunales de arbitraje que se celebran en la cadena de bloques, donde se alojan los contratos inteligentes en los que, a través de una cláusula arbitral, las partes acuerdan someterse a ese tipo de arbitraje, con sus propias normas, elección de árbitros y mecánica de funcionamiento (teoría de juegos, tokens, apelaciones, etc). Es decir, esta manera de resolver las disputas en un escenario que no vemos porque ocurre en un universo virtual, se sustenta en la plena, efectiva y preferente autonomía de la voluntad de las partes, emulando a la Nueva Lex Mercatoria que, parece, estuviera evolucionando hacia una Nueva Lex Criptográfica.

El criptotribunal Kleros, debido a su estructura descentralizada, se enfrenta a ciertos obstáculos en su estado actual de funcionamiento como sistema de resolución de conflictos, al carecer de un marco legal y especializado, que bien podría desarrollarse en un futuro. Esta característica podría significar que no fuera considerado un arbitraje válido y vinculante, al carecer de una legislación que lo regule. Por otro lado, ¿no habría que pensar en superar las concepciones tradicionales y no querer regular todo lo nuevo con sistemas antiguos y leyes antiguas? ¿No sería oportuno plantear un nuevo sistema de validación y ejecución que no responda a la ley de una autoridad central o un estado, sino de una mayoría de actores que sean independientes, objetivos, imparciales y verdaderos árbitros en una justicia universal, o como pueda llegar a llamarse en un futuro no muy lejano?

En cualquier caso, la idea de los criptotribunales es excelente aunque presenta limitaciones o sesgos que no se deben obviar. La elección de los árbitros, tal y como ocurre en el caso del tribunal de arbitraje Kleros, es cuestionable. No se puede elegir un árbitro por el número de *tokens* (fichas o *pinakions*) que lo represente (sean suyos o los haya adquirido por *crowdfunding*). Los árbitros, por definición, deben ser personas independientes, objetivas, imparciales y justas que analicen con objetividad los hechos, las pruebas y escuchen los testimonios. No pueden ser criterios economicistas los que conduzcan a elegir a un árbitro o a otro. De alguna manera debe medirse la formación del árbitro, su experiencia, su bagaje, su conocimiento previo en la materia y señalaría yo, hasta su moralidad.

En estos criptotribunales, o criptoarbitrajes, uno puede ser elegido árbitro si tiene fichas (o tokens, pinakions en el caso de Kleros) que lo representen, y cuantas más fichas tenga, más posibilidades tendrá de ser elegido porque se realiza un sorteo entre los árbitros que tengan fichas y aquellos que tengan más, tendrán más opciones. En ellos, se desconoce la identidad del árbitro, su capacidad y su experiencia previa, por lo que, en la línea de lo que señalan DYLAG y SMITH¹¹², reducimos poder ser árbitro a una minoría tecnócrata entre la que se diluirá el dominio, el control y las decisiones.

Una persona capaz, con conocimientos y reputación contrastada en el arbitraje tradicional no podrá ser árbitro en estos criptotribunales si no tiene dinero para comprar las fichas que lo representen. Por lo que este sistema de elección de árbitros debe revisarse a la fuerza de tal manera que, para ser árbitro en un criptotribunal, los árbitros no tengan que aportar ficha alguna. Podría plantearse que el árbitro ganara, sobre todo, un rédito reputacional. Su mayor rédito será reputacional, y no necesitará tener dinero antes del arbitraje, ni mucho menos regirse por la teoría de juegos.

Aplicar la teoría de juegos en este método alternativo de resolución de conflictos no parece lógico. Un buen árbitro no debería ser premiado porque resuelva de la misma manera que la mayoría y penalizar al que tenga una opinión disidente o contraria a la mayoría. Velar por la teoría de juegos cuando se te ha encomendado una labor loable, seria, objetiva y justa de dictar un laudo arbitral entraña prostituir y desvirtuar el propio arbitraje. El árbitro no debe dictar un laudo arbitral pendiente de su daño reputacional (por no coincidir con la opinión de la mayoría), o de su perjuicio económico (porque sus fichas se repartirán entre aquellos árbitros que han votado como la mayoría). Por lo tanto, no consideramos que la teoría de juegos sea adecuada para que se resuelvan los laudos arbitrales, donde quiera que se celebren.

Por otro lado, la idea del arbitraje sobre la cadena de bloques y los contratos inteligentes es buena, es eficiente, rápida, barata, operativa, pero adolece de deficiencias e injusticias. ¿cómo medir el buen hacer de un árbitro cuya identidad se desconoce? Una opción que se debería barajar es la posibilidad de

¹¹² M. DYLAG & H. SMITH, "From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms", *Information, Communication & Society*, 26(2), 2023, pp. 372-387.

obtener puntuaciones de observadores de los tribunales. Esta sería una buena opción. Asignar observadores (personas) a todo el proceso que actúen como validadores del trabajo de los árbitros (emulando a los nodos de la cadena de bloques). Sería como un escaparate arbitral donde todo el mundo podría formar parte y participar. Vemos ejemplos en todas partes con los *likes* en Facebook, Instagram, TikTok... Y esos observadores podrían puntuar la actuación de los árbitros. Sería el paradigma de la transparencia y el ojo público, de cualquiera que quiera participar, donde cada voto vale igual, con independencia de estatus, raza, credo, edad... Un listado de observadores que puntúen el buen hacer, a modo de validadores o verificadores externos también objetivos e independientes.

La libertad y el consentimiento, pleno, de las partes es crucial para intercambiar y negociar cualquier término que consideren. Una figura que adquiere importancia y que con los años encuentra todo su significado son los tribunales de equidad que adquirieron un peso específico en el sistema del *Common Law*. Apartándonos de una concepción *ius positivista* de nuestro derecho, los tribunales de equidad resolvían las controversias según su leal saber y entender. Esta forma de administrar justicia encaja perfectamente en este nuevo escenario de contratos inteligentes, cadenas de bloques públicas y descentralizadas y web 3.0, donde todos somos iguales. Hablando de las doctrinas del *Common Law*, parece interesante traer a colación la doctrina del *Stare Decisis et Quia non movere*, que indica que todo lo decidido será vinculante y por similitud o analogía habrá que aplicarlo en unos casos con circunstancias similares. A este respecto, resulta de interés los *Law Report* anglosajones donde se recopilan por materias soluciones a disputas que han tenido lugar. Y esta idea se podría trasladar al arbitraje en los criptotribunales. Resultaría extremadamente sencillo recopilar en la cadena de bloques, por su trazabilidad, transparencia, carácter indeleble... ese recopilatorio de resoluciones para revisarlas y aplicarlas cuando proceda, de la misma manera que los *Law Reports* del sistema anglosajón.

Al hablar de criptoarbitraje, los ejes sobre los que se fundamenta el Derecho Internacional privado se van, cuando menos, a difuminar. Será muy difícil, unido todo ello al anonimato o pseudo-anonimato, poder atribuir a un juez determinado de un país la competencia para resolver o ejecutar el laudo arbitral acordado en la *blockchain*. Y lo mismo podría decirse de la ley aplicable. Si se venden en la cadena de bloques bienes que solo tienen una realidad virtual, cómo se podrá determinar la ubicación del inmueble, la entrega de la cosa, dónde se ha producido el daño... si las partes no han determinado estos elementos, o no son relevantes, para consumar la compraventa virtual. Y si las partes, ejerciendo su plena libertad y autonomía, no quieren precisarlos ni someterse a órganos judiciales que responden a los límites tradicionales y clásicos del Estado nación, ¿en qué se sustentará el Derecho Internacional privado?

El criterio para determinar la ley que regirá el arbitraje, en este caso, es complejo. No se podrá determinar el lugar donde se celebra el arbitraje (*lex arbitri*) porque se ha celebrado en un universo virtual, ni tampoco será fácil determinar la ley del servidor a través del cual se han conectado las partes porque estarán en diferentes puntos del planeta o haciendo uso de diferentes servidores de manera simultánea (*lex server*). Acercar la ley a un estado concreto por encontrar en él diferentes puntos de conexión (*lex causae*) tampoco es imperativo, ni tiene por qué ser operativo ni lo mejor. La ubicación de la mayoría de los árbitros (*lex loci arbitrio*), cuando estos no tienen ni siquiera identidad tampoco parece factible. Por lo que decantarse por la teoría de la deslocalización, que nos conecta de lleno con la *Lex Mercatoria* y la *Lex Criptográfica*, parece lo más razonable. De nuevo volvemos a la autonomía de la voluntad de las partes que ¡se erige en máxima para determinar quién resuelve el conflicto, cómo, dónde, y según qué ley!. Porque si privamos a las partes de su libertad de elección, de autonomía para resolver sus cuestiones, nos convertimos en números o robots (como la IA) a los que no les importa nada, más que subsistir sin criterio alguno, sin moral ni valores ni nada.

Como señala la doctrina¹¹³, los árbitros pueden (y deben) crear “*un crisol de reglas de comportamiento razonables*” que estimulen el comercio y el intercambio entre las partes y, siempre, según lo acordado por las partes, seleccionar las mejores normas jurídicas y contribuir al progreso del Derecho. En este sentido, el árbitro debe aplicar los materiales jurídicos que las partes hayan elegido. Y a falta de tal elección, también deberán respetar la voluntad de las partes.

¹¹³ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 2020.

¿Es el arbitraje en la cadena de bloques autónomo de cualquier poder u ordenamiento? Aún no, pero podría llegar a serlo. En Kleros se observa cómo un laudo arbitral alcanzado en un universo virtual se ha reconocido ante un tribunal mexicano¹¹⁴, que lo ha ejecutado. Siguiendo la teoría de la deslocalización, la aplicación de la Nueva Lex Mercatoria y la Lex Criptográfica, si se depuraran cuestiones importantes, siempre contando como eje primordial la voluntad de las partes para dar contenido a la manera y el procedimiento elegido para resolver cualquier controversia, el arbitraje en la cadena de bloques sí podría llegar a ser autónomo de cualquier ley u ordenamiento. Sobre esta idea se creó Bitcoin y se originó el movimiento *Cypherpunk*¹¹⁵, con la idea de que la soberanía recayera sobre el individuo, y que los acuerdos se reflejaran en una cadena pública, descentralizada, incorrompible, inconfiscable, inmutable, no dependiente de ningún poder estatal, ni dentro de los límites de ningún Estado-nación. Dentro de este contexto, dentro de esta realidad, el arbitraje en la cadena de bloques *aún* discurre libre, desnacionalizado y deslocalizado por internet, porque en él los usuarios realizan una gobernanza auto-ejecutada y, con carencias y limitaciones, libre. Estas plataformas, sin duda, podrían originar un cambio brusco en la manera de impartir justicia en el mundo y más allá del universo.

¹¹⁴ Disputa por el pago del alquiler (caso 479). Extraído de la web de *Kleros*, que es pública. Cada caso permite acceder a las pruebas y a los resultados de las votaciones.

¹¹⁵ J. MALDONADO, “Cypherpunks, el movimiento en pro de la privacidad, anonimato y la criptografía”, *Blog Cointelegraph*, 2021.

Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos marinos en Derecho internacional. ¿Nuevas realidades tras la aprobación del Acuerdo relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas Situadas Fuera de la Jurisdicción Nacional?

Intellectual property rights and marine genetic resources in international law. Has the Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction?

ANA ELVIRA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES SÁNCHEZ

*Diplomática de carrera
Universidad Rey Juan Carlos*

Recibido:07.04.2025 / Aceptado:18.06.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9900

Resumen: En junio de 2023 se adoptó finalmente el texto del Acuerdo relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas Situadas Fuera de la Jurisdicción Nacional (BBNJ), finalizando un proceso de décadas. Uno de los temas más espinosos en su negociación fue el régimen de los recursos genéticos marinos y, en concreto, de los derechos de propiedad intelectual asociados.

Los derechos de propiedad intelectual, especialmente las patentes, sobre recursos biológicos han sido frecuentemente una fuente de controversia. En el caso de los recursos genéticos marinos, se suman además consideraciones sobre los desequilibrios norte-sur, la soberanía de los Estados sobre sus recursos, la biopiratería y la protección de las poblaciones indígenas.

Finalmente, el acuerdo BBNJ no contiene previsiones con respecto a los derechos de propiedad intelectual asociados a los recursos genéticos marinos. Ha cogido el testigo el proceso paralelo en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que concluyó en junio de 2024 con la negociación de un instrumento vinculante en la materia. Este nuevo acuerdo, que todavía no se encuentra en vigor, supone un paso de gigante en una cuestión controvertida y de enorme complejidad.

Palabras clave: Recursos genéticos, derecho de patentes, derechos de propiedad intelectual, biotecnología, conocimiento tradicional.

Abstract: In June 2023, the text of the Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction (BBNJ) was finally adopted, concluding a decades-long process. One of the thorniest issues in its negotiation was the regime for marine genetic resources, and particularly, the associated intellectual property rights.

Intellectual property rights, especially patents, on biological resources have often been a source of controversy. In the case of marine genetic resources, there are also considerations of North-South imbalances, the sovereignty of states over their resources, biopiracy and the protection of indigenous populations.

Finally, the BBNJ agreement does not contain provisions on intellectual property rights associated with marine genetic resources. This issue has been taken over by the parallel process within the World Intellectual Property Organisation, which concluded in June 2024 with the adoption of a binding instru-

ment on the subject. The new agreement, which is not yet in force, represents a giant step forward on a controversial and highly complex issue.

Key words: Genetic resources, patent Law, intellectual property rights, biotechnology, traditional knowledge.

Sumario: I. Introducción. II. Los recursos genéticos marinos en Derecho internacional. III. Recursos genéticos marinos y derechos de propiedad intelectual, 1. La labor de la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2. La patentabilidad de los recursos vivos, IV. Biopiratería, conocimiento tradicional y *la tragedia de los comunes*, V. ¿Nuevas realidades tras la aprobación del acuerdo BBNJ?, 1. Los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo BBNJ, 2. El proceso negociador en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El 6 de diciembre de 2017, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que los años comprendidos entre 2021 y 2030 constituirían el Decenio de las Ciencias Oceánicas para el Desarrollo Sostenible¹. Desde la perspectiva del Derecho internacional, la punta de lanza de esta iniciativa fue la aprobación el 19 de junio de 2023 del Acuerdo en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas Situadas Fuera de la Jurisdicción Nacional (BBNJ).

2. Durante las últimas décadas, la exploración de los recursos genéticos, ya sean marinos o terrestres, ha dado lugar al descubrimiento de propiedades moleculares que han derivado en un número de lucrativos productos comerciales, industriales, farmacéuticos o cosméticos². En el caso de los recursos genéticos marinos, tanto es así que se ha comenzado a hablar del *oro azul*³. Los recursos genéticos de los fondos marinos habitan espacios con características muy diferentes a las que existen en la superficie y tienen, por tanto, propiedades atractivas con gran potencial para la investigación y desarrollo⁴.

3. La investigación sobre biotecnologías es un ámbito científico que ha crecido de forma sostenida los últimos años. En la Unión Europea (UE), el número de investigadores dedicados a la biotecnología se ha duplicado entre 2012 y 2021 y en Estados Unidos casi se ha triplicado entre 2012 y 2023. En 2020, un 5% de las patentes globales se otorgaron en el ámbito de la biotecnología⁵.

4. Los derechos de propiedad intelectual sobre las aplicaciones tecnológicas de los recursos genéticos marinos pueden tener rendimientos positivos en que incentivan el uso de dichos recursos y, por tanto, su exploración. También resultan de utilidad en el cumplimiento de las obligaciones de disseminación de información sobre la investigación científica marina. Sin embargo, han sido duramente cu-

¹ Resolución sobre los Océanos y el Derecho del Mar, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 5 de diciembre de 2017, par. 292, en documento A/RES/72/73.

² En este sentido, B. GUILLOUX, *Marine Genetic Resources, R&D and the Law 1*, ISTE-Wiley, 2018, p. 76. También se proporcionan ejemplos concretos en Anexo I de N. GRASSANO ET AL., *Exploring the global landscape of biotech Innovation: preliminary insights from patent analysis*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024.

³ Es un término ampliamente utilizado para hacer referencia a los recursos genéticos marinos, como se puede apreciar en S. L. LOTHIAN, (2023) *Marine conservation and international law. Legal instruments for biodiversity beyond national jurisdiction*, Routledge Research in International Environmental Law, Routledge, 2023.

⁴ En este sentido, sostiene A. BROGGIATO, en “Marine genetic resources beyond national jurisdiction – Coordination and harmonisation of Governance Regimes”, *Environmental Policy and Law*, Vol. 41, N° 1, febrero 2011, p. 35, que la bioprospección de los recursos genéticos marinos es una actividad principal para la industria biotecnológica y que la biotecnología de recursos genéticos marinos se trata de una investigación aplicada, con implicaciones comerciales, a diferencia de la investigación pura, que no tendría propósito comercial.

⁵ Estadística contenida en N. GRASSANO ET AL., “Exploring the global landscape...”, op. cit. (nota 2), p. 7.

estacionados por las implicaciones de dichos derechos sobre la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales⁶, como prevé el Convenio sobre Diversidad Biológica, o su posible vulneración del principio de patrimonio común de la Humanidad con respecto a los recursos genéticos marinos de zonas fuera de la jurisdicción nacional⁷.

II. Los recursos genéticos marinos en Derecho internacional

5. Por recursos genéticos marinos se entiende, a los efectos de este estudio, aquellos recursos genéticos que se originan en y pertenecen al medio marino. Son recursos genéticos aquellos recursos naturales vivos cuyo interés reside en sus propiedades genéticas.

6. Un usuario puede acceder a los recursos genéticos marinos en cuatro momentos: *in situ*, *ex situ*, *in silico* o *in vitro*. En el primer caso, el recurso marino se encuentra *in situ*, es decir, en el medio marino del que es originario. El recurso genético marino se encuentra contenido en material biológico, en su forma original. En el segundo supuesto, *ex situ*, los recursos genéticos marinos han sido recogidos de su hábitat y han sido conservados, como material biológico, en un instituto, museo o repositorio de muestras. Los recursos genéticos *in silico*, en el tercer caso, reciben también el nombre de información digital sobre secuencias, han sido sintetizados y convertidos en datos digitales y se encuentran en repositorios digitales. Por último, los recursos genéticos *in vitro* se mantienen viables en condiciones asépticas en recipientes que contienen un medio de cultivo sintético y se propagan en células, tejidos u otro material físico⁸. Estos últimos usos pertenecen al campo de lo que se puede denominar *biología sintética*, que se basa en la idea de que todo sistema biológico puede ser visto como una combinación de elementos funcionales o partes que se pueden organizar de formas nuevas para modificar los organismos vivos⁹.

7. De esto se desprende que, si bien el acceso al recurso genético físico es un requisito previo y necesario para la utilización de recursos genéticos, ésta puede tener varias formas y ocurrir en varios momentos. Es posible que el recurso se recolecte *in situ* por un operador que conoce el valor del recurso y que accede a él con la intención de convertirlo en un producto comercial. Sin embargo, es igual de posible, e incluso más frecuente, que el recurso se haya recolectado en algún momento – que, si pensamos en recursos *ex situ* que se encuentran en museos, puede tratarse incluso de un momento histórico – y que ese recurso sea utilizado con fines de investigación y desarrollo. O que ese recurso sea digitalizado e introducido en un repositorio digital genético y que sea la información digital contenida en el repositorio (recurso *in silico*) la que sea empleada para desarrollar una invención. Muchos de estos accesos a los recursos genéticos o a la información que contienen se realizan con ánimo investigador o vocación científica, no necesariamente comercial. El beneficio económico derivado de la utilización de un recurso genético es, por tanto, un fin al que se puede llegar por muchos caminos, no todos ellos regulados o contemplados en la normativa internacional existente.

⁶ De acuerdo con L. COSTA BRANDAO ET AL., “Biodiversity and Gene Patents”, *UFRGS Model United Nations Journal*, Vol. 1, 2013, p. 254, uno de los conflictos entre ADPIC y CDB es precisamente su tratamiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos biológicos: mientras que el CDB lo protege, ADPIC no lo menciona, subordinando los recursos biológicos a los derechos privados de propiedad intelectual.

⁷ Una de las causas es descrita por C. CHIAROLLA, “Intellectual property rights and benefit sharing from marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: current discussions and regulatory options”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 4, N° 3, julio 2014, p. 179, de acuerdo con el cual, dado que los metadatos que contienen la georreferenciación de los recursos genéticos se encuentran frecuentemente fragmentados, resulta difícil establecer si un recurso genético concreto fue recogido dentro o fuera de la jurisdicción nacional de un Estado.

⁸ En J.O. MIJANGOS CORTÉS ET AL., *Los recursos genéticos vegetales in vitro: una alternativa de conservación*. Biodiversidad y Desarrollo Humano en Yucatán. CICY, PPD-FMAM, CONABIO, SEDUMA, 2010, p. 403.

⁹ En M. BAGLEY, “Digital DNA: The Nagoya Protocol, intellectual property treaties and synthetic biology”, *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 3 y en C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), p. 11, nota al pie 54, referenciando a S. ARNAUD-HAOND, “Conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction: preparing for the PrepCom”, *Report of the BBNJ Workshop of the Centre for International Law*, National University of Singapore, 2016, p. 38.

8. No existe un instrumento jurídico en Derecho internacional que regule los recursos genéticos marinos en su conjunto. La primera norma de referencia, como marco de todas las actividades en los océanos, es la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), que no menciona esta clase de recursos¹⁰. Hay varias interpretaciones doctrinales sobre esta omisión, pero parece lo más razonable imaginar que se debe a una cuestión puramente temporal: en el momento de negociación de la CNUDM no existía suficiente conocimiento sobre el potencial de los recursos genéticos para imaginar que se trataría de recursos con valor comercial y, por tanto, que fuera necesario regular su explotación. Sus Estados parte han reconocido que la CNUDM proporciona el marco en el que se encuadran todas las actividades en los océanos, incluyendo con respecto a los recursos genéticos marinos en zonas fuera de la jurisdicción nacional¹¹. Pero, en todo caso, la CNUDM no menciona los recursos genéticos marinos y, en consecuencia, no crea ningún régimen de acceso. La CNUDM es un instrumento de una generación anterior al CDB y contempla los recursos naturales desde una perspectiva económica y no como patrimonio natural susceptible de protección. La CNUDM prevé que los Estados ribereños tienen, dentro de sus espacios de jurisdicción, soberanía sobre la exploración y la explotación de sus recursos naturales¹².

9. El primer instrumento que regula de forma explícita los recursos genéticos en Derecho internacional es el CDB, en el que aparecen definidos en su art. 2 como “material genético de valor real o potencial”, siendo material genético definido como “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”. El CDB crea un marco normativo, para posterior desarrollo por sus Estados Parte, de acceso, participación en los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos y transferencia de tecnología necesaria (en sus arts. 15 a 18). La base de la regulación del CDB en materia de acceso y participación en los beneficios resultantes de la utilización de recursos genéticos es la soberanía de los Estados sobre sus recursos biológicos, incluyendo los genéticos (en su art. 15.1) y la obtención de dos pruebas de conformidad en la relación entre proveedores y usuarios: los términos mutuamente acordados y el consentimiento informado previo (art. 15.5. y 15.6). El CDB se desarrolló posteriormente por su Protocolo de Nagoya de 2008, sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

10. El CDB y su Protocolo de Nagoya tienen un ámbito de aplicación espacial restringido a las jurisdicciones nacionales de sus Estados Parte (arts. 4 y 22.2 CDB). Por tanto, en las zonas marinas dentro de la jurisdicción nacional de los Estados ribereños, éstos pueden, de acuerdo con los derechos soberanos que les garantiza la CNUDM sobre sus recursos biológicos, y deben, de acuerdo con sus obligaciones CDB, desarrollar su normativa de manera acorde a ésta en materia de acceso y participación en los beneficios.

11. Ha sido una fuente de conflicto para la doctrina y en los diversos foros de negociación competentes cuál es el régimen de los recursos genéticos marinos situados en zonas fuera de la jurisdicción nacional de los Estados. La única norma que se aplica a los recursos en estos espacios es la CNUDM, que los separa en dos, la alta mar y la Zona Internacional de los Fondos Marinos (reguladas en sus partes VII y XI, respectivamente), dotándolas de dos regímenes sometidos a principios aparentemente contradictorios. La Zona Internacional de los Fondos Marinos y sus recursos son patrimonio común de la Humanidad, mientras que la alta mar está sometida al régimen de libertad. Sin embargo, el régimen de la Zona sólo se aplica a los recursos minerales del fondo marino y no a sus recursos vivos (art. 133.a)), que en el momento de negociación de la CNUDM se creía que serían escasos y únicamente interesantes a efectos de aprovechamiento pesquero. Los recursos minerales de la Zona, objeto de deseo en el momento de negociación de la CNUDM y de los que se preveían amplios beneficios económicos, todavía

¹⁰ Hasta la negociación del acuerdo BBNJ, existía por tanto un acuerdo entre la doctrina de que la mejor opción para incorporar los recursos genéticos marinos dentro de la regulación del CNUDM sería la adopción de un nuevo instrumento jurídico vinculante, como sostiene C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), p. 192.

¹¹ También en C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), p. 192.

¹² En, respectivamente, sus artículos 2, sobre mar territorial, 56, sobre zona económica exclusiva, y 77, sobre la plataforma continental.

no son explotables. Glowka ya hablaba de *la más profunda de las ironías*¹³ en 1996, al analizar el potencial comercial de los recursos genéticos marinos de los fondos marinos, superior en contraste al de los recursos minerales, y el silencio de la CNUDM al respecto.

12. La CNUDM regula también la investigación científica marina en estos espacios (en su parte XIII). Como se ha mencionado anteriormente, a menudo los recursos son accedidos por entidades públicas o privadas con fines de investigación científica. De acuerdo con CNUDM, todos los Estados tienen derecho a llevar a cabo actividades de investigación científica marina (art. 238), ya sea dentro o fuera de la jurisdicción nacional, cumpliendo con una serie de requisitos y principios, dependiendo de la zona marítima donde se encuentren los recursos en cuestión. Los Estados parte deben asegurar que sus operadores científicos cumplan con una serie de principios mínimos, dentro de los que se incluyen, entre otros: que la investigación científica marina se llevará a cabo con fines exclusivamente pacíficos (art. 240 a) que las actividades de investigación científica marina no constituirán fundamento jurídico alguno para ninguna reivindicación sobre el medio marino o sus recursos (art. 241) y que promoverán activamente la difusión de datos e información científicos resultantes de la investigación (art. 244).

13. El largo debate sobre el régimen de los recursos genéticos marinos de zonas fuera de la jurisdicción nacional parece haberse cerrado con la aprobación del acuerdo BBNJ en junio de 2023, que establece un régimen de acceso y participación en los beneficios sobre los recursos genéticos fuera de la jurisdicción nacional. El acuerdo BBNJ toma el lenguaje del CDB y define los recursos genéticos marinos como “cualquier material de origen marino vegetal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia con valor real o potencial” (art. 1.8)). Así, existe armonía, al menos en los conceptos, entre la regulación de los recursos genéticos marinos dentro y fuera de la jurisdicción nacional.

14. El acuerdo BBNJ necesita la ratificación o aceptación de sesenta signatarios para su entrada en vigor, hecho que todavía parece algo lejano en el tiempo. Mientras tanto, la utilización de los recursos genéticos marinos de zonas fuera de la jurisdicción nacional sigue sometida a un régimen controvertido y poco claro¹⁴.

III. Recursos genéticos marinos y derechos de propiedad intelectual

15. Los derechos de propiedad intelectual se confieren a sujetos de derecho privado sobre las creaciones de la mente, como obras literarias, artísticas o científicas, invenciones, descubrimientos científicos o marcas¹⁵. Se trata, por definición, de derechos que pertenecen a los ordenamientos privados de los Estados, si bien ha habido esfuerzos de armonización en Derecho internacional, particularmente en el seno de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

16. Si bien existen otros derechos de propiedad intelectual aplicables a la utilización de los recursos genéticos marinos¹⁶, como los derechos de autor derivados de la investigación científica marina, en este estudio se prestará especial atención al derecho de patente. Las patentes son derechos de

¹³ Resulta de gran interés en este sentido la lectura de L. GLOWKA, “The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research and the Area”, *Ocean Yearbook*, Vol. 12, 1996, pp. 154-178.

¹⁴ Véase A. BROGGIATO, “Marine genetic resources...”, op.cit (nota 4), pág. 40, que desarrolla cómo el asunto de los recursos genéticos marinos fuera de la jurisdicción nacional ha sido discutido desde distintas perspectivas en diversos ámbitos.

¹⁵ En <https://www.wipo.int/es/web/about-ip> [última consulta el 4 de abril de 2025].

¹⁶ Los productos derivados de la biología sintética y sus materiales relacionados pueden estar protegidos bajo cualquiera de las cuatro formas más comunes de propiedad intelectual: patentes, marcas, secretos comerciales y derechos de autor, en M. BAGLEY, “Digital DNA...”, loc. cit. (nota 9), p. 5.. Por su parte, C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), pág. 181 reflexiona también sobre los desafíos de la regulación de los derechos de autor sobre publicaciones científicas basadas en recursos genéticos marinos.

propiedad intelectual que se conceden por las autoridades de los Estados y que otorgan a sus solicitantes un derecho de explotación exclusiva durante un periodo de tiempo sobre su creación, a cambio de que consientan a la publicación de información sobre el proceso inventivo que ha llevado a ella.

17. En principio, los genes existen libremente en la naturaleza y por lo tanto no son invenciones humanas, por lo que no deberían poder ser patentables. Sin embargo, los microorganismos marinos y los componentes genéticos de los recursos biológicos oceánicos pueden ser usados en procesos industriales y ser sintetizados y replicados en un laboratorio, donde pueden ser manipulados con características que no existen en la naturaleza¹⁷. Como se desarrollará a continuación, la práctica entre autoridades nacionales de patente es variada a la hora de reconocer, o no, la patentabilidad de los recursos vivos.

1. La labor de la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

18. Los derechos de propiedad intelectual – y las patentes en particular – son derechos que pertenecen a los ordenamientos nacionales de los Estados¹⁸, pero la ya inevitable interconexión global entre mercados hizo imprescindible una regulación global y un esfuerzo de armonización que permitiera a los operadores asegurar sus inversiones en otras jurisdicciones. La armonización está lejos de haberse completado a escala global, si bien es un esfuerzo que continúa produciendo nuevos instrumentos. La norma de referencia sobre derechos de propiedad intelectual en Derecho internacional es el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio (ADPIC), dentro del seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El ADPIC, en vigor desde el 1 de enero de 1995, es una *conditio sine qua non* de la pertenencia a la OMC¹⁹ y, por tanto, desde 2016 son Estados parte del Acuerdo sus 164 miembros.

19. El art. 27 del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual sobre el Comercio (ADPIC) dispone que debe concederse protección mediante patente a cualquier invención que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. El ADPIC obliga a los Estados parte de la OMC a proporcionar una protección mínima a una serie de derechos de propiedad intelectual: en el caso de las patentes se prohíbe, durante un periodo de 20 años, que terceros puedan fabricar, replicar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido por la patente. A cambio, el solicitante de la patente deberá divulgar su invención de manera suficientemente clara y completa para que ésta pueda ser llevada a efecto²⁰.

20. El acuerdo ADPIC prevé, además, en su art. 27 la posibilidad de que los Miembros de la OMC excluyan de la patentabilidad las plantas y los animales, excepto los microorganismos. Permite también la exclusión de los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos y cualquier otra invención cuya explotación comercial deba impedirse para proteger el orden público, la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales, para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente. El ADPIC crea una norma de referencia con los mínimos que deben incluir sus Estados parte en sus regulaciones nacionales para asegurar la protección mediante patente.

21. Por su parte, la Organización Mundial sobre la Propiedad Intelectual (OMPI) es uno de los organismos especializados de Naciones Unidas más antiguo, creado en 1967, y cuenta con 193 Estados miembros. Se define como un foro global que atañe a servicios, políticas, cooperación e información

¹⁷ En este sentido, C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), p. 174.

¹⁸ Véase M. BAGLEY, “Digital DNA...”, loc. cit. (nota 9), p. 6, “los derechos de patente son territoriales por naturaleza y las patentes sólo surten efectos dentro de las fronteras nacionales o regionales de las oficinas que las hayan autorizado”.

¹⁹ Entre otros, en M. BAUTISTA, “Bioprospecting or biopiracy: does the TRIPS agreement undermine the interests of developing countries?”, *Philippine Law Journal*, Vol. 82, N°1, septiembre 2007, p. 19.

²⁰ Arts. 33, 28 y 29 ADPIC, respectivamente.

en materia de propiedad intelectual²¹. Desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual aplicables a recursos genéticos, la OMPI ha servido una doble función: de creación de capacidades y normativa²².

22. Por un lado, ha servido como un foro de orientación y creación de capacidades para que Estados y operadores cumplan correctamente con sus obligaciones derivadas del CDB y de una forma respetuosa con los derechos de propiedad intelectual – como mediante la publicación de informes con cláusulas modelo en los acuerdos de condiciones mutuamente aceptadas.

23. La OMPI también desarrolla, por otro, una cierta actividad normativa. En materia de recursos genéticos, como se verá más adelante, ésta viene ligada a la labor del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore (CIG) de la OMPI, creado en el año 2000.

2. La patentabilidad de los recursos vivos

24. Las patentes sobre recursos genéticos han sido frecuentemente objeto de controversia, como la relativa a la posible patentabilidad de material biológico o genético de origen humano, que culminó con el debate sobre *Myriad Genetics, Inc*, o los animales transgénicos y el famoso *oncoratón* creado por la Facultad de Medicina de Harvard a comienzos de los años 1980²³, como una herramienta para investigar el cáncer. Desde la perspectiva estricta de este estudio, la patentabilidad de recursos genéticos marinos ha sido objeto de tensiones también públicas, pero sobre todo entre Estados, al poner en duda las normas existentes sobre soberanía y propiedad de recursos vivos dentro de las jurisdicciones de ciertos Estados²⁴, sobre el carácter colectivo de recursos en zonas fuera de jurisdicciones nacionales y al poner en riesgo los derechos de poblaciones indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

25. El desarrollo de la patente biotecnológica está vinculado con la historia de los países desarrollados e industrializados y existen precedentes de patentes – o solicitudes de patente – sobre recursos genéticos desde el comienzo de la explotación biotecnológica en el último cuarto del siglo XX. Por biotecnología entenderemos, en el sentido del art. 2 CDB, toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos. Es decir, un invento biotecnológico susceptible de patente es aquel que toma fragmentos de recursos vivos para crear un elemento nuevo.

26. Los Estados Unidos son de especial relevancia porque, durante el siglo XX, sus empresas – particularmente en el campo de la farmacéutica – fueron pioneras en el reconocimiento de derechos de patente, marcando el paso de otros Estados industrializados y de la normativa internacional. Los Estados

²¹ De su web “¿Qué es la OMPI?”, en <https://www.wipo.int/about-wipo/es/> [última consulta, 4 de abril 2025].

²² C. CHIAROLLA, “The Work of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and its possible relevance for global ocean governance”, en D. J. ATTARD y M. FITZMAURICE (eds.) *Comprehensive study on effective and sustainable global ocean governance: UN specialized agencies and global ocean governance*, IMO (International Maritime Organization)/IMLI (International Maritime Law Institute) research report to the Nippon Foundation, 2016. Disponible en SSRN, id 3002489 [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2024].

²³ De J. S. SHERKOW ET AL., “The History of Patenting Genetic Material”, *Annual Review of Genetics*, Vol. 49, 2015, p.167.

²⁴ Así, T. K. BENDER, “North and South: The WTO, TRIPS and the scourge of biopiracy”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, N°1, otoño 2003, pp. 309-310, identifica que el hecho de que se puedan conceder patentes sobre microorganismos y el proceso de producción de plantas y animales puede tener consecuencias serias para países en desarrollo (pág. 309-310). De acuerdo con L.B. BAUTISTA, “Bioprospecting or biopiracy...” loc. cit., (nota 19), p. 15, “la crítica de que ADPIC no es más un vehículo moderno para el imperialismo occidental encapsula la percepción de que ADPIC es enemigo de los intereses de países en desarrollo” (pág. 15).

Unidos han seguido históricamente la denominada doctrina de los *productos de la naturaleza*²⁵, que implica que no serán objeto patentable las leyes, fenómenos o productos naturales, ni las ideas abstractas.

27. Esta doctrina ha sido objeto de varias excepciones y matizaciones con el tiempo: la primera y más antigua fue que podrían ser patentables los compuestos naturales que hubieran sido purificados o aislados, como la patente *Parke-Davis*, en 1900, sobre la epinefrina²⁶. En la segunda mitad del siglo XX, el espectacular desarrollo de la biotecnología supuso nuevas realidades como la solicitud de patente del primer microorganismo vivo, en el célebre caso *Diamond v. Chakrabarty*²⁷, que fue rechazado en septiembre de 1973 por la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos sobre la base de que los organismos vivos no eran susceptibles de ser patentados. El solicitante, Ananda Chakrabarty, de General Electric, recurrió la decisión finalmente ante el Tribunal Supremo, que revirtió la decisión de la Oficina de Patentes y Marcas con el argumento de que “todo aquello creado por el hombre es susceptible de protección por patente”.

28. La doctrina de los productos de la naturaleza fue, sin embargo, reafirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, en 2013²⁸, que falló que los segmentos de ADN y la información que contienen no son susceptibles de patente simplemente porque se hayan aislado del material genético que los acompaña.

29. En Europa, la Oficina Europea de Patentes (OEP) fue creada en 1977 sobre la base del Convenio sobre la Patente Europea (CPE). El CPE ha creado la *patente europea*, una figura centralizada que el operador puede solicitar ante la OEP, de tal forma que tenga el mismo efecto y se someta a las mismas condiciones que las concedidas por los Estados parte (art. 2.2 CPE), si bien deberá ser validada y mantenida ante las autoridades nacionales de cada Estado parte. Esta cooperación se ha visto reforzada con la creación de la *patente unitaria*, en vigor desde el 1 de junio de 2023, que no requerirá para los diecisiete países entre los que se ha acordado una cooperación reforzada la validación por sus autoridades nacionales, siendo automáticamente oponible.

30. De la misma forma que en el ADPIC, para ser objeto de patente europea, una invención debe ser novedosa, inventiva y tener aplicación industrial (arts. 54, 55 y 57), y el art. 53 CPE identifica como excepciones a la patentabilidad, en un tenor similar al ADPIC, las variedades de plantas o animales o los procesos esencialmente biológicos para la producción de aquellos y los métodos para la cirugía, terapia o diagnóstico del cuerpo humano o animal (apartados 2 y 3).

31. La regla 26 del Reglamento de Ejecución del CPE dispone además que, para las solicitudes de patentes europeas sobre patentes biotecnológicas, el CPE se debe aplicar de acuerdo con la Directiva 98/44/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Se asegura así una protección europea unificada de esta clase de patentes. La Directiva 98/44/EC se aprobó en reacción a la controversia generada al otro lado del Atlántico con respecto a la patentabilidad de la vida y de los recursos genéticos humanos, y resuelve el debate clarificando que la materia biológica, cuando esté aislada de su entorno natural o sea producida por un procedimiento técnico, podrá ser objeto de una invención, aunque exista previamente en estado natural (art. 3.2) y permite excepciones a la patentabilidad sobre la base del orden público o la moralidad.

²⁵ De acuerdo con C. CHIAROLLA “Intellectual Property Rights...”, loc. cit (nota 7), p. 176, hay tres categorías de inventos que no pueden ser patentables en EEUU: las leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales y las ideas abstractas – conformando la doctrina de los productos de la naturaleza.

²⁶ En L. COSTA BRANDAO ET AL., “Biodiversity and Gene...” loc. cit. (nota 6), p. 245, citando a P. GEPTS, “Who owns biodiversity and how should the owners be compensated?”, *Plant Physiol*, Vol. 134, N° 4, abril 2004, pp. 1295-1307.

²⁷ *DIAMOND V. CHAKRABARTY*, 447, US 303-305, como aparece en T. K. BENDER, “North and South...” loc. cit., (nota 24) p. 289, o en B. GUILLLOUX, *Marine Genetic Resources*, op. cit. (nota 2), p. 80, entre muchos otros.

²⁸ Caso 569 US 12-398, en P. COLE, “Patentability of Genes: A European Union Perspective”, *Cold Spring Harbour Perspectives in Medicine*, Vol. 5, N° 5, mayo 2015, a020891, p. 1. También en L. COSTA BRANDAO ET AL., “Biodiversity and Gene...” loc. cit. (nota 6), p. 246.

32. En otras regiones, la relación con el art. 27 ADPIC es más controvertida. La Unión Africana, por ejemplo, prohíbe las patentes sobre formas de vida y procesos biológicos. Por su parte, el Tratado de 1995 para un Pacífico libre de patentes sobre formas de vida y sus protocolos dispone en su art. 3 que “(n) la conversión de formas de vida, sus moléculas o partes, en propiedad comercial mediante monopolios sobre patentes es contraproducente para los intereses en el Pacífico” y que “(q) todas formas de patrimonio de los pueblos indígenas del Pacífico, que hayan sido tomados o se vayan a tomar sin su consentimiento pleno e informado, deben ser devueltos o se deben crear mecanismos conjuntos que aseguren el reparto equitativo de beneficios”²⁹.

IV. Biopiratería, conocimiento tradicional y la tragedia de los comunes

33. En esta línea y, si bien gracias a la actividad armonizadora promovida por la OMC los Estados parte de ADPIC deben ofrecer protección por patente a las invenciones sobre recursos genéticos que cumplan con los requisitos de su art. 27 –con la salvedad de las excepciones que puedan haberse acordado en materia de seguridad o salud públicas, entre otras–, los procesos negociadores sobre recursos genéticos en foros medioambientales han hecho evidente la insatisfacción de muchos países, especialmente los países en vías de desarrollo ricos en biodiversidad pero con capacidades industriales insuficientes, para sacar provecho de la normativa ADPIC. Son varios los que consideran que ADPIC no es sino una herramienta del imperialismo occidental³⁰, y ha supuesto una profundización de la separación norte-sur, poniendo en desventaja a los países del sur que dependen de la agricultura y abriendo una vía para la biopiratería por parte de los países industrializados del norte³¹. Con respecto a los recursos genéticos marinos situados dentro de las jurisdicciones nacionales de los Estados ricos en biodiversidad, han sido varias las instancias de solicitudes de patente – otorgadas de manera legítima o errónea – que han atizado las brasas de estas reivindicaciones.

34. Sigue sin existir, además, una protección adecuada en materia de derechos de propiedad intelectual para el conocimiento tradicional asociado a la utilización de recursos genéticos. La relación entre derechos de patente, conocimiento tradicional y biopiratería es enormemente compleja y sale del ámbito estricto de este estudio. Sin embargo, no es una idea revolucionaria, y hay amplia evidencia en la práctica al respecto, que se han solicitado patentes para la creación de productos comerciales sobre la base de información recibida de comunidades indígenas y locales y su conocimiento tradicional y que, en muchas ocasiones, este conocimiento no ha sido reconocido o recompensado. El conocimiento tradicional se regula en el Protocolo de Nagoya, creando obligaciones para sus Estados parte de que desarrollen legislación nacional para proteger a estas comunidades, pero no se mencionan de forma explícita los derechos de propiedad intelectual. Sí han existido casos de buenas prácticas donde las comunidades indígenas o locales han participado en los beneficios derivados del uso de su conocimiento tradicional, como, por ejemplo, la patente sobre el cactus *Hoodia* en Sudáfrica, solicitada por la empresa británica *Phytopharm* en 1997 ante el Consejo Sudafricano para la Investigación Científica e Industrial (CSIR), en la que se reconoció que la población indígena San era custodia del conocimiento relativo a la planta y debía reconocérsele un porcentaje de los beneficios que obtuviera la compañía por explotarla³².

35. Los recursos genéticos marinos situados en zonas más allá de la jurisdicción nacional no están sujetos a la soberanía de ningún Estado ni, en general, a regulación más allá de la contenida en la CNUDM y, en su momento, el acuerdo BBNJ. Si bien hay una parte de la doctrina que considera que los recursos genéticos marinos fuera de la jurisdicción nacional están sometidos al régimen de

²⁹ De B. GUILLOUX, “*Marine Genetic Resources...*”, op. cit. (nota 2), p. 107.

³⁰ De L. SARMA, “Biopiracy: towards century imperialism in the form of international agreements”, *TEMP. INT’L & COMP. L. J.*, Vol. 13, 1999, pp. 107-125, en L.B. BAUTISTA, “Bioprospecting or biopiracy...” loc. cit. (nota 19), p. 14.

³¹ Véase T.K. BENDER, “North and South...” loc. cit. (nota 19), p. 294.

³² En L. COSTA BRANDAO ET AL., “Biodiversity and Gene...” loc. cit. (nota 6), p. 245.

patrimonio común de la Humanidad, al encontrarse los recursos vivos mayoritariamente en chimeneas hidrotermales en contacto con el lecho marino, no hay suficiente acuerdo entre las Partes del CNUDM para entender que pueda extenderse a éstos el régimen de la Zona. Por lo tanto, los Estados – y sus operadores – son libres para acceder a los recursos con los límites de los artículos 88 y 89 CNUDM: el alta mar debe utilizarse con medios pacíficos y ningún Estado debe pretender someter ninguna parte del alta mar a su soberanía.

36. Actualmente, hay sólo un número muy reducido de Estados que tienen los medios económicos y tecnológicos para acceder a los recursos genéticos marinos más allá de la jurisdicción nacional. Si bien se espera que los efectos perniciosos de esta tendencia se atenúen con la publicación en repositorios de la información digital basada en secuencias de dichos recursos, muchos temen que las solicitudes de patentes basadas sobre éstos pueden llevar a una situación de hiperpropiedad³³, y que no queden recursos disponibles³⁴ cuando los Estados menos avanzados dispongan de la tecnología necesaria. Esto nos llevaría a una *tragedia de los comunes*³⁵, por la que se ha permitido que los intereses individuales de pocos acaparen los derechos de todos.

V. ¿Nuevas realidades tras la aprobación del acuerdo BBNJ?

37. Desde el comienzo del milenio se han ido desarrollando dos procesos normativos paralelos con respecto a recursos genéticos y derechos de propiedad intelectual. Por un lado, los procesos de acceso y participación en los beneficios, tanto dentro de la jurisdicción nacional, que concluyó con la aprobación del Protocolo de Nagoya en 2008, y fuera de la jurisdicción nacional, con el acuerdo BBNJ en junio de 2023. Por otro, el desarrollo en el marco de OMPI de un instrumento jurídico vinculante sobre derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos, cuyo texto se adoptó en mayo de 2024.

38. La solicitud de un derecho de patente se lleva a cabo dentro de la jurisdicción nacional de los Estados y resulta poco relevante, a los efectos de la concesión de ésta, si el recurso genético sobre el que se basa la invención procede de zonas dentro o fuera de la jurisdicción nacional. Sin embargo, el reconocimiento de origen del recurso puede ser imprescindible para asegurar que se cumplen las obligaciones en materia de acceso y participación en los beneficios asociadas a la utilización de dicho recurso. Dentro de la jurisdicción nacional, el CDB y el Protocolo de Nagoya no regulan de forma explícita la concesión de derechos de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos, pero se entiende que los Estados proveedores de recursos pueden legislar de tal forma que sus acuerdos de condiciones mutuamente aceptadas impongan obligaciones en este sentido. Con respecto a los recursos genéticos provenientes de más allá de la jurisdicción nacional, sin embargo, hasta la entrada en vigor de BBNJ no existen obligaciones en materia de acceso y participación en los beneficios.

1. Los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo BBNJ

39. El camino hasta la aprobación de un texto de acuerdo BBNJ fue un proceso largo, con orígenes tan remotos como la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Sudáfrica en 2002. El 24 de diciembre de 2017 se convocó, mediante Resolución 72/249 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, una

³³ P. D. OLDHAM, ET AL., “*Biological diversity and the Patent System*”, PLOS ONE, Vol 8, N° 11, noviembre 2013, e78737, pág. 2, habla de “matorrales de patentes” que se han convertido en un elemento que impide la investigación básica o aplicada, como en el caso del cáncer de mama.

³⁴ Disponibles en el sentido de no protegidos, en todo o en parte, por derechos de propiedad intelectual. Esto es especialmente posible si se tiene en cuenta que hay jurisdicciones que permiten una solicitud de patente sobre una invención basada en recursos genéticos, aunque esta invención replique un recurso genético existente en la naturaleza.

³⁵ Teoría que se conceptualizó por primera vez por el economista y escritor William Forster Lloyd en 1833. El término, como tal, fue empleado por primera vez por Garret Harding en su artículo en Science Magazine, número 162 (3859), en 1968.

Conferencia Intergubernamental, que en principio debería haber tenido cuatro sesiones entre septiembre de 2018 y el primer semestre de 2020, y que tuvo que extenderse por efecto de la pandemia de COVID19.

40. Las negociaciones se iniciaron sobre un documento titulado *President's aid to discussions* en el que se incluía, en el subapartado 3.2.3, la pregunta: “¿Quedaría reflejada la relación entre el instrumento y los derechos de propiedad intelectual en el instrumento? En caso afirmativo, ¿cómo?”. La segunda sesión sustantiva, celebrada entre el 25 de marzo y el 5 de abril de 2019, se encuentra un documento más trabajado, titulado *President's aid to negotiations*, en el que la cuestión de los derechos de propiedad intelectual asociados a los recursos genéticos marinos aparece ampliamente desarrollada, todavía como subapartado 3.2.3. En ese documento se ofrecen tres opciones a los negociadores: eliminar ese subapartado, mantener ese subapartado haciendo referencia a la labor de la OMPI o mantener ese subapartado y regular sustantivamente la cuestión de los derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos marinos³⁶.

41. La Presidenta de la Conferencia Intergubernamental, la Embajadora Rena Lee de Singapur, decidió mantener la cuestión de los derechos de propiedad intelectual en el Proyecto de texto del acuerdo BBNJ que se publica el 17 de mayo de 2019, de cara a la tercera sesión de la Conferencia. El entonces art. 12 BBNJ, que estaba íntegramente dentro de corchetes por existir diferencias fundamentales entre los negociadores sobre su texto y sobre su encaje dentro del Acuerdo, contenía cuatro párrafos en los que se reflejaban todas las posiciones sostenidas hasta la fecha por las diferentes delegaciones. Dicho artículo 12 disponía en sus apartados 1 y 2 que las cuestiones sobre propiedad intelectual debían regirse por lo dispuesto en la OMPI y la OMC y que las partes cooperarían para asegurar que los derechos de propiedad intelectual no fueran contrarios a los objetivos del acuerdo y las obligaciones en materia de participación en beneficios. Sin embargo, sus apartados 3 y 4 contenían elementos sustantivos: la prohibición de obtener un derecho de patente sobre un recurso genético salvo que éste haya sido modificado por actividad humana para dar lugar a un producto susceptible de aplicación industrial, la obligación de las Partes de legislar para asegurar la revelación del origen de los recursos genéticos en las solicitudes de patente y la creación de una presunción jurídica por la que todas aquellas solicitudes de patente sobre recursos genéticos marinos que no desvelaran su origen serían tratados como recursos genéticos de zonas más allá de la jurisdicción nacional.³⁷

42. Entre la sesión tercera y la sesión cuarta de la Conferencia Intergubernamental, el art. 12 sobre derechos de propiedad intelectual desaparece y ya no vuelve a aparecer en el texto finalmente aceptado en 2023. Por tanto, la respuesta a la pregunta que encabeza este estudio es negativa. No existen nuevas realidades en materia de derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos provenientes de zonas fuera de la jurisdicción nacional tras la aprobación del acuerdo BBNJ.

43. Esta eliminación obedece, claramente, a la falta de voluntad de varias delegaciones, particularmente países industrializados como la UE, Suiza, Estados Unidos o Japón, de obligarse por un acuerdo que contuviera dichas disposiciones. Pero también es posible que obedezca al hecho de que, finalmente, tras décadas de trabajo, la OMPI parecía avanzar hacia la negociación de un texto que regulara la relación entre recursos genéticos y derechos de propiedad intelectual, especialmente el derecho de patente.

2. El proceso negociador en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

44. Y es que, en el seno de la OMPI, se estaba desarrollando un proceso codificador paralelo. En julio de 2022, los Estados miembros de OMPI acordaron convocar una conferencia diplomática en 2024

³⁶ Respectivamente en los documentos A/CONF.232/2018/3 pág. 6 (President's Aid to discussions) y A/CONF.232/2019/1, pág. 22 en la versión en español (President's Aid to negotiations).

³⁷ En A/CONF.232/2019/6, páginas 12 y 13.

para negociar un instrumento vinculante sobre la base del trabajo iniciado en el 2000 por el Comité sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore (CIG).

45. El Comité Intergubernamental de OMPI sobre recursos genéticos, conocimiento tradicional y folclore (CIG) estuvo años emitiendo propuestas de texto para el desarrollo de un instrumento jurídicamente vinculante en esa materia. En 2016 se publicó la segunda revisión del Documento Consolidado Relativo a la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos del CIG. Se puede considerar que el proceso hacia la conferencia intergubernamental comenzó en el año 2019, cuando Ian Goss, Presidente del CIG, propuso al Comité un borrador de tratado para su consideración. Este borrador, que tomaba en gran medida el contenido del Documento Consolidado, constituía la base del texto aprobado en mayo de 2024³⁸, y fue presentado a las delegaciones como último recurso para conseguir aprobar un tratado.

46. El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual relativo a la propiedad intelectual, los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos se aprobó finalmente en la Conferencia Internacional celebrada en Ginebra los días 13 a 24 de mayo de 2024 y, a fecha de redacción de este estudio, continúa pendiente de entrada en vigor³⁹.

47. Los objetivos del tratado son, de acuerdo con su artículo “(a) aumentar la eficacia, la transparencia y la calidad del sistema de patentes en lo que respecta a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos, e (b) impedir que se concedan erróneamente patentes para invenciones que no sean nuevas ni conlleven actividad inventiva en lo que respecta a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos”.

48. Los dos elementos fundamentales que introduce el Tratado OMPI son dos: el requisito de divulgación del país de origen de los recursos genéticos⁴⁰ o, en su defecto, de su fuente, y de los pueblos indígenas o comunidades locales o la fuente del conocimiento tradicional accedido para desarrollar la patente, como aparece en su artículo 3; y la posibilidad de crear sistemas de información, como bases de datos, sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales, de forma similar a la prevista para el mecanismo de compensación del Acuerdo BBNJ.

VI. Conclusiones

49. Los océanos ocupan el noventa por ciento del planeta y son el hogar para un ochenta por ciento de la biodiversidad global, que no ha sido completamente explorada. Queda mucho por aprender acerca de la riqueza natural de los océanos, quizá incluso las respuestas a problemas globales como la pérdida de biodiversidad global, las crisis alimentarias o los eventos pandémicos.

50. Si hay algo que varias décadas de negociaciones en Derecho medioambiental han demostrado es que el uso y la conservación de los recursos biológicos globales son temas complejos que requieren ser estudiados desde varios enfoques. Cada vez resultará más necesario que se asegure la investigación y desarrollo nuevo de conocimiento, pero también que se protejan los esfuerzos de los países ricos en biodiversidad, que cargan con el peso de protegerla, y de las comunidades que la custodian, que han sido silenciadas durante tanto tiempo.

³⁸ Se ofrecía una guía para las delegaciones que contiene los elementos principales de la propuesta en <https://www.wipo.int/export/sites/www/diplomatic-conferences/en/docs/tk-dipcon-2024-explainer.pdf> (fecha de última consulta, 3 de marzo de 2025).

³⁹ De acuerdo con el texto, contenido en el documento GRATK/DC/7 de la OMPI, la entrada en vigor se producirá tres meses después de que quince de las partes a las que hace referencia el art. 12 (Estados miembros de la OMPI y organizaciones internacionales aceptadas) hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión.

⁴⁰ Este requisito ya existía en ordenamientos nacionales de algunos países, como China, Noruega, Dinamarca, Italia, Suiza, Suecia, Brasil, Chile o Egipto, como aparecía en el *Informe sobre Divulgación del País de Origen en Solicitudes de Patente* (2004) del Queen Mary Intellectual Property Research, en M. BAGLEY, “Digital DNA...”, loc. cit. (nota 9), p. 15.

51. El cierre de las negociaciones BBNJ ha sido un éxito en un tiempo incierto para la esperanza. Esperemos que goce de una temprana entrada en vigor que demuestre que existe espacio en Derecho internacional para proteger los intereses de todos. BBNJ no ha logrado aclarar el *status quo* en materia de derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos, pero puede entenderse que su silencio ha devuelto el asunto al foro donde pertenece. Será de gran interés seguir la aplicación del nuevo Tratado OMPI y su interacción con los regímenes de protección de recursos genéticos marinos.

The unattainable logic of treaty antinomy

La irrealizable lógica de los conflictos de tratados

PABLO ZAPATERO

Professor of the Law Faculty

Carlos III University

ORCID: 0000-0002-0495-1183

Recibido:30.06.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9901

Abstract: The general rules on treaty conflict exhibit limitations in promoting international legal consistency. These relate to their incompleteness, reliance on subject-matter distinctions, inapplicability to third parties, and—crucially—the absence of formal and dynamic mechanisms for derogating or annulling conflicting provisions. Such shortcomings are aggravated by the increasing institutionalization and specialization of international law, alongside the lack of effective general organs or procedures capable of addressing conflicts across multiple special regimes. As a result, a strong presumption against the very existence of treaty conflict has become entrenched.

Keywords: rule of law; consistency; treaty conflict; treaty-based regimes; international authority; general international law.

Resumen: Las reglas generales sobre el conflicto de tratados presentan limitaciones para promover la consistencia jurídica internacional. Estas se relacionan con su incompletitud, su dependencia de distinciones sobre la materia, su inaplicabilidad a terceros y —de manera crucial— la ausencia de mecanismos formales y dinámicos para derogar o anular disposiciones en conflicto. Estas deficiencias se ven agravadas por la creciente institucionalización y especialización del derecho internacional, junto con la falta de órganos o procedimientos generales efectivos capaces de abordar conflictos entre múltiples regímenes especiales. Como resultado, se ha arraigado una fuerte presunción en contra de la propia existencia de conflictos de tratados.

Palabras clave: Estado de derecho; consistencia; conflicto de tratados; regímenes basados en tratados; autoridad internacional; derecho internacional general.

Summary: I. Where the law stands. II. Antinomy: what's in a word. III. General law at stake. IV. The power of conflict clauses. V. Universe of cases. VI. Blind spots in the law of treaties. VII. At odds with institutional dimensions. VIII. A resulting presumption against treaty conflict.

I. Where the law stands

1. Over the past five centuries, nation-states have progressively consolidated the domestic architecture of public authority—a process fundamentally driven by the development and refinement of what Hart (1961) termed the ‘secondary rules’ of legal systems. From a Hartian perspective, a legal system is best understood as a union of primary and secondary rules.¹ Parliaments, governments, and

¹ Primary rules prescribe, prohibit, or permit conduct, while secondary rules confer authority to identify, modify, and enforce primary rules—specifically through rules of recognition, change, and adjudication. In this sense, secondary rules are ‘rules about

courts emerged as institutional embodiments of these secondary rules. The protracted quest for *Euno-mia* within nation-states advanced with their evolution, accelerating through the modern consolidation of parliamentary democracy, public administration, and judicial systems. These institutions are now, in most cases, constitutionally mandated to uphold the separation of powers, checks and balances, and due process within the integrated operation of state organs.

2. The internal mechanics of secondary rules generate a distinctive dynamic that constitutes the most salient procedural attribute of a legal system: coherence. This quality may be understood as the system's capacity to resolve conflicts that arise between its rules or decisions. For participants—whether at the macro level of society or the micro level of individuals—the immediate consequence of coherence is legal certainty, which stands as a procedural hallmark of any functioning legal system.

3. The refinement of secondary rules in domestic legal systems over recent centuries has marked a significant leap forward for society. In most established constitutional democracies, the relative procedural effectiveness and legitimacy of state legal systems is now largely taken for granted. By contrast, in the international legal sphere there is ongoing and wide-ranging debate concerning both the effectiveness and legitimacy of emerging forms of so-called global governance.² A central issue underlying these debates—particularly in the context of international law—is the inability of general secondary rules to ensure procedurally a sufficient degree of international legal consistency, and thus to render coherence an emergent property of international law.

4. The procedural advancement of coherence was not a priority in the so-called postwar rule-based order. The coherence of the international legal fabric was largely absent from the international agenda. In this context, the relationship between the general regime of international law and the special regimes, as well as among special regimes themselves, has increasingly been recognized as a matter of constitutional importance. This relationship goes beyond the operational concerns of intergovernmental functionalism, requiring greater attention by constitutional state organs. The absence of general procedural integration in the postwar design of international law has left limited means for identifying and resolving treaty conflicts, rendering them a constitutional question for the rule of law.

II. Antinomy: what's in a word

5. Antinomies are logical contradictions between normative statements within a normative system. Recognizing the fallibility of rule-making authorities, every legal system establishes criteria and procedures to eliminate such contradictions. The elimination of inconsistencies through pre-established criteria and authoritative procedures is constitutive of a legal system.³ In this sense, effective provisions and procedures for addressing inconsistencies are a prerequisite for the rule of law; indeed, a rule of law without mechanisms to resolve them would amount to a contradiction in terms, if not an oxymoron. As conflicts arising from incompatible legal provisions, antinomies are a systemic feature not only of domestic legal systems but also of international law. This is particularly evident in the context of treaty law, where treaties often perform functions analogous to domestic legislation.

6. As Arnold McNair observed, a treaty serves as 'the only instrument for doing many of the things which an individual state would do by means of its legislature.'⁴ In an increasingly interdependent

rules,' or power-conferring rules, that regulate the operation and evolution of primary rules. See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 2012 [1961]), ch.5

² See S. PICCIOTTO, *Regulating Global Corporate Capitalism* (Cambridge University Press, 2011), p.79.

³ See H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press 1945) (Chapter XI: *The Hierarchy of the Norms*); Alf ROSS, *On Law and Justice*, (Stevens & Sons 1958) ('Section XXVI Problems of interpretation: Logic' in Chapter IV: *The Legal Method*) and H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford University Press 2012) first published 1961 (Chapter VI: *Foundations of a Legal System*).

⁴ A. Mc Nair, *The Law of the Treaties* (Clarendon Press 1961), p.259.

world underpinned by treaties, the resolution of treaty conflicts emerges as a critical issue. To this end, the so-called *general rules on treaty conflicts* provide solutions to determine which provision prevails when two treaties—concluded between the same parties (*subjective identity*) and concerning the same subject matter (*material identity*)—prescribe incompatible conduct within the same spatial and temporal scope.⁵ Three phenomena are closely associated with treaty conflict:

1. *Conflicting rules* (conflicts between the provisions of two treaties): antinomies resulting from the application of rules belonging to different treaties (e.g., conflicts between norms of ILO law and rules of WHO law).
2. *Rules vs. decisions* (conflicts between a treaty provision and the decision of a treaty body): contradictions that may arise between treaty provisions and the decisions adopted by a treaty body (e.g., a conflict between a provision of the European Convention on Human Rights and an ICSID arbitral award).
3. *Conflicting decisions* (conflicts between decisions of different treaty bodies): conflicting outcomes arising from adjudicative mechanisms created by different treaties (e.g., a decision of the UNCLOS Tribunal versus a decision of the WTO Appellate Body).

7. Yet, despite the existence of thousands of treaties and the expansive production of international rules and decisions generated by treaty-based regimes, formal conflicts between treaties rarely arise in international legal practice. Paradoxically, amid the increasing specialization and complexity of treaty lawmaking, the formal emergence of international legal antinomies remains remarkably rare—a situation that stands in sharp contrast to domestic legal systems, where such conflicts are regularly resolved by means of derogation and annulment by legislative and judicial authorities, respectively. Because modern international law is predominantly treaty-based, instances of treaty conflict, as Binder observes, ‘are an embarrassment to the unity and validity of international law’⁶—a reminder that the regular emergence and resolution of antinomies is intrinsic to any legal order, and that their absence poses legal challenges.

III. General law at stake

8. Every legal system incorporates criteria for resolving contradictions between its rules, such as the hierarchical, chronological, and specialty criteria.⁷ The same applies to the *general rules on treaty conflict*, which in Hart’s terminology may be understood as general secondary rules of change (G2RC) of international law.⁸ Partly codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), these rules were designed to facilitate the use of treaties in the postwar period. Opened for signature on 23 May 1969 and ratified by more than 120 states, Article 30 of the VCLT (*Application of successive treaties relating to the same subject matter*) establishes a set of criteria for addressing treaty antinomy. These general rules are based on three main elements:

1. conflict clauses (*lex superior*),
2. the chronological criterion (*lex posterior*), and
3. the specialty criterion (*lex specialis*).

⁵ See in particular H. AUFRICHT, ‘Supersession of Treaties in International law,’ 37 *Cornell Law Quarterly* (1952): 682-685; W. JENKS., ‘The Conflict of Law-Making Treaties,’ 30 *British Yearbook of International Law* (1953): 401-453; W. KARL, ‘Conflict between Treaties,’ in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (1984), pp. 468, 472, 473; I. SINCLAIR, *The Vienna Convention of the Law of the Treaties* (Manchester University Press 1984), pp.94-98; Eric Vranes, ‘The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory,’ 17 *European Journal of International Law* 2 (2006): 395-418 and J. KLABBERS., *Treaty Conflict and the European Union* (Cambridge University Press 2009), pp. 90, 105, 176-230.

⁶ G. BINDER., ‘The Dialectic of Duplicity: Treaty Conflict and Political Contradiction’, 34 *Buffalo Law Review* 2 (1985), p.355.

⁷ See, particularly, N. BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho* (Ediciones Alfons el Magnànim 1990), pp.349-364 (Capítulo XVI. ‘Sobre los criterios para resolver las antinomias’).

⁸ See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op.cit, ch. V.

9. The VCLT contains provisions relating to the first two,⁹ while remaining silent on the latter, which has nonetheless been steadily regarded as part of customary international law in jurisprudence and doctrine.¹⁰ This multilateral convention thus represents a significant rationalization of the general rules on treaty conflict.¹¹ Prior to its codification in this so-called ‘treaty on treaties,’¹² the pre-VCLT situation was described by Schwarzenberger as follows:

‘Freedom of contract without restriction, or in other words, the absence of any public order on the level of international customary law entails the possibility, if not the likelihood, of conflicts between treaties. Such conflicts can be resolved only by rules which prevent treaty relations from being reduced to a state of creative chaos. International customary law does not entirely lack such rules, but they are overlaid by a remarkable *galaxy of rules* [(emphasis added)].’¹³

10. Today, the resolution of treaty conflicts relies not on a comprehensive set of rules but on a limited set of criteria—hierarchy, temporality, and speciality—within a context where the rules of competence of the international authorities responsible for their application remain predominantly self-referential,¹⁴ thereby perpetuating a measure of indeterminacy from the perspective of general international law. The following sections examine the interrelationship among these criteria and underscore the limitations inherent in the current rules governing treaty antinomy.

IV. The power of conflict clauses

11. In domestic legal systems, the primacy of one source of lawmaking over another is either explicitly predefined or readily inferable.¹⁵ This is not the case, however, in international law. With the sole exception of peremptory norms of general international law,¹⁶ there is no pre-established primacy among the customary sources of international law codified in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ). The absence of a predetermined hierarchy does not, however, imply the absence of hierarchies.¹⁷ This is particularly true in the case of treaties, as the VCLT recognizes the possibility of establishing formal hierarchies between them in Article 30(2), which regulates so-called ‘clauses of conflict’:

⁹ Clauses of conflict’ and the lex posterior criterion are regulated in Article 30.2 VCLT and Article 30.3 VCLT respectively. For detailed analysis, see International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*—Report of the Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006), Section D.2 (p. 128), especially paragraph 252 (on the lex posterior principle and its codification in Article 30 VCLT), and Section D.3 (pp. 135-149), especially paragraphs 267–294 (on conflict clauses and their relationship with general conflict rules)

¹⁰ See i.e. W. KARL, ‘Conflict between Treaties’, op.cit. p.468.

¹¹ See the extensive pre-VCLT panoply of criteria compiled by W. Jenks ‘The Conflict of Law-Making Treaties’, op.cit. pp.401-453.

¹² See R.D. Kearney, and Dalton, R. E., ‘The Treaty on Treaties’ 64 *American Journal of International Law* (1970): 495–561.

¹³ G. SCHWARZENBERGER, *International Law. International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Steven & Son Limited 1957), p.472.

¹⁴ For a general analysis of self-reference see P. ZAPATERO, ‘Self-reference in international law,’ *Eunomia* (forthcoming).

¹⁵ N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho* (Fernando Torres 1980), p.353.

¹⁶ See International Law Commission, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Comments and Observations Received from Governments*, UN Doc. A/CN.4/748, 9 March 2022, pp. 1–30; International Law Commission, *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Texts and titles of the draft conclusions and annex adopted by the Drafting Committee on second reading*, UN Doc. A/77/10, ch. V, pp. 13–34 (2022). For a commentary by a former member of the Commission and member of the Drafting Committee on this topic, see Murphy, S. D., ‘Peremptory norms of general international law (jus cogens) (revisited) and other topics: The seventy-third session of the International Law Commission,’ 117 *American Journal of International Law* 1 (2023): 92–112.

¹⁷ See e.g. E. DE WET, ‘Sources and the Hierarchy of International Law: The Place of Peremptory Norms and Article 103 of the UN Charter within the Sources of International Law’, in J. D’ASPREMONT, S. BESSON (dir.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (OUP 2017), pp.625-639.

‘When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.’

12. In consequence, the relationship between two treaties (treaty X and treaty Y) amounts to one of primacy when such determination is either expressly established in their provisions (*explicit primacy*) or readily inferable through interpretation (*implicit primacy*). In principle, a conflict between two treaties can be resolved with relative ease by a conflict clause (or by two consistent conflict clauses) that establishes a relation of primacy between their respective provisions. In such cases, the criteria of *lex posterior* and *lex specialis* are set aside.¹⁸

13. Conflict clauses carry significant legal weight,¹⁹ as treaties containing such *self-referential* provisions can determine ‘some hierarchical order.’²⁰ A hierarchical relationship is established by granting primacy to the rules of one treaty over those of another (rule *x* in treaty X versus rule *y* in treaty Y): “*Y takes precedence over X in case of conflict between x and y.*” The capacity of these clauses to establish hierarchies has led observers to describe them as having a general “constitutional” character. Among this qualified type of clauses, Article 103 of the UN Charter stands out:

‘In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.’

14. This clause, which establishes the general primacy of the UN Charter across the law of treaties (the so-called ‘supremacy clause’),²¹ is also reflected in Article 30(1) of the VCLT:

‘Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.’

15. For this reason, some scholars have described the UN Charter as possessing ‘absolute primacy.’²² The *Encyclopaedia of International Law* formulates the point in the following terms: ‘Art. 103 is essential if the Charter is to be recognized as the constitution of the international community, and if this recognition is to be respected in practice. World peace itself may depend on respect for the higher rank and binding force of the Charter as emphasized by Art. 103.’²³

16. Therefore, treaty negotiators can determine the legal relationship of a given treaty to both existing and future treaties by drafting conflict clauses, provided that such clauses remain compatible with the overarching United Nations Charter. In principle, two basic types of conflict clauses can be distinguished:

[A] Conflict clauses granting primacy to the treaty to which they form part:

- (1) Clauses granting primacy to the treaty’s own rules over those of earlier treaties.
- (2) Clauses granting primacy to the treaty’s own rules over those of subsequent treaties.

¹⁸ See the tables in the following section.

¹⁹ D. DEGAN, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff 1997), pp.425 y ss.

²⁰ E. VIERDAG, ‘The Time of the ‘Conclusion’, op.cit. p.105

²¹ SHELTON, ‘Normative Hierarchy in International Law,’ 100 *American Journal of International Law* 2 (2006), p. 293 and R. LIIVOJA, ‘The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter’, 57 *International and Comparative Law Quarterly* (2008): 583–612.

²² N. QUOC DINH / P. DAILLIER, *Droit International Public* (LGDJ 2022, 9th Edition), p.528 (‘primauté absolue de certaines normes conventionnelles’).

²³ R. BERNHARDT, ‘Article 103’, in B. Simma (Ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (1994) at 1125.

[B] Conflict clauses granting primacy to other treaties:

- (3) Clauses granting primacy to the rules of earlier treaties.
- (4) Clauses granting primacy to the rules of subsequent treaties.

17. Beyond this basic typology, treaty provisions containing conflict clauses now often include a significant amount of “small print,” as the cost and complexity of treaty negotiations have markedly increased in recent decades. Governments rarely operate with fully integrated international agendas. As a result, departments and agencies are highly attentive to how new clauses negotiated by other branches—often pursuing divergent mandates—may affect the policy areas under their administration.²⁴ The negotiation of such clauses thus frequently becomes a focal point of both domestic and international tension—not only among governmental actors themselves, but also among the various constituencies organized around the public goods and values at stake, such as finance, agriculture, environment, trade, health, and culture.²⁵

V. Universe of cases

18. In the absence of conflict clauses, antinomies are resolved by applying the chronological and specialty criteria—*lex posterior* and *lex specialis*. In other words, these criteria come into play only where no clause provides an upfront solution to the treaty conflict. Yet the two criteria do not invariably point to the same outcome. The application of both criteria yields a consistent solution in the case of a conflict between an *earlier general* (EG) treaty and a *later special* (LS) treaty: the primacy of LS. By contrast, no consistent solution emerges in the case of a conflict between an *earlier special* (ES) treaty and a *later general* (LG) treaty: the chronological criterion favours LG, while the specialty criterion favours ES.

19. The general rules on conflict of treaties do not provide a meta-criterion to resolve such cases upfront, since *lex specialis* and *lex posterior* have equal status. There is no general rule determining which criterion should be applied. The problem of conflicting criteria is not confined to international law: legal theory has long considered it, occasionally suggesting that legal systems cannot resolve all antinomies intra-systemically.²⁶ This situation tends to be referred to in legal theory as a ‘conflict of criteria.’²⁷ In such cases, since the general rules on conflict of treaties do not offer a pre-established solution (incompleteness),²⁸ additional legal reasoning based on the context of both treaty provisions becomes necessary.²⁹ Nevertheless, there are further situations in which the general rules of treaty conflict (conflict clauses, *lex posterior*, and *lex specialis*) fail to provide a direct solution to antinomy. Notwithstan-

²⁴ J. MUS, ‘Conflicts Between Treaties in International Law’, 45 *Netherlands International Law Review* (1998): 227 and 232.

²⁵ The negotiation and formulation of conflict clauses in the Cartagena Protocol on Biosafety and the UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions are widely recognized as illustrative and paradigmatic examples. For the Cartagena Protocol, see Sabrina Safrin, ‘Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements,’ 96 *American Journal of International Law* (2002): 606–628 (examining Article 18 and the Protocol’s savings clause in relation to WTO obligations) and Laurence Boisson de Chazournes and Makane Moïse Mbengue, ‘GMOs and Trade: Issues at Stake in the EC Biotech Dispute,’ 13 *Review of European Community & International Environmental Law* (2004): 289–305 (addressing the WTO’s approach to the interplay between the Cartagena Protocol and WTO agreements). For the UNESCO Convention, see C. B. GRABER, ‘The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?’, 9 *Journal of International Economic Law* (2006): 553–574 and Tania Voon, ‘UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures?’, 55 *International & Comparative Law Quarterly* (2007): 635–652 (discussing Article 20’s “non-subordination” clause and its tensions with WTO law).

²⁶ A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia Jurídica* (Ariel 1996), p.106

²⁷ N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho* (Ediciones Alfons el Magnànim 1990), pp.361-364.

²⁸ See Case 6 (ES attributes ex-post primacy to itself; and LG self-attributes primacy ex-ante) and Case 7 (ES and LG remain silent) in Table A.

²⁹ See N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press 1978); Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Clarendon Press 1989); and Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales 1991)

ding that the jurisprudence of the PCIJ and ICJ has appeared to favour *lex specialis*,³⁰ the universe of cases of treaty antinomy may be summarized as follows:

Table A: ES (Earlier-Special) Treaty vs. LG (Later-General) Treaty

Case 1	ES remains silent; and LG attributes itself ex-ante primacy.	x
Case 2	ES attributes primacy to LG; and LG self-attributes primacy ex-ante.	√
Case 3	ES remains silent; and LG attributes primacy to ES.	√
Case 4	ES attributes ex-post primacy to itself; and LG confirms it.	√
Case 5	ES attributes ex-post primacy to itself; and LG remains silent.	x
Case 6	ES attributes ex-post primacy to itself; and LG self-attributes primacy ex-ante.	x
Case 7	ES and LG remain silent.	x
Case 8	ES attributes primacy to LG; and LG remains silent.	√

Table B: EG (Earlier-General) Treaty vs. LS (Later-Special) Treaty

Case 9	EG remains silent; and LS attributes itself ex-ante primacy.	x
Case 10	EG attributes primacy to LS; and LS self-attributes primacy ex-ante.	√
Case 11	EG remains silent; and LS attributes primacy to EG.	√
Case 12	EG attributes ex-post primacy to itself; and LS confirms it.	√
Case 13	EG attributes ex-post primacy to itself; and LS remains silent.	x
Case 14	EG attributes ex-post primacy to itself; and LS self-attributes primacy ex-ante.	x
Case 15	EG and LS remain silent.	x
Case 16	EG attributes primacy to LS; and LS remains silent.	√

20. Logical analysis brings to light inconsistencies in both contradictory assertions and rule conflicts.³¹ Part of the universe of treaty antinomy—specifically, those cases marked with a √ in the tables—can be reasonably resolved by jointly applying the criteria of hierarchy, *lex posterior*, and *lex specialis*, and therefore do not require more elaborate legal reasoning. By contrast, the cases marked with an X cannot be resolved through the simple application of these criteria. In other words, the three main criteria provide complete solutions only for a subset of treaty conflicts, underscoring that the general rules on treaty conflict remain incomplete.

VI. Blind spots in the law of treaties

21. For decades, deontic logic has demonstrated that the taxonomy of normative conflicts extends beyond mere conflicts of obligations (as illustrated by the deontic square), in contrast to the narrower focus often adopted in international legal scholarship.³² In any legal system, normative conflicts may arise not only between obligations—for example, where it is logically impossible to fulfill two obligations simultaneously—but also between prohibitions, between permissions, and across the various possible combinations of these normative categories.³³ Such combinations may include, for instance, a

³⁰ On this case law see W. CZAPLINSKI & G. DANILENKO, ‘Conflicts of Norms of International Law’, op.cit.p.20.

³¹ See G. HENRIK VON WRIGHT, *Norm and Action* (Routledge 1963), pp.130–35 (on deontic logic’s role in identifying normative inconsistencies), Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press, 1967), p.208 (‘The logic of norms is [...] a logic of norm-imputation which allows us to determine whether two norms contradict each other.’) and Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford University Press 1999), pp.75–78 (framing logic as a tool to expose incompatibilities in practical reasoning).

³² See i.e. W. JENKS, ‘The Conflict of Law-Making’, op.cit. p.426 (‘a conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties.’)

³³ See M. Atienza, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho 1996), pp.91-118.

conflict between an obligation and a prohibition, or between a prohibition and a permission.³⁴ Although illustrated here with conflicts between norms of conduct, the model applies equally to conflicts between norms of competence (e.g. overlapping jurisdictional clauses).

22. The question of what constitutes a ‘conflict’ between rules of international law has, as Pauwelyn observes, been largely neglected in the literature; most scholars examining the interplay of rules rarely provide a clear definition.³⁵ Where it is explicitly defined, however, treaty antinomy is understood in both broad and narrow terms. Among the authoritative voices favouring a more restrictive view of treaty conflict, Jenks distinguished between conflicts *stricto sensu* and mere *divergences*: ‘A conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties *cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties.*’ (emphasis added). Even if divergences ‘defeat the object of one or both of the divergent instruments,’ he did not consider them conflicts, though he acknowledged that such divergences may, for instance, ‘prevent a party to both of the divergent instruments from taking advantage of certain provisions of one of them.’³⁶

23. Narrow definitions of normative conflict tend to prevail,³⁷ alongside a presumption against conflict.³⁸ As a matter of deontic logic, however, adopting a broader definition appears more compelling. Among those opposing the narrow view, Vranes has argued for a wider notion encompassing ‘incompatibilities between permissions and obligations, permissions and prohibitions, and obligations and prohibitions.’³⁹ As this jurist observes, by excluding such ‘divergences’ from the very notion of conflict, these types of incompatibilities are effectively ‘defined away.’⁴⁰

24. Beyond the debate over broad or narrow definitions, the very simplicity of the general rules on treaty conflicts discloses a structural limitation. While these rules may appear comprehensive, their reductive nature casts doubt about their adequacy to address the persistent and multifaceted problems encountered in practice. To paraphrase Sinclair:

‘Although these rules may appear to be somewhat complicated, their substance is relatively simple. Indeed, it is their very simplicity which may occasion some concern, given the varying types of situations which they are designed to cover.’⁴¹

This concern is borne out in international legal practice, where several persistent unresolved issues continue to hinder the emergence and effective resolution of treaty conflicts:

³⁴ See von G.H. WRIGHT, *Norm and Action* (Routledge 1963), and Chisholm, R., ‘Contrary-to-Duty Imperatives and Deontic Logic,’ *Analysis* (1963), which extend the discussion of normative conflicts to prohibitions, permissions, and so-called contrary-to-duty obligations. For taxonomies of normative conflicts, see also Ross, A., *On Law and Justice* (University of California Press 1959), pp.128–138, and Alchourrón, C. & Bulygin, E., *Normative Systems* (Springer-Verlag 1971).

³⁵ See Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge University Press, 2003), 166, noting that ‘the definition of when two norms of international law are in ‘conflict’ has, surprisingly, attracted little attention. Most authors writing on the topic of interplay or hierarchy of norms do not even provide a definition.’

³⁶ In fact, Jenks also observes that such a divergence may ‘from a practical point of view be as serious as a conflict; it may render inapplicable provisions designed to give one of the divergent instruments a measure of flexibility of operation which was thought necessary to its practicability’ See, W. Jenks, ‘The Conflict of Law-Making,’ op.cit. at 426.

³⁷ See, for example, W. KARL, ‘Conflicts between Treaties’, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, at 936 (‘there is a conflict between treaties when two (or more) treaty instruments contain obligations which cannot be complied with simultaneously’) or W. CZAPLINSKI and G. DANILENKO, ‘Conflicts of Norms in International Law’, 21 *Netherlands Yearbook of International Law* (1990), at 12-13, (‘One can speak of the conflict of treaties when one of the treaties obliges party A to take action X, while another stipulates that A should take action Y, and X is incompatible with Y’).

³⁸ See the final section of this article.

³⁹ E. VRANES, ‘The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory,’ 17 *European Journal of International Law* (2006): 395–418

⁴⁰ E. VRANES, ‘The Definition of ‘Norm Conflict’ ... op.cit. at 405 and J. Pauwelyn, *Conflict of Norms...* op.cit. at 171.

⁴¹ I. SINCLAIR, *The Vienna Convention of the Law of the Treaties* (Manchester University Press 1984), p.98 y p.94.

- Issue 1: the incompleteness of the general rules on treaty conflict,
- Issue 2: the distinction of different/same subject-matter,
- Issue 3: the issue of third parties,
- Issue 4: the absence of *general* international organs and procedures to annul (i.e. adjudicative jurisdiction) and derogate (i.e. prescriptive jurisdiction) conflicting treaty provisions (as well as the international rules and decisions emanating from their organs),
- Issue 5: the institutionalization of the international community in selected subject-matter domains (i.e. special treaty-based regimes).

25. Having briefly addressed Issue 1 in the preceding section, it is now appropriate to turn to the remaining issues, beginning with the distinction between ‘different’ and ‘same’ subject matter in Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, under the heading *Application of successive treaties relating to the same subject matter*.⁴² The issue may be phrased more precisely as follows: does antinomy cease to exist when the contradictory provisions of two treaties are classified as relating to ‘different subject matters’? If so, such classification would effectively preclude the application of the general rules on treaty conflict to their provisions, thereby interpreting the antinomy out of existence.⁴³

26. By incorporating the notion of *sameness*, the VCLT introduced a challenging distinction that allows antinomies to be sidelined on purely technical grounds, simply by framing them as relating to *different subject matters* in legal reasoning.⁴⁴ As Philip Sands observes, however, norms arising in different subject-matter domains can and do in fact touch: they co-mingle and compete.⁴⁵

27. A notable early instance of international legal practitioners substantively engaging with this structural challenge arose in the 1990s, when various constituencies began to address the normative interactions between environmental and trade treaties. Early positions on this interplay fluctuated between: (a) considering the general rules on treaty conflict inoperable for such normative interactions (i.e. conflicts between treaties on different subject matters),⁴⁶ (b) resorting to *lex specialis*,⁴⁷ or (c) treating any logical inconsistency as sufficient to qualify the provisions as relating to the same subject matter.⁴⁸

28. Recalling Ian Sinclair, the question of ‘same subject matter’ remains particularly obscure in the general law of treaties.⁴⁹ The International Law Commission incorporated the distinction between different and same subject matter only at a late stage in the drafting of the VCLT, and the preparatory work of the Convention sheds little light on this critical term.⁵⁰ To argue that no conflict arises simply because two provisions are characterized as regulating ‘different’ subject matters risks turning the criterion into a device for avoiding antinomies altogether.⁵¹ A *bona fide* interpretation of ‘same subject matter’ in Article 30 of the VCLT should, if anything, be construed in favor of recognizing sameness rather than

⁴² For a useful discussion see G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Grotius 1986), pp.370-372 (discussing when two rules relate to the same subject-matter).

⁴³ S. Ohlhoff & H. Schloemann, ‘Rational Allocation of Disputes and “Constitutionalisation”’: Forum Choice as an Issue of Competence,’ in *Dispute Resolution in the World Trade Organisation* (James Cameron & Karen Campbell eds., 1998) at 316.

⁴⁴ See for example H. AUFRICHT, ‘Supersession of Treaties in International Law’, 37 *Cornell Law Quarterly* (1952): 655 (‘A conflict between an earlier and a later treaty arises if both deal with the same subject matter and if at least one State is party to both treaties’).

⁴⁵ P. Sands ‘Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law’, *Yale Human Rights & Development Law Journal* (1998): 89.

⁴⁶ D. Esty, *Greening the GATT* (International Institute for Economics 1994) at 219.

⁴⁷ M. Schaefer, ‘Non-Identical Yet Twin Challenges for the World Trading System: Further Advancing the Rule of Law and Legitimacy,’ XXVI *Proceedings of the Canadian Council on International Law* (1997): 78.

⁴⁸ C. WOLD, ‘Multilateral Environmental Agreements and the GATT’, *op.cit.* p.911.

⁴⁹ I. SINCLAIR, *The Vienna Convention*, *op.cit.* p.93.

⁵⁰ P. REUTER, *Introduction to the Law of the Treaties* (Pinter Publishers 1989), p.102.

⁵¹ This resembles, in effect, the common law practice of *distinguishing* in precedent: it enables adjudicators to reframe conflicts as non-existent. The crucial difference, however, is that here the possibility is built into general treaty law itself, rather than arising from judicial technique.

divergence, so as to preserve the *effet utile* of the provision. In this sense, the notion of sameness in Article 30 arguably requires an extensive interpretation by law-applying bodies, and thus by adjudicators.

29. Beyond these interpretative challenges, the operability of the general rules on treaty conflict is also constrained by structural principles such as *pacta sunt servanda* and, closely related, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (issue 3, above). The latter embodies the principle that a treaty cannot impose obligations or confer rights upon a state without its consent. Accordingly, a treaty to which a state is not a party cannot deprive it of rights acquired under another treaty to which it is a party. The general rules on treaty conflict therefore apply only to states that are parties to both treaties in conflict.⁵² In other words, when State A is bound to State B under Treaty X, and to State C under Treaty Y, the general rules do not apply as between States B and C (AB (X) – AC (Y)).

30. Since few treaties are concluded between a completely identical set of parties, this constitutes a fundamental material limitation on the operation of the general rules governing treaty conflict. In practice, these rules may not always provide straightforward legal solutions but may instead generate complex and at times impractical outcomes regarding international responsibility.⁵³ Potential claims by affected third states add a further layer of difficulty to the application of the general rules on treaty conflict in international decision-making. The involvement of such third states—whose rights or obligations may be affected by conflicting treaty provisions—not only complicates the application of these rules but also reinforces the prevailing presumption against the existence of treaty conflict in international adjudication.

31. In light of these constraints, a state confronted with two conflicting treaty provisions must pursue at least one of two courses of action to resolve the inconsistency: (a) secure the consent of all parties to modify one of the conflicting treaties, or (b) terminate one of the conflicting treaties. The institutionalization and extensive multilateral reach of many treaties, however, make effective treaty reform particularly difficult. Where neither solution proves viable, the non-compliant state must ultimately decide which treaty provision to infringe, thereby incurring international responsibility vis-à-vis the parties to the treaty it ‘chooses’ to breach.⁵⁴

32. Having considered the challenges of international responsibility arising from conflicting treaty obligations (issue 3), a distinct set of practical difficulties concerns the application of the general rules on treaty conflict—most notably with respect to derogation and annulment (issue 4). The rules conferring authority to derogate constitute secondary rules of change (i.e. international rules of change), whereas those conferring authority to annul constitute secondary rules of adjudication (i.e. international rules of adjudication). Both types of secondary rules perform the essential function of determining when a norm ceases to be valid within a legal system.

33. *Derogation* typically refers to the determination that a rule has lost its validity as a result of subsequent legislation, whether such determination is made explicitly or implicitly in the later enactments. *Annulment*, by contrast, refers to the determination by an adjudicative body—vested with the relevant authority—that a rule is invalid, thereby removing it from the legal system.

34. With respect to derogation, under a strict application of the law of treaties, the legal authority to modify treaty rules resides collectively in the state parties to the treaty. This authority is exercised

⁵² See the formulation on the ‘principle of political decision’ regarding conflicting treaties involving different parties by J. KLABBERS., *Treaty Conflict and the European Union* (Cambridge University Press (2009), pages 90, 105 and 176-230. On strategic uses by states on this situation see S. Ranganathan., *Strategically Created Treaty Conflicts and the Politics of International Law* (Cambridge University Press 2015).

⁵³ As Pauwelyn observes, the rules on state responsibility continue to apply in this type of especially problematic conflict, since no conflict rules are available. See J. PAUWELYN, ‘Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands,’ *25 Michigan Journal of International Law* (2004): 909.

⁵⁴ See J. MUS, ‘Conflicts Between Treaties in International Law’, *op.cit.* p.227 and W. KARL, ‘Conflict between Treaties’, *op.cit.* p.472.

either through the formal amendment procedures established in the treaty itself or through subsequent agreements among the parties designed to produce that legal effect. Because of the considerable costs and complexities associated with renegotiating treaty provisions—particularly in the context of multilateral treaties—states are generally reluctant to embark on such processes except when strictly unavoidable or driven by exceptionally strong political will.⁵⁵

35. With respect to *annulment*, no international tribunal has been explicitly granted adjudicative jurisdiction to annul treaty provisions. This significant limitation applies not only to special adjudicative bodies but also to the general jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ): none of these counter-majoritarian institutions have been conferred the power to annul either general or special treaty law. In the limited instances where law-applying bodies have ventured into addressing the existence of an antinomy between treaties, they have merely set aside one of the conflicting provisions. The rule set aside, however, remains formally in force and thus valid.

36. Notably, the VCLT does not address the notion of derogation as a legal consequence of a treaty conflict,⁵⁶ nor does the ICJ Statute refer to treaty annulment by judicial determination under such premises. This line of reasoning was most prominently advanced by Hersch Lauterpacht in his 1953 Draft Articles, where he proposed that ‘a treaty is void if its performance involves an act which is illegal under international law,’ provided that such invalidity is declared by a competent international authority, such as the ICJ.⁵⁷ The provision was ultimately abandoned, and this remains a doctrinal proposition only: no examples exist in the practice of the ICJ or other international adjudicative bodies where a treaty has been declared void on this basis. Even Article 53 VCLT, which establishes the invalidity of treaties conflicting with peremptory norms of general international law (*jus cogens*), has never been applied in this sense.⁵⁸ In short, the authority to formally derogate from or annul conflicting treaties rests exclusively with the group of states that enacted them; no external institution is vested with such power.

37. Since no straightforward mechanism exists for the formal resolution of treaty antinomies through collective re-negotiation, conflicting rules are often simply *set aside*.⁵⁹ Layers of potentially

⁵⁵ A notable example is the World Trade Organization’s (WTO) adoption of the 2005 Protocol Amending the TRIPS Agreement (WTO Doc. WT/L/641, 6 December 2005), which introduced Article 31bis as a carefully negotiated mechanism to facilitate access to medicines in situations of public health need. This amendment, effective since 23 January 2017 (after receiving the required ratifications from two-thirds of WTO members), permits member states to issue compulsory licenses for producing and exporting generic pharmaceuticals to countries lacking manufacturing capacity, overriding the original Article 31(f) restriction limiting production “predominantly for the domestic market.” The change formalizes the 2003 “Paragraph 6 System” waiver (WTO Doc. WT/L/540), enabling low-cost medicine exports to address public health crises in eligible countries. See *Protocol Amending the TRIPS Agreement* (WTO Doc. WT/L/641, 6 December 2005), *Extension of Acceptance Period* (WTO Doc. WT/L/1180, 2022) and the 2003 “Paragraph 6 System” Waiver (WTO Doc. WT/L/540, 30 August 2003).

⁵⁶ The VCLT does not establish a general derogation mechanism for treaty conflicts, nor does it treat derogation as a standard legal consequence when two treaties are in conflict. Instead, the Convention addresses invalidity, termination, and suspension of treaties (Arts. 42–64), and provides conflict-solving criteria such as *lex specialis* and *lex posterior*. The notion of ‘derogation’ found in certain specialized regimes—most prominently in human rights treaties (e.g., Art. 15 ECHR; Art. 4 ICCPR)—refers to the temporary suspension of obligations in situations of emergency, and is thus conceptually distinct from derogation in standard legal theory and practice.

⁵⁷ See H. LAUTERPACHT, ‘First Report on the Law of Treaties,’ 24 March 1953, [1953] II YBILC 90, at 155 (Draft Article 14: ‘A treaty is void if its performance involves an act which is illegal under international law’) and at 156 (commentary suggesting that such invalidity should be declared by a competent international authority, such as the ICJ), UN Doc. A/CN.4/63.

⁵⁸ Article 53 VCLT provides: ‘A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.’ For discussion, see K. Schmalenbach, ‘Article 53: Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*),’ in O. Dörr & K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2018), at 898 and 925, noting that the practical effect of *jus cogens* on the invalidation of treaties has seldom been tested and that the procedures envisaged for asserting such invalidity have remained largely irrelevant in practice.

⁵⁹ Note how the ILC Fragmentation Report deploys the notion of ‘setting aside’ in its broader examination of institutional practices regarding conflicting norms.

inconsistent treaty law may thus persist, operating as a form of dysfunctional ‘dead code’ within the broader operative system of international law. In the absence of international adjudicative jurisdiction to annul treaty provisions, the very identification of treaty antinomy poses a significant challenge for the authority of these counter-majoritarian bodies. In this respect, the emergence of antinomy represents a critical stress test for international adjudication. Unlike the routine resolution of antinomies through annulment in domestic judicial systems, international adjudicators frequently treat them as merely apparent and interpret them away. By employing techniques of harmonizing interpretation, they circumvent the need to compel states to renegotiate or amend conflicting treaties, thereby avoiding direct pressure to eliminate inconsistent provisions.

VII. At odds with institutional dimensions

38. Having examined selected conceptual and practical challenges of treaty conflict resolution, attention must now turn to the additional complexities arising from the institutional dimensions of international law. These dimensions further complicate the effective application of the general rules on treaty conflict, which were designed to govern conflicts between treaties themselves rather than the rules and decisions emanated by treaty organs (issue 5). The VCLT acknowledges the relative autonomy of treaty-based regimes constituting formal international organizations vis-à-vis the general law of treaties. This is made explicit in Article 5 of the VCLT (*Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization*), which provides that its provisions apply ‘without prejudice to any rule of the organization’ (emphasis added).

39. In this respect, it is understandable that contradictions between constituent treaties and other treaties are often described as ‘conflicts between treaties of different levels,’⁶⁰ suggesting implicit hierarchies between constituent treaties and those elaborated within their institutional framework.⁶¹ The difficulty certainly does not arise when treaties are expressly connected through relevant clauses and thus form part of an integrated treaty framework. The real difficulty arises when treaties that establish institutional organs, which in turn generate rules and decisions, come into tension with other treaties, whether or not these possess comparable institutional structures.

40. Unsurprisingly, the entry ‘Conflict between treaties’ in the *Encyclopaedia of Public International Law* characterizes treaty conflicts as a ‘special legal problem.’ According to Wolfram Karl, the jurist commissioned for the entry, these cases represent a serious new dimension of the problem of antinomies.⁶² As noted, the institutionalization of treaties not only hampers the application of the general rules on treaty conflict but also challenges their very rationale under the current institutional architecture of international law. In this sense, the general rules on treaty conflict fall short of addressing the systemic legal needs arising from special treaty-based regimes.⁶³

41. Treaty-based regimes not only establish rules that interact with other special regimes of international law; they also constitute entities that engage directly with other regimes and serve as fora for the exercise of prescriptive and adjudicative jurisdiction, through which governments collaborate in adopting subsequent international rules and decisions. From an analytical standpoint, therefore, three variables must be addressed in order to advance international legal consistency:

⁶⁰ H. AUFRICHT, ‘Supersession of Treaties in International law’, 37 *Cornell Law Quarterly* (1952): 682-685.

⁶¹ W. JENKS, ‘The Conflict of Law-Making Treaties’, op.cit.p.440.

⁶² W. KARL, ‘Conflict between Treaties’, op.cit.p.473.

⁶³ D. MAC RAE, ‘The contribution of International Trade Law to the Development of International Law’, *Recueil des Cours-Académie de Droit International*, Tome 260, 1996, p.177.

Table 3: basic patterns of treaty interaction.

ISSUE A	Rule	® (normative interaction)	: <i>normative dimension</i>
ISSUE B	Entity	® (institutional interaction)	: <i>institutional dimension</i>
ISSUE C	Forum	® (jurisdictional interaction)	: <i>jurisdictional dimension</i>

42. Treaty-based regimes thus exercise international authority within their respective functional areas along three dimensions —rules, entities, and *fora*— yet there is no effective general procedural integration among them. Put differently, the general regime of international law lacks the procedural and institutional architecture required to integrate special regimes across these dimensions.

43. A clear illustration of this unresolved problem lies in conflicts of international jurisdiction (Issue C), whether prescriptive or adjudicative. Focusing on the latter, conflicts of adjudicative jurisdiction constitute a distinct subcategory of treaty conflicts, since the decisions of international adjudicative bodies are direct legal outcomes of the treaties that establish them. These conflicts may arise as:

- conflicts between the decisions of different treaty bodies,
- conflicts between such decisions and the case law of other bodies, or
- conflicts between the case law of treaty bodies themselves.

44. Addressing this general authority deficit requires comprehensive legal and institutional reform. As Michel Virally observed, such transformation must concern the secondary rules of international law, and to a lesser extent its primary rules.⁶⁴ In practice, effective reform would entail clarifying and completing the general secondary rules of change (G2RC) and of adjudication (G2RA), alongside certain general primary rules (G1Rs). Only then could the general regime and its special treaty-based regimes be procedurally integrated into a coherent legal construct—capable of identifying and resolving conflicts between treaty rules and decisions in the ordinary course.

45. Notably, the wording of Article 5 of the Vienna Convention on the Law of Treaties implicitly points to the desirability of general international legislation in this area. Because the Convention provides that the general law of treaties applies “without prejudice to any rule of the organization” (i.e. rules of international institutional law), the potential for overlapping rules and decisions of treaty-based regimes highlights the importance of inter-institutional procedures to ensure consistency in international law.⁶⁵

46. By explicitly providing that its own provisions apply without prejudice to any rule of the organization, the VCLT effectively reinforces functionalism in the form of *regime autonomy*. Since autonomy does not equate to self-containment,⁶⁶ it is both reasonable and prudent to advocate the establishment of higher, impartial, and independent international organs and procedures to ensure consistency in the integration of rules and decisions from special regimes with those of the general regime.

47. This is far from an abstract concern. The international legislator—whether conceived as the collective will of sovereign states, the outcome of intergovernmental negotiating processes, or the nor-

⁶⁴ M. VIRALLY, ‘A propos de la lex ferenda’, *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international. Unité et diversité* (Pedone 1981), pp. 519-533.

⁶⁵ The ILC Study Group on Fragmentation decided to set these issues aside. See ILC Fragmentation Report, op. cit., para. 245, p. 177: ‘At the outset, the Commission recognized that fragmentation raises both institutional and substantive problems. The former has to do with the jurisdiction and competence of various institutions applying international legal rules and their hierarchical relations *inter se*. The Commission has decided to leave this question aside. The issue of institutional competencies is best dealt with by the institutions themselves.’

⁶⁶ The problem with the relationship between the general regime and the special regimes is not whether it exists, but how robust it can be when it lacks general integrated procedures. As Abi-Saab observes, ‘[h]owever autonomous and particular these may be, there cannot be a totally self-contained regime within the legal order. If the special regime is to remain part of the legal order, some relationship, however tenuous, must subsist between the two. G. Abi-Saab, ‘Fragmentation or Unification’, op.cit. p.926. See also *ILC Fragmentation Report*, op.cit.

mative output of international organizations—remains inherently fallible. The steady and expanding use of treaty-making has rendered inconsistencies simply inevitable; to suggest otherwise would be difficult to sustain.

48. Nonetheless, formal treaty antinomies seldom emerge explicitly. Paradoxically, they are largely effaced from international decision-making, as state representatives, international officials, and adjudicators within treaty-based regimes employ interpretative techniques to reframe—or interpret away—such conflicts as merely ‘apparent,’ thereby avoiding the need to confront underlying contradictions directly.

49. State representatives, international officials, and adjudicators tend to be risk-averse when it comes to framing inter-regime issues in adversarial legal terms. Fundamentally, there is neither the political will nor the technocratic incentive to ‘uncork that bottle,’ particularly given the absence of general international bodies and procedures endowed with the mandate and the institutional capacity to resolve such conflicts. In other words, no general secondary rules of international law establish bodies or procedures with jurisdiction (i.e. prescriptive and/or adjudicative jurisdiction) to address conflicts of rules and/or decisions arising from the institutionalization of the international community.

50. In this procedural void, it is unrealistic to expect treaty-based regimes to identify and resolve conflicts of international rules or decisions⁶⁷—still less to do so in an objective and impartial manner. This situation persists because general international legislation does not provide for bodies or procedures with jurisdiction (i.e. prescriptive and/or adjudicative) to address conflicts of rules and decisions arising from the institutionalization of the international community

51. The absence of procedures to resolve conflicts of jurisdiction between international regimes constitutes a systemic weakness, aggravated by the exclusive authority of international organizations to interpret their constitutive treaties. As Joseph Gold, former General Counsel of the International Monetary Fund, observed: ‘If there are few overt disputes about jurisdiction between international organizations, the explanation may be that they consciously forbear from express interpretations of jurisdiction so as to avoid disputes with other organizations.’⁶⁸

52. Inevitably, this institutional configuration is hardly conducive for state representatives, international officials, or adjudicators within treaty-based regimes to engage openly in arguments over legal antinomy. Regime practitioners and experts therefore tend to avoid framing issues as inter-regime legal contradictions and, in analytical terms, refrain from explicitly articulating three fundamental types of conflicts:

- 1) conflicts between the special primary rules of international law administered by those regimes,
- 2) conflicts between the output of their special secondary rules of adjudication (decisions), and
- 3) conflicts between the former and latter.

53. In consequence, any antinomy in public discourse is typically recast as a merely apparent conflict—reframed as divergence, friction, or tension through interpretative techniques—and, if necessary, relegated to the managerial domain of technocratic inter-institutional coordination. As Binder observes, ‘international legal institutions have been reluctant to confront the problem of treaty conflict because it raises profound questions about their own legitimacy.’⁶⁹ This institutional hesitancy has, in practice, entrenched a pervasive presumption against treaty antinomies—an assumption that has come to underpin key aspects of the architecture of international law, shaping both its practical operation and its doctrinal evolution.

⁶⁷ See, e.g., P. ZAPATERO, in this issue.

⁶⁸ See J. GOLD, *Interpretation: The IMF and International Law* (Kluwer Law International 1996), pp. 507–508.

⁶⁹ See G. BINDER, ‘The Dialectic of Duplicity’, op.cit.p.385.

VIII. A resulting presumption against treaty conflict

54. The emergence and procedural resolution of conflicts between treaty-based regimes—and the multiple international rules and decisions their bodies adopt—should not be regarded as a mere technicality of formalist legal reasoning. Rather, in an increasingly interdependent world, the identification and resolution of international legal inconsistencies represent an essential step, as the coherence of international law is integral to the preservation of the rule of law. However, international legal practice has largely relied on the consolidation of a presumption against treaty conflict, based on the assumption that states, acting in good faith, are not to be regarded as having undertaken mutually incompatible commitments.⁷⁰

55. Against this backdrop, the structural presumption against antinomy in the institutional practice of international law may be understood as a form of technocratic accommodation. Applied across regimes in response to the institutional and procedural fragility of the general regime of international law, it strains the overall consistency of international authority and, by extension, the systemic integrity of international law itself. This situation may carry domestic implications, since international legal rules and decisions are, in principle,⁷¹ incorporated into their legal systems, where they are applied by public administrations and adjudicated by domestic courts and tribunals.

56. In practice, the absence of adequate institutions and procedures for addressing such conflicts reinforces this presumption against antinomy, which in turn diminishes the incentive for states to confront the underlying constitutional deficiency at the global level. Over time, this recursive dynamic risks eroding the consistency of international law and, by extension, may affect the functioning of domestic legal systems through the process of incorporation. At the international level, the tendency to avoid conflicts through interpretation may reduce opportunities for a more explicit balancing of these goods and values, which in some cases could require political decision as well as legal change or reform.

57. More broadly, like any legal system, international law is concerned not only with the settlement of disputes but also with providing a procedural framework to address normative inconsistencies and balance the diverse public goods and values embodied in its international primary rules. In practice, however, such choices remain largely out of reach in the current institutional architecture. Beyond limited practices of inter-institutional coordination, effective mechanisms to achieve these results are lacking, and no general procedural integration operates across treaty-based regimes. Each operates primarily as an intergovernmental, function-oriented proxy within a narrowly defined subject-matter domain, typically designed, composed, and administered by governmental departments whose mandates and sectoral priorities are inherently limited. As a result, international law often remains ill-equipped to ensure a coherent and rational balancing of the global public goods and values it recognizes across its multiple special regimes.

⁷⁰ See e.g. C. ROUSSEAU, 'De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international,' 39 *Revue Générale de Droit International Public* (1932): 153; Hersch Lauterpacht, *Second Report on the Law of Treaties* (A/CN.4/87), in *YILC* (1954) Vol. II: 123, at 137-8; H. Aufricht, "Supersession of Treaties, op.cit, p.657; W. Jenks, 'The Conflict of Law-Making, op.cit. pp. 427-429; W. Karl, 'Conflicts, op.cit. pp. 467-470; Christopher Borgen, 'Resolving Treaty Conflicts,' 37 *George Washington International Law Review* 37 (2005): 605 and 635 and Joost Pauwelyn, 'Fragmentation of International Law', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 37.

⁷¹ Under international law, the manner in which a state gives effect to its obligations is a matter of domestic concern; yet a state may not invoke internal law as justification for non-performance (Article 27 VCLT). Increasingly detailed treaty provisions and subsequent institutional decisions, however, narrow the discretion states retain in giving effect to such obligations.

Anatomy of treaty-based regimes

Anatomía de los regímenes basados en tratados

PABLO ZAPATERO¹

*Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID: 0000-0002-0495-1183

Recibido:30.06.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9902

Abstract: Treaty-based regimes, as the principal institutionalized form of inter-state cooperation, constitute the primary sources of authority in international law, yet they fundamentally reflect the paradigm of intergovernmental functionalism. Examination of their secondary rules, together with the observation of functionalist practice, shows that special regimes are inherently constrained by internal (or contextual) primacies—limitations that persist despite attempts to incorporate broader public rationalities. Whether operating individually or collectively, they remain structurally ill-suited to effectively ensure the consistency of international rules and decisions. Far from marginal, this issue has constitutional significance, as treaty-based regimes constitute the principal form of international authority today.

Keywords: treaty-based regimes; international authority; global public goods and values; intergovernmentalism; functionalism; secondary rules.

Resumen: Los regímenes basados en tratados, como principal forma institucionalizada de cooperación interestatal, constituyen las fuentes primarias de autoridad en el derecho internacional, aunque reflejan fundamentalmente el paradigma del funcionalismo intergubernamental. El examen de sus normas secundarias, junto con la observación de la práctica funcionalista, muestra que estos regímenes están intrínsecamente limitados por primacías internas (o contextuales); restricciones que persisten a pesar de los intentos de incorporar racionalidades públicas más amplias. Ya se consideren de forma individual o colectiva, estos regímenes siguen estando estructuralmente mal equipados para asegurar de manera efectiva la coherencia de las normas y decisiones internacionales. Lejos de ser una cuestión menor, este problema tiene relevancia constitucional, dado que los regímenes basados en tratados constituyen hoy la principal forma de autoridad internacional.

Palabras clave: regímenes basados en tratados; autoridad internacional; bienes y valores públicos globales; intergubernamentalismo; funcionalismo; normas secundarias.

Summary: I. Do governments misrepresent states? II. Applying analytical legal theory to treaty-based regimes. III. When special regimes proceed as if under a distinct rule of recognition. IV. Special rules of adjudication as the driving force behind functionalism. V. Regulatory dynamism and special rules of change. VI. The bottleneck of applicable rules. VII. The limits of so-called systemic integration. VIII. The manufacture of internal primacy. IX. Functionalism as structural bias.

I. Do governments misrepresent states?

1. While international law is conventionally described as a unitary and internally coherent normative system, it is more accurately understood as a loose constellation of regimes—most notably, a

¹ This paper is dedicated to Professor Calvo Caravaca, exemplary in scholarship and mentorship.

general, custom-based regime (general international law) alongside a range of specialized regimes: the general regime of international law) and a variety of special treaty-based regimes (special international law). At their current stage of development, the special regimes of international law maintain an uneasy relationship—both with one another and with the general regime—due to the absence of comprehensive general procedural integration. There are no general international organs and procedures to formally and authoritatively administer the relationships between the general regime of international law and special regimes as well as between special regimes themselves. That is, the general regime of international law is not procedurally integrated with the multiplicity of special treaty-based regimes, nor the latter are procedurally integrated with each other (general procedural integration). Unsurprisingly, questions of international legal consistency together with standard rule of law considerations thus arise with the emergence of so-called treaty-based regimes.

2. To better understand this situation, it is helpful to first consider what these specialized regimes are, what they do, and how they function. The following pages explore these questions by drawing on insights from analytical legal theory. Before delving into the specifics, it is important to recognize that modern states are far from monolithic; besides constitutional organs traditionally associated with the separation of powers—such as the government, legislature, and tribunals—public authority is increasingly exercised through a variety of disaggregated sub-state, intra-governmental, and independent regulatory entities. This disaggregation mainly results from the specialization of public law and policy, in which authority is distributed across multiple specialized bodies rather than concentrated solely within traditional constitutional branches.

3. Beginning in the last quarter of the nineteenth century and continuing into the early twentieth century, states faced mounting pressure to disaggregate and specialize public authority in response to growing social and economic complexity. The emergence of administrative agencies epitomizes this broader transformation in the architecture of state power. These entities were deliberately established to facilitate the granular formulation and implementation of public policy by disaggregating traditional governmental departments and were granted both rulemaking and adjudicative functions.² These agencies operate not only as instruments of specialized administration but also as bodies empowered to promulgate regulations and adjudicate disputes, thus blurring, to some extent, the conventional boundaries of the separation of powers and the system of checks and balances.³

4. With the advent of the so-called *regulatory state*, administrative agencies received parliamentary authority to advance policy objectives within the four corners of their specialized legislation.⁴ In analytical legal terms, administrative agencies were originally established to reinforce selected primary

² The diffusion and adaptation of regulatory models, as well as the emergence of ‘regulatory capitalism,’ are discussed in J. BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism: How It Works, Ideas for Making It Work Better* (Edward Elgar, 2008); D. LEVI-FAUR, ‘The Global Diffusion of Regulatory Capitalism,’ 598 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2005): 12–32; and J. JORDANA, D. LEVI-FAUR, and X. MARÍN, ‘The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion,’ 44 *Comparative Political Studies* (2011): 1343–69. For foundational studies of global regulatory networks and the regulation of corporate capitalism, see J. BRAITHWAITE /P. DRAHOS, *Global Business Regulation* (Cambridge University Press, 2000) and, particularly, S. Picciotto, *Regulating Global Corporate Capitalism* (Cambridge University Press, 2011).

³ Bureaucratic specialization and legal-rational authority constitute foundational features of modern states, as set forth by M. Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (University of California Press, 1922). FOR THE CHALLENGES POSED BY THE HYBRID FUNCTIONS OF ADMINISTRATIVE AGENCIES TO THE CLASSICAL SEPARATION OF POWERS, AND THE ADAPTATION OF ACCOUNTABILITY MECHANISMS, see S. Cassese, ‘Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation,’ 37 *New York University Journal of International Law and Politics* (2005): 663–694. A flexible and functional understanding of the separation of powers in the context of administrative agencies is discussed in C.R. Sunstein, ‘Separation of Powers Is a They, Not an It,’ *Harvard Public Law Working Paper* No. 24-15, 2024.

⁴ See G. MAJONE, (ed) *Deregulation or Re-regulation?* (Pinter Publishers, 1990), pp. 1–6 (introduction) and G. MAJONE, ‘The Rise of the Regulatory State in Europe,’ 17 *West European Politics* (1994): 77–101. On the concept of the ‘regulatory state’—characterized not only by the delegation of authority to administrative agencies, but also by the diffusion of regulatory capacity across networks involving state, market, and civil society actors—see Colin Scott, ‘The Regulatory State and Beyond,’ *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, ed. P.DRAHOS (ANU Press, 2017), pp.265–280.

rules of the domestic legal system—and, by extension, the public goods and values those rules regulate—through the application of special secondary rules within defined subject-matter domains.⁵ In this sense, these agencies were typically endowed with a measure of autonomy from other public authorities, achieved by conferring upon them their own special secondary rules of change (S2RCs) and adjudication (S2RAs): these rules operate alongside, and thereby complement, the general rules of change (G2RCs) and adjudication (G2RAs) vested in legislatures and courts. That is, although administrative agencies create rules and adopt decisions, these remain subject to the overarching rulemaking authority of the legislature and the adjudicative authority of the courts, respectively.

5. This domestic institutional pattern—typically affording agencies a degree of *relative autonomy* vis-à-vis other public authorities—has been, in part, replicated and transposed to the international sphere within selected subject-matter domains such as trade, health, culture, security, and the environment, among others, through the establishment of *special* treaty-based regimes. The practice of establishing administrative agencies to govern selected public goods and values is therefore not fundamentally different from the creation of treaty-based regimes in specific subject-matter domains. That is, there is a reasonable correlation between the rationale for establishing domestic governmental agencies and that underpinning *intergovernmental* functionalism in the institutionalization of international law.⁶ This parallel suggests that the functionalist approach to institution-building within international law finds its analogue in the rationale guiding the creation of domestic agencies.

6. In essence, and regardless of whether they constitute formal international organizations, special treaty-based regimes are treaties with an institutional dimension that enables them to administer specific subject-matter domains dynamically through their treaty bodies and the international rules and decisions they adopt. In order to advance the international dimension of governmental functions, states—acting through their governmental departments, ministries, and agencies, as appropriate within their respective systems of public administration—have incorporated into treaty-based regimes a regulatory toolkit that includes rulemaking, authorization, monitoring, inspection, enforcement, sanctioning, compliance promotion, adjudication, mechanisms for review and appeal, regulatory impact assessment, and avenues for public participation. Many of these standards and practices were significantly developed within states from the 1980s onward and have subsequently influenced the design and operation of treaty-based regimes.⁷

7. In accordance with prevailing doctrine and consistent state practice, the executive branch is generally recognized as bearing primary responsibility for conducting international relations and implementing international obligations on behalf of the state. Accordingly, while the establishment of a treaty-based regime is a matter of *formal* state consent—typically requiring parliamentary approval—its subsequent administration and day-to-day operation are primarily undertaken by governmental departments or administrative agencies actively engaged in the relevant policy domain. In this sense, the policy intermediation carried out by governmental departments and agencies within treaty-based

⁵ The terminology of primary and secondary rules, drawn from H.L.A. Hart's *The Concept of Law* (1961), is further developed in Sections 3 to 5, where it is applied both to the functioning of the general and special regimes, as well as to their relation.

⁶ On functionalism, see especially J. KLABBERS, 'The Transformation of International Organizations Law,' 26 *European Journal of International Law* (2015): 9–82, which both sets out the foundations of functionalism and offers Klabbers's most systematic critique of its role as the dominant theory in international organizations law. See also Jan Klabbers, 'The Transformation of International Organizations Law: A Rejoinder,' 27 *European Journal of International Law* (2016): 549–562, responding to subsequent commentary; and Jan Klabbers, 'Contending Approaches to International Organizations: Between Functionalism and Constitutionalism,' in Jan Klabbers and Åsa Wallendahl (eds), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), 3–30, comparing functionalism and constitutionalism as competing theoretical approaches.

⁷ The foundational work in regulatory theory is I. Ayres and J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992). For a comprehensive account of regulatory evolution, diversification of actors, and contemporary regulatory architectures, see P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications* (ANU Press 2017).

regimes exerts a significant influence on their *functionalist* operations and outcomes, as reflected in the international rules and decisions they adopt.⁸

8. In the absence of overarching international bodies or procedures grounded in a general authority rationale, state consent undergoes a functional deconstruction through the routine operations of these specialized *international authorities*. By definition, formal international organizations and other treaty-based regimes, as Brölmann observes, disaggregate state consent.⁹ Through specialized secondary rules of international law, a plurality of regimes has fostered the global disaggregation of the regulatory state. As a result, the practice of state consent has become dispersed across a multitude of treaty bodies, where the most active role in its ongoing articulation is typically assumed by specialized departmental representatives and officials, or by individuals designated by them.

9. Today, state consent in the international legal sphere derives not only from the formal acts of parliaments, heads of state, and foreign ministries, but also from a wide range of governmental bodies engaged across a multiplicity of special treaty-based regimes. Through their intermediation, numerous international rules and decisions—both binding and non-binding—are produced and subsequently re-integrated into the domestic legal sphere, often with the proactive involvement of the very governmental bodies that played a central role in their adoption.

10. Paradoxically, while operating primarily as institutional proxies for domestic bodies grounded in a specialized authority rationale, special treaty-based regimes often emulate the broader institutional legitimacy associated with (1) *parliamentarism*—manifested, for example, in plenary treaty bodies such as General Councils, Conferences of the Parties, or Meetings of the Parties¹⁰—and (2) *judicialization*, through the establishment of specialized adjudicative bodies within their treaty structures. In other words, although their institutional design and operation remain fundamentally rooted in the restricted authority rationales of governmental departments or administrative agencies, these regimes nevertheless emulate features characteristic of domestic organs founded on a general authority rationale, notably parliaments and tribunals.

11. Over the past century, extensive international cooperation has taken place within the four corners of a vast and multifaceted corpus of *special* secondary rules of international law. By contrast, efforts to progressively develop general secondary rules of international law have not produced general international legislation aimed at achieving the comprehensive procedural integration of special regimes. Within this prevailing general authority default, the United Nations General Assembly—a *general international organ* embodying a general authority rationale loosely analogous to legislation (i.e., general prescriptive jurisdiction), though its resolutions are in principle non-binding—and the International Court of Justice

⁸ In treaty-based regimes, governmental departments and agencies retain a privileged status as primary actors, while other domestic public authorities are generally excluded from direct procedural involvement, with their interests channelled through domestic decision-making processes. Paradoxically, some regimes grant limited procedural standing to individuals or non-state actors, illustrating the distinct treatment afforded to public authorities versus private or civil society actors within intergovernmental practice. Non-state actors typically seek to influence these regimes indirectly—by lobbying responsible governmental bodies—or directly, where treaty provisions permit. Even when formal participation is allowed, however, processes often prioritize technical expertise and administrative considerations over broader forms of democratic deliberation. See R. Howse, 'From Politics to Technocracy—and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading System,' 96 *American Journal of International Law* (2002): 94–117 (highlighting the legitimacy challenges posed by privileging technocratic decision-making over broader deliberation); and K. Raustiala, 'NGOs in International Treaty-Making,' in D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press 2012), 150–174.

⁹ The concept of 'disaggregation of consent' refers to the way in which international organizations move beyond the traditional model of unitary state consent by separating its various components and enabling institutions to operate and create legal obligations through mechanisms that do not depend exclusively on direct and explicit state approval. For a comprehensive analysis, see C. Brölmann, 'International Organizations and the Disaggregation of Consent,' in S. Besson (ed.), *Consenting to International Law* (Cambridge University Press, 2023), 100–116.

¹⁰ Consistent with the logic of intergovernmental functionalism, these plenary treaty bodies can be seen, in some respects, as 'ministerial parliaments,' being composed chiefly of representatives from the same governmental department or policy sector.

—a *general international organ* grounded in the general authority rationale of adjudication (i.e., general adjudicative jurisdiction)— are not procedurally integrated with these functional international entities. This stands in contrast to domestic legal systems, where administrative agencies operate within integrated procedures and are subject to the authority and oversight of legislatures and courts. Consequently, these general international organs do not exercise direct authority over functional entities in the sense of adopting general international rules or decisions specifically directed at, and binding on, them.

12. Consequently, in the absence of general international organs endowed with prescriptive and adjudicative jurisdiction over specialized treaty-based regimes, the general authority default has inevitably favoured the accretion of a multiplicity of procedurally unintegrated regimes across diverse issue areas, each tending to assert centrality —and thus normative primacy— within its respective subject-matter domain.¹¹ This default model of global decision-making, characterized by the accumulation of layered special treaty-based regimes without higher integrating organs or procedures, constrains the prospects for new multilateral treaty-making through regulatory entrenchment, and may partly account for recent debates over the so-called ‘stagnation’ of multilateralism.¹²

13. In this sense, the advancement of intergovernmental functionalism—manifested in the proliferation of successive layers of special treaty-based regimes—has arguably undermined the effectiveness of multilateralism. Specifically, it has inhibited the integrated development of its two necessarily interdependent dimensions: the general regime of international law and the special regimes of international law (i.e., special treaty-based regimes). Put simply, while the general regime has not produced *constitutional* treaty law and organs, special regimes have generated, at best, a form of *administrative* treaty law and organs—functioning as quasi-global agencies within a general authority void. As a result, multilateralism has become increasingly marked by inter-regime divergences and inconsistencies, which may further erode its effectiveness and, ultimately, its capacity to operate and sustain itself under such conditions.

14. In this state of affairs, although multilateral treaty-making remains the most legitimate form of public international authority, it now stands at its lowest ebb in decades. Yet, somewhat paradoxically, rather than embarking on substantive efforts at general multilateral regime-building, some governments—particularly those with significant geopolitical leverage— appear instead to pursue a compensatory strategy for the relative stagnation of multilateral treaty-making—a strategy that cannot, by its very nature, succeed— by resorting to contractualized treaties, as well as by more actively participating in so-called global regulatory networks.

15. Irrespective of the challenges and dilemmas associated with these managerial practices of public authority, it is arguably the very foundation of intergovernmental functionalism that restricts the collective capacity to deliberatively govern world affairs in the general interest of the international community. By its own logic, functionalism resists the consolidation of general international law, organs, and procedures, and in doing so limits the scope for advancing general authority rationales. This outcome is scarcely surprising, given that, across both modern and contemporary history, the executive branch has seldom been either the architect or the principal advocate of the separation of powers and checks and balances. Accordingly, a global order grounded in intergovernmental functionalism—such as the current one— can reasonably be understood as structurally resistant to the development of comprehen-

¹¹ From an organizational perspective, the problem has long-standing roots. Even at the height of international administration, its ‘coordination machinery’—to use Luard’s term— was beset by conflicts and coordination problems among UN agencies and international organizations more broadly, including duplication and overlapping of functions and programs. See E. Luard, *International Agencies: The Emerging Framework of Interdependence* (MacMillan Press / Royal Institute of International Affairs, 1977), pp. 264–287. For a concise overview, see P. Zapatero, ‘Little Islands: Limits and Prospects of the United Nations Chief Executives Board,’ 7 *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2015): 369–380.

¹² See, in particular, Pauwelyn, J., Wessel, R. A., & Wouters, J., ‘When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking’ 25 *European Journal of International Law* (2014): 733–763.

sive general authority structures within the international sphere, since such structures would inevitably recalibrate, and perhaps diminish, the centrality of governments (as distinct from states and their other constitutional organs) in the decision-making processes of the international community.

16. Over time, special regimes have evolved along their respective paths, each promoting particular global public goods and values, yet without the proper infrastructures to balance them against one another and integrate them into a consistent whole. As a result, these goods and values are increasingly perceived not only as unevenly distributed but also as insufficiently balanced. Such asymmetries—consolidated over decades of advancing intergovernmental functionalism within a general authority void—may raise the transaction costs of developing new multilateral rules, as each regime entrenches itself around the global public goods and values it regulates, and may also erode trust in international institutional law and its dispersed legal architectures.

II. Treaty-based regimes as the elemental form of *international authority*

17. Special treaty-based regimes are the primary institutional and legal embodiments of intergovernmental functionalism and can be regarded as the predominant institutional form of international law in contemporary practice. From the standpoint of general legal theory, examining these regimes makes it possible to assess critically how their institutional design and normative foundations can, on the one hand, foster international legality within specific subject-matter areas, while, on the other, constrain the broader advancement of the rule of law across international law as a whole.

18. Since the first quarter of the twentieth century, inter-state policy coordination through special treaty-based regimes has become increasingly pervasive.¹³ The remarkable proliferation of such regimes in the post-World War II period reflects the rapid expansion of intergovernmental cooperation, as governments progressively embraced international functionalism—understood as institutionalized collaboration in discrete policy areas such as trade, human rights, and the environment, among others. This development stems from the disaggregation of the regulatory state into treaty-based entities that incorporate elaborated secondary rules of adjudication and change within selected domains.¹⁴

19. These functional entities, constructed through international law and operating as coordinating proxies of states, represent a major and sustained trend in the institutionalization of the international community.¹⁵ Their emergence reflects a compromise born of states' inability to merge their sovereignties into a common political order capable of delivering the 'cooperative functions in modern international life'.¹⁶

20. A common feature of treaty-based regimes is that participants define performance expectations in accordance with a ruleset.¹⁷ In the canonical definition from political science, regimes are 'sets of implicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations

¹³ Friedmann made the classic doctrinal distinction between the 'international law of coexistence' and the 'international law of cooperation' in *The Changing Structure of International Law* (1964). He emphasised the transformation that took place from the second half of the 20th century onwards: the shift from an international society of coexistence to one of cooperation. The growth of international institutions reflects a compromise between the inability of nation states to coalesce their sovereignties into a common political order and the increasing recognition of cooperative functions as intrinsic to modern international life. See W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Columbia University Press 1964).

¹⁴ See sections 3 to 6 below.

¹⁵ See for example T. Franck, 'Three Major Innovations of International Law in the Twentieth Century', *Quinnipiac Law Review* (1997):139-156.

¹⁶ W. Friedmann, 'The Changing Dimensions of International Law', *Essays on International Law from the Columbia Law Review* (Columbia University Press, 1965), p.104 and 110.

¹⁷ See e.g. A. Stone Sweet, 'What is a Supranational Constitution?', 56 *The Review of Politics* (1994): 448.

converge in a given area of international relations.¹⁸ Entities established around the treaty form have also been described, alternatively, as ‘autonomous legal orders’,¹⁹ ‘autonomous institutional arrangements’,²⁰ or ‘continuing treaties’,²¹ among other depictions. Regardless of nomenclature, and whether or not they take the form of formal international organizations, their common denominator is the exercise of public authority through treaty bodies, with a degree of *relative autonomy*.

21. Interestingly, the case law of both the Permanent Court of International Justice (PCIJ) and the International Court of Justice (ICJ) has addressed the position of treaty-based regimes within international law. The PCIJ referred to regimes in its very first judicial decision in 1923, the *SS Wimbledon* case.²² Decades later, in 1997, the ICJ elaborated further on this notion in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, holding that the relationships between the parties in a regime are ‘above all’ regulated by the treaty operating as *lex specialis*.²³ As Casanova y la Rosa explains with regard to this judgment, a regime is created when the basic treaty establishes a set of rules designed to be progressively supplemented by subsequent treaties and internal acts, which are to be applied jointly, as a unit.²⁴

22. The main objective of a treaty-based regime is to advance the *selected* global public goods and values contained in its set of rules, which gravitate around the *object and purpose* of the treaty text. Thus, these entities primarily operate and evolve to follow function on the base of their own rules, decisions and practices.²⁵

23. The *special secondary* rules of treaty-based regimes predefine the types of legal solutions expected to emerge from their procedures. Regime bodies are primarily designed to perform—and thus to follow—their functions. This has been the logic of intergovernmental functionalism in international law for decades, structurally embedded in the secondary rules of special treaty-based regimes. As Keohane and Nye observe, regimes were conceived as ‘decomposable hierarchies’ governing specific issue areas and designed to keep other branches of government out.²⁶ In other words, unless their provisions indicate otherwise, treaty-based regimes tend to construct their own hierarchies in a self-referential mode.²⁷

24. Traditionally, when depicted through the Kelsenian pyramid, each special treaty-based regime would appear as a distinct triangle with its own internal normative hierarchy culminating in an apex. It is the secondary rules of these regimes—and thus their rulemaking and adjudicative procedures—that structure them as normative pyramids. Building on this conception, the multiplicity of special

¹⁸ S. Krasner, ‘Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables’, *International Regimes* (Cornell University Press 1983), p.2.

¹⁹ M. Sørensen, ‘Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order’, 32 *International and Comparative Law Quarterly* (1983): 559-576.

²⁰ R. Churchill and G. Ulfstein, ‘Autonomous institutional arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A little-noticed phenomenon in international law’, 94 *American Journal of International Law* (2000): 647-655

²¹ J. Pauwelyn, ‘The Role of Public international law in the WTO: How far can we go?’, 95 *American journal of international law* (1995): 546.

²² The judgement analysed the regime governing the Kiel Canal under Articles 380–386 of the Treaty of Versailles, which internationalized the canal and mandated free passage for all nations, including during wartime. See *S.S. Wimbledon* (U.K., Fr., Italy, Japan v. Ger.), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1, at 23–24 (17 Aug. 1923).

²³ The regime was established by a bilateral treaty between Hungary and Slovakia for the regulation of a hydroelectric dam on the Danube River. See *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, paras. 132, 144, 145, 147.

²⁴ O. Casanovas and la Rosa, ‘Unidad y Pluralismo en el derecho internacional’, op.cit.p.97

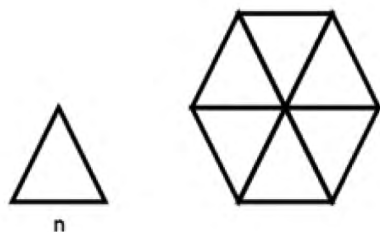
²⁵ See A. Chayes & A. Hadler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements* (Harvard University Press 1995).

²⁶ See Robert O. Keohane and Joseph S. Nye, ‘The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy’, *Efficiency, Equity, and Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millennium* (Brookings Institution Press 2001) at 264.

²⁷ For a broader discussion of self-reference in international law, see P. Zapatero, ‘Self-reference in international law,’ *Eunomia* (forthcoming).

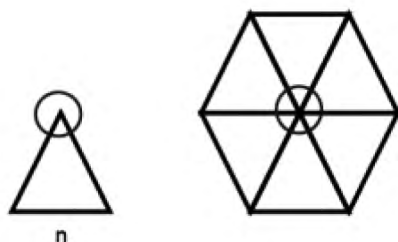
treaty-based regimes may be visualized as a set of adjacent triangles—each representing the normative pyramid of a separate regime, with their apexes touching:

Figure 1. A polyarchy of n treaty-based regimes.



25. In this representation, the global public goods and values projected by the objects and purposes of the regimes, together with their most significant primary rules, converge at the centre. This point of convergence may be seen as the current legal epicentre of the aggregate global public goods and values regulated by treaty-based regimes. Indeed, it is an important point of attention for public law:

Figure 2. Current legal epicentre of global public goods and values.



26. However, these special treaty-based regimes are not subject to any general procedural integration under international organs and procedures guided by a general authority rationale. Instead, they are shaped by the discretionary elaborations of states—particularly their governments—which tend to reflect prevailing priorities and circumstances rather than a systematic, general regime-building approach. As a result, there are evident and inevitable overlaps between subject-matter domains, and thus in the prescriptive and adjudicative jurisdictions established to administer them.

27. Therefore, at its most favourable, the conceptual systematization of the institutional construct of international law may be described as a plurality of treaty-based regimes, each establishing its own internal hierarchy through its institutional practices and respective rulebook, while simultaneously overlapping with one another in the exercise of international authority.

28. Although Article 103 of the UN Charter — commonly referred to as the supremacy clause — and some other treaty conflict clauses have been formally established, institutional practice nonetheless reveals an overlapping polyarchy of treaty-based regimes. Alignment among these regimes remains problematic, as each regime's organs, applying their own ruleset, tend to treat the rules of other regimes as hierarchically subordinate in their operations of legal application and interpretation (*internal primacies*).²⁸

29. The implications of this situation should not be overlooked. Under such conditions, the technocratic coordination of regimes and the exercise of aggregate international authority remains problematic and may raise legitimacy concerns, particularly in balancing global public goods and values.

²⁸ See more specifically, section 9.

Building on the earlier discussion, the primary challenge stems from the composite character of special regimes: they constitute not only specialized normative systems of treaty law but also institutional structures whose treaty organs exercise authority over their rules. By adopting subsequent rules and decisions, these organs assume a central role in shaping the implementation and further development of their respective regimes.

30. Treaty-based regimes constitute relatively autonomous normative systems of international law that operate not only as (a) sets of rules but also as (b) entities and (c) fora. Accordingly, the ways in which regimes interact —normatively (rule), institutionally (entity), and jurisdictionally (forum)— have significant implications for the coherence of international law and for the exercise of international authority:

Table 1. Categories of regime interaction.

Issue A: rules	Issue B: entities	Issue C: <i>fora</i>
normative interaction	Institutional interaction	Jurisdictional interaction
(normative relations)	(institutional relations)	(jurisdictional relations)

31. In rule-of-law terms, three closely interrelated questions emerge as a logical consequence of the differing and, at times, diverging perspectives that treaty-based regimes may adopt regarding the issues they collectively regulate and administer:

- 1) What *general* rules govern the resolution of formal conflicts between their rules (regimes as sets of rules)?
- 2) Where lies the *general* authority to address institutional conflicts (regimes as entities)?
- 3) Where lies the *general* authority to adjudicate conflicts of prescriptive and adjudicative jurisdiction among them (regimes as fora)?

32. In principle, conflicts between regimes can be understood in three dimensions: as an antinomy, as institutional tension, and as jurisdictional conflict. These interactions are central to the consistency of international law and to the exercise of international authority. Established by means of special secondary rules of international law, the consistency of the multiplicity of existing treaty-based regimes —as rules, entities, and fora— remains a central and unresolved question for the international community:

Table 2. Three basic dimensions of conflict in treaty-based regimes.

Antinomy	Institutional conflict	Conflict of fora
Normative dimension	Institutional dimension	Jurisdictional dimension

33. Since special regimes are neither procedurally integrated with one another nor with international bodies embodying a general authority rationale —such as the United Nations General Assembly or the International Court of Justice— the practice of intergovernmental functionalism through special treaty-based regimes raises challenging questions. These regimes are not collectively integrated into any consistent procedural construct that could meaningfully contribute to advancing the rule-of-law standard within the international community. In the current interdependent world, the absence of such general procedural integration has implications for the consistency of international law and authority, and thus for the long-term sustainability of the rule of law.

III. Applying analytical legal theory to treaty-based regimes

34. The plurality of existing treaty-based regimes underscores the relevance of comparative

international law²⁹ and points to the need to analyze treaty design through shared analytical categories. Using Hart's conception of a legal system as a union of primary and secondary rules, as developed in *The Concept of Law* (1961),³⁰ provides an analytical framework of particular relevance for examining the impact of treaty-based regimes on the structure and functioning of international law, in continuity with previous analyses.³¹

35. Hart's distinction between primary and secondary rules is especially useful for examining the emergence of secondary rules within international law.³² From a Hartian perspective, a legal system is best conceived as a union of primary rules—which prescribe, prohibit, or permit certain conduct—and secondary rules, which confer authority to identify, modify, and enforce those primary rules. Specifically, secondary rules—namely rules of recognition, change, and adjudication—govern the establishment, modification, and application of primary rules. In essence, they are 'rules about rules,' or power-conferring rules, that regulate the operation and evolution of primary rules. As Hart observed, the development of secondary rules represents a step forward 'as important to society as the invention of the wheel.'³³

36. The Hartian distinction between primary and secondary rules is particularly valuable for understanding international legal processes. This framework enables a nuanced analysis of treaty-based regimes in relation both to the general regime of international law and to other special regimes. Each of these regimes—whether general or treaty-based—comprises its own set of primary and secondary rules. The *general* regime of international law is characterized by general primary and secondary rules, whereas each treaty-based regime establishes its own specific primary and secondary rules. As a result, the international legal order may be understood as comprising a general regime of international law alongside a multiplicity of special regimes, each of which, in principle, operates autonomously (relative autonomy) while maintaining a certain functional articulation with the general regime. In analytical le-

²⁹ For early contributions to the conceptualization of comparative international law, see M. Koskenniemi, 'The Case for Comparative International Law,' 20 *Finnish Yearbook of International Law* (2009): 1-32, B. Mamlyuk and Mattei, U. 'Comparative International Law. 36 *Brooklyn Journal of International Law* (2011): 385-452 and A. Roberts and Stephan, P. B., Verdier, P.-H., and Versteeg, M. 'Comparative International Law: Framing the Field', 109 *American Journal of International Law* (2015): 467-474 as well as A. Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier and Emilia Versteeg, eds. *Comparative International Law* (Oxford University Press 2017).

³⁰ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 2012) first published 1961 (Chapter 5). Jeremy Waldron arguably contended that public international law remained the sole significant legal domain that has not been thoroughly investigated and elucidated by scholars working within the Hartian analytical legal philosophy. See J. Waldron, 'Hart and the Principles of Legality', in M.H. Kramer *et al.* (eds), *The Legacy of H.L.A. Hart* (Oxford University Press 2008), at 67 and J. Waldron, 'International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?', *Reading H.L.A. Hart's "The Concept of Law"*, (Oxford University Press 2013), pp.209–227.

³¹ A decisive moment came with the International Law Commission's 2006 Report on the fragmentation of international law (finalized by Martti Koskenniemi and the ILC Study Group). The Report clarified that special regimes are not strictly self-contained and provided a doctrinal framework to integrate them into the general regime, thereby situating the debate within the argumentative practice of international law. At the same time, the ILC expressly decided not to address institutional questions, including special secondary rules of adjudication: 'At the outset, the Commission recognized that fragmentation raises both institutional and substantive problems. The former has to do with the jurisdiction and competence of various institutions applying international legal rules and their hierarchical relations inter se. The Commission has decided to leave this question aside. The issue of institutional competencies is best dealt with by the institutions themselves' (Fragmentation Report, para. 245, p. 177). See ILC, Report of the International Law Commission, 58th sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), reprinted in *YBILC* 2006, vol. II(2), 1–479. For a classic account of international law as an argumentative practice, see M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005; first published 1989).

³² In a different vein, for a critical analysis of Hart's approach to international law, see I. Brownlie, 'The Rule of Law in International Affairs', *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations. The Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff 1998), pp.3-8, G. Abi Saab, 'Cours général de Droit international public', 207 *RCADI* (1987) VII, pp.119-126, and G. Gottlieb, 'The Nature of International Law: Toward a Second Concept of Law', *The Future of the International Legal Order*, vol IV, *The Structure of the International Environment* (Princeton University Press 1972), pp.331-383. More recently, in particular, see Mehrdad Payandeh, 'The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart,' 21 *European Journal of International Law* (2011): 967–995; and Carmen E. Pavel, 'Is International Law a Hartian Legal System?' 31 *Ratio Juris* (2018): 307–325.

³³ H. Hart, *The Concept of Law*, op.cit. p.43.

gal terms, the taxonomy of primary and secondary rules that results from this configuration may be set out as follows:

Table 3.0. A taxonomy of international primary and secondary rules.

General rules of international law (1 General regime of international law)
G1R (rights and obligations)
G2Rr (recognition)
G2Ra (adjudication)
G2Rc (change)
Special rules of international law (n Special regimes of international law)
S1R (rights and obligations)
S2Rr (recognition)*
S2Rc (adjudication)
S2Rs (change)

37. Building on these general observations regarding the significance of secondary rules within treaty-based regimes, and given their centrality to the overall structure of international law, it is now appropriate to turn to each of the main types of secondary rules identified by Hart, drawing on his analytical framework to examine those aspects of special regimes where it offers valuable insights. The analysis begins with the rule of recognition, which serves as the foundational criterion for the identification and validation of legal norms, and then proceeds, in subsequent sections, to the rules of adjudication and change.

IV. When special regimes proceed *as if* under a distinct rule of recognition

38. The precise locus of the rule of recognition in international law has long been a subject of sustained scholarly inquiry. Over the decades, various candidates have been proposed—among them customary international law,³⁴ the principle of *pacta sunt servanda*, and the status of states as members of the international community.³⁵

39. For the purposes of this study, the precise definition of the rule of recognition in international law is not the central concern.³⁶ Rather, the focus is on the fact that special regimes of international law

³⁴ See, for example, *First Report on the Law of Treaties* (March 24, 1953) in Documents of the 5th Session [1953] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 90, 155-56, UN Doc. A/CN.4/63 at 106: ('The binding force of treaties is independent of the will of the State which conclude them in the exercise of their sovereignty. Their binding force and other basic conditions of their operation are grounded in customary international law') or H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press, 1967), p.216 ('The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: The states ought to behave as they have customarily behaved.').

³⁵ See, for example, T. Franck, *The power of legitimacy among nations* (Oxford University Press 1990) at 190 ('obligation derives not from nations' consent but from their status as members of a community of rules') and Franck, T. 'Legitimacy in the International System?', 82 *American Journal of International Law* (1988) at 753 ('obligation is perceived to be owed to a community of states as a necessary reciprocal incident of membership in the community.')

³⁶ Hart originally appears to question a rule of recognition in international law (*The Concept of Law*, 1961) but, in 1968, hesitantly concedes that the notion of recognition could be placed in the test of membership of the community of states. See H. Hart, 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law', *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, 1983, 340 (originally published in *Ethics and Social Justice*, SUNY Press, 1968): ('But we cannot leave out of sight more primitive arrangements: there may be no courts and no specialized enforcement agencies, and the application of sanctions for breach of the rules may be left to injured parties or their relatives, or to the community at large. International law, at least according to Kelsen, is itself such a decentralized system. Presumably, in such cases we shall have to use as our test of membership the notion of recognition by the society or the community, and certain problems in defining what constitutes sufficient recognition will have to be faced.')

tend to display convergent practices among their practitioners, reflecting a shared understanding of what constitutes valid law within those regimes. In practice, treaty-based regimes often operate *as if* endowed with their own rules of recognition—understood in Hartian terms as conventions among officials who accept certain criteria as authoritative standards for identifying binding norms and conferring powers. In this way, legal uncertainties are resolved through a common acknowledgment of legitimate sources.³⁷

40. Representatives of governmental departments and international civil servants within treaty-based regimes may serve as Hartian ‘officials’ by collectively engaging in practices that establish criteria for identifying valid rules,³⁸ thereby giving rise to the rule through their acceptance of these standards as binding (i.e. Hart’s internal point of view). Their adherence in practice to treaty provisions and institutional procedures exemplifies this Hartian concept.³⁹ Accordingly, it may be contended that special treaty-based regimes informally presuppose their own rule of recognition in practice: both individual and collective behaviour within these regimes is expected to conform to ascertainable standards of normative validity. It is the shared functional expectations and practices of the community of state representatives and international officials involved in the regime’s administration that give rise to something akin to such a rule (as if a rule of recognition existed within the regime), as they collectively accept and apply these standards as authoritative criteria for identifying valid rules.

41. A treaty-based regime could not effectively exercise the functions attributed to it by states if the expert communities within its treaty bodies did not operate under such an informal assumption. Otherwise, it would be difficult for state representatives and international officials participating in the regime to adhere to the necessarily limited set of rules against which state conduct is to be assessed in light of the regime’s *agreed functions*. In other words, it would likewise be challenging for the regime’s bodies to adopt rules and decisions consistent with the shared expectations of practitioners and constituencies—expectations that, when collectively accepted and acted upon, give rise in practice, as noted, to something akin to a rule of recognition within the regime.

42. Were regime bodies to apply all international law in force—including both general international law and the rules or decisions of other special regimes—on an equal footing within their procedures, this would likely generate controversial legal outcomes within the regime. The reason is clear: such a practice would be inconsistent with the expectations within the regime regarding its *agreed functions*. These internal expectations—reflected in its object and purpose and articulated in its treaty provisions—logically foster a preference for the application of the regime’s own rules within its procedures vis-à-vis those of general international law or other treaty-based regimes. That is, the application of such other international legal rules (and decisions) remains contingent upon a shared perception of alignment, and thus consistency, with the regime’s rulebook. In sum, the expectations commonly held by a regime’s practitioners and technocracies regarding its functions operate, in practice, as an informal rule of recognition for the regime. In this respect, drawing on Hart’s concept of the rule of recognition helps illuminate both the internal logic and the limitations of treaty-based regimes—and, by extension, the broader dynamics of intergovernmental functionalism.

V. Special rules of adjudication as the driving force behind functionalism

43. Building on the informal and functional rule of recognition that underpins a regime, it is important to consider the mechanisms through which its primary rules are applied in practice. In Hartian

³⁷ H. Hart, *The Concept of Law*, op.cit. p.100 (‘Its existence is a matter of fact; it is constituted by the actual practice of courts, officials, and others in identifying the criteria of legal validity.’)

³⁸ Treaty-based regimes can be considered to form *meta-bureaucracies* since they are composed of their own bureaucracies and those of the bureaucracies of states in subject-matter domains. See H. Jacobson, *Networks of Interdependence. International Organizations and the Global Political System* (Alfred A.Knopf 1984), p.129.

³⁹ H. Hart, *The Concept of Law*, op.cit. p.57 and pp.89-91.

terms, the rules of adjudication in a legal system confer authority upon designated bodies to apply its primary rules by means of procedures of dispute settlement, administration, and enforcement. Although legal practitioners tend to conceptualize adjudication primarily in terms of courts, the secondary rules of adjudication encompass not only (1) dispute resolution, but also (2) the full range of public administrative functions and (3) law enforcement activities. All three mechanisms serve as channels through which the primary rules of a legal system are operationalized and given practical effect.

44. In other words, the secondary rules of adjudication within a legal system operationalize the primary rules through three interrelated functions: binding dispute settlement, administration, and enforcement. In this way, they establish and sustain the institutions that give effect to the primary rules. More generally, all bodies of public authority inherently embody secondary rules of adjudication (S2RA).⁴⁰ Therefore, the rules of adjudication within a special treaty-based regime are not limited to bodies where judges, arbitrators, panelists, lawyers, and other legal professionals traditionally perform their activities. Rather, they extend to the full spectrum of law-applying bodies operating within the regime, of which dispute settlement constitutes only one distinct aspect.

45. At the same time, these rules assume particular significance in the context of dispute settlement mechanisms, since such treaty bodies render final and authoritative determinations on the law governing their regimes. As a logical institutional consequence of functionalism, these qualified regime bodies preferentially refer to the regime's rules and decisions in their operations, often with the help — though not necessarily — of explicit *applicable rules*, inevitably 'managing' or limiting the degree of legal relevance accorded to external rules.⁴¹ As Marschik notes, adjudicative bodies of special regimes may be inclined to assess infringement primarily within the confines of their own 'legal system,' without inquiring into whether a state measure was 'required under another subsystem.'⁴² While this description captures a particular pattern, it underplays the fact that when external rules are invoked, they are typically accorded a subordinate position within the reasoning.

46. It is generally the case that dispute settlement mechanisms within treaty-based regimes refrain from applying the general rules of treaty conflict to their own treaty provisions in relation to the rules of other special regimes. This approach reflects a general reluctance to formally subordinate their internal rules to external sources of legal production unless expressly mandated in their rulebook (i.e. incorporation by reference), thereby preserving —if not maximizing— the relative autonomy of the regime's internal normative order. For that reason, special rules of adjudication (S2RA) within treaty-based regimes generally do not apply the general rules of treaty conflict to their own provisions. In other words, they typically do not apply general secondary rules of change (G2RC) to themselves but rather seek to avoid the emergence of antinomies and address such legal issues primarily by means of interpretation, as will be seen below.

47. This practice reflects a dual phenomenon common to law-applying bodies within treaty-based regimes: the granting of *preferential application* and *internal primacy* to their own regime's rules. Its clearest expression is found in the context of dispute settlement mechanisms, which, as the most authoritative sources of legal interpretation within treaty-based regimes, are expected to perform such outcomes as part of the regime's institutional practice. A synthesis of this development was provided by Charney at the conclusion of his general course at the Hague Academy of International Law in 1998:

⁴⁰ From an analytical legal perspective, all public institutions embody secondary rules of adjudication (S2RA). In this sense, whether situated within a state or a treaty-based regime, public bodies constitute forms of S2RA. This encompasses parliaments, governments (including administrative agencies and enforcement bodies), and judicial authorities, as well as the organs of treaty-based regimes—such as plenary bodies, commissions, dispute settlement bodies, and secretariats.

⁴¹ See, below, Section 6.

⁴² A. Marschik 'Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System' 9 *European Journal of International Law* (1998): 238.

‘The various international tribunals examined do have their own agendas. They were formed to serve the interests of the States parties to the treaty regime that created them. Their allegiance to the treaty system may be greater than duties owed to the international legal system as a whole, even though the States that established the treaty regime may not have had that intention. These specialized tribunals present the risk that they will generate their own centrifugal forces that will drive them in directions away from the core of international law. As a result, they could develop greater variations in their determinations of general international law and damage the coherence of the international legal system.’⁴³

48. Though open to debate in the context of the early 2000s discussions on the so-called fragmentation of international law,⁴⁴ Charney’s assessment highlights an important issue: the influence of special secondary rules of adjudication on the consistency of each regime with both the general regime of international law and other special regimes is by no means a mere technicality. In this respect, the rules of adjudication within special treaty-based regimes shape the relative position of special and general primary rules of international law within the international community.

49. In this light, three questions are particularly relevant: (1) which international legal rules are expressly referenced among the so-called ‘applicable rules’ of these adjudicative bodies;⁴⁵ (2) what is the legal expertise of the individuals selected to apply these rules; and (3) how these professionals understand the public rationale underlying their role as adjudicators within the regime. As discussed above, the extent to which law-applying organs within special treaty-based regimes—including the most formal international adjudicative bodies—attribute legal relevance to the general regime of international law or to rules from other special regimes ultimately depends on the shared expectations regarding the regime’s functions.

50. Therefore, the key point to underscore is that the applicability of rules not explicitly referred to in a regime’s rulebook—whether originating from the general regime of international law or from other special regimes—is ultimately constructed through the regime’s own secondary rules of adjudication and its institutional practices. The extent to which a regime defers to the general regime or to other special regimes is shaped not only by its formal rulebook, but also by the collective practices and shared expectations concerning its functions. As Sørensen explains, two basic types of references between regimes shape the legal outcome: (a) those embedded in the regime’s own rules (strict incorporation by reference), and (b) those generated through adjudicative practices invoking the rules and decisions of other regimes.⁴⁶ The degree of openness of a regime to general or special international law is therefore defined by the interplay of these two factors—a dynamic that, especially in cases of perceived inconsistency, tends to favour the primacy of the regime’s own rules.

VI.- Regulatory dynamism and special rules of change

51. Having examined adjudication and the role of secondary rules in shaping the functional boundaries of treaty-based regimes, it is now necessary to consider another dimension of their relative autonomy: the mechanisms through which these regimes adapt and evolve their rules over time. Rules of change within a legal system govern the procedures by which legal norms are amended, adopted, or repealed. Against this background, treaty-based regimes exhibit a considerable diversity of special rules of change (S2RC). While not all regimes display the same degree of dynamism in rulemaking, the

⁴³ J. Charney, ‘Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?’, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Tome 271, 1998, at 371 J. Charney, ‘The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals’, 31 *New York University Journal of International Law and Politics* (1999): 706.

⁴⁴ See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*—Report of the Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006).

⁴⁵ See below, Section 7.

⁴⁶ M. Sørensen, ‘Autonomous Legal Orders’, *op.cit.* p.575.

existence of these rules introduces the possibility —whether actively exercised or merely latent— for adaptation and the development of new norms, beyond the adjudication of existing ones. In many cases, regimes include provisions for rulemaking procedures and may also serve as international fora for the negotiation and adoption of treaty law.

52. The potential for internal rule change, its uneven realization across regimes, and the capacity of some regimes to generate new legal norms through institutional bodies —without formally amending the treaty— all complicate the application of the general rules on treaty conflict to these regimes. This challenge of international law-making within regimes had already been noted by Morgenstern in the 1970s with respect to the so-called law-making treaties:

‘[The Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT)] does not deal in any detail with the particular aspects of the ‘law making treaties’; its approach is primarily based on the treaty as a contract between States. Article 5 safeguards the procedures and rules of different organizations regarding ‘international legislation’; to the extent that what had been achieved under these procedures and rules was safeguarded. But, in a sense, *Article 5 is also abnegation; a multiplicity of legislatures was left, each to its own devices.*⁴⁷

53. Treaty-based regimes may include special rules of change that enable the adjustment and development of their primary and secondary rules. In some regimes, such changes occur with notable regularity —for example, at Conferences of the Parties— while in others they are less frequent or more constrained. In this context of relative normative dynamism, the application of the *lex posterior* maxim to favour later rules or decisions risks conferring structural predominance on the more dynamic regimes, to the detriment of less adaptive counterparts. This highlights a fundamental tension between the general rules on treaty conflict and the varied, and often dynamic, processes of rulemaking and decision-making within treaty-based regimes.⁴⁸ As Vierdag points out, the VCLT does not take sufficient account of the legal differences between treaty provisions and the rights and obligations that flow from them:

‘Since the regulation of Article 30 is predominantly based on ‘successive treaties’, it does not solve questions of conflicts between earlier or later rights or obligations under different treaties... In so far as the rules contained in Article 30 approach the conflict as one between treaties, based on time of treaties, they cannot solve conflicts between concrete treaty rights and obligations. These have their own time which is not necessarily related to the times of the treaties involved’.⁴⁹

54. This observation is particularly relevant, for example, with regard to the specification of rights and obligations through subsequent rules and decisions adopted within treaty-based regimes. In this context, the application of the general rules on treaty conflict to such subsequent rules and decisions is inherently problematic. Potential inconsistencies arising from these processes are difficult to resolve under the general rules on treaty conflict, since those rules were not designed to address the regulatory dynamism characteristic of treaty-based regimes.

55. Unsurprisingly, the difficulty of applying the general rules on treaty conflict to special regimes has been highlighted across various domains, including, to name traditional examples, multilateral trade law (on account of being subject to ‘interrelated treaties’),⁵⁰ non-proliferation and arms control (due to the specificity of their amendment mechanisms),⁵¹ and environmental protection (because of the dynamism of

⁴⁷ F. Morgenstern, ‘International Legislation at the Crossroads’, 49 *British Yearbook of International Law* (1978): 116.

⁴⁸ See, e.g., P. Zapatero, ‘The Logic of Treaty Antinomy’, in this issue.

⁴⁹ E. Vierdag, ‘The Time of the “Conclusion” of a Multilateral Treaty’, 59 *British Yearbook of International Law* (1988): 105.

⁵⁰ H. Zheng, ‘Defining Relationships and Resolving Conflicts between Interrelated Multinational Trade Agreements: The Experience of the MFA and the GATT’, 25 *Stanford Journal of International Law* (1988): 49.

⁵¹ See E. Smith, ‘Understanding Dynamic Obligations: Arms Control Agreements’, *Southern California Law Review* 64 (1991): 1590 and 1575 and D. Koplow, ‘When Is an Amendment Not an Amendment?: Modification of Arms Control Agreements Without the Senate’, 59 *The University of Chicago Law Review* (1992): 981-1072.

their rules, acts, and the amendment of annexes),⁵² among others. In sum, not only special rules of adjudication (S2RA), as explained in the previous section, but also special rules of change (S2RC) embedded within treaty-based regimes complicate the effective operation of the general rules on treaty conflict.

56. To complete this brief discussion on secondary rules of change, it is not only the regulatory dynamism of certain regimes that renders the application of the general rules on treaty conflict inherently problematic, but also the delegation of specific rulemaking functions within those regimes. Increasingly, the regulatory dynamism of regimes does not solely involve the direct production of rules by their own bodies, since their special rules of change (S2RC) may also delegate rulemaking to external rule-producers. This phenomenon may extend beyond the delegation of rulemaking among treaty-based regimes, resulting in the transfer of rulemaking authority to entities operating outside the treaty framework.

57. Therefore, the special rules of change in treaty-based regimes may allow the incorporation of *external* non-legal rules (i.e. standards) into hard law (i.e. treaty law) through the technique of *incorporation by reference*.⁵³ In other words, special rules of change may transform external soft rules—understood as non-binding rules—into rules of special international law. This is particularly evident where legal validity is conferred upon rules originating in non-legal normative systems, such as those administered by standard-setting organizations (SSOs). Such processes illustrate how treaty-based regimes, through their secondary rules of change, can affect the configuration of the sources of international law by incorporating alternative forms of rule production, as part of the phenomenon of meta-regulation.⁵⁴

58. A significant normative transformation of international legal processes arises when the normative output of hybrid public–private entities, such as SSOs, obtains a measure of international legal validity under the terms and conditions prescribed in the provisions of special treaty-based regimes. An indirect reconfiguration of the formal sources of rule production in international law can increasingly be observed. By means of incorporation by reference into treaties, treaty drafters may effect a (re)delegation of special international lawmaking as they see fit. In this way, creative drafting in the rules of change of some treaty-based regimes can redefine the contours of international legal validity. Therefore, the exercise of international authority formally delegated by states to treaty-based regimes may be indirectly re-delegated or even de-delegated to non-public rule-making entities. Importantly, the *valid* sources of normative production prescribed by the rules of change in general international law come under strain, if not partial reconfiguration, by virtue of the special rules of change.

59. Under the principle of state consent, negotiating parties retain the discretion to delegate normative competence to non-state or non-public entities when drafting a treaty, provided that such delegation is confirmed (i.e., ratified) by parliament, as is generally required. This subsequently enables these actors to shape international legality within the prescriptive jurisdiction established by the treaty scheme.

⁵² For the early works see T. Gehring, ‘International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems’, 1 *Yearbook of International Environmental Law* (1990): 56, R. Churchill and G. Ulfstein, ‘Autonomous institutional arrangements’, *op.cit.* pp.623-659 or C. Wold, ‘Multilateral Environmental Agreements’, *op.cit.* p.912.

⁵³ Conventionally referred to as the ‘sources of international law,’ the means by which international law is produced are typically associated with the applicable rules of the ICJ, codified in Article 38 of its Statute: (1) treaties, (2) customary international law, and (3) general principles of law as the principal sources, together with (4) judicial decisions and (5) scholarly writings as subsidiary means for the determination of rules of law. Notably, the practice of incorporation by reference, within the rules of change in special treaty-based regimes, can reconfigure the traditional sources of international law, insofar as treaty-making may, albeit indirectly, attribute international legal relevance to alternative forms of rule-production. These treaty-making patterns have their origins in domestic practices of the regulatory state and were subsequently adapted to the international level.

⁵⁴ For example, the incorporation by reference of SSO standards through the WTO TBT and SPS Agreements can be understood as a form of meta-regulation, whereby regulatory authority is delegated to private standard-setting bodies and subsequently monitored and enforced by public authorities. While Ayres and Braithwaite (1992) and Grabosky (2017) do not address treaties specifically, their conceptualization of meta-regulation provides a useful lens for analyzing this treaty-making pattern. See respectively: Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press 1992), 4; Peter Grabosky, ‘Meta-regulation’, in *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, ed. Peter Drahos (ANU Press 2017), 174–187.

In this context, when such rulemaking entities are formally recognized within the provisions of a treaty-based regime through incorporation by reference, their outputs become part of the regime's primary rules and thereby acquire the status of valid, and thus binding, international law for the states parties.

60. In light of the substantial challenges associated with treaty reform (i.e., formal amendment),⁵⁵ it is reasonable to expect that the design of special treaty-based regimes will increasingly incorporate more adaptable and flexible rules of change, thereby facilitating the integration of external non-legal normative systems into the sphere of international legal validity. This phenomenon is particularly evident, for example, in traditional trade treaty-making.⁵⁶

61. The significance of these rulemaking practices for the evolution of public authority and ordinary legality—and, by extension, for the structure of the rule of law—should not be underestimated. Once a treaty is ratified by parliaments, the rule-making procedures—and thus the resulting normative outcomes—established by its special rules of change, particularly in relation to external rulemaking entities, operate beyond the reach of both parliamentary authorization and the regime's own bodies. Instead, they tend to fall under the managerial practices of external, non-state technocracies and experts.

62. In what is sometimes described as a 'late post-Westphalian' period,⁵⁷ international authority not only shifts from a system of highly autonomous states to one in which governments are embedded within treaty-based regimes, but also becomes entangled in complex regulatory networks that, rather than merely 'extending or dispersing authority,'⁵⁸ tend to blur—or even efface—authority, ordinary legality, and, by extension, the rule of law. The dynamics of this process are incisively articulated by Sol Picciotto, who shows how global regulatory networks fragment the traditional hierarchy of norms, intermix public and private regulation, and generate hybrid forms of governance that challenge established legal categories.⁵⁹

⁵⁵ That is, to paraphrase Hirschman, considering the growing possibility that some states may increasingly choose 'exit' over 'voice' or 'loyalty', reflecting a shift in the strategies nation-states employ in response to dissatisfaction with treaty-based regimes. See Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Harvard University Press 1970) and Laurence R. Helfer, 'Exiting Treaties,' 91 *Virginia Law Review* (2005): 1579–1648, respectively.

⁵⁶ Particularly paradigmatic in this respect is WTO law. Through the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) and the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS), the WTO creates a regulatory safe harbour for Members that adopt recognized international standards, effectively shielding them from WTO challenges (SPS Article 3.1; TBT Article 2.5). Both Agreements require Members to base their domestic measures on relevant international standards, except where such standards would be ineffective or inappropriate for the protection of legitimate interests, or where a higher level of protection is scientifically justified (SPS Articles 3.1 and 3.3; TBT Article 2.4). Within this framework, the adoption of harmonized standards elaborated by international standard-setting bodies—such as food standards by the Codex Alimentarius Commission, animal health standards by the World Organization for Animal Health (OIE), and plant protection standards under the International Plant Protection Convention (IPPC)—is closely integrated into the WTO's rulemaking architecture. Through incorporation by reference, these standards acquire international legal relevance and operate as integral components of WTO law. See, generally, *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade*, edited by Tracey Epps and Michael J. Trebilcock (Cambridge University Press 2013); and particularly G. Marceau and Joel P. Trachtman, 'The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods,' 36 *Journal of World Trade* 5 (2002): 811–881. For standardization, see Tim Büthe and Walter Mattli, *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy* (Princeton University Press 2011); and for the Codex, in particular, M. Masson-Matthee, *The Codex Alimentarius Commission and its Standards* (TMC Asser Institute 2007).

⁵⁷ M. Zacher, 'The Decaying Pillars of the Westphalian Temple: Implications for International Order and Governance', *Governance without government: order and change in world politics* (Cambridge University Press 1993), pp.98-99.

⁵⁸ H. Jacobson, *Networks of Interdependence*, op.cit.p.387.

⁵⁹ See especially: Sol Picciotto, 'The Regulatory Criss-Cross: Interaction between Jurisdictions and the Construction of Global Regulatory Networks' in W. Bratton, J. McCahery, S. Picciotto, and C. Scott (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination* (Oxford University Press 1996), pp. 89–120 (explaining how global regulatory networks emerge from the complex interplay and overlap of national and international jurisdictions, leading to fragmented authority and hybrid forms of governance); Sol Picciotto, 'International Transformations of the Capitalist State,' 43 *Antipode* (2011): 87–107 (analyzing the fragmentation of state authority and the emergence of complex regulatory networks in the context of global capitalism);

63. Without entering into a detailed analysis of this phenomenon, even a cursory glance at the rapidly expanding ‘population’ of global regulatory entities and vehicles—identified, mapped, and conceptualized by political and social scientists in recent years—offers a vivid illustration of the profound challenges facing authority, ordinary legality, and the rule of law in our increasingly interdependent world.⁶⁰ It is nonetheless reasonable to suggest that multilateral legislation—and, by extension, treaty-based regimes—should, in certain respects, refine their approaches to exercising regulatory authority rather than merely delegate rulemaking functions. This is particularly salient given that public oversight of the legitimacy, accountability, and quality of standardization and other private regulatory initiatives is often less than optimal, leaving such processes vulnerable to deficits of transparency and integrity. From a public perspective, at least, this approach appears justified.

VII. The bottle neck of applicable rules

64. Having outlined the three categories of secondary rules within treaty-based regimes in general terms, and following the framework of analytical legal theory, it is now appropriate to turn to a more detailed consideration of the rules of adjudication. Building on the preceding discussion of rules of change and the dynamic character of treaties, the following section examines how rules of adjudication engage with—and help determine—the applicability of international law in force. As Ian McNair famously remarked, ‘there is more international law than the world can dream of,’⁶¹ a statement that acquires particular resonance in light of the current plurality of international adjudicative bodies.

65. Amid an international legal environment of growing complexity and density, the challenges posed by specialized international adjudication should not be underestimated, as the matters at stake may concern ‘virtually every conceivable rule and concept of international law.’⁶² In principle, as Casanovas y la Rosa observes, the application by adjudicative bodies of rules from the general regime as well as from special regimes would merely reflect the ‘normative pluralism of a basically unitary international legal order,’ provided it is pursued with sufficient expertise.⁶³ Yet the implications of specialized adjudication reach well beyond the availability of knowledgeable adjudicators capable of engaging with the vast and ever-expanding corpus of international law(s):

and, more broadly, Sol Picciotto, *Regulating Global Corporate Capitalism* (Cambridge University Press, 2011), a monumental and insightful analysis of the evolution of global regulatory networks and their impact on legal categories.

⁶⁰ Reflecting what could be described as a ‘Cambrian explosion’ of institutional forms, recent political and social science scholarship has proposed and elaborated a diverse array of analytic categories—including ‘regime complexes’ (Raustiala and Victor, 2004), ‘transgovernmental networks’ (Slaughter, 2004), ‘transnational public–private partnerships’ (Andonova, 2010, 2017), ‘informal intergovernmental organizations’ (Vabulas and Snidal, 2013, 2020), ‘supercluster complexes’ (Kim and Morin, 2021), ‘hybrid institutional complexes’ (Abbott and Faude, 2022), and the broader notion of international regime complexity (Alter and Raustiala, 2018; Alter & Nelson, 2024). See, respectively: K. Raustiala, and Victor, D. G., ‘The Regime Complex for Plant Genetic Resources,’ 58 *International Organization* (2004): 277–309; A. Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press, 2004); L.B. Andonova, ‘Public-Private Partnerships for the Earth: Politics and Patterns of Hybrid Authority in the Multilateral System,’ 10 *Global Environmental Politics* (2010): 25–53; L.B. Andonova, *Governance Entrepreneurs: International Organizations and the Rise of Global Public-Private Partnerships* (Cambridge University Press, 2017); F. Vabulas, and D. Snidal. ‘Organization Without Delegation: Informal Intergovernmental Organizations (IIGOs) and the Spectrum of Intergovernmental Arrangements’ 8 *The Review of International Organizations* (2013): 193–220; R. Kim and JF Morin ‘Massive Institutional Structures in Global Governance: A Bird’s-eye View of the Trade-Environment Supercluster Complex’, 21 *Global Environmental Politics*, (2021): 26–48 and K. Abbott, and Faude, B., ‘Hybrid Institutional Complexes in Global Governance,’ 66 *International Studies Quarterly* (2022): 1–14; K. Alter, and Raustiala, K., ‘The Rise of International Regime Complexity,’ 14 *Annual Review of Law and Social Science* (2018): 329–349; K. Alter, and Nelson, S. C., ‘Global Governance in Time: Institutional Sequences, International Regime Complexes, and the Politics of Global Governance,’ 76 *World Politics* (2024): 379–416.

⁶¹ R. Jennings, ‘The Judiciary, International and National, and the Development of International Law’, 45 *International and Comparative Law Quarterly* (1996): 6.

⁶² T. Wilhelmsson, ‘Legal Integration,’ op.cit.p.134.

⁶³ O. Casanovas and la Rosa, ‘Unidad y Pluralismo’ op.cit.pp.95-96.

1. Knowledge on the rules of general international law,
2. Knowledge on the rules of their own special regime and
3. Knowledge on the rules of the rest of special regimes.

66. Certainly, when the rules of an external regime are integrated into the adjudicative procedures of another, adjudicators inevitably enter less familiar terrain.⁶⁴ The difficulty, however, lies not merely in their status as insiders to some regimes and outsiders to others,⁶⁵ nor in their varying knowledge of international law. Rather, it stems from the fact that, by definition, intergovernmental functionalism does not assign the application of external, non-referred rules as a primary responsibility of any special treaty-based regime, and thus not as part of its core functions and operations.

67. Not incidentally, the procedures of international adjudication are constrained not only by the formal rules of the regime but also by the government departments and agencies that crafted those rules, and whose representatives and senior officials participate in them on behalf of the state. As noted, their collective perceptions of regime functions often reflect the public goods and values associated with the domestic departments they administer. These perceptions inevitably shape how adjudicative bodies within those regimes apply other rules of international law.

68. While shared understandings among practitioners provide important context, it remains essential to examine the operation of the rules of adjudication themselves, given their central role in enabling regime functions. Each dispute settlement mechanism serving a special treaty-based regime operates on the basis of procedural rules that delineate the legal perimeter within which disputes are resolved. These secondary rules of adjudication govern fine procedural requirements and are often set out in treaty provisions specifying the ‘applicable law’ or ‘applicable rules’ of the relevant adjudicative mechanism.

69. In other words, the operations of a special adjudicative jurisdiction differ from those of a general adjudicative jurisdiction such as the International Court of Justice (ICJ).⁶⁶ For the World Court, the *applicable law* consists of the generally accepted sources of international law codified in Article 38 of its Statute—namely, any relevant rule of international law produced by those sources. By contrast, the applicable law of specialized dispute settlement mechanisms tends to prioritize regime rules, thereby excluding the applicability of inconsistent, non-referenced external rules. In consequence, not all rules within the broader universe of international law are accorded the same procedural status (and thus treated on *equal footing*) within these bodies as those explicitly referenced in the provisions of their treaty-based regimes: by definition, regime adjudicators give precedence to their own regime’s rules and decisions, apply other *compatible* international rules and decisions only secondarily, and prevent the application of *incompatible* rules not formally incorporated into the regime rulebook.

70. The institutionalization of international law into subject-matter domains—namely, into special treaty-based regimes—inevitably generates a distinction between *internal* and *external* norms. Whether or not all of international law is, in principle, deemed applicable within a given regime—a proposition that is neither straightforward nor always practicable—the reality is that rules not explicitly

⁶⁴ Oda, S. ‘The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976/1993)’, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Tome 244, 1993, pp.144-145.

⁶⁵ The diversity of legal backgrounds among individuals selected to serve on specialized adjudicative bodies may nevertheless help to mitigate some of the general institutional weaknesses inherent in treaty-based special regimes. The inclusion of a significant number of individuals with expertise in other areas of international law can, to some extent, temper the overly predefined institutional behaviour often associated with international functionalism. See P-M. Dupuy, ‘Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international’, *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis (Editions A. Pedone 1996), pp.38-39.

⁶⁶ G. Guillaume, ‘The Future of International Judicial Institutions’, 44 *International and Comparative Law Quarterly* (1995): 861-862.

referenced become, for its organs, at best *applicable external rules* vis-à-vis *applicable internal rules*. And this distinction is not without implications.⁶⁷

71. In essence, treaty-based adjudicative bodies selectively apply *compatible external rules* while excluding *incompatible* ones. Despite variations in institutional practice across regimes, any inconsistency between regime and external rules is precluded ex officio. In short, treaty-based regimes are structured to prevent the emergence of inconsistencies between internal and external rules at the level of legal application. Accordingly, incompatible external rules are set aside, whether they constitute *lex specialis*, *lex posterior*, or both. Where potential conflicts are formally raised —by parties, adjudicators, or other actors— they are typically reframed as apparent rather than actual conflicts, and resolved through interpretative techniques; in other words, they are interpreted away.⁶⁸

72. In normative terms, the adjudicative bodies of special treaty-based regimes effectively serve as gatekeepers of regime rules, issuing authoritative interpretations that define and delimit them. Drawing on their regime’s rulebook —and especially on procedural rules— they construct their own normative hierarchy, establishing internal (or contextual) normative primacies centred on the provisions of their respective treaty frameworks. In this setting, the formally applicable rule functions as a *bottle-neck*, enabling the systematic exclusion of potentially *inconsistent* external rules.

73. The self-attribution of *internal primacy* is the logical by-product of international functionalism. Mainly accessed by the governmental departments and agencies with competences in the subject-matter domains for which they exercise adjudicative jurisdiction, these adjudicative bodies are designed to follow function and thus structurally aligned with the functional objectives of the regimes in which they are embedded. In the absence of any procedural integration of these special adjudicative bodies with the general adjudicative jurisdiction of an international court (e.g. ICJ), they inevitably develop self-referential perspectives of international legality made of special international law. In other words, these specialized bodies adopt decisions —and thereby solutions— grounded in the strictly *contextual* (or internal) primacies of the treaty-based regime.

74. In this context, the pragmatic course for adjudicative bodies is to set aside any antinomy in the conduct of their legal operations. International adjudicators are well aware that they cannot resolve a treaty antinomy impartially and objectively within the procedures of a specialized regime—let alone in a manner that accords primacy to external rules. Fundamentally, resolving treaty conflicts, whether by prioritizing the regime’s own provisions or those of another, risks provoking political backlash—from the external regime or from their own, depending on the course taken. This explains why international adjudicative practice has long favoured a presumption against treaty antinomy, relying on interpretative techniques to reframe such situations as mere ‘apparent conflicts.’ In effect, antinomies are *interpreted away* and thus excluded from the mainstream of international legal reasoning.⁶⁹

VIII.- The limits of so-called *systemic integration*

75. Against this background, interpretation emerges as not only fundamental to the practice of international law within institutionalized settings (such as international adjudicative bodies or other law-applying organs)—a point that scarcely requires emphasis—but also as a crucial second-order arena for preserving, expanding, or constraining the rationales underlying special regimes. Through interpretative

⁶⁷ In practice, this institutional behaviour closely resembles that of a domestic administrative agency. The critical distinction, however, is that the rules and decisions of the latter —and thus the outcomes of their application and interpretation— remain subject to the higher authority of constitutional state organs, including the legislature, the judiciary, and the constitutional court. By contrast, treaty-based regimes lack such equivalent organs.

⁶⁸ For an account of the operation, see Section 9 below.

⁶⁹ See e.g. P. Zapatero, ‘The logic of ...op.cit.

processes, treaty-based regimes may either open themselves to or insulate themselves from the rules of general international law, as well as from those of other special regimes.

76. Interpretation therefore assumes paramount importance in the institutional operations of both traditional international courts and tribunals and the adjudicative bodies of treaty-based regimes.⁷⁰ A paradigmatic illustration is the so-called constitutional interpretation of constitutive treaties in international organizations. By orienting internal legal practice around a regime's own ruleset,⁷¹ constitutional interpretation—as an institutional practice that accords significant weight to teleological reasoning—can in effect produce a relative distancing from the general rules of treaty interpretation enshrined in the VCLT. This interpretative approach often yields regime-building outcomes that, while reinforcing internal coherence, also extend the autonomy of the special regime.⁷²

77. Leaving aside, for present purposes, the constitutional interpretative approaches developed within certain international organizations—which undoubtedly complicate the openness of special regimes in relation to both the general regime of international law and other special regimes—this section examines the constructive interpretative techniques that, in recent years, have attracted growing scholarly and judicial attention as means of facilitating the so-called *systemic integration* of international legal rules in light of the general interpretative framework of the VCLT.⁷³

78. Technically, the interpretative framework of the VCLT facilitates taking into account the broader universe of relevant international legal rules, whether or not they are formally referred to in the applicable rules of a given adjudicative body or incorporated by reference into the regime rulebook in which it is embedded. The reason is straightforward: Article 31(3)(c) of the VCLT—within the broader framework of Articles 31 and 32—requires *taking into account* 'any relevant rule of international law applicable in the relations between the parties' (emphasis added) in the operation of treaty interpretation (emphasis added). Accordingly, the so-called general rules of interpretation in international law are positively understood to facilitate the integration of external rules into the decision-making processes of treaty-based adjudicative organs.

79. In a nutshell, the doctrine of systemic integration facilitates the incorporation of external legal rationales into the adjudicative processes of specialized treaty-based regimes. Under this understanding, rules not explicitly incorporated by reference in a regime's rulebook are nonetheless preserved

⁷⁰ On the diverging interpretative approaches, methods and choices of international courts and tribunals see, in particular, J. Weiler, 'The Interpretation of Treaties – A Re-examination Preface' 21 *European Journal of International Law* (2010): 507–512 and Pauwelyn, Joost and Manfred Elsig, 'The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals', *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, edited by Jeffrey Dunoff and Mark Pollack (Cambridge University Press, 2013), pp. 445–473.

⁷¹ See i.e. T. Sato, *Evolving Constitutions of International Organizations. A Critical Analysis of the Interpretative Framework of the Constituent Instruments of International Organizations* (Kluwer Law International 1996), pp.231-233 (chapter 5 in particular). On constitutional interpretation in international organizations see also C. E. Amerasinghe, *Principles of the International Law of International Organizations* (CUP, 2005), pp.24-65. On the topos of constitutionalization see A. Peters 'The Constitutionalisation of International Organisations' in N. Walker, J. Shaw and S. Tierney (eds), *Europe's Constitutional Mosaic* (Hart 2011), pp. 253-285.

⁷² This does not necessarily imply a wholesale contracting-out of the VCLT rules of interpretation. Rather, it often reflects a selective or expansive emphasis on a regime's functions or on its object and purpose, which may, depending on the adjudicative body, coexist with the general interpretative rules. It should be noted, however, that in some instances the practice of constitutional interpretation may approach what Sato characterizes as an operation of legal modification. See T. Sato, *Evolving Constitutions*, op. cit.

⁷³ For an original formulation of the concept as 'systemic integration', see Campbell McLachlan, 'The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention,' 54 *International and Comparative Law Quarterly* (2005): 279–320. For a comprehensive and updated treatment, see Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law* (Oxford University Press, 2024). For a critical and in-depth monographic analysis, see Panos Merkouris, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato's Cave* (Brill/Martinus Nijhoff 2015). For an overview and further references, see Panos Merkouris, 'Principle of Systemic Integration,' *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2020).

in adjudication through the operation of interpretation regulated by the VCLT. This forms the underlying rationale for international legal interpretation encapsulated in the principle of systemic integration.

80. For a considerable period, as Philip Sands observes, there was marked reluctance to engage with the practical implications of Article 31(3)(c) in international adjudication.⁷⁴ In 1971, the International Court of Justice stated that ‘an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of its interpretation,’⁷⁵ without referring to the recently adopted, though not yet in force, VCLT. It would take another three decades before Judge Weeramantry, in his separate opinion in the *Gabcikovo-Nagymaros* case, observed that Article 31(3)(c) provides a means of addressing the relationship between different international legal rules—referring specifically to the interplay between treaties and customary law. He nonetheless noted that the provision ‘scarcely covers this aspect with the degree of clarity requisite to so important a matter.’⁷⁶

81. This initial hesitancy is further illustrated by the fact that, as ICJ Judge Torres Bernárdez recalls, the Court was in fact among the last international tribunals to regularly refer to the VCLT rules on treaty interpretation.⁷⁷ By contrast, the ‘early adopters’ of Article 31(3)(c) in their case law were the European Court of Human Rights and the Iran–United States Claims Tribunal during the 1970s and 1980s.⁷⁸

82. The scope of this provision of the Vienna Convention has, in any case, been the subject of considerable debate and controversy. In the wake of this jurisprudence, for example, in the early 1990s some commentators suggested that Article 31(3)(c) might alternatively permit international adjudicators to accord primacy to other international legal rules *even* in cases of antinomy. This position was advocated by prominent environmental lawyers such as James Cameron⁷⁹ and Daniel Esty⁸⁰ on the complex issue of conflicts between trade and environmental treaties. By the end of that decade, another environmental lawyer, Richard Tarasofsky, encapsulated this reasoning as follows: ‘By taking Article 31 rather than Article 30 of the VCLT as the point of departure, constructive steps can be taken to make this de jure compatibility a reality in fact.’⁸¹

83. However, this interpretation has not gained general acceptance. Ultimately, the interpretative process is regarded as providing flexibility to reconcile treaty provisions only where it is technically feasible to argue that no irreconcilable contradiction exists between their normative prescriptions. A harmonizing interpretation, by contrast, becomes untenable when faced with a direct contradiction between the conduct prescribed by the respective provisions (e.g., conduct Y is prohibited versus conduct Y is compulsory). In all other cases, so long as it remains plausible to characterize the situation as an ‘apparent conflict,’ interpretative harmonization remains a viable—and generally preferred—approach.

84. Therefore, notwithstanding the doctrinal and jurisprudential engagement with Article 31(3)(c), this provision cannot, despite the arguments of its advocates, serve to fill the gaps in the general procedural integration of international law with respect to antinomies. Its capacity to operate as a tool for

⁷⁴ See P. Sands ‘Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law’, 1 *Yale Human Rights & Development Law Journal* (1998): 95-99

⁷⁵ See *Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, 1971 I.C.J. 16, 31.

⁷⁶ See *Judgment in Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Czech and Slovak Federal Republic), 37 I.L.M. 162 (1997) at 22 (separate opinion).

⁷⁷ See S. Torres Bernárdez, ‘Interpretation of Treaties by the ICJ following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,’ Gerhard Hafner et al. (eds.), *Liber Amicorum, Professor Seidl-Hohenveldern* (Kluwer 1998), p.721.

⁷⁸ See, in particular, *ILC Fragmentation Report*, paragraphs 435-438.

⁷⁹ J. Cameron, ‘Dispute Settlement and Conflicting Trade and Environment Regimes’, in Agata Fijalkowski and James Cameron (eds), *Trade and Environment: Bridging the Gap* (Cameron and May 1998) at 17 and J. Cameron, ‘The GATT and the Environment’, in Philippe Sands (ed.), *Greening international Law* (Routledge 1993), pp.120-121.

⁸⁰ D. Esty, *Greening the GATT* (International Institute for Economics 1994) at 219.

⁸¹ R. Tarasofsky, ‘Ensuring Compatibility’, op.cit.pp.62-68 and 72-73.

ensuring international legal consistency under the banner of so-called systemic integration should not be overestimated. This limitation becomes evident from an analytical legal perspective. Under Article 31, the operation of interpretation is conducted with respect to one of the two rules in tension (for example, provision *a* of treaty A), while the other rule (provision *b* of treaty B) is merely to be ‘taken into account’ (emphasis added) as part of the context of the former—an operation that risks degenerating into a form of *petitio principii* (to beg the question, i.e. circular reasoning).⁸²

85. That is, the two rules are not to be interpreted in tandem, on an equal footing, but rather through a formal process that *ab initio* subordinates one to the other. Strictly speaking, one of the two rules is instrumental to perfecting the interpretation of the other and is therefore subordinated to the ascertainment of that rule’s core of certainty. In the context of interpretation by any international adjudicative body operating within the framework of a treaty-based regime (that is, all adjudicative bodies other than the general jurisdiction of the ICJ), the operation is carried out from the legal perspective of the regime in question. In such cases, treaty A—and thus provision *a*—is taken as the rule to be interpreted in the context of treaty B (and provision *b*), but not vice versa.

86. Consequently, whenever a dispute settlement mechanism within a treaty-based regime (Treaty A) seeks to integrate external legal rationalities (Treaty B) through Article 31(3)(c), it faces a structural limitation: it must accord primacy to provision *a* of Treaty A—the provision under interpretation—over provision *b* of Treaty B. In other words, the interpretative process undertaken under Article 31(3)(c) cannot override or undermine the core certainty of provision *a*.

87. In light of this structural circularity, Article 31(3)(c) does not place external rules that are not explicitly referred to (i.e. non-referred rules) on an equal footing with those explicitly contained in or referred to by the regime’s ruleset. In short, so-called systemic integration simply cannot grant an equivalent status to the former within regime procedures in the absence of proper incorporation by reference. Granting primacy to external rules to solve their inconsistency with a regime rulebook goes well beyond the letter of the provision that regulates so-called systemic integration in the VCLT. The *taking into account* of other rules in the operation of interpretation does not equate to *granting primacy* to those rules in case of a contradiction.

88. Building on this, when the adjudicative body of a regime performs the operation of *taking into account* an external rule to interpret regime rules, that rule is subordinated to the latter: the external rule is placed in the ‘back seat’ of the operation of interpretation. Consequently, Article 31(3)(c) is not an effective tool to correct the constraints imposed by the secondary rules of adjudication of any special regime in relation to the universe of international legal rules. In this regard, systemic integration could never help a dispute settlement mechanism of a special treaty-based regime to grant legal primacy to *inconsistent* non-referred external rules. As Wolfram Karl observes, the harmonizing interpretation regulated in Article 31(3)(c) only allows for the resolution of ‘apparent conflicts.’⁸³

89. Every interpretation undertaken by a special adjudicative body is, by definition, conducted from an institutionalized legal perspective. That is the inner logic of functionalism, which is firmly embedded in the regular operations of any treaty-based regime by special secondary rules of adjudication. In this context, the general rules of interpretation set out in the VCLT neither enhance nor diminish this

⁸² This type of reasoning constitutes a classic case of *petitio principii* (‘to beg the question’, i.e. circular reasoning). The paradox is clearly addressed by Carlos Santiago Nino at highlighting the circularity of the controversy over the precedence of constitutional law versus international treaties: each side, he argues, justifies its position by relying precisely on the norm whose validity is in dispute. See Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Astrea, 1992), p. 26. A comparable circularity can be observed in the present treaty–treaty context, where systemic integration under Article 31(3)(c) rests on the prior assumption of one rule’s primacy.

⁸³ W. Karl, ‘Conflict between Treaties’, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (1984): 472.

well-established functional pattern, as the operations of each regime are structurally grounded in—and therefore supported and constrained by—its own special secondary rules of adjudication.

90. Notwithstanding the positive interpretations of Article 31(3)(c), so-called systemic integration offers limited guidance for navigating the complex terrain of inter-regime normative conflicts—that is, legal conflicts between the rules of the treaty-based regimes that populate the international community. Thus, systemic integration does not resolve the procedural deficiencies of international law; rather, it serves merely as a legal palliative for the absence of effective general procedural integration—both between each special regime and the general regime, and among the special regimes themselves—ultimately subsumed under the overarching authority of the general regime. Ultimately, actual antinomies can only genuinely emerge and be effectively addressed impartially and independently under the aegis of general international procedures and organs endowed with both adjudicative and prescriptive jurisdiction to resolve them.

91. Admittedly, adjudicative creativity often provides pragmatic solutions to issues and problems not envisioned by lawmakers.⁸⁴ In this respect, systemic integration may indeed serve as a convenient tool to avoid treaty conflict in international adjudication for decades to come. This utility is further reinforced by the prevailing presumption in international law against the existence of treaty conflicts, which encourages harmonizing interpretations whenever possible. Nonetheless, recasting antinomy as a merely *apparent conflict* through creative harmonizing interpretation is not a particularly promising path for advancing the rule of law, as this approach ultimately obscures genuine instances of treaty antinomy within international law.

IX.- The manufacture of internal primacy

92. The importance of adjudication by independent third parties lies not only in the need for authoritative dispute resolution within society, but also in its contribution to ensuring a basic level of consistency in legal rules. This is precisely the function of special secondary rules in any legal system—a quality inherent in both rules of adjudication and rules of change. In the international sphere, adjudication is similarly called upon not only to provide authoritative resolutions to inter-state disputes, but also to promote the consistency of international law. However, the adjudicative bodies of special treaty-based regimes are primarily designed to deliver functional outcomes based on their respective rulebooks. The limitations they face stem less from the individual adjudicators and practitioners who compose them, and more from the structural constraints within which these bodies are required to operate. That is, they are procedurally ill-equipped to ensure international legal consistency—specifically, the independent and impartial identification and resolution of antinomies with other rules of international law.

93. When the law-applying bodies of special treaty-based regimes address the rules of other special regimes—i.e. special international law—as well as those of the general regime—i.e. general international law—they do so through the lens of their own regime's rulebook and the shared internal perceptions surrounding its agreed functions. In essence, these bodies tend to defer to other international rules in their adjudicative operations only insofar as those rules are construed as consistent with their own rulebook. Expressed in more technical terms, through the mechanisms of *rule selection* (in application) and *rule subordination* (in interpretation), internal primacy emerges as a structural procedural outcome of international adjudication within any special treaty-based regime. In cases where two regimes contain potentially contradictory rules, each regime's institutional perspective on these rules follows the structural scheme outlined below:

⁸⁴ M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (University of Chicago Press 1981) at 63.

Table 4. Enforcing a structural presumption against antinomy

Antinomy (rule selection)	'Apparent conflict' (rule subordination)
<p>An <i>antinomy</i> between the rules of regime A (rule <i>a</i>) and regime B (rule <i>b</i>) is subject to two alternatives:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Option 1: application of rule <i>a</i> in place of rule <i>b</i>. – Option 2: application of rule <i>b</i> in place of rule <i>a</i>. <p>Under the paradigm of functionalism, the adjudicative bodies of Regime A and Regime B are structurally constrained to apply their own rules in the case of antinomy, since each of them is functionally anchored to its respective regime rulebook (<i>internal primacy</i>).</p> <p>Consequently, Regime A <i>precludes</i> its adjudicative bodies from adopting Option 2, while, conversely, Regime B <i>precludes</i> its adjudicative bodies from applying Option 1.</p>	<p>An '<i>apparent conflict</i>' between rules of regime A (rule <i>a</i>) and regime B (rule <i>b</i>) is subject to two alternatives:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Option 1: 'taking into account' rule <i>a</i> in order to interpret rule <i>b</i> (i.e. rule <i>a</i> is subordinated to rule <i>b</i> for the purposes of interpretation). – Option 2: 'taking into account' rule <i>b</i> in order to interpret rule <i>a</i> (i.e. rule <i>b</i> is subordinated to rule <i>a</i> for the purposes of interpretation) <p>Under the paradigm of functionalism, the adjudicative bodies of Regime A and Regime B are structurally constrained to take into account other rules at interpreting their own rules in the case of an apparent conflict, since they are functionally anchored to its respective regime rulebook (<i>internal primacy</i>).</p> <p>As a result, Regime A <i>precludes</i> its adjudicative bodies from adopting Option 2, while Regime B equally <i>precludes</i> its adjudicative bodies from adopting Option 1.</p>

94. In a nutshell, antinomy is systematically sidelined through rule selection or, if required, transformed into a mere apparent conflict which will be conveniently *resolved* by interpreting the seemingly contradictory external rule as subordinate to the interpretation of the rule belonging to the regime.⁸⁵ This latter approach—situating the 'external rule' in the *backseat* of interpretation—is undoubtedly a fundamental feature of the customary general rules of interpretation contained in the VCLT ('taking into account') as applied within special treaty-based regimes, as well as of any alternative interpretative elaboration such regimes may employ. Nonetheless, for illustrative purposes, the table reflects the former, as it is generally regarded as customary law.

95. Ultimately, through processes of rule selection in application and rule subordination in interpretation, adjudication within special regimes often circumvents engagement with antinomies and thereby ensures the manufacture of internal primacy. Apart from the fact that this fosters internal—and thus purely contextual—primacies, which is already problematic, this institutional dynamic reinforces the prevailing structural presumption against antinomies in the practice of international law, a development that has significant implications for the systemic functioning of international law and, concomitantly, for the maintenance of the rule of law. The regular resolution of conflicts of rules (and/or decisions) constitutes a defining characteristic of legal order, one that is secured through secondary rules of adjudication and change. In the international sphere, however, the fact that special regimes are neither procedurally integrated with one another nor with any general adjudicative and prescriptive jurisdiction means that the vast majority of existing international bodies lack both the institutional capacity and the procedural means to resolve antinomies objectively and impartially. Indeed, the very act of avoiding such conflicts—rather than confronting them—underscores this lack of objectivity and impartiality,⁸⁶ thereby undermining the systemic integration of international law. Arguably, so long as intergovernmentalism fails to address this due process deficiency, it falls to other constitutional state organs—namely, legislatures and constitutional courts—to exercise heightened vigilance and actively compensate for this shortcoming.

⁸⁵ That is, antinomy is either neutralized through a *petitio principii* (see above, note 79) or dissolved *ex ante* through an a priori solution that reclassifies the contradiction as merely apparent.

⁸⁶ The prevailing lack of procedural integration among international adjudicative bodies makes it accurate to characterize the dispute settlement mechanisms of special treaty-based regimes as primarily 'coexisting'—both with one another and with the general adjudicative jurisdiction of the ICJ—operating in parallel rather than within a hierarchically integrated system of justice.

96. At the same time, the absence of both horizontal and vertical procedural integration—that is, both among special regimes and between these regimes and the general regime (i.e., general procedural integration)—exacerbates the paradox of *self-reference* in international law.⁸⁷ In the absence of a general multilateral treaty regulating the allocation of international jurisdiction—whether adjudicative or prescriptive—as well as procedures for resolving conflicts of rules and/or acts arising from the respective regimes constituting such jurisdiction, self-referentiality becomes a significant issue: new self-referential jurisdictional clauses can be drafted each time state representatives convene at the treaty negotiating table.

97. Nonetheless, the rulemaking dynamics inherent in intergovernmental functionalism have shown little to no contribution to the development of international legislation aimed at advancing the procedural integration of special regimes under international bodies endowed with a general authority rationale. Rather, such dynamics typically tend to reinforce the autonomy of those special regimes that governments design and administer.

98. In short, procedural integration under general authority rationales is neither a central aim nor a prevailing priority in the design of special treaty-based regimes. Consequently, the provisions resulting from the negotiation of such regimes are typically crafted from a particular perspective—namely, one shaped predominantly by the functionalist interests and objectives specific to the regime in question. As a result, their design tends to ensure that ultimate *controlling authority* remains vested within those regimes themselves, rather than being procedurally integrated with external, general international organs.

99. In functionalist treaty-making practices, the jurisdictional scope of a special treaty-based regime is primarily designed by the legal services of those governmental departments and agencies with principal responsibility for the relevant issue area—its natural drafters. As a result, the process is more likely to yield self-referential jurisdictional provisions specific to the regime's subject matter, rather than to produce procedural mechanisms that would integrate the regime within broader general authority rationales.

100. Furthermore, when alternative rationales are incorporated, they tend to take the form of other functionalist rationalities—even when such input is influenced by pressures from civil society or other external actors. More precisely, when effective input from alternative rationales is reflected in the final text, it is ultimately filtered through—and shaped by—the policy rationales and interests of governmental departments or agencies other than those directly responsible for negotiating the regime. In practice, the outcome typically takes the form of *ad hoc* adjustments to the treaty's procedural rules (i.e. secondary rules), designed to procedurally align the regime with the specific policy rationales and interests of those governmental departments and agencies that succeed in being represented in the negotiation process. In other words, the prospect of general regime-building does not form part of the negotiating mindset.

101. This underscores the fundamental importance of establishing general legislative bodies, rather than relying solely on specialized ones, as well as the necessity of generalist courts in addition to specialized adjudication. While such procedural realities are well established in domestic legal systems, they remain largely absent in international law. In essence, without general procedural integration, the multiple layers of special regimes—primarily constructed under the limited public rationales of specific governmental departments and agencies—are incapable of ensuring the consistency of their international rules and/or decisions (i.e., inter-regime consistency).

102. Arguably, the presence of general organs endowed with both prescriptive and adjudicative authority over special regimes constitutes not only the most effective but also the most legitimate mecha-

⁸⁷ See P. Zapatero, 'Self-reference in international law', *Eunomia* (forthcoming)

nism — and perhaps the only one reasonably capable — of integrating these regimes within a procedural framework capable of effectively resolving conflicts between their respective rules and/or decisions. However, treaty-making under intergovernmental functionalism is institutionally conceived to discount the procedural integration of general authority rationales. Put differently, functionalism not only stands in tension with but also effectively inhibits —and thus produces a chilling effect with respect to— the establishment of general international organs and procedures for articulating the general interest at the international level, organs and procedures that can only be established through general international legislation.

103. Consequently, the *structural bias* entrenched by the practice of intergovernmental functionalism in international law⁸⁸ —proceeding through special regimes without any procedural integration with general international organs— carries significant implications for the rule of law. This situation calls for constitutional state organs beyond the executive to place greater emphasis on the general procedural integration of international law, particularly in light of the persistent collective failure of governments to meet this basic rule-of-law objective.

X. Functionalism as *structural bias*

104. The inherent plurality of public goods and values in society resists subsumption under any singular ‘master value.’⁸⁹ Yet even in the face of their incommensurability —and the absence of a unified metric for hierarchizing them⁹⁰ — legal systems contingently and dynamically allocate their relative positions in society through secondary rules.⁹¹ As Joel Trachtman observes, ‘we are thus forced to choose the extent to which each value is to be implemented: i.e., we must make trade-offs among these values; and we do so through legislative or adjudicative processes.’⁹² That is, public goods and values are incorporated into the primary rules of the legal system and administered (and thereby balanced) through secondary rules of adjudication and change. These are operations of a general authority rationale, exercised in states by government, parliament, and judiciary — organs of general authority structured under a scheme of separation of powers and checks and balances.

105. In stark contrast, treaty-based regimes perform a markedly different operation: by means of special rules of adjudication and change, they *primarily* (and *preferentially*) administer the *selected* global public goods and values incorporated into their primary rules. This operation is not performed by organs exercising general authority but rather by specialized organs endowed with functional authority — understood as authority limited to a specific public issue area or subject-matter domain. Specifically, these organs are composed of representatives from governmental departments and agencies with administrative competence in the subject-matter domain governed by the regime, serving as state representatives within the regime.

106. In essence, treaty-based regimes serve to align domestic and global public authority within selected subject-matter domains. While they undoubtedly represent the most formal manifestation of

⁸⁸ For the original formulation of the notion of ‘structural bias’ in international law as well as its treaty-based regimes see, respectively, M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press 2006, originally published 1989) (the system of international law has a structural bias, wherein it favours some outcomes or distributive choices over others) and M. Koskeniemi, ‘The Fate of International Law: Between Technique and Politics.’ 70 *The Modern Law Review* (2007): 1–32.

⁸⁹ J. Raz, ‘The Relevance of Coherence’, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford University Press 1994) at 261 and C. Sunstein, *Legal Reasoning and political conflict* (Oxford University Press 1998) at 43

⁹⁰ See for example C. SUNSTEIN, ‘CONFLICTING VALUES IN LAW’, 6 *FORDHAM LAW REVIEW* (1994):1661-1673, ALSO C. SUNSTEIN, ‘Incommensurability and valuation in Law’, 92 *Michigan Law Review* (1994): 780-861. (rational decisions may not be adopted when we measure assets with values (social and personal) whose relation is incommensurable).

⁹¹ M. Volcansek, ‘Supranational Courts in a Political Context’, *Law Above Nations. Supranational Courts and the Legalization of Politics* (University Press of Florida 1997) at 10.

⁹² J. Trachtman, ‘Trade and... problems’ op.cit.p.33.

international authority today, they lack the capacity to objectively and impartially balance their own rulebooks against the global public goods and values formally recognized in other international legal instruments. They are expert systems designed to produce pre-selected operations and outcomes. By their very institutional design (i.e., functionalism), they do not perform operations of a general authority rationale. In short, special regimes are, in a strict sense, *functionalist* entities.

107. From the standpoint of general legal theory, and in line with a procedural conception of the rule of law, special treaty-based regimes appear to face significant limitations — when considered individually — in ensuring inter-regime consistency and, by extension, international legal consistency. It is therefore reasonable to question whether they possess sufficient institutional legitimacy to unilaterally produce final international legal determinations in this regard.

108. The same concerns arise at the collective level. From any procedural conception of the rule of law, the current aggregation of treaty-based regimes — together with their largely ad hoc, case-by-case inter-institutional coordination — appears to fall short of any legitimate procedural construction in that direction. Instead, and perhaps unavoidably, this coordination tends to generate a technocratic and increasingly intricate global legal rhizome.

109. Regimes, both individually and collectively, are inherently incapable of ensuring the consistency of their respective rulebooks and of the subsequent international rules and decisions they adopt. Consequently, they are unable to achieve an appropriate balance among the global public goods and values they are tasked with administering. To perform this higher-order function, it is necessary to establish general international organs and procedures under which these regimes can be procedurally integrated.

110. Accordingly, as noted above, there exists a qualitative distinction between the extent to which states and treaty-based regimes administer public goods and values. While domestic legislative and judicial authorities hold general jurisdiction to prescribe and adjudicate across the full spectrum of public goods and values, treaty-based regimes exercise international authority only with respect to selected public goods and values, and thus within limited subject-matter domains. As a result, their prescriptive and adjudicative jurisdiction is necessarily circumscribed, confined to the specific scope and issue areas for which formal international authority — or jurisdiction — to prescribe or adjudicate has been expressly delegated to them by states.

111. Once authority has been delegated to them, treaty-based regimes exercise jurisdiction over the specific public goods and values enshrined in the treaty's object and purpose and in accordance with the regime's ruleset. By regulating selected global public goods and values, the regime thereby accords them preferential status within its formal operations. In other words, the regime's operations are structurally aligned with the specific regulatory arrangements governing these public goods and values, as set out in its rulebook. Consequently, the exercise of prescriptive and adjudicative jurisdiction within the regime — that is, the subsequent production of international rules and decisions — gives effect to the foundational public choice embodied in its treaty law.

112. In this context, formal adherence to the regime's functional 'master values' — that is, the global public goods and values regulated by its rulebook, such as the protection of human rights, public health, the environment, investments, or other public goods and values — constitutes a collective expectation that guides the conduct of officials within the regime, whether international civil servants or state representatives. Firmly embedded within a political machinery,⁹³ regime practitioners are subject to institutional loyalties in a variety of ways. Whether appointed by governments directly or indirectly through regime treaty bodies, the individuals who join regime units are, as Volcansek observes, 'plausibly committed to the goals of the regime,' in a pattern reinforced by organizational culture.⁹⁴

⁹³ M. Shapiro, *Courts*, op.cit. p.31.

⁹⁴ M. Volcansek, 'Supranational Courts in a Political Context', op.cit.p.10.

113. In the transition to the twenty-first century, as Thomas Franck observes, certain transnational loyalties —together with their respective *ethos*— began to emerge.⁹⁵ This pattern is particularly evident among regime practitioners appointed to serve in the most authoritative law-applying units of the regime, whatever their form and nomenclature (e.g., dispute settlement mechanisms and other adjudicative bodies). Collectively, regime practitioners align their professional activities with the public goods and values embodied in the object and purpose of the treaty, thereby embedding subsequent rules and decisions within the self-reinforcing four corners of the regime’s rulebook. Ultimately, practitioners align their professional conduct —and thus the operations of the regime units in which they participate— with the functional master values predefined in the regime’s rulebook.

114. This visible organizational pattern is reinforced not only by the particular culture of the regime but also by its own global constituency.⁹⁶ Indeed, an epistemic community emerges when the shared perceptions and expectations of regime functions and operations are collectively defined and enforced by its practitioners over time — a phenomenon that imprints participants with a preference for, and sensitivity to, the regime’s public goods and values.⁹⁷

115. In general, the outcomes collectively produced by professionals within organizations tend to depend on the design, structure, and functions of those organizations.⁹⁸ As social beings, we all tend to conform, in some way, to basic community practices and values. Regime practitioners are no different: they likewise nurture and develop a collective sense of common direction. This structural social phenomenon —which, in the case of institutions (and thus treaty-based regimes), is reinforced by authoritative *formal* rules (i.e., normative legal prescriptions)— inevitably increases the costs associated with both endogenous and exogenous change.

116. As a result of this institutional phenomenon, the practices of law-applying regime units are oriented toward an ongoing process of institutional construction, characterized by the progressive elaboration and reinforcement of regime rules and decisions. Consequently, regime practitioners tend to cultivate intra-regime technicalities and specificities. Over time, the functional construct that emerges from this collective experience enables the regime to develop its own distinct legal perspective on any international legal issue conceivably related to its functional domain.

117. Consistent with the social logic underpinning the role of precedent in adjudication — whether operating *de facto* or *de iure* within any nation-state with procedurally integrated adjudication (e.g., judicial hierarchy)— legal path dependency invariably emerges within treaty-based regimes: prior rules and decisions rendered through the regime’s (internal) procedures exert a sustained influence on, and thus condition, subsequent legal outcomes.⁹⁹

118. Just as chemicals bind a dye to a substance to form stable compounds, these legal patterns condition the direction of subsequent legal and policy developments. Irrespective of whether formally

⁹⁵ T. Franck, ‘Community Based on Autonomy’, *op.cit.* p.43 y T. Franck, ‘Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice’, 90 *American Journal of International Law* (1996): 359-383.

⁹⁶ As part of these transnational loyalties, regime constituencies tend to support the functional orientation of the regime and the public goods and values embedded in its primary rules, while lobbying governments to improve the regime’s functional performance — whether by expanding its scope or by making operational adjustments. This dynamic is also evident in the context of international courts, where their legitimacy ‘capital’ and authority among ‘compliance constituencies’ are shaped through similar processes of support and advocacy. For a detailed analysis of how international courts build such legitimacy and authority, see in particular K. Alter. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights* (Princeton University Press 2014), pp. 348-349.

⁹⁷ P. Haas, ‘Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination’, 46 *International Organization* (1992): 1-36, 3 (‘a network of professionals with recognised expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain issue area... they are (1) a shared set of normative and principled beliefs...;(2) shared causal beliefs...; (3) shared notions of validity...; and (4) a common policy enterprise).

⁹⁸ Allison, *Essence of Decision. Explaining the Cuban Missile Crisis* (Little Brown 1971).

⁹⁹ W. Aceves, ‘Economic analysis’, *op.cit.* p. 1062. For broader analysis of precedent in international adjudication see, in particular, Jacob, Marc. ‘Precedents: Lawmaking Through International Adjudication,’ 12 *German Law Journal* (2011): 1005-1032.

recognized as part of the regime's *acquis*¹⁰⁰ or simply manifested in practice, legal path dependency within treaty-based regimes constitutes one of the critical drivers of functionalism. That is, it enhances the internal predictability of a regime — a quality largely cultivated by a technocracy that, by definition, is aligned with the regime's core functions and its *distinct* unity of purpose.¹⁰¹

119. It is fair to say that a marked reluctance to accept exogenously induced legal change — and, by extension, redirection — constitutes a defining hallmark of the institutional practice of treaty-based regimes. This reluctance is particularly evident in that institutional change is rarely formally grounded in the rules and decisions of other regimes. Ultimately, the tendency to resist outside intervention is an enduring trait of bureaucracies. Regimes self-construct around the functions originally assigned to them, refining themselves through their own legal components and practices, while selectively borrowing from other institutional experiences to pursue function.

120. Building on this pattern, the intrinsic alignment of a regime with a particular ethos — understood as a set of basic collective expectations regarding its agreed functions— may constrain not only its openness to the institutional application of certain international legal rules and decisions (and thus the global public goods and values they embody), but also its very capacity to perform that operation impartially and independently within the regime's procedures. This dynamic is particularly evident when such rules are not perceived as directly pertinent to the regime's core functions — for instance, human rights within trade regimes, the right to health in intellectual property treaties, or environmental protection in investment treaties, to name just a few examples.

121. These institutional constraints are reminiscent of the rationale underlying special regimes, which is somewhat analogous to that of administrative agencies. However, unlike domestic legal systems, special regimes are not integrated into a unified procedural whole — a distinction of considerable significance for understanding both their operation and their limitations, as noted at the outset.

122. Stated differently, and by way of a straightforward example, it would be implausible to expect that a competition authority's interpretation of intellectual property law (such as technological patents) —when issuing a normative act or rendering a decision within the scope of its regulatory powers— would be insulated from review by bodies vested with general adjudicative and prescriptive jurisdiction over both domains. Such review may be initiated either by other authorities or by affected private parties and organizations.

123. The analogy with administrative agencies helps to clarify the procedural limitations faced by special regimes. Turning back to special regimes, by anchoring their authoritative interpretations of the regime's rulebook in the shared assumptions and conceptions of regime functions, the law-applying bodies of a regime secure *internal legitimacy* for the decisions they render.¹⁰² Moreover, any potentia-

¹⁰⁰ The example par excellence is the *acquis communautaire*, since it accompanies the construction of the European Union's polity, transcending the formal procedures of its institutions. Built up over decades of integration, it reflects a distillation of legislative and political practices with significant implications for the evolution of EU treaties. As such, the *acquis* becomes a 'transmission belt between political processes and constitutional construction'. Embedded in a socially sustained institutional construction, it constitutes a key cultural vehicle for the governance of the European polity. A. Wiener, 'The Embedded *Acquis Communautaire*. Transmission Belt and Prism of New Governance', EUI Working Papers 98/35, pp.6-11; see also J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration* (Cambridge University Press, 1999), for a broader discussion of the constitutional and integrative significance of the *acquis communautaire* in the evolution of the European Union.

¹⁰¹ Departures from this pattern by regime practitioners —and particularly by state representatives, as opposed to international officials— rarely involve directly contesting the public goods and values regulated by the rules themselves. Rather, such departures typically take the form of challenges to the interpretation of the rules or to the impartiality of the bodies responsible for their application.

¹⁰² R. Behboodi, 'Legal Reasoning and the International Law of Trade: The First Steps of the Appellate Body of the WTO', *International Trade Law on the 50th Anniversary*, op.cit.pp.319-321 and 365.

lly divergent decision in this direction is subject to political oversight by the regime's plenary bodies, such as Conferences of the Parties or other institutional formulations. These formal and procedurally entrenched constraints — institutionally embedded to safeguard the regime's operational integrity and adherence to its agreed functions — make it highly improbable that regime bodies will be able to independently and impartially apply, and thereby defer to, other international legal rules and decisions, much less accord primacy to conflicting external rules and decisions adopted by other regimes.

124. In this broader context, the current international community may be best understood as a community of argumentative legal practices — a system of argumentative international law¹⁰³ — partially institutionalized within selected subject-matter domains through special treaty-based regimes. Whether and how this order might evolve into a more fully-fledged legal system depends on the extent to which it operates under basic procedural rule-of-law parameters. From this perspective, the challenge lies less in governmental action than in strengthening legislation and adjudication through an international separation of powers and effective checks and balances. The observation is not novel: it lies in taking the secondary rules of international law seriously, so as to reinforce the construct of international law with general organs and procedures through which special regimes can be procedurally integrated under general authority rationales.

125. Since special treaty-based regimes primarily operate as functional proxies of intergovernmentalism, the question of where primary responsibility lies for ensuring the consistency of international law remains central. This responsibility does not rest with international lawyers and officials operating within and across treaty bodies, who may attempt to achieve technical alignment, but with the constitutional organs of states themselves: not only governments, which have proactively shaped the current state of affairs, but also legislatures and constitutional courts. Attention to this structural issue should therefore lie more squarely with constitutional organs, whose collective role is indispensable to advancing procedural integration in international law. Yet, in today's interdependent world, international law continues to lack the general organs and procedures required both to resolve legal conflicts and to balance dynamically the rules and decisions produced by special treaty-based regimes. In turn, this limits its capacity to accommodate, in a consistent manner, the plurality of global public goods and values administered by these regimes.

¹⁰³ See M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op.cit. for a foundational work where the conception of international law as argumentative practice is developed.

Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: interacciones entre el reglamento general de protección de datos y el reglamento de inteligencia artificial

Training of AI systems in the healthcare sector: interactions between the general data protection regulation and the artificial intelligence act

PAOLA ZOUAK LARA

*Contratada predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Civil
Universidad de Granada¹*

Recibido:12.06.2025 / Aceptado:25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9903

Resumen: El entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito sanitario plantea complejas interacciones normativas entre el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA). Mientras el RGPD regula exclusivamente la consideración de tratamiento de datos personales y posee una regulación estricta, el RIA principalmente impone requisitos para sistemas de alto riesgo, categoría en la que se incluyen muchas aplicaciones sanitarias. Esta convergencia normativa exige una evaluación rigurosa del ámbito de aplicación de ambos instrumentos, una perspectiva técnica para comprender como funciona el entrenamiento de la IA y un balance que garantice simultáneamente la protección de los derechos fundamentales y la innovación tecnológica responsable en el sector salud.

Palabras clave: Inteligencia artificial, Derecho sanitario, protección de datos personales, extraterritorialidad.

Abstract: The training of artificial intelligence systems in the healthcare sector raises complex regulatory interactions between the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Artificial Intelligence Regulation (AI Act). While the GDPR strictly governs the processing of personal data, the AI Act primarily sets requirements for high-risk systems, a category that includes many healthcare applications. This regulatory convergence demands a thorough assessment of the scope of both instruments, a technical understanding of AI training processes, and a balanced approach that ensures both the protection of fundamental rights and responsible technological innovation in the health sector.

Keywords: Artificial intelligence, Health law, Personal data protection, Extraterritoriality.

Sumario: I. Introducción. II. La inteligencia artificial, el machine learning y el análisis de datos en el ámbito sanitario. 1. El concepto de IA del RIA. 2. El análisis de datos como herramienta de entrenamiento. 3. Problemas que plantean los sistemas de IA en el entrenamiento. III. La regulación de la IA en el Reglamento de Inteligencia Artificial. 1. Países que optan por la ausencia de regulación. 2. Países que optan por la regulación. 3. El caso de la Unión Europea. 4. Ámbito de aplicación

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+I financiado por el MICIN «Robótica, Inteligencia Artificial y Mayores: oportunidades y desafíos» (PID2023-1514410B-I00), dirigido por Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y María del Carmen García Garnica. PID2023-1514410B-I00 y en el marco del Contrato FPU del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

del Reglamento A) Ámbito competencial. B) Ámbito material C) Ámbito territorial D) Competencia de las autoridades nacionales de control E) Aplicación del RIA como norma de policía por los tribunales IV. El Reglamento General de Protección de Datos como freno al uso de datos 1. Ámbito de aplicación. A) Ámbito material. B) Ámbito territorial 2. Previsiones generales e interacción con el RIA. 3. Desidentificación de datos personales para el entrenamiento de la IA. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Inteligencia artificial (IA) está teniendo un gran impacto en diversos sectores de nuestra sociedad. Sin embargo, por reciente que parezca, es un fenómeno que consta de una larga trayectoria y cuyo término se acuñó por primera vez en la Conferencia de Dartmouth en 1956 por el informático John McCarthy, quien investigó junto a un grupo de científicos las posibilidades de que las máquinas adquirieran comportamientos inteligentes². En esa misma época, Arthur Samuel creó *checkers*, el primer programa de ajedrez con autonomía propia capaz de mejorarse a sí mismo con el entrenamiento y el uso, lo cual desembocó en 1997 en la creación de Deep Blue, otro programa de ajedrez que consiguió derrotar en una partida a Gary Kasparov, el mejor jugador de ajedrez de aquel momento³. Con estos someros ejemplos se busca visibilizar acerca de los avances que está suponiendo la IA y sus múltiples aplicaciones sociales, centrando nuestra atención en el ámbito sanitario.

2. Una de las capacidades desarrolladas en la inteligencia artificial es la toma de decisiones de forma automatizada, es decir, decisiones que realiza un sistema informático sin la intervención directa de una persona, y cuyo funcionamiento se basa en algoritmos, inteligencia artificial y aprendizaje automático.

3. Sin embargo, a pesar de las múltiples ventajas que presenta la IA en el ámbito sanitario y que posteriormente se enunciarán, también surgen una serie de dificultades o inconvenientes durante su entrenamiento, lo cual puede redundar en un servicio deficitario o sesgado, capaz de poner en riesgo las previsiones establecidas en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁴ (Reglamento general de protección de datos o RGPD). De manera adicional, dado el gran entramado normativo que la Unión Europea ha ido creando en los últimos años, se hace necesaria una aclaración sobre el ámbito de aplicación de los diferentes instrumentos, su compatibilidad y la casuística a la que se pueden enfrentar en concreto con el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial o RIA⁵).

4. Por todo ello, el objeto de la investigación es el entrenamiento de la IA que se utiliza en el ámbito sanitario y la normativa que lo regula principalmente: RGPD y RIA. Mientras que el objetivo del estudio es identificar la compatibilidad o incompatibilidad de ambos instrumentos normativos y proponer algunas reformas que puedan servir para mejorar los servicios de salud. Para ello utilizaremos una metodología propia de las ciencias jurídicas, de tipo teórica, analizando tanto la doctrina como la legislación y jurisprudencia más relevante a nivel europeo para esclarecer el panorama normativo actual y a la vez se propondrá un enfoque técnico basado en las principales necesidades que tienen los

² E. SORIA OLIVAS., M.A. SÁNCHEZ- MONTAÑÉS ISLA, ET. AL, *Sistemas de Aprendizaje Automático*, RA-MA, Madrid, 2023, p. 17.

³ R. HERRERA DE LAS HERAS, *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, 2022, pp. 11-14.

⁴ DOUE-L-119/1, de 27 de abril de 2016.

⁵ DOUE-L- de 13 de junio de 2024.

ingenieros informáticos a la hora de elaborar sus propios sistemas de IA para que entendamos los retos a los que se enfrentan e intentemos darle respuesta.

II. La inteligencia artificial, el machine learning y el análisis de datos en el ámbito sanitario

1. El concepto de IA del RIA

5. Para comenzar este apartado se hace necesario otorgar una definición de qué debe entenderse por inteligencia artificial, lo cual no es sencillo ya que debe ser un concepto que englobe una tipología de tecnología que se encuentra en constante actualización. Incluso la propia Unión Europea ha ido variando dicha definición, pasando por la dada en un primer momento por la Comisión Europea en el año 2018⁶, continuando por la otorgada por el Alto Grupo de Expertos de la Comisión en 2019⁷, la aportada por el Parlamento Europeo en la Resolución sobre recomendaciones a la Comisión en 2020⁸, hasta la finalmente incorporada en el RIA⁹. Todo ello refleja la gran complejidad de esta tarea que, sin embargo, resulta crucial porque la definición jurídica delimitará lo que deberá entenderse comprendido o no por los diversos instrumentos jurídicos y que, por lo tanto, redundará en una concreta protección u obligación para los responsables¹⁰. Por ello, a la vista de la multiplicidad de definiciones legislativas, debemos tomar la definición de sistema de IA aportada por el RIA que la define como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Esta definición hace que todo aquello que se salga de la misma no quede bajo el amparo del RIA.

2. El análisis de datos como herramienta de entrenamiento

6. Sin embargo, a pesar de haber otorgado la definición legal de IA, lo cierto es que para entender exactamente qué es la IA se hace necesario desgranar el concepto, yendo más allá y comprendiendo su funcionamiento, realizando una aproximación técnica que nos permita comprender los entresijos del programa que queremos analizar. La inteligencia artificial se fundamenta en el uso de algoritmos, los

⁶ En la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Inteligencia Artificial para Europa COM (2018) 237, se señalaba que “el término IA se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas).”

⁷ El Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, en su *A definition of AI: main capabilities and disciplines*, de 8 de abril de 2019 estableció que: “En lo siguiente utilizaremos el término *sistema de IA* para referirnos a cualquier componente, software y/o hardware basado en IA. En concreto, los sistemas de IA suelen estar integrados como componentes de sistemas más grandes, en lugar de ser sistemas independientes.”

⁸ La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, (2020/2012(INL)), art. 4 establecía que se entendería por IA: “un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos.”

⁹ El art. 3 del RIA establece que un sistema de IA es: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

¹⁰ L. COTINO HUESO, *¿Qué es «inteligencia artificial» para el reglamento?: Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas*, Aranzadi, 2024, pp. 114-115.

cuales son secuencias finitas de reglas formales que, a partir de un *input*, permiten ejecutar una serie de operaciones lógicas previamente definidas y generar un resultado¹¹.

7. El paso siguiente es abordar el concepto de *machine learning* o aprendizaje automático, una rama de la inteligencia artificial que permite a los ordenadores aprender a partir de datos sin necesidad de una programación explícita previa. Su funcionamiento se apoya en proporcionar al algoritmo datos de entrada, a partir de los cuales se construye un modelo capaz de realizar predicciones y clasificaciones sobre nuevas observaciones, incluso si estas no han sido previamente conocidas por el algoritmo. Este proceso forma parte de lo que se conoce como minería de datos, que implica la recopilación y depuración de los datos de entrada¹². Para llevar a cabo este entrenamiento del algoritmo debe existir un científico de datos que se dedique a programar, a elegir los datos pertinentes y a supervisar dicho entrenamiento. Nos centramos concretamente en el *machine learning* o aprendizaje automático¹³ porque la mayoría de los sistemas inteligentes que se utilizan en el ámbito de la sanidad utilizan este tipo de forma de entrenamiento para conseguir utilidades tales como el procesamiento de imágenes¹⁴, la realización de intervenciones, la predicción de resultados o los seguimientos remotos de pacientes¹⁵. A día de hoy la IA que utiliza aprendizaje automático no solamente sirve de apoyo al diagnóstico que en última instancia emite el médico, sino que sirve para optimizar la atención que se le presta al paciente¹⁶. Reconocida la importancia del uso de la IA en el ámbito sanitario, uno de los aspectos fundamentales que sirve de piedra angular para mejorar el servicio a los pacientes consiste en la calidad de los datos utilizados para entrenar a los modelos de IA. La calidad del modelo que se cree va a depender de la representatividad de los datos que se introduzcan durante el entrenamiento.

8. Habiendo señalado las principales utilidades que presenta la IA en el ámbito sanitario, procederemos a ilustrar cómo se comienza a entrenar al sistema de IA para identificar los principales problemas a los que se enfrentan los programadores y la regulación a la que se somete todo este procedimiento.

9. El primer paso que deben dar los programadores es escoger el proyecto, decidiendo qué tipo de sistema necesitan crear y su finalidad principal. Posteriormente se procede a la elección de los

¹¹ A. PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson, 2022, p. 37.

¹² J. J. BEUNZA NUIN J.J., Y E. CONDÉS MORENO, “Conceptos”, en J.J. BEUNZA NUIN, et al. *Manual práctico de inteligencia artificial en entornos sanitarios*, Elsevier, 2023, pp. 4- 9.

¹³ Sobre este punto profundizan: J.J. BEUNZA NUÓN, “Algoritmos disponibles en la práctica sanitaria”, en BEUNZA NUÓN J.J. et al., *Manual práctico de inteligencia artificial en entornos sanitarios*, Elsevier, 2023, pp. 19- 23; FICCO M. Y D’ANGELO G., *Artificial Intelligence Techniques for Analysing Sensitive Data in Medical Cyber-Physical Systems*, Springer, 2025.

¹⁴ En esta línea, se pueden identificar los siguientes casos:

a) BioMind, que es una aplicación de inteligencia artificial desarrollada por el Artificial Intelligence Research Centre for Neurological Disorders del Hospital Beijing Tiantan, fue entrenada con miles de imágenes recogidas en el propio hospital para detectar tumores y hemorragias cerebrales mediante TAC. Para evaluar su efectividad, en 2018 se organizó un concurso de diagnóstico frente a los 15 principales especialistas chinos en este campo. En la primera ronda, la IA acertó el 87% de los casos en 15 minutos, mientras que los médicos lograron un 66% en 30 minutos. En una segunda ronda, la IA alcanzó un 83% en 3 minutos, y los médicos un 63% en 20 minutos.

b) En el Massachusetts General Hospital de Boston, el equipo del Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory diseñó un algoritmo utilizando 60.000 mamografías del hospital. Esta IA destaca por su capacidad de prever el desarrollo del cáncer de mama con hasta cinco años de antelación. Mientras los métodos actuales alcanzan una precisión del 18%, la IA logró un 31%.

c) En Valladolid, un grupo de investigación ha desarrollado un sistema automatizado para diagnosticar la retinopatía diabética a partir de imágenes del fondo de ojo. Para ello, se entrenó una red neuronal multicapa con 564 imágenes, obteniendo una precisión del 84%.

d) En el ámbito de las enfermedades psiquiátricas, se entrenó un algoritmo supervisado con textos y audios procedentes de las redes sociales Facebook y Twitter, permitiendo diagnosticar trastorno bipolar con una precisión que oscila entre el 90% y el 98%.

e) En ginecología, se ha implementado un algoritmo no supervisado basado en k-means clustering —una técnica de agrupamiento usada en minería de datos— que permite clasificar a pacientes con cáncer de ovario a partir de imágenes de TAC y muestras patológicas de 364 mujeres, ofreciendo una clasificación más precisa y fiable que la tradicional.

¹⁵ F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Diagnóstico médico por robots y responsabilidad civil”, *Lex Medicinæ*, n.º42, 2024, p. 18.

¹⁶ I. ALKORTA IDIAKEZ, *La regulación de los productos sanitarios con Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2025, p. 16.

datos y su clasificación, ya que con estos datos se entrenará posteriormente al sistema. Una vez se han identificado y clasificado dichos datos se continúa con la fase de preprocesado de datos y su limpieza, siendo ésta la fase más tediosa y a la vez importante, ya que supone el núcleo duro del entrenamiento. La pregunta que nos puede surgir en este punto es, ¿y cómo se consiguen dichos datos? Pues lo cierto es que se recurre a la minería de datos o *data mining*, que es una técnica que permite extraer una serie de información de ciertos datos mediante la observación de relaciones, ciertos patrones o semejanzas que no se ven a simple vista pero que sirven para interrelacionar los datos introducidos¹⁷. Traducido a un lenguaje no técnico, se trataría de encontrar el valor subyacente en un conjunto de datos que a priori no presentan ningún tipo de relación entre sí, desgranando su valor y estableciendo conexiones.

10. En la fase de preprocesado se realiza la limpieza de datos, otorgándole a cada dato una variable y un valor, eliminando los datos incorrectos y atípicos, que se identifican porque normalmente se salen de los umbrales máximos y mínimos establecidos¹⁸. Lo que se pretende con este procedimiento es que los datos estén perfectamente clasificados para facilitar el entrenamiento y que no existan errores posteriormente. Para poder limpiar esos datos, los programadores deben aplicar ciertas operaciones técnicas muy complejas. En el caso de que se esté trabajando con imágenes, por ejemplo, se aplicarían técnicas de procesado de imágenes para intentar reducir o eliminar el llamado “ruido”, que referido a los datos se trata de ciertos errores que se pueden haber dado en el etiquetado, o por introducir datos defectuosos¹⁹. Por ejemplo, si se está trabajando con imágenes de cáncer de hígado, ruido sería introducir una imagen de un estómago. Por lo tanto, el programador debe eliminar dicha imagen para que cuando se introduzca dicho dato, el sistema no confunda un hígado con un estómago.

11. Las técnicas de procesamiento de datos han experimentado una evolución significativa, impulsada por sistemas avanzados capaces de gestionar volúmenes masivos de información sin necesidad de preprocesamiento manual por parte del programador. Estos sistemas integran herramientas automáticas de detección, reconocimiento y transformación de datos. Dentro de este conjunto de técnicas se incluye la eliminación de anomalías, la conversión de datos que provienen de diferente fuente, el etiquetado de datos...

12. Una vez se tienen los datos debidamente clasificados el programador debe elegir cuál es el algoritmo adecuado para poder cumplir el objetivo pretendido con su sistema de IA. En este punto nos encontramos con diferentes tipos de algoritmos:

- Algoritmo de aprendizaje supervisado. Este tipo de algoritmo se entrena con datos de entrada (introducidos) y de salida (el dato que va a emitir el sistema de IA) que están etiquetados y clasificados de manera previa. Al habersele indicado al sistema de IA lo que significa cada dato, éste es capaz de encontrar similitudes y relaciones y lo reconoce al instante, ya que sus imágenes de muestra estaban catalogadas con anterioridad.
- Algoritmo de aprendizaje no supervisado. Este tipo de algoritmo no contiene datos previamente etiquetados y clasificados, sino que se le permite a la propia IA que extraiga patrones comunes de entre los datos introducidos, de modo que ésta misma aprende a ver las similitudes y llega a la misma conclusión que si los datos no hubieran estado clasificados.
- Algoritmo de aprendizaje por refuerzo. Este tipo de algoritmo no se basa en la introducción de datos, sino en un método de ensayo y error del propio sistema, de modo que cuando da una respuesta correcta se lo premia y cuando emite un resultado erróneo se le aplica un castigo, haciendo que vaya aprendiendo en función de la respuesta que recibe del exterior.

¹⁷ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 58, 2019, p. 75.

¹⁸ E. SORIA OLIVAS; M.A. SÁNCHEZ- MONTAÑÉS ISLA, et. al. *Sistemas de Aprendizaje Automático*, RA-MA... *op cit.* p. 27.

¹⁹ A. PALMA ORTIGOSA, “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 5, 2019, pp. 7-8.

3. Problemas que plantean los sistemas de IA en el entrenamiento

13. La última etapa del diseño consiste en probarlo y desplegar el sistema, pero no resulta relevante para este estudio. Como podemos observar, la clave para que un sistema de IA funcione correctamente es que los datos que se introduzcan sean correctos y estén debidamente clasificados. Pero, si la cuestión parece tan sencilla, ¿cuáles son los verdaderos problemas a los que se enfrentan los programadores y dónde reside la dificultad? Los ingenieros informáticos normalmente refieren tres problemas a los que se enfrentan diariamente²⁰.

14. En primer lugar, nos encontramos con una cantidad insuficiente de datos. Cuando se está implementado un sistema de IA cuya finalidad es lanzarlo al mercado, lo que se pretende es que sea lo más certero posible y para ello es necesario que en los bancos de datos de la empresa existan millones de imágenes debidamente etiquetadas para el entrenamiento del sistema. Cuantos más patrones se tengan mejor funcionará el modelo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no solo es relevante el número de datos sino la calidad de los mismos, para que el sistema sea seguro y fiable. En este contexto hay quienes plantean que una buena opción para poder gozar de tales cantidades sería la creación de espacios de datos abiertos, es decir, espacios donde se aporten datos que pueden ser reutilizados con una cierta seguridad común²¹.

15. Esta idea se asemeja bastante a lo que ha propuesto la UE en el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847²², que busca crear unas grandes piscinas de datos cuya propiedad sea de la UE y que puedan ser utilizadas por todos los países de la UE, proporcionando datos de los diferentes países cuyo control corresponde a un representante que debe ser nombrado por cada país. El control, la protección y el uso de los datos en vez de recaer en empresas privadas de diversa índole pasaría a ser de parte de la UE, que se prevé que se convierta en un ente garantista con un papel activo en la protección de datos. De este modo, los datos de esos grandes bancos de la UE podrían ser utilizados y reutilizados por las empresas que lo soliciten siempre que cumplan con los requisitos estipulados en la normativa²³.

16. En segundo lugar, nos encontramos con los datos no representativos. Además de poseer una cantidad adecuada de datos, la calidad de los mismos goza de una gran importancia, ilustremoslo con un ejemplo. Si estamos diseñando un sistema que sirva para procesar imágenes y detectar cuándo un pulmón tiene cáncer y le hemos introducido imágenes de pulmones sanos y pulmones con cáncer y al finalizar el entrenamiento la tasa de acierto es de un 97% podríamos decir que ha sido todo un acierto. Sin embargo, ¿qué pasaría si al introducirle una imagen de un solo pulmón, pongamos por ejemplo el izquierdo, no reconoce ninguna lesión cuando esta es patente? Se podría haber cometido un error, por ejemplo, haber entrenado al sistema exclusivamente con imágenes de pulmones derechos, pero no izquierdos. ¿Es un pulmón? Sí, pero el modelo estaba acostumbrado a identificar la imagen por la forma concreta del pulmón, sin fijarse en otras características para acotar el camino y facilitar el reconocimiento, por lo que el modelo no serviría porque posee un sesgo muestral, que se produce cuando ciertos miembros de una población tienen menos o más posibilidades de ser incluidos por diversas razones, pensemos por ejemplo raza, sexo, edad... Además del llamado sesgo muestral también nos podemos encontrar con el ruido muestral, derivado de las propias diferencias inherentes a los individuos, lo cual nos lleva a la conclusión de que para que el resultado emitido por la IA sea coherente, es necesario que el conjunto de datos de entrenamiento sea lo suficientemente grande, ya que cuanto más grande sea mejores serán los patrones que se pueden extraer.

²⁰ E. SORIA OLIVAS, M.A. SÁNCHEZ- MONTAÑÉS ISLA, et. al. *Sistemas de Aprendizaje Automático*, RA-MA... op cit. p. 114.

²¹ J. LOZANO CARRILLO, "La Inteligencia Artificial necesita datos de calidad y seguros", *Revista jurídica: Región de Murcia*, n.º. 54, 2024, p. 160.

²² DOUE-L-2025-80382.

²³ M. RECUERO LINARES, "El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º. 2, pp. 5-7.

17. Finalmente nos podemos encontrar con un problema que puede resultar contradictorio y es el sobreajuste, consistente en que el sistema ha sido tan minuciosamente entrenado que no es capaz de establecer comportamientos generalizados, ya que solamente se ciñe a un rango muy concreto de individuos o conductas. Se podría decir que el sistema confunde el ruido muestral con la verdadera información y se hace necesario de nuevo reajustarlo.

18. Fuera de todos estos problemas a los que se tienen que enfrentar los ingenieros, debemos como juristas conocer cuáles son los instrumentos normativos que acotan o ponen límite a la libertad creativa y empresarial de las empresas tecnológicas que se dedican a la creación de sistemas inteligentes, para saber cuál es el rango de maniobra con el que cuentan estos especialistas. En concreto, para ceñirnos a la materia objeto de estudio analizaremos tanto el RIA como el RGPD, que son los dos principales Reglamentos cuyo ámbito de aplicación y regulación debe quedar totalmente claro y que resultan imprescindibles cuando se habla de entrenamiento de IA con datos. Antes de adentrarnos en el estudio de esta cuestión específica resulta imprescindible señalar una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de tratar los datos para entrenar al sistema inteligente, como son el de licitud lealtad y transparencia, recogido en el art. 5.1.a del RGPD, que asegura que no se lleven a cabo prácticas engañosas o que se coloque a un individuo en una posición de desventaja; la exactitud de los datos, plasmada en el art. 5.1.d del RGPD que exige la eliminación de información inexacta o duplicada que pueda generar resultados sesgados; el principio de minimización, recogido en el art. 5.1.c del RGPD que establece que el tratamiento de datos se limite a los fundamentales para cumplir con la finalidad específica que se pretende abarcar. Teniendo en cuenta estos principios, procedemos a analizar los principales instrumentos normativos reguladores del entrenamiento de la IA.

III. La regulación de la IA en el Reglamento de Inteligencia Artificial

19. Habiendo estudiado cómo se realiza el proceso para entrenar a un sistema inteligente cabe realizar ahora un acercamiento a cómo ha planteado la Unión Europea el reto de la regulación de la IA en el RIA, ya que esto servirá de cota y límite a la actividad de los programadores y empresarios de sistemas de IA.

20. Debemos partir de la base de que actualmente a nivel mundial podríamos distinguir principalmente dos tendencias por lo que respecta a la regulación de la IA: por una parte nos encontramos con países que optan por una regulación imperativa cuya finalidad es proteger al ciudadano para evitar los riesgos a los que se enfrenta por el uso de la IA, lo cual puede conllevar a una limitación del desarrollo tecnológico ya que las empresas deben hacer frente a una gran cantidad de requisitos, obligaciones e imposiciones de todo tipo; por otra parte nos encontramos con países que optan por una desregulación total, cuya finalidad es favorecer la innovación y el desarrollo tecnológico empresarial, dejando de lado las vulnerabilidades a las que se encuentran expuestos sus futuros clientes, lo cual hace que el mercado se pueda transformar en una jungla cuyas normas impuestas sean las de la empresa de turno con más poder²⁴. Cabe señalar igualmente que cuando hablamos de una ausencia de regulación no nos estamos refiriendo literalmente a una falta completa de positivación, sino a una forma de legislar basada en normas de *soft law*, materializada en códigos de conducta, buenas prácticas, guías o recomendaciones generales que no imponen deberes reales u obligaciones a los responsables de la IA.

1. Países que optan por la ausencia de regulación

21. Comenzando con los países que optan por un modelo liberal de ausencia de regulación nos encontramos con Estados Unidos, que ha sido el pionero en esta categoría y ha ido arrastrando al resto

²⁴ A.J. TAPIA HERMIDA, “Claves de la Ley europea de inteligencia artificial: Reglamento (UE) 2024/1689 de 13 de junio de 2024”, *La Ley Unión Europea*, n.º. 133, 2025, pp. 2-3.

de países que se han unido a este tipo de desregulación. El 23 de enero de 2025 el actual presidente de EEUU dictó la *Executive Order 14179-Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*²⁵. En esta norma se pone de manifiesto que Estados Unidos ha estado durante mucho tiempo a la cabeza de la innovación en materia de IA y para ello plantea la necesidad de que se sigan desarrollando sistemas de IA libres de barreras o fronteras ideológicas. Para ello, recalca que, concretamente, la finalidad de esta norma es revocar la *Executive Orden 14110 of 30 October 2023*²⁶ dictada por el anterior presidente Joe Biden, cuyo objetivo era establecer un marco normativo integral para el desarrollo y el uso fiable y ético de la IA en EEUU. Esta orden anterior, con estructura de un código de buenas prácticas, configuraba una serie de principios rectores y planeaba la creación de la autoridad del *Chief AI Officer*, encargado de coordinar políticas éticas para utilizar la IA. De este modo se pretende volver al panorama anterior de total libertad de emprendimiento y experimentación instaurado en el ámbito empresarial.

22. Siguiendo esta misma línea nos encontramos con el caso de Uruguay, que en 2020 aprobó la Estrategia de Inteligencia Artificial para el Gobierno Digital²⁷, que enumera una serie de principios que se deben tener en cuenta para realizar el diseño, desarrollo y despliegue de los sistemas de IA. No se queda atrás el gobierno de Colombia, que ha llevado a cabo una frenética labor legislativa, dictando el Plan estratégico para la transferencia de conocimiento en Inteligencia Artificial²⁸, la Hoja de Ruta para la Adopción Ética y Sostenible de la Inteligencia Artificial²⁹ y la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial³⁰.

23. Por su parte, Argentina en 2023 publicó las Recomendaciones para una Inteligencia Artificial fiable, cuya finalidad es garantizar el desarrollo responsable de la IA, dirigiendo sus indicaciones al sector público principalmente en materia de ética. Este documento destaca por compartir el mismo enfoque centrado en el ser humano que comparten otros documentos como la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO³¹ o los Principios Asilomar³². Este tipo de enfoque pretende respetar en todo el ciclo de vida del sistema de IA tanto los valores fundamentales como los derechos humanos, la privacidad, la equidad y la justicia social.

24. En esta misma línea se encuentra China, que ha optado por un enfoque si bien centralizado, con tintes de *soft law*, al caracterizarse por la emisión de directrices, recomendaciones y políticas cuyo objetivo es asegurar una correcta implementación de la IA. La norma más importante sin duda es el Reglamento de Síntesis Profunda³³, que resulta aplicable a los servicios disponibles para la ciudadanía China y que exige a los proveedores de servicios de IA la realización de controles de seguridad y registro de los algoritmos de forma pública si prevén que los servicios pueden tener un efecto relevante en la población. Además, esta norma impone un deber de transparencia, de modo que obliga a revelar cuándo el contenido ha sido generado artificialmente y qué tipo de datos han sido tenidos en cuenta para entrenar el modelo³⁴. Esta norma, con ciertos tintes europeos se aplica tanto a los proveedores de servicios, los técnicos de soporte, los usuarios y las plataformas en línea, imponiendo obligaciones de ciberseguridad, protección de datos, auditoría de algoritmos, registros y verificación de datos.

²⁵ Disponible en: <https://www.presidency.ucsb.edu/node/376009>

²⁶ Disponible en: <https://www.congress.gov/crs-product/R47843>

²⁷ Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/sites/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/files/documentos/publicaciones/Estrategia%20IA%20-%20versi%C3%B3n%20espa%C3%B1ol.pdf>

²⁸ Disponible en: https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/noticias/hoja_de_ruta_adopcion_etica_y_sostenible_de_inteligencia_artificial_colombia_0.pdf

²⁹ Disponible en: https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/noticias/hoja_de_ruta_adopcion_etica_y_sostenible_de_inteligencia_artificial_colombia_0.pdf

³⁰ Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12324/36742>

³¹ Disponible en: <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

³² Disponible en: <https://philarchive.org/archive/MORVPD-2>

³³ Disponible en: <https://tinyurl.com/4zrrxjyn>

³⁴ M. PÉREZ UGENA, “Análisis comparado de los distintos enfoques regulatorios de la inteligencia artificial en la Unión Europea, EE. UU., China e Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 28, n.º 1, 2024, pp. 145-147.

2. Países que optan por la regulación

25. En el otro extremo de países que optan por una visión reguladora y proteccionista nos encontramos con México, que estaba en trámites de promulgar la Ley para la Regulación Ética de la Inteligencia Artificial y la Robótica en 2023³⁵, cuyo objetivo es crear un organismo denominado Consejo Mexicano de Ética para la Inteligencia Artificial y Robótica, que se pretende usar como plataforma de intercambio de propuestas futuras legislativas entre los diferentes operadores del sistema y como organismo revisor del cumplimiento de las normas y redacción de informes de control. Esta norma prevé ciertas prácticas prohibidas de la IA, como aquellas que puedan derivar en manipulación social discriminación o violación de principios fundamentales. Sin embargo, en 2024 se ha aprobado la Ley Federal que regula la IA³⁶, con el mismo enfoque de riesgo que ya proponía la versión anterior.

26. Por su parte, Chile presentó en 2023 el Proyecto de Ley sobre robótica, inteligencia artificial y tecnologías conexas³⁷, cuya finalidad es realizar una clasificación de los diferentes sistemas de IA en función de su riesgo, dividiéndolos en IA prohibida e IA de alto riesgo. De manera complementaria también cuenta con la Política Nacional de Inteligencia Artificial, que consta de diez objetivos que se deben poner en marcha durante el uso de un sistema inteligente, como son: fomentar e impulsar la productividad económica de la IA para llegar a niveles iguales o superiores al promedio de crecimiento económico para países OCDE por el impacto de IA; impulsar la construcción de certezas regulatorias sobre los sistemas de IA que permitan su investigación, desarrollo e implementación, respetando los derechos fundamentales; desarrollar herramientas para el uso ético de inteligencia artificial en el Estado; impulsar programas de capacitación para funcionarios públicos sobre el uso ético de IA en este sector; promover y articular la discusión sobre gobernanza de la IA y cooperación internacional en América Latina y El Caribe; colaborar e incidir activamente en la discusión de gobernanza y estándares a nivel internacional; fomentar el uso de IA para combatir la crisis climática; fomentar el uso de energías renovables no convencionales en el desarrollo de la IA; fomentar la participación de mujeres en áreas de investigación y desarrollo relacionadas a la IA para alcanzar un nivel igual o mayor al promedio OCDE; fomentar la participación de mujeres en áreas de IA en la industria hasta alcanzar, al menos, un valor igual o superior al promedio OCDE y velar porque el impacto de la automatización no perjudique por género y que la creación de empleo sea equitativa; y fomentar la inclusión y no discriminación en la implementación de sistemas de IA.

27. Finalmente nos encontramos con el caso de Brasil, que tiene la Ley 2338/2023³⁸ aprobada el 10 de diciembre de 2024 que establece una serie de reglas que deben cumplir los sistemas inteligentes para ser considerados como IA fiable, respetando los derechos de propiedad intelectual y generales de los ciudadanos. Lo llamativo de esta normativa es que es la primera en todo el continente americano en regular aspectos como la responsabilidad civil, estableciendo que el proveedor o el operador del sistema que cause un daño material o moral debe repararlo independientemente del grado de autonomía que posea el sistema, pero realiza una distinción: cuando se trate de un sistema de alto riesgo el proveedor responderá objetivamente dependiendo de su participación en la conducta dolosa; cuando se trate de un sistema de bajo riesgo se establece un sistema de responsabilidad por culpa, aplicándose la inversión de la carga de la prueba. En esta ley se contempla también la creación de sandboxes, que son entornos donde se puede practicar, ensayar y probar modelos de IA antes de implementarla definitivamente.

28. Por otra parte, Brasil cuenta también con la Estrategia de Brasil para la Inteligencia Artificial³⁹, cuyos objetivos principales son: contribuir a la elaboración de principios éticos para el desarrollo y el uso de la IA responsable; promover inversiones sostenidas en investigación y desarrollo de IA;

³⁵ Disponible en: https://www.senado.gob.mx/66/gaceta_comision_permanente/documento/135000

³⁶ Disponible en: https://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2024/04/asun_4729480_20240402_1712079223.pdf

³⁷ Disponible en: <https://www.camara.cl/verDOC.aspx?prmID=72777&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA&prmFICHATIPO=DIP&prmLOCAL=0>

³⁸ Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>

³⁹ Disponible en: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>

eliminar las barreras a la innovación en IA; empoderar y formar profesionales para el ecosistema de IA; estimular la innovación y el desarrollo de la IA brasileña en un entorno internacional; y promover un entorno cooperativo entre entidades públicas y privadas, centros de industria e investigación para el desarrollo de la Inteligencia Artificial.

3. El caso de la Unión Europea

29. En abril de 2021, la Comisión Europea propuso el primer proyecto europeo que regulaba la IA cuyo rasgo distintivo fue el enfoque basado en el riesgo, vertebrado en una estructura piramidal. Por ello, la Unión Europea se convirtió y actualmente es la primera potencia en adoptar un enfoque claramente regulacionista y proteccionista con los derechos de los usuarios. Esta propuesta de la Comisión se materializó el pasado 12 de julio de 2024 en el RIA, y se caracteriza por realizar una distinción entre los diversos tipos de sistemas de IA que en función de su categoría se someterán a unas normas armonizadas u otras. Esto supone un cambio de paradigma, debido a que esta perspectiva supone variar la tendencia a adoptar una regulación uniforme para todas las formas de IA de la UE⁴⁰. Esto pone de manifiesto que este instrumento tiene un carácter generalista, buscando abordar el uso de los sistemas de IA de un modo global y no especializado, sin distinguir entre las diversas materias o sectores que se pueden ver implicados.

30. La finalidad principal del Reglamento es crear unas mejores condiciones para el uso y desarrollo de la IA, creando un entorno donde se erradiquen las prácticas discriminatorias y permitiendo que la IA se convierta en una tecnología segura, transparente, trazable y respetuosa.

31. Por lo que respecta a otras temáticas relacionadas con la inteligencia artificial es importante señalar que el RIA exclusivamente se ciñe a clasificar los diferentes tipos de IA y establecer obligaciones para los responsables y el sistema de sanciones. Con respecto a la responsabilidad y los daños causados por los sistemas inteligentes estas materias estaba previsto que se regularan en un instrumento normativo diferente. Por ello nos encontramos en un primer momento con dos instrumentos que iban a regularla⁴¹:

- Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (Directiva de productos defectuosos⁴²)
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA de 2022⁴³)

32. Con respecto a la Propuesta de Directiva de responsabilidad en materia de IA esta solo establecía aspectos procesales, no regulando la responsabilidad en sí, y derivaba a los regímenes de responsabilidad por culpa que establecieran los diferentes Estados Miembros. Tenía previsto el ejercicio de acciones contra cualquier causante del daño, ya fuera proveedor, distribuidor o importador por cualquier tipo de daño resarcible. Se trataba de una norma de armonización mínima que daba un amplio margen de discrecionalidad a los Estados. En base a esta propuesta se entendía por afectado por el daño cualquier persona que podía reclamar cualquier tipo de daño, pero siempre orientado a los producidos por los sistemas clasificados según el Reglamento de IA como de alto riesgo⁴⁴. Este proyecto tenía como objetivo

⁴⁰ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024, pp. 12-13.

⁴¹ C. MUÑOZ GARCÍA, *Regulación de la inteligencia artificial en Europa: Incidencia en los regímenes jurídicos de protección de datos y de responsabilidad por productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 194.

⁴² DOUE-L-2024-81701, de 18 de noviembre de 2024

⁴³ COM (2022) 496 final de 28 de septiembre de 2022

⁴⁴ M.L. ATIENZA NAVARRO, ¿Son necesarias reglas especiales para los daños causados por Inteligencia Artificial? en I. HERBOSA MARTÍNEZ, Y D. FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, (dirs.), *Derecho e inteligencia artificial. El jurista ante los retos de la era digital*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 403.

facilitar la carga de la prueba y la relación de causalidad de los daños causados por sistemas inteligentes, introduciendo la presunción de causalidad, e incorporando medidas que favorecían la obtención de la prueba y la identificación de las personas responsables para evitar la opacidad a la que a veces se enfrentaban las víctimas cuando el sistema inteligente era de caja negra.

33. Por su parte, la Directiva de productos defectuosos establece normas de responsabilidad objetiva y resulta aplicable tanto a sistemas de IA como a productos físicos que lleven incorporados sistemas de IA. Exclusivamente prevé la acción de reclamación frente al fabricante o productor aparente y da vía a la exención de responsabilidad.

34. Lo relevante de este asunto es que, como se puede observar, a pesar de haber sido publicadas ambas propuestas en 2022, solo la Directiva de productos defectuosos ha visto la luz a finales del año pasado. ¿Qué ha pasado con la Propuesta de Directiva de responsabilidad en materia de IA?

35. Pues bien, a pesar de la a priori férrea posición europea que siempre ha abogado por una protección ferviente de la ciudadanía frente a las injerencias que podían llevar a cabo las grandes compañías y empresas tecnológicas, en el último año parece que la UE ha optado por dar un cambio de rumbo a su línea de actuación, auspiciada por la nueva administración llevada a cabo por el Gobierno de los Estados Unidos, que apuesta abiertamente por la desregulación⁴⁵. A principios del año 2025, los días 10 y 11 de febrero tuvo lugar en París la Cumbre sobre Inteligencia Artificial, momento que aprovechó la Unión Europea para anunciar que su nuevo objetivo respecto a la inteligencia artificial es ponerse a la cabeza y estar a la altura de la carrera competitiva empresarial, para ser una firme competidora de potencias tales como China y Estados Unidos. En ese mismo momento retiró la propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, lo que supone que la Propuesta que llevaba parada ya tres años, ha desaparecido por completo del horizonte legislativo europeo, dejando descolgada parte de la regulación que estaba planeada.

4. Ámbito de aplicación del Reglamento

A) Ámbito competencial

36. En primer lugar, con respecto al ámbito competencial, el RIA se aplica únicamente a las materias que están dentro del ámbito de aplicación de la legislación europea sin interferir en la competencia de los respectivos Estados Miembros. Por ello, quedan excluidos del ámbito competencial materias tales como la IA con fines militares o de defensa, investigación o innovación⁴⁶.

B) Ámbito material

37. Con respecto al ámbito material, este Reglamento no constituye una mera guía con recomendaciones o estipulaciones de carácter blando, sino que establece las diversas responsabilidades de los sujetos y las consecuencias por su incumplimiento. Para conseguir que efectivamente se cumpla lo estipulado cuenta con diversas herramientas: abundantes mecanismos de control como autoridades de control del mercado, con potestad para comprobar e intervenir (art. 70), controles y procedimientos de autorización para la creación de los denominados sistemas de alto riesgo (art. 5); sanciones severas en caso de incumplimiento (art. 99) y multas administrativas (art. 100 y 101).

⁴⁵ M. BARRIO ANDRÉS, “El cambio de paradigma de la regulación global de la inteligencia artificial” *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, n.º. 23, p. 1.

⁴⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo...” *op cit.* p. 18

C) Ámbito territorial

38. Más interesante, controversial y complejo resulta sin duda el ámbito territorial de este instrumento jurídico. El artículo 2.1 del RIA cobra una importancia singular al delimitar el ámbito de aplicación subjetivo y territorial del Reglamento, ya que concreta quiénes van a estar sujetos a las obligaciones que el instrumento contempla, expresándose en los siguientes términos: “El presente Reglamento se aplicará a: a) los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país; b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión; c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión; d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA; e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca; f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión; g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión.”

39. Por lo tanto, atendiendo a la literalidad del precepto, tanto los proveedores como los usuarios y sistemas de IA que estén en la UE o en terceros países se encuentran vinculados por el Reglamento cuando la información de salida del sistema de IA se utilice en la UE. Esto significa que el Reglamento tiene un carácter transfronterizo y extraterritorial, que debe ser analizado con detenimiento. Esta concepción de la extraterritorialidad en materias relacionadas con el mundo virtual “no físico” surgió por primera vez con el Reglamento General de Protección de Datos (que posteriormente comentaremos), cuyo artículo 3.2 prevé la aplicación del Reglamento al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte del responsable o encargado no establecido en la Unión cuando se ofrecen, dirigen o personalizan los servicios a personas físicas dentro de la UE⁴⁷.

40. A pesar de que el RGPD supusiera un primer acercamiento a la extraterritorialidad digital, el RIA propone una aplicación mucho más amplia, como señala el considerando 21 “Con el objetivo de garantizar la igualdad de condiciones y la protección efectiva de los derechos y libertades de las personas en toda la Unión, las normas establecidas en el presente Reglamento deben aplicarse a los proveedores de sistemas de IA sin discriminación, con independencia de si están establecidos en la Unión o en un tercer país, y a los responsables del despliegue de sistemas de IA establecidos en la Unión.” En este sentido, el art. 3.1 del RIA, de forma parecida a lo que establece el art. 3.2 del RGPD prevé la aplicación del Reglamento a los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA con independencia de si están ubicados dentro o fuera de la UE, al igual que los responsables del despliegue de sistemas de IA siempre que los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión.

41. Sin embargo, respecto de la interpretación de este precepto nos encontramos con dos corrientes: la primera, que defiende que se debe interpretar literalmente, de modo que el RIA tiene vocación de ser aplicado a cualquier sujeto que con voluntad o no despliegue efectos con sus productos en la UE y otra vertiente, que interpreta que el art. 3.1 del RIA debe interpretarse como que se aplica solamente cuando el proveedor de los servicios y sistemas de IA ha dirigido voluntariamente sus actividades a la UE y no en todo caso.

42. Comenzando con la primera teoría, para algunos autores, mientras que el RGPD tiene vocación de ser aplicado cuando el sujeto fuera de la UE busca dirigir sus actividades dentro de la UE, el RIA se aplica incluso cuando el proveedor o el responsable del despliegue no tenía intenciones de dirigir sus actividades a la UE⁴⁸.

⁴⁷ M. BARRIO ANDRÉS, “El efecto Bruselas del Reglamento Europeo de inteligencia artificial”, *OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº2, 2024, p. 47.

⁴⁸ *Ibid*, p. 48.

43. Para poder entenderlo mejor realizaremos un ejemplo práctico: La empresa 1, con sede en Argentina dedicada a crear un software capaz de procesar imágenes de cerebros y detectar Alzheimer en estadios tempranos vende dicho software a la empresa 2, que tiene su sede en Japón y se dedica a incluir dicho software en un dispositivo electrónico sanitario. Cuando la empresa japonesa realiza una tirada lo suficientemente numerosa de aparatos decide abrir una sucursal en Sevilla para comenzar a comercializar este invento novedoso. Pues bien, según lo que estipula el propio RIA, la empresa argentina (1), sería responsable del despliegue del sistema de IA, ya que el software es considerado un contenido y sistema de IA según el art. 3.1. Por otra parte, la actividad que está llevando a cabo la empresa 1 sería un resultado de salida. Aunque pueda parecer extraño, en virtud del comentado art. 2.1.c), el RIA le resultaría aplicable a la empresa argentina que no ha tenido ningún contacto directo con Europa ni ha pretendido expandir su invento en territorio europeo. La doctrina señala que, para evitar este tipo de situaciones, la única opción que le quedaría a la empresa 1 sería incluir una cláusula contractual en la que ésta prohíba a su cliente (empresa 2 japonesa) comercializar su producto en la UE ⁴⁹.

44. Como se puede observar, este efecto expansivo del RIA lleva a que toda empresa del mundo que trabaje como proveedora de servicios tecnológicos o responsable de despliegue de cualquier tipo de sistema de IA se vea abocada a que se le aplique el RIA en función del comportamiento de la empresa compradora. Se podría considerar, por lo tanto, que dicho Reglamento tiene una vis expansiva excesivamente amplia que puede dar lugar a problemas futuros.

45. Con respecto a la segunda teoría, recordemos, consistente en que el RIA solo se aplica cuando existe una cierta voluntad de conexión con la UE, la doctrina⁵⁰ pone de manifiesto que Internet es un medio global sin fronteras pero que este hecho no resulta suficiente como para interpretar que el art. 3 del RIA haga que se pueda aplicar el RIA cuando los sistemas de IA desarrollados por proveedores sitios en terceros Estados sean accesibles por clientes en Europa. Para sustentar esta teoría se basan en la necesidad de que existan criterios de conexión, que hacen que el RIA solo se pueda aplicar cuando los proveedores lleven a cabo actividades que presenten una conexión o vinculación estrecha con la UE, produciendo efectos en el mercado o dirigiendo sus actividades. Para esta rama doctrinal, la interpretación contraria, es decir, la aplicación masiva del RIA supondría una gran inseguridad jurídica de los operadores que no podrían determinar cuándo estarían obligados a cumplir los requisitos del RIA y sus obligaciones ya que no tendrían la posibilidad de saber los actos que van a llevar a cabo las empresas a las que les venden dichos productos y, por otra parte, supondría una aplicación injustificada en situaciones que no tienen ningún tipo de vinculación con la UE.

46. Sea como fuere, llegados a este punto puede surgirnos la duda de qué ha podido llevar a la UE a redactar un artículo tan sumamente amplio o, más bien, a buscar esa extraterritorialidad en la aplicación del RIA. La respuesta se basa en dos razones fundamentales. La primera es que si no se aplica de manera extensiva el Reglamento no habría forma de garantizar una protección integral de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, ya que solamente quedarían protegidos si la empresa distribuidora del sistema inteligente operase en la UE, lo cual realísticamente no es verídico. En segundo lugar, la vocación de extraterritorialidad garantiza que los proveedores de sistemas de IA puedan competir en situación de igualdad, ya que las obligaciones que se les impone son las mismas independientemente de donde estén sitios. Si el RIA solo se aplicase a las empresas con sede en Europa, esto pondría a los terceros Estados en una situación de ventaja frente a las empresas europeas que deberían cumplir con todo el entramado obligacional de la norma y haría que, con el tiempo, las empresas europeas buscasen establecerse en territorio extracomunitario a pesar de operar en Europa por tal de evadir los requisitos del RIA.

47. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que una gran desventaja de la extraterritorialidad radica precisamente en ese trato igualitario que puede llevar a las empresas a pensar que como independien-

⁴⁹ *Ibid* p. 48.

⁵⁰ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 45, 2023, p. 6.

temente de donde estén situadas van a tener que cumplir con el Reglamento si quieren operar en Europa, podría ser nuestro territorio prescindible dentro de su mercado, lo cual provocaría un desabastecimiento de servicios digitales e inteligentes, convirtiéndose nuestro continente en un cementerio tecnológico.

48. Este tipo de argumentación ha llevado a la doctrina a crear el término “efecto Bruselas”, referido a la emigración de empresas europeas a terceros Estados con el fin de evitar la aplicación de la normativa tan exigente que se requiere en Europa. En el caso del RIA hay quienes consideran que ya se está dando el referido efecto, ya que si un proveedor quiere incluir datos extraídos de ciudadanos europeos para entrenar a su sistema de IA debe cumplir con las exigencias del RIA⁵¹. Por lo tanto, resultaría complejo que si esa misma empresa quiere ofrecer sus servicios en terceros Estados tenga que entrenar a sus sistemas exclusivamente con datos extraídos de pacientes fuera de la UE para poder comercializarlos fuera de Europa, ya que supondría una bifurcación del mismo sistema de IA en función de la población a la que vaya dirigido, lo cual repercutiría gravemente en la economía y el presupuesto de la empresa tecnológica⁵².

49. Si bien algunos autores, como BRADFORD defienden que en ningún caso podría darse un abandono empresarial de las compañías tecnológicas en Europa por el gran volumen humano y económico que supone el continente, LÓPEZ-TARRUELLA en cambio apunta que en 2024 OpenAi lanzó una IA generativa con capacidad de conversión de textos a vídeos en todo el mundo, salvo en Europa; lo mismo ocurre con Apple Intelligence. Según este autor, esa huida de la UE no se debe a una falta de recursos económicos sino a un temor a las posibles sanciones a las que se pueden enfrentar si no cumplen con la normativa europea del RIA⁵³. Siguiendo de nuevo a LÓPEZ-TARRUELLA otra desventaja de considerar esa aplicación extraterritorial es y un sistema tan encorsetado de obligaciones es la presión ejercida sobre las empresas con un volumen de negocios mediano o pequeño, ya que no cuentan con recursos suficientes como para poder ponerse al día de las obligaciones que se les exigen y que suponen un gran coste económico, tales como la redacción de códigos de buenas prácticas internos, la creación de *sandboxes*, la contratación de personal específico de control, etc.

D) Competencia de las autoridades nacionales de control

50. Otro aspecto relevante que contempla el RIA en el art. 70 es la creación de unas autoridades nacionales de control para supervisar que se cumplen las obligaciones previstas en el Reglamento que deben ser designadas por los Estados miembros. Una de las funciones que tiene precisamente esa autoridad de vigilancia del mercado, según estipula el art. 85 es la de tramitar las reclamaciones que cualquier persona física y jurídica puede presentar cuando considera que se ha infringido lo dispuesto en el Reglamento. Para estas autoridades de vigilancia, el art. 3 del RIA adquiere un nuevo carácter, ya que se convierte en una norma de competencia internacional, pero no en el sentido jurídico tradicional, sino de competencia de las autoridades administrativas internacionales nombradas por cada Estado para poder conocer de las reclamaciones que las personas les presenten en relación con un incorrecto cumplimiento del Reglamento. Por ello, estas autoridades deberán justificar su competencia acudiendo precisamente al art. 3 y no al Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBIbis⁵⁴).

⁵¹ A. BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, OUP, Oxford, 2023, pp. 397-398.

⁵² A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Claroscuros del “efecto Bruselas” del Reglamento de Inteligencia Artificial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 77, n.º.1, 2025, p. 239.

⁵³ En concreto, el art. 99 del RIA establece en su apartado tercero que si no se respeta la prohibición de las prácticas de IA referidas en el art. 5 las multas pueden llegar hasta los 35 millones de euros, y si el infractor es una empresa hasta el 7% de su volumen de negocios mundial. En el caso de incumplimiento de las obligaciones no referidas en el art. 5 las multas pueden llegar a 15 millones o el 3% del volumen de negocios mundial total.

⁵⁴ DOUE-L-351/1, de 20 de diciembre de 2012.

51. Precisamente por tratarse de una autoridad administrativa, la única disposición que van a poder aplicar es su propia ley, es decir, el RIA, no pudiendo plantearseles la aplicación de algún Derecho extranjero de un tercer Estado, ya que se trata de una relación estructural *forum-ius*⁵⁵. Además de esta especialidad, igual que ocurre con el RGPD, el RIA prevé la aplicación de la normativa europea y no la de un Estado en concreto. Lo mismo ocurre con la competencia de las autoridades de control, que se otorga de manera general y no para cada autoridad en concreto (ya que estas serán elegidas por los diferentes Estados). Por estas características especiales puede surgir la duda de cómo se solventaría una cuestión cuando la controversia está relacionada con diferentes Estados miembros, es decir, cuál es la autoridad de control que debería actuar. Para responder a este interrogante habría que acudir de nuevo al art. 85, que establece una competencia territorial de esta figura, de modo que se podría entender que sería competente la autoridad donde el actor de la acción tiene su residencia habitual o donde se le produjo el daño⁵⁶.

E) Aplicación del RIA como norma de policía por los tribunales

52. Una última perspectiva que debemos analizar del RIA es su aplicación por los órganos jurisdiccionales. Esto se debe a que en el seno de una prestación de servicio de un sistema de IA puede que se produzca algún tipo de daño del que se derive responsabilidad extracontractual o algún tipo de incumplimiento del contrato de servicios. En esta amplia casuística podría existir la posibilidad de que el RIA sea invocado como norma que sustenta la demanda. Concretamente, al tratarse de litigios civiles, por lo que respecta a la competencia judicial internacional de cualquier órgano judicial de un Estado Miembro, éste deberá determinarla según lo dispuesto en el RBI bis, y por lo que respecta a la ley aplicable, dependerá del petitum de la demanda: si se trata de una controversia relacionada con responsabilidad extracontractual, será de aplicación el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RRII⁵⁷); mientras que si el litigio versa sobre un incumplimiento contractual, habrá que aplicar el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI⁵⁸).

53. En estos casos, el RIA sería aplicable igualmente, pero en su vertiente de ley de policía. La ley de policía se puede definir en virtud del art. 9.1 del RRI como una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato. Se puede entender que el RIA es una norma de policía ya que el propio considerando primero señala que “una de las finalidades del Reglamento es asegurar un nivel elevado de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación”. Al considerar el RIA como una norma de policía, esto llevaría a su aplicación preferente frente al Derecho material que sea aplicable que surja por la aplicación de la correspondiente norma de conflicto. En consecuencia, incluso cuando el Derecho aplicable sea el de un tercer Estado, el tribunal competente debería aplicar el RIA con preferencia⁵⁹. Sobre este aspecto resulta relevante mencionar la STJUE de 21 de enero de 2019, As. C-148/18, Agostinho Da Silva Dekra Claims Services Portugal SA⁶⁰, que concretó por primera vez cuáles eran las circunstancias que debían darse para que la aplicación de la ley designadas por las partes quedara descartada por las normas de policía. En esta sentencia el

⁵⁵ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados...” *op cit.* p. 8.

⁵⁶ *Ibid.* p. 9.

⁵⁷ DOUE-L-199/40, de 11 de julio de 2007.

⁵⁸ DOUE-L-2008-81325, de 4 de julio de 2008.

⁵⁹ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. “El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados...” *op cit.* p. 10.

⁶⁰ ECLI:EU:C:2019:84

TJUE mantiene una interpretación restrictiva de la noción de leyes de policía⁶¹, en la línea del Abogado General, argumentando que se trata de disposiciones que suponen una excepción a la ley previamente designada por la norma de conflicto de los Reglamentos Roma I y Roma II. Una interpretación extensiva y más flexible impediría conseguir los objetivos que tiene el instrumento en cuestión (la ley de policía)⁶². Para poder apreciar cuándo nos encontramos ante una norma con la consideración de ley de policía es necesario, según el TJUE verificar que la disposición se ha adoptado por el legislador con la finalidad de proteger intereses públicos especialmente importantes. Como herramienta para responder a esta cuestión se debe analizar la estructura general de la norma, los objetivos y las circunstancias que han motivado su promulgación. En segundo lugar, es necesario asegurarse de que la disposición constituye una expresión de los principios fundamentales del ordenamiento en cuestión. Finalmente, el último requisito hace referencia a que la aplicación de la disposición sea absolutamente imprescindible para poder proteger el interés del caso en concreto. Añade la doctrina, que una pista para poder averiguar si una norma posee la cualidad de ley de policía puede ser el hecho de que contenga sanciones en caso de incumplimiento, no siendo este un requisito fijo, ya que, dentro del ámbito legislativo de cada uno de los países, cada Estado es soberano para establecer qué normas dentro de su ordenamiento van a poseer el carácter de policía⁶³. Por otro lado, otros indicativos de que nos encontramos ante normas de policía puede ser la idea de orden social que imponen dichas normas; que se trate de normas que regulen los efectos que las relaciones entre particulares producen dentro del propio Estado o las normas que regulan la sociedad civil⁶⁴.

54. Yendo incluso más allá, si abogamos por la teoría antes mencionada sobre el ámbito de aplicación territorial determinado por la vinculación estrecha con la UE y no de manera general, nos encontramos con que solamente se podrá entender aplicable el RIA en su vertiente de norma de policía cuando entren en juego o puedan verse lesionados los objetivos que pretende el Reglamento. Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 24 de septiembre de 2019, *Google France*, C-507/17⁶⁵, que se podría aplicar por analogía de la siguiente forma: en la sentencia se llega a la conclusión de que la normativa sobre el derecho al olvido se puede aplicar cuando afecta a un interesado en sede europea, es decir, cuando la búsqueda se realiza desde una dirección IP localizada en uno de los Estados Miembros sujetos a la normativa concreta. En nuestro caso podría aplicarse de modo parecido, es decir, cuando el daño o la injerencia se produzca a un ciudadano que se encuentre establecido en alguno de los Estados Miembros en los que resulta aplicable el RIA. De hecho, la aplicación de las leyes de policía constituye un elemento recurrente en la regulación de las relaciones internacionales. Esta realidad se manifiesta con mayor claridad en el ámbito digital, donde la defensa de los intereses europeos solo puede asegurarse mediante la aplicación de normas imperativas de este tipo.

IV. El Reglamento General de Protección de Datos como freno al uso de datos

55. Habiendo visto cómo la UE ha contemplado la regulación de la IA, procede ahora aclarar porqué se relaciona habitualmente el RIA con el RGPD y cuál es la jerarquía exacta entre ellos. Cuando se habla de IA desde el inicio de la creación del sistema, pasando por todas sus etapas se deben implementar una serie de medidas tanto técnicas como organizativas para garantizar que están protegiendo

⁶¹ Esta misma visión restrictiva de las normas de policía ya había sido puesta de manifiesto por el TJUE en las sentencias: de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, ECLI:EU:C:1999:755; de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605; de 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; de 17 de octubre de 2013, *UNAMAR*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

⁶² M. VIXAINA MIQUEL, "La ley aplicable a la determinación del alcance de la indemnización de los daños morales sufridos por víctimas indirectas de accidentes de tráfico: ¿son los "criterios de equidad" una "ley de policía" según el art. 16 del Reglamento Roma II? (STJUE de 5 de septiembre de 2024, as. C-86/23, E.N.I, Y.K.I c. Huk-Coburg-allgemeineversicherung ag)" *Crónica de Derecho Internacional Privado*, núm. 48, 2024, p. 501.

⁶³ E. C. TORRALBA MENDIOLA, "La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea. El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria" *REDI*, vol. 75, núm. 1, 2023, p. 144.

⁶⁴ A. L. CALVO CARAVACA, ET AL, *Tratado de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 504-506.

⁶⁵ ECLI:EU:C:2019:772

los datos que se usan para el entrenamiento del programa. Las más habituales son la obtención del consentimiento informado y libre de las personas que ceden dichos datos, la transparencia sobre cómo se van a utilizar dichos datos. Esto se debe a que los sistemas de IA son al fin y al cabo sistemas de procesamiento de información, por lo que los datos van íntimamente ligados al desarrollo y el éxito del sistema inteligente⁶⁶. Esas grandes cantidades masivas de datos es lo que comúnmente se denomina *big data* y son esenciales para entrenar los modelos mediante algoritmos de *machine learning* capaces de encontrar correlaciones entre la información introducida.

56. A pesar de que puedan existir datos que se utilicen para el entrenamiento de la IA que no sean personales, la realidad refleja que la gran mayoría de ocasiones los datos utilizados tienen la consideración de datos personales, por lo que será de aplicación el RGPD. Por lo tanto, el RGPD estará presente en todo el ciclo de vida del sistema de IA. Comenzando con la fase de entrenamiento del modelo, posteriormente la de validación, a la que se le introducirán datos sobre situaciones reales para evaluar la calidad del modelo y su correcto funcionamiento. En algunas ocasiones los datos que se introducen en la fase de validación pueden ser diferentes a los datos introducidos durante el entrenamiento, por ejemplo, porque la empresa haya externalizado el servicio de validación a una segunda empresa que certifique la calidad del mismo.

1. Ámbito de aplicación

A) Ámbito material

57. El principal objetivo que presenta este Reglamento aparece recogido en el art. 2.1 y es proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, en concreto el derecho a la protección de datos personales. Este instrumento normativo tiene vocación de ser aplicado al tratamiento automatizado de datos personales y al no automatizado de datos personales contenidos o destinado a ser incluidos en un fichero (art. 2.1). Al igual que ocurre con el RIA, el RGPD se aplica exclusivamente a los datos personales que se traten en el ejercicio de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 2.2.a).

B) Ámbito territorial

58. Con respecto al ámbito territorial, como hemos mencionado anteriormente, el RGPD fue un instrumento pionero, al prever por primera vez en un instrumento sobre temática digital una aplicación extraterritorial. La intención del legislador según la doctrina es que la protección en materia de datos viajase allí donde se movían los datos, para que no quedaran desprotegidos los usuarios ante el movimiento ingente de cantidades de datos a nivel mundial⁶⁷. En este sentido, el art. 3 prevé que se aplique al tratamiento de datos personales en el contexto de actividades de un establecimiento del responsable, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con alguno de los siguientes elementos: la oferta de bienes o servicios a los interesados que se encuentran en la Unión, independientemente de si la contraprestación requiere pago y cuando el tratamiento esté relacionado con el control del comportamiento.

59. En este punto la doctrina⁶⁸ ha señalado el sentido que se le debe dar concretamente a este artículo, entendiendo que el Reglamento es aplicable cuando el responsable proyecta ofrecer servicios

⁶⁶ M. PÉREZ-UGENA COROMINA, Protección de datos en la aplicación de sistemas de inteligencia artificial, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 25, 2024, p. 210.

⁶⁷ A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La extraterritorialidad del nuevo Reglamento europeo de Inteligencia Artificial”, *Revista jurídica: Región de Murcia*, n.º 54, 2024, pp. 122-124.

⁶⁸ P. A. MIGUEL ASENSIO, “Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, 2017, n.º 1, p. 84.

a los interesados que se encuentran en un Estado miembro. En este sentido no se podría valorar como suficiente el hecho de que el servicio online se encuentre en una lengua accesible para los ciudadanos de la Unión, sino que se hace necesaria la concurrencia de otros factores que den a entender de manera inequívoca la intención del responsable de dirigir sus actividades directamente a los países de la Unión, como que se usen varias lenguas oficiales, o monedas, o se presten servicios específicos para ciudadanos residentes o se mencione directamente a los clientes o usuarios de países específicos. Siguiendo la jurisprudencia más clásica del TJUE, contenida en la STJUE de 7 de diciembre de 2010, *caso Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08⁶⁹, ente los indicios más relevantes de que existe esa intencionalidad se encuentra la mención de que ofrezca sus servicios o bienes en un Estado miembro, la publicidad dirigida a consumidores domiciliados en ese Estado, la mención de números de teléfono con un prefijo concreto, o el uso de un nombre comercial específico⁷⁰.

2. Previsiones generales e interacción con el RIA

60. Ahora bien, ¿cómo establece el RGPD que deben tratarse los datos que se van a usar para entrenar al sistema de IA? El art. 5 del RGPD recoge una serie de principios que se deben tener en cuenta: los datos se deben tratar de forma lícita, leal, transparente; se deben recoger con unos fines determinados, explícitos, legítimos, adecuados, pertinentes y limitados al uso para el que fueron recogidos, sin posibilidad de ser tratados ulteriormente con fines distintos a los iniciales; deben ser exactos, actualizados y mantenidos de forma que permitan la identificación de los interesados durante el tiempo concreto estipulado. Si nos referimos concretamente a los datos en el ámbito sanitario, estos tienen la consideración de datos sensibles según el art. 9, lo que hace que para que su tratamiento sea lícito deba existir un consentimiento previo por parte del paciente.

61. Siendo esto así y recordando que nuestro objeto de estudio es el entrenamiento de IA con datos en el ámbito sanitario, debemos dejar de lado cuestiones interesantes como las decisiones individuales automatizadas o la creación de perfiles de los pacientes (art. 22), que se salen de nuestro ámbito de estudio ya que no versan concretamente sobre el entrenamiento de la IA. Llegados a este punto habremos observado que el RGPD realiza pocas previsiones sobre los límites para poder entrenar a la IA y, desde el punto de vista de los ingenieros de datos, que se encuentran lejanos al mundo jurídico, una serie de principios generales que deben regir el tratamiento no ilustran con claridad cómo deben actuar durante el entrenamiento de su programa. Sobre este aspecto resulta especialmente llamativa la reciente publicación por parte de la Comisión Europea de la plantilla obligatoria derivada del art. 53.1 del RIA que recogía la obligación de los proveedores de modelos de IA de propósito general de divulgar públicamente los datos utilizados para su entrenamiento. De este modo lo que anteriormente se venía haciendo de modo voluntario por algunas empresas al estar establecido en códigos de buenas prácticas, ahora se convierte en una obligación legal cuya entrada en vigor es el 2 de agosto de 2025. Además de los datos de entrenamiento deberán publicar información general sobre el modelo, si los datos se han obtenido de bases públicas, privadas, webs, datos sintéticos, etc, además del tipo de procesamiento que se ha aplicado. De incumplirse dicha obligación se plantean multas de hasta quince millones de euros o el tres por ciento de la facturación global anual del proveedor. Con respecto a las fechas más relevantes de este documento, el 2 de agosto de 2027 es el plazo límite para modelos ya comercializados antes del 2 de agosto de 2025 y el 2 de agosto de 2026 es el inicio del régimen de supervisión y sanción por parte de la AI Office.

62. Es por ello que, en ocasiones pueden surgir daños derivados de infracciones del RGPD que deben ser reparadas, ahora bien, en la gran mayoría de ocasiones los responsables no serán estos inge-

⁶⁹ ECLI: EU:C:2010:740

⁷⁰ A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El impacto extraterritorial del Reglamento europeo de inteligencia artificial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n° 17, 2024, p. 227.

nieros cuya única función es experimentar, probar, entrenar y lanzar la IA, sino los responsables del tratamiento de datos, que son los que deben cumplir con las previsiones del RGPD a la hora de seleccionar los datos y posteriormente guardarlos o eliminarlos para que no existan intromisiones.

63. Para responder a esta necesidad de cubrir los daños, el Reglamento General de Protección de Datos prevé su art. 82, relativo al derecho a la indemnización y la responsabilidad del encargado del tratamiento de datos. Recientemente la STJUE de 11 de abril de 2024, *asunto Juris 724/21*⁷¹ ha tratado precisamente cuáles son los requisitos para poder solicitar una indemnización y el sistema de funcionamiento de la responsabilidad en caso de error de una persona que actúa bajo la autoridad del responsable un litigio que versaba sobre un abogado que pedía responsabilidad a una empresa de base de datos jurídica por no haber respetado su derecho de oposición⁷².

64. La primera cuestión prejudicial que plantea el tribunal alemán en este caso es la referida a si es posible considerar la mera infracción del RGPD como un daño o perjuicio inmaterial que da lugar a su respectiva indemnización, por conferir un derecho subjetivo o si es necesario que se produzca un daño independiente. En este sentido señala el TJUE que para que del art. 82 del RGP surja un derecho a indemnización es necesario que concurren tres requisitos:

- La existencia de un daño y perjuicio material o inmaterial
- La infracción del RGPD
- La relación de causalidad entre los daños y la infracción

65. Por lo tanto, la mera infracción del RGPD no puede constituir por sí sola un daño o perjuicio indemnización, siendo necesario probar los daños sufridos.

66. En segundo lugar, con respecto a la responsabilidad en caso de error, el responsable en este litigio pretendía ser declarado no culpable por no ser responsable del hecho causante de los daños, ya que en virtud del art. 82.3 el responsable del tratamiento puede quedar exento de responsabilidad si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que ha causado los daños y perjuicios. En este caso el responsable alegaba que el culpable de la infracción había sido una persona que trabajaba en su equipo, pero no él directamente. El TJUE en este caso establece que el régimen de responsabilidad que aparece recogido en el Reglamento es un régimen de responsabilidad por culpa, recayendo la carga de la prueba en el responsable, que es el que debe desvirtuar la presunción de participación en la infracción. Por lo tanto, alegar exclusivamente que la persona que tenía a su cargo no había seguido sus indicaciones no es hecho suficiente para quedar exento de responsabilidad, ya que el TJUE exige que el responsable del tratamiento debe tomar medidas para garantizar que cualquier persona que trabaja bajo sus órdenes siguen sus instrucciones y respetan el RGPD.

67. Por lo tanto, de esta sentencia podemos extraer varias cuestiones relevantes para las personas que trabajan en el ámbito de la IA, entrenando sistemas mediante la introducción de datos:

- La mera infracción de un precepto del RGPD no hace que surja ningún tipo de responsabilidad
- Para que exista derecho a indemnización hace falta un daño material o inmaterial, una infracción demostrada y una relación de causalidad
- El régimen de responsabilidad del RGPD es por culpa
- La carga de la prueba recae en el responsable del tratamiento
- El responsable del tratamiento de datos debe responder por los daños causados por las personas que actúan bajo su supervisión

⁷¹ ECLI:C:2024:288

⁷² P. A. MIGUEL ASENSIO, “Determinación de la indemnización por daños derivados de infracciones del Reglamento General de Protección de Datos: STJ 3ª 11 abril 2024, asunto, C-741/21: juris”, *La Ley Unión Europea*, nº 125, 2024, p. 5.

- El responsable de datos debe tomar medidas para que su equipo siga sus instrucciones
- Para que el responsable de datos se exima de responsabilidad debe demostrar que no existe relación causal entre el incumplimiento de sus obligaciones y los daños que haya sufrido la víctima

68. Habiendo visto cuáles son las principales previsiones que realiza el RGPD sobre preceptos relativos al entrenamiento y tratamiento de datos personales, procedemos a estudiar cuál es la jerarquía con respecto al RIA.

69. Lo cierto es que el propio RIA realiza de manera constante referencias al RGPD en todo lo relacionado con los datos personales. En concreto, el considerando 3 recoge que el Reglamento contiene normas específicas para proteger a las personas y sus datos personales, restringiendo el uso de sistemas de IA para identificación biométrica remota y el uso de IA para realizar evaluaciones de riesgo.

70. Por otro lado, el RIA también contempla la plena aplicación del RGPD siempre que exista un tratamiento de datos (hecho que ocurre en el entrenamiento de la IA) y lo hace en el considerando 10 en los siguientes términos: “El presente Reglamento no pretende afectar a la aplicación del Derecho de la Unión vigente que regula el tratamiento de datos personales, incluidas las funciones y competencias de las autoridades de supervisión independientes competentes para vigilar el cumplimiento de dichos instrumentos. Tampoco afecta a las obligaciones de los proveedores y los responsables del despliegue de sistemas de IA en su papel de responsables o encargados del tratamiento de datos derivadas del Derecho de la Unión o nacional en materia de protección de datos personales en la medida en que el diseño, el desarrollo o el uso de sistemas de IA impliquen el tratamiento de datos personales. También conviene aclarar que los interesados siguen disfrutando de todos los derechos y garantías que les confiere dicho Derecho de la Unión, incluidos los derechos relacionados con las decisiones individuales totalmente automatizadas, como la elaboración de perfiles”.

71. Por otro lado, el considerando 157 recoge que el RIA se entiende sin perjuicio de las competencias, funciones, poderes e independencia de las autoridades u organismos públicos nacionales pertinentes que supervisan la aplicación del Derecho de la UE que protege los derechos fundamentales, incluidos los organismos de igualdad y las autoridades de protección de datos⁷³.

72. Entrando en el cuerpo normativo, el art. 2.7 del RIA establece que el Derecho de la Unión en materia de protección de los datos personales, la intimidad y la confidencialidad de las comunicaciones se aplicará a los datos personales tratados en relación con los derechos y obligaciones establecidos en el Reglamento. Al estudiar este apartado en relación con el art. 2.8 del RIA que concreta que el RIA no afectará al RGPD, la doctrina⁷⁴ ha unido las interpretaciones contenidas en los considerandos y ha llegado a las siguientes conclusiones:

- El derecho a la intimidad y protección de datos personales debe quedar garantizado durante todo el ciclo de vida de la IA, debiendo respetarse el principio de minimización de datos y su protección (considerando 69).
- El RIA no afecta ni cambia las obligaciones de los proveedores y los responsables del despliegue de sistemas IA, ya que siguen siendo considerados responsables o encargados del tratamiento de datos (considerando 10).
- El RIA no es fundamento para el tratamiento de datos personales, ni aunque se traten de categorías especiales de datos (considerando 63).

⁷³ C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Guía práctica del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial. Manual de referencia para conocer, entender y aplicar la AI Act*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 45-46.

⁷⁴ *Ibid.* p. 46.

- Los titulares de los datos personales siguen ostentando los derechos que les ofrecía el RGPD, en concreto el derecho a no ser objeto de una decisión automatizada o la elaboración de perfiles (considerando 63).
- La intencionalidad del RIA es facilitar la aplicación y el ejercicio de los derechos de los interesados que ya se encontraban antes garantizados por el Derecho de la UE (considerando 10).

73. Siendo así debemos considerar que no existe una jerarquía entre el RGPD y el RIA, sino una relación horizontal de igualdad basada en el ámbito material que se deba tratar. Esa complementariedad de ambas normas se puede observar en el art. 59 del RIA que prevé el tratamiento ulterior de datos personales para el desarrollo de determinados sistemas de IA en favor del interés público en el espacio controlado de pruebas de inteligencia artificial, proporcionando una base legal para que se puedan tratar los datos, dándoles un segundo uso a pesar de estar expresamente prohibido, por ser por razones de interés público, hecho que se permite de acuerdo con el art. 6.4 del RGPD y el art. 9.2.g⁷⁵. Entre este tipo de sistemas de interés general el art. 59.1.a contempla los sistemas de salud pública, detección, diagnóstico, prevención y control, tratamiento de enfermedades y mejora de los sistemas sanitarios⁷⁶.

3. Desidentificación de datos personales para el entrenamiento de la IA

74. Como se ha mencionado antes respecto del tratamiento de datos en el RGPD, uno de los requisitos que se exige es el consentimiento por parte de la persona interesada para que se traten sus datos. Sin embargo, la realidad práctica es que el requisito de solicitar autorización expresa a cada uno de los pacientes para poder usar sus datos para entrenar al sistema de IA es totalmente inviable por falta de tiempo, logística y volumen de datos que se necesitan. En su lugar, una alternativa que llevan a cabo los ingenieros de datos es modificar dichos datos para que sean anónimos, de modo que no tengan la consideración de datos personales porque al realizarle modificaciones no es posible saber a qué paciente pertenecen⁷⁷.

75. El problema de anonimizar los datos es que si lo que se busca es asegurar que el riesgo de identificar al paciente se minimice, la utilidad de los datos también disminuye proporcionalmente, ya que los datos van a sufrir unas modificaciones que van a hacer que no se parezcan a la realidad, lo que disminuye la calidad. Entre las técnicas más habituales que se utilizan para anonimizar los datos nos encontramos con:

- Eliminación. Consistente en eliminar una cierta variable y sustituirla por una serie de valores nulos como por ejemplo xxxx.
- Generalización. Consistente en sustituir el valor de una variable por una expresión mucho más general, como por ejemplo sustituir el nombre de una ciudad por el de un país o la fecha de nacimiento por el año de nacimiento, de modo que el todo englobe a la parte concreta.
- Sustitución. Consistente en cambiar uno de los datos por otro siempre que no altere el resultado final, por ejemplo, sustituyendo el nombre de una persona por otro.
- Desplazamiento de fechas. Consistente en añadir un desfase entre diferentes fechas de manera constante para que exista una proporción que siempre se cumple y no se modifiquen matemáticamente los resultados.

⁷⁵ Este artículo permite el tratamiento levantando la prohibición de tratar datos personales cuando dicho tratamiento sea necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

⁷⁶ J. JIMÉNEZ LÓPEZ, El Reglamento de inteligencia artificial y el Reglamento General de Protección de Datos, en L. COTINO HUESO Y P. SIMÓN CASTELLANO, *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024.

⁷⁷ J. J. BEUNZA NUIN Y J. BONIS SANZ, "Protección de datos" en BEUNZA NUIN ET AL., *Manual práctico de inteligencia artificial en entornos sanitarios*, Elsevier, España, 2023, p. 131.

- Introducción de ruido estadístico. Consistente en seleccionar valores aleatorios y añadirlos a los valores normales.

76. A pesar de que existan todas estas técnicas posibles para aplicar a los datos de entrenamiento, los datos de salud son especialmente particulares y difíciles de desidentificar. Principalmente esto se debe a tres razones. La primera es que gran parte de la información en las historias clínicas de los pacientes se encuentra escrita en lenguaje natural, no estructurado, que complica la tarea de desidentificarlo, ya que el nombre del paciente puede aparecer por ejemplo entre otros datos dentro de la propia historia clínica. En segundo lugar, al tener las historias clínicas un relato temporal, es casi imposible poder eliminar o modificar las fechas, ya que es relevante el momento en el que han aparecido los síntomas, la forma de actuación, etcétera. Si en el proceso de desidentificación se modifica una fecha de forma errónea, el resto de historia clínica no tendrá coherencia y se estarían alterando los datos posteriores. Finalmente, algunos datos de salud son imposibles de desidentificar, ya que forman parte de la identidad del paciente, como la información genética o la forma de un cierto órgano o imagen de la parte del cuerpo.

V. Conclusiones

77. El uso de la inteligencia artificial en el campo médico ha generado importantes beneficios, al demostrar su utilidad en áreas como el análisis de imágenes, la realización de intervenciones mediante robots y la administración de tratamientos. Para poder realizar esos programas con inteligencia artificial se hace necesario el entrenamiento del programa con ingentes cantidades de datos que se han denominado Big Data realizando la técnica de la minería de datos.

78. Por otro lado, para que los datos que utilicen los ingenieros informáticos sean válidos de conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos es necesario que cuenten con el consentimiento de las personas afectadas, sin embargo, se hace muy complicado que todos los pacientes tengan que dar su consentimiento cada vez que se realiza un procedimiento médico. Para ello el nuevo Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios propone la cesión de grandes piscinas de datos a la Unión Europea que será la encargada de custodiarlos, facilitando de este modo la seguridad de los mismos, la interconexión entre Estados y un volumen adecuado para el entrenamiento de la IA. Sin embargo, a pesar de la puesta en marcha de dicho Reglamento siguen en el aire cuestiones como la correcta cognoscibilidad por parte de los pacientes que van a ceder sus datos sobre el fin de los mismos, la seguridad ante ciberataques de gran escala o la protección que van a recibir los pacientes mayores con dificultades para tener sistemas que hayan sido entrenados con datos de personas de avanzada edad específicamente.

79. La regulación de la inteligencia artificial en el mundo actualmente se puede dividir principalmente en dos sectores: Por una parte, el sector no regulacionista, siendo su máximo exponente Estados Unidos, que aboga por un libre desarrollo empresarial cuya ventaja principal es la inversión tecnológica en el sector privado y que se plasma en códigos de buena conducta o soft law con la desventaja de llevar a una desprotección a los usuarios. Por otra parte, nos encontramos con el sector regulacionista, cuyo máximo exponente es la Unión Europea que aboga por una normativa que impone un gran número de obligaciones y cuantiosas sanciones a las empresas con el fin de proteger al usuario frente a los intereses empresariales. Entre estas dos posiciones, parece mucho más adecuada la reguladora, debido a que su finalidad es la protección de los intereses de los individuos sin frenar el avance del conocimiento o el desarrollo tecnológico. Para mejorar todavía más el abordaje de la regulación de la IA se propone limitar las obligaciones que se les imponen a los diversos sujetos que intervienen en la creación de un sistema de IA y un aumento de las sanciones por los daños o los incumplimientos causados esencialmente por falta de protección de los datos personales. Si se produjera una reducción de las obligaciones o de los controles tan técnicos y centrásemos la atención en resolver el principal problema que es la falta de datos seguros para trabajar que no estén supeditados a los intereses empresariales, el desarrollo tecnológico no se vería frenado.

80. El Reglamento de inteligencia artificial tiene un enfoque basado en el riesgo y divide la inteligencia artificial según sea prohibida, de alto riesgo o de riesgo medio/bajo. Lo más destacable con respecto a este Reglamento es su carácter extraterritorial, de modo que puede llegar a aplicarse a empresas fuera de la Unión Europea, pero cuyos resultados se desplieguen en territorio europeo, lo cual puede dar lugar a incoherencias legislativas internacionales que pueden llevar a las empresas tecnológicas que ni prestan ni dirigen sus servicios a la UE a la aplicación de dicho Reglamento por la venta de un producto que no estaba pensado para ser destinado a la UE en un primer momento. De forma colateral esto puede llevar a dichas empresas a evitar prestar sus servicios en la UE por el temor a que se les aplique una normativa muy estricta.

81. Por lo que respecta al Reglamento General de Protección de Datos este no contiene ninguna especificación con respecto al entrenamiento de la inteligencia artificial con datos pero sí que contiene una serie de principios que debe tener en cuenta el responsable de los datos. Sin embargo, todas estas especificaciones no tienen una forma de ser realmente aplicadas por las compañías y se plasman en el Reglamento con un carácter similar a los códigos de buena conducta, que enuncian valores tales como la equidad, la igualdad, la minimización, la justicia... valores que difícilmente van a ser aplicados en el ámbito del desarrollo de un producto tecnológico empresarial, ya que el principal interés de la compañía será obtener la mayor cantidad de datos posibles para perfeccionar el sistema, sin darle relevancia al modo en el que se han obtenido dichos datos. Por todo ello la idea que propone el Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud podría llegar a ser positiva pero solo si se desarrollara más, en concreto su interrelación con la empresa privada.

82. Por todo ello la jerarquía entre el Reglamento de Inteligencia Artificial y el Reglamento de General de Protección de Datos es de carácter horizontal de modo que son complementarios y ninguno se aplica con prioridad frente al otro.

83. A la vista de los resultados se hace necesaria una reforma en materia de IA en sede europea, que, en vez de centrar su atención en una clasificación de los sistemas en función del riesgo, refunda los diferentes textos normativos en uno único con previsiones concretas que aseguren un abordaje integral de la cuestión. Para ello, sería necesario plantear una reforma del RIA exclusivamente, no siendo necesario para el RGPD, que por ahora resulta de una gran utilidad al imponer un sistema de protección del individuo con previsiones severas. Igualmente, sería oportuno revisar el amplísimo margen de aplicación extraterritorial de ambos Reglamentos, ya que en opinión de la doctrina más autorizada resulta excesivo.

VARIA

El régimen jurídico de importación de bienes culturales a España tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/880 y la puesta en marcha del sistema electrónico para su gestión el 28 de junio de 2025

The Spanish legal regime for the import of cultural goods after the entry into force of Regulation 2019/880 and the implementation of the electronic system for its management on June 28, 2025

YOLANDA BERGEL SAINZ DE BARANDA

*Dr. Dr. H.C. Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-9900-7020

Recibido:11.06.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9904

Resumen: El día 28 de junio de 2025 comienza a operar el sistema electrónico de gestión del nuevo régimen uniforme europeo de introducción e importación de bienes culturales establecido en el Reglamento (UE) 2019/880. El funcionamiento de este sistema hace plenamente efectivo dicho Reglamento y el sistema de licencias y declaraciones del importador establecido en el mismo. Así, se refuerza en las fronteras de la Unión Europea el control de entrada de bienes culturales para impedir la introducción e importación de bienes que hayan salido ilícitamente de terceros países, evitando así posibles daños a dichos bienes y la financiación de actividades delictivas a través de su venta en la Unión Europea. En este artículo estudiamos esta nueva regulación y su puesta en práctica a través del sistema electrónico de gestión.

Palabras clave: Bienes culturales, Reglamento (UE) 2019/880, territorio aduanero UE, introducción, importación, sistema electrónico de gestión, licencias de importación, declaraciones del importador.

Abstract: On June 28, 2025 the centralised electronic system for the management of the new uniform European regime for the introduction and import of cultural goods established in Regulation (EU) 2019/880 starts operating. The functioning of this system makes such Regulation and the licences and statements system established in it fully effective. In this manner, the control of entry of cultural goods at the borders of the EU is reinforced to impede the introduction and import of goods unlawfully exported from third countries, avoiding possible damages to the goods and the financing of illicit activities through the sale of such goods to buyers in the EU. In this article we study this new regulation and its application through the centralised electronic system.

Key words: Cultural goods, Regulation (EU) 2019/880, EU customs territory, introduction, import, centralised electronic system, import licences, importer statements

Sumario: I. Introducción. II. El Reglamento 2019/880 y el sistema electrónico centralizado para su operatividad. III. Bienes culturales en el ámbito del Reglamento 2019/880. IV. Licencias de importación y declaraciones del importador gestionadas a través del sistema electrónico centralizado. 1. Licencias de importación. 2. Declaraciones del importador.

I. Introducción

1. En el año 2019 se adoptó el del Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 (en adelante, “Reglamento 2019/880”) relativo a la introducción de bienes culturales a la Unión Europea. Aunque dicho Reglamento entró en vigor el día 28 de junio de 2019 no es plenamente operativo hasta que el 28 de junio de este año 2025 se ponga en marcha el sistema electrónico de gestión de este nuevo régimen uniforme europeo de importación de bienes culturales (*vid.* art. 16.2.b) Reglamento 2019/880). De ahí la importancia de explicar en este momento cómo funciona ese sistema conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos administrativos para la aplicación de esta norma. En principio, la importación de bienes culturales no preocupa al Estado español, puesto que supone la vuelta (o la llegada) a España de bienes culturales que enriquecen nuestro patrimonio cultural. Esto, a diferencia de las exportaciones de bienes culturales, que lo disminuyen y por ello están más reguladas y sometidas a rigurosas normas de vigilancia y control¹. Por esta razón la importación de bienes culturales está escuetamente regulada en la Ley 49/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español² (en adelante, “LPHE”) y las normas al efecto, contenidas básicamente en los arts. 32 LPHE y 46.3 y 4 y 64 RD 116/1986³, están pensadas para fomentar las importaciones y constituyen una regulación que les confiere importantes ventajas⁴. Sin embargo, recientemente, a raíz de la gran cantidad de salidas ilícitas de bienes culturales de terceros países con destino a la Unión Europea, procedentes generalmente de zonas en conflicto bélico y cuya venta está destinada a la financiación del terrorismo y actividades delictivas y al blanqueo de capitales, la Unión Europea decidió establecer limitaciones uniformes a esas importaciones mediante la adopción del Reglamento 2019/880.

¹ Tanto en la LPHE como a nivel europeo mediante el Reglamento (CE) 116/2009, relativo a la exportación de bienes culturales que establece controles uniformes para la salida de dichos bienes de la UE. Sobre el régimen de exportación de bienes culturales, *vid. ad ex.* BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y. (2022), “Régimen jurídico de exportación e importación de bienes culturales”, *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Thompson Reuters Aranzadi, pp. 71-83.

² Ni siquiera da la LPHE un concepto de “importación” a estos efectos. Se ha dicho con acierto que, a la vista del concepto de exportación del art. 5 LPHE, podría definirse la importación como la “introducción en territorio español de bienes que posean los valores propios del Patrimonio Histórico Español, incluidos aquellos que tengan como origen los países de la Unión Europea” (*vid.* GONZÁLEZ BARANDIARÁN Y DE MULLER, C. (2008), “Importación y exportación de bienes culturales”, *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, p.117).

A estos efectos, y como ocurre con las exportaciones, no es relevante para la LPHE si el bien proviene de un tercer Estado o de un Estado miembro de la Unión Europea, aunque la normativa aduanera sí diferencia en esos casos entre “importación” e “introducción”, respectivamente (*vid.* GÓMEZ DE SALAZAR Y FERNÁNDEZ, M.D. (2004), “La importación y exportación de obras de arte”, *Cuadernos ISEL*, p. 169), salvo por lo que se refiere a la documentación que debe presentarse para declarar la importación.

Sin embargo, el Reglamento 2019/880 que explicamos en este trabajo sí diferencia entre estas figuras, porque no sólo es una norma de protección de bienes culturales, sino también reguladora de controles aduaneros en las fronteras de la Unión. Así, el Reglamento 2019/880 contiene una definición de importación que, como veremos, se refiere a la inclusión de los bienes en ciertos regímenes aduaneros (despacho a libre práctica, depósito, destinos especiales y perfeccionamiento activo), mientras que se entiende por “introducción” de bienes culturales toda entrada de esos bienes en el territorio de la Unión que esté sujeta a vigilancia o control aduanero (art. 2.2) y 3) Reglamento 2019/880).

³ Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español (en este trabajo, también “RD 111/86”).

⁴ El artículo 32 LPHE compone un régimen jurídico muy ventajoso para importaciones de bienes culturales declaradas a la Administración. Así, si importación se ha declarado correctamente, los bienes se encuentran en un Régimen Especial de Importación (en adelante, “REI”) y no podrán ser declarados Bien de Interés Cultural (en adelante, “BIC”, la categoría más importante de bienes del Patrimonio Histórico Español que los somete a un régimen especial de protección; por ejemplo, no pueden ser exportados sino de manera temporal) en un plazo de 10 años desde su importación (salvo que expresamente lo solicite su propietario; *cfr.* art. 32.3 LPHE) y, además, pueden exportarse en cualquier momento dentro de ese período de 10 años desde la importación, bastando con solicitarlo previamente, pues el permiso de exportación se concederá de manera automática y no pagarán tasa de exportación cuando salgan de la Unión Europea. Además, esa solicitud no constituye una oferta de venta del bien a favor de la Administración, que no tendrá el derecho a adquirirlo como ocurre con la solicitud de permisos de exportación de bienes que no han sido previamente importados y declarada su entrada en España. Por último, señalar que el art. 32.2 LPHE permite a la Administración conceder prórrogas de este REI por períodos de 10 años. Sobre este REI, *vid.* BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y. (2022), “Régimen jurídico de exportación e importación de bienes culturales”, *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Thompson Reuters Aranzadi, pp. 84-85.

II. El Reglamento 2019/880 y el sistema electrónico centralizado para su operatividad

2. El Diario Oficial de 7 de junio de 2019 publicó el Reglamento 2019/880. Con esta norma la Unión Europea pretende prohibir la introducción en su territorio aduanero de bienes culturales exportados ilícitamente desde terceros países, impidiendo el comercio de esos bienes en la Unión. Así, lo que se vigila es que los bienes culturales que entran en la Unión Europea hayan salido lícitamente de su país de origen, prestando especial atención a los bienes procedentes de países afectados por conflictos armados, pues es corriente que dichos bienes culturales hayan sido objeto de comercio ilícito por parte de organizaciones terroristas u otras organizaciones criminales⁵.

3. Se trata de una norma muy innovadora que pretende luchar contra una importante fuente de ingresos del terrorismo y el blanqueo de capitales mediante el control de acceso a la Unión Europea de los bienes culturales expoliados en terceros países. Este control se articula mediante un sistema de prohibiciones de importación para algunos bienes y de licencias previas o de declaraciones del importador para otros. Se consigue así también un segundo objetivo, que es proteger el patrimonio cultural de la humanidad contra el expolio y la destrucción consecuencia del saqueo y del tráfico ilícito de bienes culturales (*cf.* Considerando 1 Reglamento 2019/880). Para la eficacia de esta regulación, el Reglamento exhorta a los Estados miembros a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias necesarias al efecto (*v.gr.* por no solicitar licencia cuando sea necesaria o por responsabilidad del importador en caso de declaración falsa).

4. Teniendo en cuenta que los distintos Estados miembros aplican normas diferentes sobre la importación de bienes culturales, con el Reglamento 2019/880 se toman las medidas necesarias para garantizar que las importaciones de bienes culturales se sometan a controles uniformes en el momento de su entrada en el territorio aduanero de la Unión Europea. La adopción de estas normas uniformes en las fronteras de la Unión necesita la creación de un sistema conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos administrativos al efecto. Se trata de un sistema electrónico centralizado de almacenamiento e intercambio de información entre los Estados a través del cual se podrán presentar las solicitudes de licencias previas de importación a los Estados y las declaraciones de importación de los importadores. Por lo tanto, aunque, como ya se ha señalado, el Reglamento 2019/880 ya entró en vigor en 2019, en la práctica no es plenamente operativo hasta que empiece a funcionar el sistema electrónico de gestión de este régimen de importación que debe estar listo para hacerlo el 28 de junio de 2025 (art. 16.2.b) Reglamento 2019/880). A la fecha de conclusión de este trabajo (30 de mayo de 2025) todavía no puede visualizarse en la página web del Ministerio de Cultura el enlace para acceder al sistema electrónico de gestión y a los formularios necesarios para realizar los mencionados trámites. Cuando el sistema esté operativo, para poder presentar solicitudes a través del mismo es necesario registrarse previamente, para lo cual debe contarse con un número EORI⁶ para poder hacer operaciones aduaneras, y crear una cuenta como “operador”.

5. La regulación del Reglamento 2019/880 se ha desarrollado mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/1079 de la Comisión, de 24 de junio de 2021 (en adelante, “Reglamento de Ejecución”) que configura el sistema de licencias y declaraciones y sus excepciones y establece las normas relativas al mencionado sistema electrónico⁷.

⁵ Sobre los distintos procedimientos de exportación ilícita de bienes culturales de países en situaciones de conflicto *vid.* GONZÁLEZ SUÁREZ, M. (2017) “La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: nuevas perspectivas internacionales”, *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, (10), pp. 67-94; y SUÁREZ-MANSILLA, M. (2021), “Nuevas medidas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Especial referencia al Reglamento (UE) 2019/880”, en *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-659.

⁶ Número de registro e identificación de los operadores económicos (*vid.* art. 1.18 Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 por el que se completa el Reglamento (UE) 952/2013 con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión). Para su solicitud *cf.* <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/EORI.html>

⁷ En concreto, esta norma de ejecución establece (i) las reglas específicas que configuran el sistema de licencias de importación para los bienes de la parte B del Anexo del Reglamento; (ii) las relativas al sistema de declaración del importador y los modelos normalizados para los bienes de la parte C del Anexo; y (iii) las que regulan las excepciones al sistema de licencias o de declaración.

6. No cabe duda de que el establecimiento de nuevos controles a la introducción e importación de bienes culturales a la Unión Europea para impedir que se vendan en su ámbito bienes culturales que han salido ilegalmente de su país de origen y cuyos productos sirven para financiar el terrorismo es un objetivo loable, pero también lo es que supone más trabajo y más costes para los agentes del mercado (que tienen que realizar los nuevos trámites y aportar la documentación requerida en el Reglamento) y para las Administraciones de los Estados miembros⁸ que gestionarán el sistema concediendo las licencias y supervisando las declaraciones⁹. Por esta razón, el Reglamento establece algunas medidas pensadas para aliviar ligeramente estos nuevos trámites burocráticos (*v.gr.*: no se necesita solicitar licencia para la importación temporal de bienes a ferias de arte, bastando con una declaración del importador, y sólo será necesario, si el bien necesita licencia, pedirla a posteriori si el bien permanece en la Unión, en caso, por ejemplo, de venderse en la feria; *cf.* art. 3.5 Reglamento 2019/880 y art. 5 Reglamento de Ejecución¹⁰).

III. Bienes culturales en el ámbito del Reglamento 2019/880

7. Los bienes culturales sometidos al régimen jurídico de control de las importaciones a la Unión Europea establecido en el Reglamento 2019/880 se concretan en su Anexo que establece unas categorías de bienes que no pueden importarse y otras cuya importación queda supeditada a la obtención de una licencia de importación o a una declaración del importador, determinadas en las Partes A, B y C del Anexo, respectivamente.

8. Así, el Reglamento 2019/880 contiene una regla de prohibición general, en vigor desde el 28 de diciembre de 2020 (*vid.* art. 16.2.a) Reglamento 2019/880), en virtud de la cual está prohibida toda introducción física en la Unión Europea (por ejemplo, mediante tránsito) de bienes culturales que hayan salido del territorio del tercer país en el que se crearon o descubrieron en infracción de sus disposiciones legales y reglamentarias¹¹ (art. 3.1 y Parte A del Anexo). El Reglamento 2019/880 define “importación” de manera amplia, como la inclusión de los bienes tanto con despacho a libre práctica, como en regímenes aduaneros especiales como el depósito aduanero o en zonas francas, destinos especiales (incluidos la importación temporal y el destino final), y el perfeccionamiento activo¹² (art. 2.3 Reglamento 2019/880).

Sobre el desarrollo de este Reglamento de Ejecución y las distintas fases de la puesta en marcha del sistema electrónico, *vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 14, apartado 3, del Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales COM/2020/342 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0342&from=ES>.

⁸ Estos servicios nacionales deberían reforzarse para asumir esa nueva carga de trabajo y poder garantizar la realización del control previsto en el Reglamento 2019/880. En España, es la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales la que se ocupa de esto, como también se ocupa de los permisos de exportación, y la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español la que examinará los objetos que quieran importarse. Las autoridades españolas han trabajado con las del resto de los Estados Miembros para organizar el sistema electrónico centralizado al que han contribuido en gran medida con su experiencia, pues España, a diferencia de muchos países de la UE, tiene digitalizado desde hace años el procedimiento de solicitud de licencias de exportación.

⁹ Como se prevé en el art. 20 del Reglamento 2019/880, a estos efectos se recopilarán datos personales, cuyo tratamiento debe cumplir con las normas comunitarias al efecto (principalmente el Reglamento General de Protección de Datos Personales), siendo las autoridades aduaneras y las competentes de los Estados miembros los responsables del tratamiento de los mismos. Estos datos se conservarán durante 20 años desde su obtención.

¹⁰ Es cierto que esto aligera la importación de bienes para su exposición en ferias, pero finalmente terminará ralentizando las ventas porque el contrato de compraventa tendrá que esperar para su conclusión a que se conceda licencia de importación al bien o condicionarse a esto. Ahora bien, una vez obtenida la licencia de importación, el Reglamento de Ejecución permite que el titular de la licencia otorgue acceso a ella a un propietario posterior del bien (Considerando 19 y art. 19.4 Reglamento de Ejecución).

¹¹ Aunque esta prohibición no supone todavía la existencia de controles sistemáticos (que no existirá hasta que el 28 de junio de 2025 se active el sistema electrónico centralizado), sí permite intervenir en caso de importaciones de bienes sospechosos, sobre todo si proceden de zonas de conflicto armado. Esto concuerda con lo establecido en el art. 46.4 RD 111/86 en virtud del cual, cuando haya sospecha de la ilicitud de la importación, no se diligenciará ni tramitará la declaración de importación.

¹² Por ejemplo, para bienes que entren en la Unión Europea para su restauración, aunque, como se explicará, estos bienes pueden estar exentos de solicitar licencia de importación o de hacer declaración si se cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento de Ejecución de 2021, en especial arts. 3 y 4.

Así, se cubren todas las posibilidades que podrían servir al tráfico ilícito de bienes culturales evitando que se escape por estas vías al control de la norma. Por eso, y con ese mismo razonamiento, no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2019/880 los bienes culturales que se hayan creado o descubierto en el territorio aduanero de la Unión¹³ (art. 1.2 Reglamento 2019/880) y no se exige licencia ni declaración, esto es, se articulan exenciones, para (i) los bienes que no hayan sido creados en la Unión, pero hayan sido exportados de ella y retornen, (ii) la importación de bienes para garantizar su custodia¹⁴, ni para (iii) la importación temporal para fines educativos, científicos, de conservación, exposición o digitalización (art. 3.4 Reglamento 2019/880 y arts. 2 a 5 Reglamento de Ejecución que regulan las distintas modalidades y requisitos¹⁵ de estas exenciones de requisitos documentales).

IV. Licencias de importación y declaraciones del importador gestionadas a través del sistema electrónico centralizado

9. El Reglamento establece, como decimos, distintas categorías de bienes en función de la mayor propensión a ser objeto de tráfico ilícito y de la mayor importancia cultural de los mismos¹⁶, configurando un sistema de licencia previa para los bienes más sensibles y otro, menos gravoso, de declaración del importador en aduana para otros bienes. Pero al hacerlo, también tiene en cuenta que no debe lastrarse desproporcionadamente el comercio de bienes culturales, por lo que se establecen ciertos límites de antigüedad y, salvo en casos de protección reforzada, también un límite de valor de los bienes contemplados. Vamos a explicar en qué consisten esos sistemas y a qué bienes afectan.

1. Licencias de importación

10. Teniendo en cuenta que los objetos arqueológicos y los elementos de monumentos son bienes¹⁷ especialmente sensibles al tráfico ilícito, se establece para ellos un control reforzado, exigiendo la presentación de una licencia para la importación de estos objetos cuando tengan más de 250 años y cualquiera que sea su valor (*cf.* art. 4 y parte B Reglamento 2019/880).

11. La licencia debe solicitarse a la autoridad competente del país en el que se hace el despacho aduanero a través del sistema electrónico centralizado *antes* de proceder al despacho. La solicitud debe acompañarse de fotografías del bien¹⁸ (7 fotografías para objetos tridimensionales y 2 para bidimensionales) y de los documentos que justifiquen que el objeto se exportó desde el país en el que se creó o descubrió con arreglo a las disposiciones legales de ese país (certificados o licencias de exportación si se expiden, títulos de propiedad, facturas, documentos de transporte o seguro, etc.)¹⁹, pudiendo las autori-

¹³ La protección de estos bienes ya está garantizada por el Reglamento 116/2009 relativo a la exportación de bienes culturales y por la Directiva 2014/60 relativa a la restitución de bienes culturales que han salido ilícitamente de un Estado Miembro

¹⁴ Esto se refiere a bienes que salgan de países generalmente en conflicto armado cuya integridad o conservación peligran y son traídos a la Unión Europea con el propósito de custodiarlos y devolverlos en el momento en el que la situación de peligro para los mismos haya pasado. Estos bienes pueden guardarse en instituciones culturales europeas o en depósitos ad hoc denominados “refugios” o “shelters”. Al respecto, *vid.* art. 2 Reglamento de Ejecución

¹⁵ Por ejemplo, a pesar de no necesitar licencia, las importaciones de bienes para su custodia y las importaciones temporales con fines científicos, educativos o de investigación, sí deben conocerse, por lo que habrá que dejar constancia de las mismas mediante una descripción general normalizada de los bienes en el sistema electrónico centralizado a los efectos de la trazabilidad de dichos bienes (art. 5 Reglamento de Ejecución).

¹⁶ Para hacer esta categorización el Reglamento se inspira en la hecha en la Convención UNESCO de 1970 y en el Convenio UNIDROIT de 1995 (*cf.* Considerando 15).

¹⁷ En concreto la parte B del anexo se refiere a productos de las excavaciones o descubrimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos y a elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico.

¹⁸ Es necesaria una sucinta descripción del bien y sus fotografías para que, al realizar el control aduanero, pueda contrastarse que el bien es el mismo para el que se ha obtenido la licencia.

¹⁹ Para que los solicitantes puedan demostrar la procedencia legal de los bienes si el país en el que se hayan creado o descu-

dades solicitar documentación complementaria en el plazo de 21 días desde la recepción de la solicitud²⁰ y la inspección física del bien (arts. 4.6 y 6.3 Reglamento de Ejecución).

12. La legalidad de la exportación de los bienes de su país de origen o donde fueron descubiertos debe examinarse en función de lo establecido en la regulación de esos países pero, para no obstaculizar injustificadamente el comercio de bienes culturales, se permite demostrar la legalidad de la exportación desde un país distinto en el que los bienes se encontraban antes de su envío a la Unión. Esto ocurre cuando (i) no se sabe en qué país se crearon o descubrieron los bienes²¹; o (ii) cuando la exportación tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Convención de la UNESCO de 1970, el 24 de abril de 1972. Para que no se eluda el cumplimiento de esta norma solamente llevando los bienes a un tercer país antes de traerlos a la Unión Europea se exige que esto último se aplique sólo si los bienes estuvieron en un tercer país durante más de 5 años y no de manera temporal o en tránsito (art. 4.4 Reglamento 2019/880).

13. La licencia se expedirá por la administración competente del primer Estado miembro por el que se introduzca el bien en la Unión Europea con anterioridad al despacho a libre práctica o a su inclusión en un régimen especial (distinto del tránsito)²² dentro de los 90 días siguientes a su recepción y será válida para toda la Unión (arts. 4.1, 2 y 7 Reglamento 2019/880). El sistema electrónico genera una licencia con un QR que permite acceder a las fotografías del bien para contrastar en aduana. Se expedirá una licencia por cada objeto²³. Una vez expedida licencia para un objeto, toda nueva reimportación de ese mismo bien se somete a requisitos simplificados (art 7 y Considerando 11 Reglamento de Ejecución).

14. Las licencias pueden revocarse si dejan de cumplirse las condiciones en las que se concedieron. En ese caso, la revocación se comunicará al titular de la licencia a través del sistema electrónico de gestión y se genera en dicho sistema una alerta para informar de la revocación a las autoridades de los distintos Estados Miembros (art. 6.5 Reglamento de Ejecución).

15. Es importante señalar que esta licencia de importación no supone que el bien se acoja al Régimen Especial de Importación establecido en el art. 32 LPHE y a sus beneficios (*vid. supra.* nota al pie 3). Para acogerse a este régimen es necesario solicitarlo expresamente de la manera establecida en la LPHE.

16. La licencia se denegará si (i) si se tienen motivos para pensar que el bien se exportó ilegalmente de su país de creación o descubrimiento; (ii) no se presenta prueba de la exportación lícita; (iii) se tienen motivos para pensar que se compró ilegalmente; o (iv) se tiene noticia de reclamaciones pendientes de devolución por parte del país en el que se creó o descubrió dicho bien. La denegación será motivada y se comunicará a los demás Estados a través del sistema electrónico centralizado para que conozcan de dicha denegación y no pueda intentar introducirse el bien por otro Estado Miembro.

bierto no disponía de un sistema de certificación de las exportaciones en el momento de la exportación, se permitirá presentar en apoyo de la solicitud una combinación de otros medios de prueba (*vid.* Considerando 14 y art. 8 Reglamento de Ejecución que lista los documentos justificativos de la procedencia lícita del bien).

²⁰ La solicitud se rechazará si no se presenta esta información complementaria en el plazo de 40 días (*cf.* art. 9.2 y Considerando 12 Reglamento de Ejecución).

²¹ Imagínese la dificultad de identificar la procedencia de muchos objetos arqueológicos. Por ejemplo, una escultura de época romana puede proceder de distintos lugares del Imperio.

²² Los Estados Miembros pueden limitar el número de aduanas que tramitarán la importación de bienes culturales. En el sistema electrónico centralizado se informará de cuáles son las aduanas competentes en cada Estado para realizar estos trámites (Considerando 20 y art. 21 Reglamento de Ejecución).

²³ Sin embargo, el artículo 6.2 Reglamento de Ejecución establece que cuando un envío conste de varios bienes culturales, la autoridad competente podrá determinar si una licencia de importación única puede corresponder a uno o varios bienes culturales de ese envío.

2. Declaraciones del importador

17. Para otros tipos de bienes culturales que no sean objetos arqueológicos y elementos de monumentos (*v.gr.* antigüedades, libros, obras de arte, manuscritos, incunables, etc.; *vid.* parte C del Anexo) se requiere que el importador realice una declaración cuando dichos bienes tengan más de 200 años de antigüedad y un valor superior a 18.000 euros (por objeto²⁴). Este último umbral de valor supondrá que queden fuera del ámbito del Reglamento muchos bienes (piénsese en libros, monedas, sellos o grabados de menos de 18.000 euros). Cuando concurren en los objetos esas características (más de 200 años y valor superior a 18.000 euros), el importador debe presentar a través del sistema electrónico centralizado: (i) una declaración firmada de que los bienes se exportaron lícitamente de su país de origen o descubrimiento²⁵; y (ii) un formulario normalizado en el que describa los bienes con detalle²⁶.

19. Como consideración final no podemos sino alabar la adopción de este nuevo régimen uniforme de importación bienes culturales que sin duda dificulta el movimiento ilícito de los mismos y su venta en la Unión Europea con el fin de financiar actividades delictivas. Ahora bien, no puede dejar de advertirse que también dificulta y ralentiza el comercio de bienes culturales en Europa, al establecer más requisitos administrativos para la importación de ciertos bienes, algunos de los cuales puede ser de muy difícil cumplimiento²⁷ (*v.gr.* demostrar la salida lícita de países que no tienen controles a la exportación, conseguir documentos suficientes para probar esa salida cuando ha transcurrido mucho tiempo), y una gran carga de trabajo para las Administraciones de los Estados que deben velar por el cumplimiento de los nuevos controles. Habrá que esperar a la completa puesta en práctica de este régimen de importación para evaluar sus consecuencias.

Referencias

- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Y. (2022), “Régimen jurídico de exportación e importación de bienes culturales”, *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Thompson Reuters Aranzadi, pp. 71-90.
- DECHOUCK, M.R.J. (2019), “Balancing markets, morals and law: the fight to regulate illicit trafficking in cultural goods and the EU Regulation on the Import of Cultural Goods”, *Art, Antiquity and Law*, IALS, (24), 1-37.
- GÓMEZ DE SALAZAR Y FERNÁNDEZ, M.D. (2004), “La importación y exportación de obras de arte”, *Cuadernos ISEL*, 168-173.
- GONZÁLEZ BARANDIARÁN Y DE MULLER, C. (2008), “Importación y exportación de bienes culturales”, *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, Ministerio de Cultura, 117.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, M. (2017) “La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: nuevas perspectivas internacionales”, *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, (10), 67-94.
- SUÁREZ-MANSILLA, M. (2022), “Nuevas medidas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Especial referencia al Reglamento (UE) 2019/880”, en *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 613-659.

²⁴ Salvo el caso de monedas que podrán incluirse en una misma declaración si tienen la misma denominación, composición y origen (art. 11.2 Reglamento de Ejecución).

²⁵ Los documentos para demostrar la procedencia lícita que debe tener el declarante por si le son pedidos se detallan en el art. 12 del Reglamento de Ejecución (permiso de exportación, facturas de compra, documentación del transporte, etc.).

²⁶ Al hacer el control aduanero esa descripción permitirá comprobar que los bienes declarados se corresponden con los descritos en la declaración del importador.

²⁷ La adopción del Reglamento 2019/880 no ha estado exenta de críticas. Por todos, DECHOUCK, M.R.J. (2019), “Balancing markets, morals and law: the fight to regulate illicit trafficking in cultural goods and the EU Regulation on the Import of Cultural Goods”, *Art, Antiquity and Law*, IALS, (24), pp. 1-37, en especial, pp. 29-37.

El Precio de la Paridad en la Unión Europea: análisis de la evolución normativa de las cláusulas de paridad de precios y su impacto

The Price of Parity in the European Union: analysis of the regulatory evolution of price parity clauses and their impact

MARÍA CABELLO CHAURE
Graduada en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 20.07.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9905

Resumen: El presente trabajo examina la evolución normativa y jurisprudencial de las cláusulas de paridad de precios en las plataformas digitales de reserva de hoteles en la Unión Europea. En particular, presta atención al impacto de la reciente regulación introducida por el Reglamento 2019/1150 (P2B), el Reglamento 2022/720 (RECAV) y el Reglamento 2022/1925 de Mercados Digitales (DMA). Desde una perspectiva jurídico-económica, se evalúa el impacto de las cláusulas de paridad de precios, resaltando sus efectos pro-competitivos y anticompetitivos. El estudio recoge cronológicamente las respuestas regulatorias y las decisiones judiciales más relevantes en diferentes Estados miembros, incluyendo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-264/23. Finalmente, se proponen recomendaciones para lograr una regulación más efectiva y capaz de afrontar los retos del mercado digital hotelero. Se destaca especialmente la importancia de la transparencia algorítmica y una mejor coordinación entre los distintos instrumentos normativos europeos.

Palabras clave: Cláusulas de paridad de precios; plataformas de reservas hoteleras; OTAs; Booking.com.

Abstract: This paper examines the regulatory and jurisprudential developments regarding price parity clauses on digital hotel booking platforms in the European Union. In particular, it focuses on the impact of the recent regulation introduced by Regulation 2019/1150 (P2B), Regulation 2022/720 (VBER) and Regulation 2022/1925 on Digital Markets (DMA). From a legal and economic perspective, the impact of price parity clauses is assessed, highlighting their pro-competitive and anti-competitive effects. The study chronologically lists the most relevant regulatory responses and court decisions in different Member States, including the judgment of the Court of Justice of the European Union in case C-264/23. Finally, recommendations are proposed to achieve more effective regulations capable of addressing the challenges of the digital hotel market. Particular emphasis is placed on the importance of algorithmic transparency and better coordination between the various European regulatory instruments.

Keywords: Price parity clauses; hotel booking platforms; OTAs; Booking.com

Sumario: I. Introducción. II. Cláusulas de paridad en plataformas digitales de reserva hotelera. 1. Las plataformas de reserva de hoteles: características, poder de mercado, ventajas y desventajas para los consumidores y los hoteles. A) Características específicas de las plataformas digitales aplicables a las plataformas que operan en el sector hotelero. B) Ventajas e inconvenientes de la irrupción de las OTAs en el mercado hotelero. 2. Cláusulas de paridad de precios en acuerdos verticales. A) Definición de cláusulas de paridad de precios o cláusulas MFN. B) Tipología: distinción

entre cláusulas amplias vs. estrechas. C) Impacto de las cláusulas de paridad de precios en la competencia en el sector hotelero. a) Efectos pro competitivos de las cláusulas de paridad de precios. b) Efectos anticompetitivos de las cláusulas de paridad de precios. III. Análisis de las cláusulas de paridad de precios a la luz del derecho de la competencia de la Unión Europea. 1. Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A) Artículo 101 del TFUE: afectación a las cláusulas de paridad. B) Doctrina de las restricciones accesorias. C) Categorización de las cláusulas de paridad: ¿restricciones “por objeto” o “por efecto”? 2. Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

IV. Un repaso cronológico a la jurisprudencia y la evolución normativa de las cláusulas de paridad en la Unión Europea: el caso de Booking.com. 1. Regulación previa de acuerdos verticales en el Reglamento 330/2010. 2. Reacción cronológica de las ANC's a las cláusulas de paridad en el sector hotelero. A) El caso pionero: investigación de HRS en Alemania. B) La saga Booking.com. a) Modelo de negocio de Booking.com: empleo de cláusulas de paridad. b) Reacciones de las ANC's de la UE al uso de cláusulas de paridad por parte de Booking.com. C) Fragmentación normativa en el mercado interior de la UE: divergencias entre Estados Miembros. 3. Respuesta regulatoria en el seno de la Unión Europea. A) Reglamento 2019/1150: Reglamento P2B. B) Reglamento 2022/720: RECAV. C) Reglamento de Mercados Digitales (DMA). 4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asunto C-264/23. V. Conclusiones y recomendaciones: una mirada prospectiva al sector hotelero.

I. Introducción

1. En las últimas décadas, el sector hotelero europeo ha atravesado cambios profundos, principalmente debido a la irrupción de plataformas digitales de reserva hotelera, cuyo modelo de negocio ha redefinido las reglas de cómo funciona la intermediación y han influido en la conducta de los consumidores al realizar una reserva hotelera. La posibilidad de acceder a una amplia base de clientes en busca de alojamiento, junto con la cantidad de hoteles que promocionan sus habitaciones, ha simplificado el proceso de búsqueda y comparación para los consumidores y ha mejorado la visibilidad de los hoteles. Con el fin de salvaguardar las inversiones realizadas en su plataforma, muchas han incluido cláusulas de paridad de precios en sus relaciones contractuales con hoteles. Esto ha generado un intenso debate jurídico y económico para determinar si son salvaguardias necesarias para proteger la inversión en innovación o si, por el contrario, constituyen una restricción anticompetitiva que perjudica a los hoteles y a los consumidores.

2. Este trabajo explora el laberinto regulatorio y jurisprudencial de las cláusulas de paridad en las plataformas hoteleras, analizando su evolución desde su proliferación inicial hasta que fueron prohibidas bajo el Reglamento de Mercados Digitales. La revisión de las respuestas regulatorias permite entender si la intervención *ex ante* ha logrado frenar la inercia de la dependencia digital o si se han impuesto las ventajas estructurales de las grandes plataformas. En un momento en el que la digitalización de los mercados avanza más rápidamente que la capacidad regulatoria, esta investigación pretende arrojar luz sobre el impacto de la evolución regulatoria de las cláusulas de paridad y ofrecer una visión orientada al futuro sobre la evolución del Derecho de la competencia para garantizar una competencia basada en los méritos. La forma en que se dé respuesta a este desafío no solo determinará el futuro del sector hotelero, sino también el de los mercados digitales en general.

3. La estructura del trabajo permite una comprensión progresiva de las cláusulas de paridad de precios y los debates que surgen en cuanto a su implementación. El siguiente capítulo explica la irrupción de las plataformas digitales de reserva hotelera en el mercado, sus características y las ventajas y desventajas de su presencia. Por su parte, el capítulo 3 se encarga de analizar las cláusulas

las de paridad de precios con arreglo al Derecho de la Competencia, la cual es precisamente la base jurídica en la que está fundamentada la reacción a nivel nacional de las Autoridades Nacionales de Competencia y los tribunales nacionales a las cláusulas de paridad de precios, que se aborda en el capítulo 4. En este mismo capítulo, se introduce la respuesta regulatoria a las cláusulas de paridad de precios en el seno de la Unión Europea, en gran parte influenciada por los aprendizajes obtenidos de la experiencia a nivel nacional y la necesidad de eliminar la fragmentación regulatoria existente, así como la sentencia histórica del TJUE en el asunto C-264/23. Finalmente, la conclusión introduce un análisis crítico y una mirada prospectiva al sector hotelero, aportando propuestas y recomendaciones para alcanzar una regulación más efectiva y adaptada a los retos actuales existentes en la economía digital de plataformas hoteleras.

II. Cláusulas de paridad en plataformas digitales de reserva hotelera

1. Las plataformas de reserva de hoteles: características, poder de mercado, ventajas y desventajas para los consumidores y los hoteles.

4. Las plataformas de reservas hoteleras, también denominadas «Online Travel Agencies» (OTAs) (agencias de viajes en línea), han recibido atención considerable en los últimos años debido a su creciente importancia como intermediarios entre proveedores de servicio hoteleros y consumidores. El tamaño del mercado de OTAs en Europa está valorado actualmente, en 2025, en 96.480 millones de dólares, y se espera que alcance los 142.690 millones de dólares en 2030, con una tasa de crecimiento anual compuesta del 8,14% durante el periodo de previsión (2025-2030)¹. Estas plataformas son un canal de distribución preferente para hoteles, aunque cabe matizar que el grado de utilización y dependencia en estas plataformas es mucho mayor para los hoteles independientes que para las cadenas hoteleras.

5. Un estudio de mercado de la Comisión Europea (2022)² concluyó que, en 2021, el porcentaje de ventas a través de OTAs fue del 44% para los hoteles independientes frente a un 24% para las cadenas hoteleras. Asimismo, han captado el interés de los consumidores en su búsqueda de hoteles. De hecho, el mercado de las agencias de viajes online en la Unión Europea está dominado por un pequeño número de plataformas, puesto que, en 2023, Booking.com alcanzó una cuota de mercado del 71%, seguido de Expedia Group con una cuota de 14,4%. Otros líderes del mercado son HRS, Lastminute.com y eDreams³. En este sentido, el sector de las OTAs tiene una estructura oligopolista puesto que los tres principales actores del sector europeo de las OTA (Booking Holdings, Expedia Group y HRS) tienen una cuota de mercado agregada superior al 90 % en Europa⁴.

A) Características específicas de las plataformas digitales aplicables a las plataformas que operan en el sector hotelero

6. Algunas características de las grandes plataformas digitales han suscitado preocupación sobre cómo pueden distorsionar la competencia, pues tienen la capacidad de eliminar o absorber a competidores

¹ MORDOR INTELLIGENCE RESEARCH & ADVISORY, “Europe Online Travel Market Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts” (2025 - 2030). *Mordor Intelligence*, 3 julio 2024, <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/online-travel-market-in-europe>.

² EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL, “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

³ STATISTA, “Hotel industry: OTA market share in Europe 2023”, *Statista*, 2024, <https://www.statista.com/statistics/870046/online-travel-agency-ota-market-share-in-europe/>.

⁴ R. SCHEGG, “European Hotel Distribution Study 2024: Results for the Reference Year 2023. *Institute of Tourism, University of Applied Sciences and Arts of Western Switzerland (HES-SO Valais-Wallis) / HOTREC*, 2024, https://www.hotrec.eu/media/static/files/import/all_news_2024_2024_21/hotrec-distribution-study-2024.pdf.

potenciales, creando barreras de entrada. En el caso de las plataformas hoteleras, existen rasgos propios de los mercados digitales que exigen un análisis específico respecto a los mercados tradicionales.

7. Entre estos, destaca la drástica reducción de los costes de búsqueda gracias a la disponibilidad instantánea de información en línea, la transformación de los costes de distribución por la alteración de la relación tradicional entre proveedor y cliente, y la ampliación del alcance geográfico de las transacciones, que permite a las plataformas operar a escala global y conectar a hoteles y clientes de distintos mercados. Sin embargo, esta expansión también ha dado lugar a nuevas formas de asimetría informativa, propias del comercio electrónico, que pueden ser explotadas por las plataformas para reforzar su posición. Las OTAs cuentan con acceso exclusivo a los datos de los consumidores, lo cual exacerba la dependencia de los hoteles en las plataformas de distribución⁵.

8. Asimismo, las plataformas digitales de reservas hoteleras funcionan típicamente como mercados bilaterales o multilaterales, donde el valor para cada grupo de usuarios depende del tamaño y la actividad del otro grupo. En este tipo de mercados, la dinámica competitiva se ve condicionada por el grado de *multi-homing*, es decir, por la posibilidad de que hoteles y consumidores utilicen varias plataformas de forma simultánea⁶. El equilibrio entre el número de plataformas empleadas por cada lado del mercado, así como la capacidad de un grupo para influir en la elección de plataforma del otro, son factores determinantes en la configuración del poder de mercado y en la intensidad competitiva del sector. La industria de las reservas hoteleras online es un mercado con efectos de red, puesto que su valor aumenta cuanto mayor es el número de hoteles disponibles, y, a su vez, los hoteles se ven atraídos por aquellas plataformas que concentran una mayor base de clientes. Este efecto de retroalimentación refuerza la posición de las plataformas líderes y dificulta la entrada de nuevos competidores, consolidando estructuras de mercado altamente concentradas⁷. Los efectos de red pueden ser transfronterizos, por lo que las plataformas que operan a nivel internacional tienen una ventaja sobre las plataformas que operan en una sola jurisdicción⁸.

9. Otra de las peculiaridades es la lealtad del consumidor a la plataforma, incluso más que al propio proveedor del producto o servicio que adquiere, lo cual inevitablemente incrementa, no sin riesgo para la competencia, el margen de negociación y presión del distribuidor sobre el proveedor. Esto conduce inexorablemente a una evolución por la cual la relación contractual entre proveedores y distribuidores se ha invertido, captando estos últimos el poder de mercado⁹. Esta posición de dominio en el mercado y el posible abuso de esta posición por parte de varias grandes plataformas digitales no ha pasado desapercibida ante las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante, ANC), los tribunales nacionales, la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que han desempeñado un papel crucial en la evolución normativa de las prácticas potencialmente anticompetitivas en las que incurren estas plataformas en el seno de la Unión Europea.

B) Ventajas e inconvenientes de la irrupción de las OTAs en el mercado hotelero

10. Las agencias de viajes en línea han transformado el mercado hotelero, ofreciendo ventajas tanto para los consumidores como para los hoteles¹⁰. Desde la perspectiva del consumidor, estas plata-

⁵ M. COLANGELO, "Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, nº 1, 2017.

⁶ *Ibid.*

⁷ T. LARRIEU, "Most Favoured Nation Clauses on the Online Booking Market", *Working Paper*, 2019.

⁸ J.-U. FRANCK, M. PEITZ, "Market Power of Digital Platforms", *Discussion Paper Series – CRC TR 224*, Discussion Paper No. 365, Project B 05, 2022, <https://www.crctr224.de/research/discussion-papers/archive/dp365>.

⁹ I. ANTÓN JUÁREZ, "Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53-78, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6270230>.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET

formas facilitan la búsqueda y comparación, haciendo que el proceso sea más sencillo y, en principio, intensifica la competencia en el sector¹¹. Además, destacan por su innovación tecnológica y capacidad para generar confianza a través de reseñas de usuarios y procesos de pago seguros¹². Para los hoteles, las OTAs representan un canal de distribución eficaz que aumenta la visibilidad, atrae a una clientela más diversa e internacional y contribuye a un mayor volumen de reservas, particularmente en alojamientos pequeños o independientes¹³.

11. No obstante, también existen desventajas relevantes. En el caso de los consumidores, diversas prácticas comerciales han sido criticadas por inducir al error al consumidor¹⁴ mediante técnicas como el *pressure selling*, la falta de transparencia en los rankings o las ofertas “personalizadas” que favorecen intereses comerciales de las plataformas¹⁵. Desde la óptica de los hoteles, el uso intensivo de OTAs puede suponer una pérdida de control sobre la relación con el cliente, el acceso a los datos y la propia estrategia de marca. Además, las plataformas cobran comisiones a los hoteles por cada transacción que facilitan que oscilan entre el 10 % y el 20 % del precio por noche. Este coste significativo para los hoteles puede trasladarse al consumidor¹⁶. A ello se suma la percepción, por parte de muchos hoteleros, de una relación asimétrica y de presión contractual por parte de las plataformas más dominantes para aceptar sus términos y condiciones¹⁷. En 2022, el 55% de los hoteleros declararon sentirse presionados a aceptar los términos y condiciones impuestos por las OTAs, y esta presión es incluso mayor para los hoteles de pequeño tamaño¹⁸.

12. Por lo tanto, aunque las plataformas resultan atractivas para el consumidor en el proceso de búsqueda de alojamiento, la tarifa que deben pagar los hoteles por utilizarlas y su incidencia en el precio final aumenta el riesgo de parasitismo o *showrooming*, práctica definida por Wang & Wright (2020)¹⁹, según la cual los consumidores, tras realizar la búsqueda en la plataforma, prescinden de este intermediario en la compra y así obtienen un precio directo más bajo. La reacción de las plataformas ha sido imponer presión contractual adoptando cláusulas de paridad de precios o cláusulas MFN, las cuales exigen a los hoteles no ofrecer mejores condiciones en otros canales de venta, como su propia página web u otras plataformas competidoras. Se trata de una obligación de no ofrecer un trato diferencial menos favorable con respecto a otros competidores, es decir, el proveedor se compromete a garantizar las mejores condiciones de precio al distribuidor con quien ha pactado la cláusula en comparación con otros canales de venta²⁰.

13. Analizar el impacto general de las regulaciones de paridad de precios sigue siendo muy importante para la formulación de políticas de competencia. Esto se debe a que persiste el debate sobre

AL, “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

¹¹ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

¹² EC DG JUST, “Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Travel Booking Websites and Apps”, 2020.

¹³ EY-PARTHENON, “Online travel agencies - Helping Europe’s small and independent accommodations succeed in the global marketplace”, 2021.

¹⁴ A. MANTOVANI, C. PIGA, C. REGGIANI, “On the economic effects of price parity clauses-what do we know three years later?” *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n° 10, 2018, pp. 650-654.

¹⁵ UK NCA, “Online hotel booking. CMA launches consumer law investigation into hotel booking sites”, 2019.

¹⁶ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

¹⁷ R. SCHEGG, “European hotel distribution study 2020. Results for the Reference Year 2019”. *Institute of Tourism, HES SO Valais Wallis*, 2020.

¹⁸ R. SCHEGG, “HOTREC European hotel distribution study 2022”, 2022, https://www.hotrec.eu/media/static/files/import/wp_post_47032/HOTREC-European-Hotel-Distribution-Study-2022.pdf.

¹⁹ C. WANG, J. WRIGHT, “Search platforms: showrooming and price parity clauses”. *The RAND Journal of Economics*, vol. 51, n° 1, 2020, pp. 32–58.

²⁰ FERRADANEHME, “Cláusulas de nación más favorecida en la mira de la FNE, por su uso en plataformas digitales”, *FerradaNehme Comunicaciones*, 3 de abril 2024, <https://fn.cl/comunicaciones/clausulas-de-nacion-mas-favorecida-en-la-mira-de-la-fne-por-su-uso-en-plataformas-digitales>.

cuáles son las medidas correctivas adecuadas. Estas cláusulas han sido sometidas a un riguroso escrutinio y a una evolución normativa cada vez más restrictiva. No obstante, todavía hay un debate activo acerca de la ponderación entre sus efectos anticompetitivos y las ventajas que generan para el consumidor final. El objetivo de esta investigación es entender cómo funcionan estas cláusulas, qué efectos producen y cuál es el equilibrio entre sus efectos beneficiosos y perjudiciales para la competencia. También se revisará la evolución por parte de las autoridades de competencia y los tribunales nacionales, examinando en particular el caso de Booking.com para evaluar el impacto de las nuevas regulaciones en el seno de la Unión Europea para la competencia en este sector.

2. Cláusulas de paridad de precios en acuerdos verticales

A) Definición de cláusulas de paridad de precios o cláusulas MFN

14. Las cláusulas de paridad de precios (CPP), también conocidas como cláusulas de cliente más favorecido o *Most Favoured Nation clauses* (MFNs) derivan su terminología de los acuerdos comerciales internacionales, cuya cláusula MFN asegura la no discriminación al garantizar que cualquier ventaja comercial concedida a una nación debe aplicarse por igual a todos los demás signatarios del acuerdo²¹.

15. En el contexto de acuerdos comerciales entre empresas, son disposiciones contractuales insertas en acuerdos verticales, habitualmente entre un proveedor y un distribuidor, mediante las cuales el proveedor se compromete a no ofrecer a otros distribuidores rivales condiciones más ventajosas que las pactadas con el distribuidor²². En esencia, se garantiza que el producto o servicio no será comercializado en el mercado a un precio inferior al ofrecido al distribuidor con quien se ha pactado la cláusula²³. De esta forma, el distribuidor asegura que, durante la vigencia del contrato, ostentará la condición de canal más competitivo en términos de precio, restringiendo así la capacidad del proveedor de fijar sus propias tarifas y obligándole a coordinar un precio con sus distribuidores. Dichas cláusulas contienen tanto un elemento vertical, al acordarse entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena, y un componente horizontal, puesto que su objetivo es fijar un precio equivalente entre competidores²⁴. Aunque estas cláusulas pueden aparecer en diversos acuerdos contractuales, su relevancia en el ámbito de las plataformas digitales ha cobrado especial importancia en la UE. El interés de la plataforma reside en generar ventas a través de su plataforma, obteniendo una comisión por cada transacción. En el sector hotelero, las OTAs exigen a los hoteles, a través de las CPP, que fijen su precio más bajo para una habitación en su plataforma, impidiendo ofrecer condiciones más competitivas en otros canales como su propia página web o una OTA rival²⁵.

B) Tipología: distinción entre cláusulas amplias vs. estrechas

16. Las cláusulas de paridad se clasifican principalmente en dos tipos: amplias y estrechas. Esta distinción es fundamental para comprender el impacto de estas cláusulas en la competencia y en las estrategias de precios de los hoteles.

²¹ M.J. FRESE, I. VANDENBORRE, “Most Favoured Nation Clauses Revisited”. *European Competition Law Review*, vol. 35, nº 12, 2014, pp. 587–593.

²² A. MANTOVANI, C. PIGA, C. REGGIANI, “Online platform price parity clauses: Evidence from the EU Booking.com case”. *European Economic Review*, vol. 131, 2021, art. 103625. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0014292120302555?via%3Dihub>.

²³ T. LARRIEU, “Most Favoured Nation Clauses on the Online Booking Market”, *Working Paper*, 2019.

²⁴ I. ANTÓN JUÁREZ, I. (2017) “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53–78.

²⁵ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

17. Las cláusulas de paridad amplias (CPA) impiden que el hotel ofrezca mejores precios u otras condiciones, como la disponibilidad, en canales de venta distintos a la OTA con la que se ha contratado. En términos prácticos, estas cláusulas aseguran que el precio ofrecido en la OTA sea el más bajo disponible en cualquier otro canal, incluyendo la propia página web del hotel, otras OTAs competidoras e incluso canales offline²⁶. Por otro lado, las cláusulas de paridad estrechas o restringidas (CPR) solo prohíben que el hotel ofrezca mejores precios en su propia página web²⁷. Como consecuencia, el hotel puede ofrecer precios más bajos en otras OTAs o en canales offline, siempre y cuando el precio mostrado en su propia web no sea inferior al ofrecido en la plataforma con la que tiene el acuerdo²⁸. Bajo este régimen, como señalan Ennis et al. (2022), los precios ofrecidos en el canal directo no pueden ser inferiores a los precios mostrados en la OTA más cara²⁹.

18. Además de la clasificación tradicional entre cláusulas de paridad amplias y estrechas, tanto la literatura como la práctica han identificado que las cláusulas MFN también pueden categorizarse según el modelo de distribución que respaldan. Así, en el modelo mayorista, el proveedor establece el precio al que vende a la plataforma, pero el precio final al consumidor no está directamente controlado por esta, ya que el proveedor también ejerce presión competitiva al vender directamente a los consumidores. Esto puede, en determinadas industrias como la distribución de billetes de avión, intensificar la competencia y beneficiar al consumidor mediante precios minoristas más bajos³⁰. Por otro lado, en el modelo minorista, el precio final al consumidor está controlado por la plataforma, que impide con la cláusula de paridad ofrecer precios más competitivos a los consumidores finales. Por su parte, en el modelo de agencia, el proveedor es quien determina el precio final mostrado en la plataforma, y esta actúa como agente y percibe una comisión por cada reserva, utilizando la cláusula MFN para garantizar que los productos o servicios ofrecidos a través de la plataforma mantengan precios competitivos respecto a otros canales³¹. Existe también el denominado *merchant model*, en el que el proveedor establece el precio mayorista y la plataforma añade un margen fijo, de modo que la cláusula MFN puede operar tanto sobre el precio mayorista como sobre el precio minorista según lo pactado³². Esta diferenciación es relevante porque el impacto competitivo de las cláusulas de paridad varía en función del modelo de negocio: mientras que las cláusulas de paridad minorista amplias han sido objeto de especial preocupación debido a su potencial para restringir la competencia y elevar precios, las cláusulas de paridad mayorista pueden, en determinados contextos, intensificar la competencia entre plataformas y beneficiar a los consumidores³³.

19. Tras esta clasificación, realizar una ponderación entre los efectos beneficiosos y perjudiciales de las cláusulas de paridad de precios es vital para el diseño de políticas y normativa cuyo alcance restrictivo sea preciso y se limite a prevenir los efectos distorsionadores de la competencia, permitiendo que las potenciales ventajas para los consumidores desplieguen sus efectos jurídicos. Por ello, la siguiente sección se dedica a analizar la literatura económica y jurídica sobre los efectos pro-competitivos y anticompetitivos que promueven las cláusulas de paridad de precios.

²⁶ Ibid.

²⁷ M. COLANGELO, "Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, n° 1, 2017.

²⁸ C. WANG, J. WRIGHT, "Search platforms: showrooming and price parity clauses". *The RAND Journal of Economics*, vol. 51, n° 1, 2020, pp. 32–58.

²⁹ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, "Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change". *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

³⁰ S. PICCOLO, K. PRASAD, "Competitive Effects of Price Parity Agreements", *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

³¹ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL, "Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report". *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

³² OCDE, "Hearing on Across Platform Parity Agreements", DAF/COMP(2015)11, 2015, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2015\)11/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2015)11/En/pdf).

³³ S. PICCOLO, K. PRASAD, "Competitive Effects of Price Parity Agreements", *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

C) Impacto de las cláusulas de paridad de precios en la competencia en el sector hotelero

20. Las cláusulas de paridad de precios generan tanto efectos pro-competitivos como anticompetitivos. El escrutinio regulatorio de los últimos años ha reavivado el interés en el análisis de su impacto en la competencia. Antes de proceder al análisis, es importante contextualizar la relación entre plataformas y establecimientos hoteleros desde la teoría agente-principal. El principal (hotel) contrata al agente (plataforma) para comercializar y distribuir sus habitaciones por cuenta del principal, delegando en este parte de su autoridad de decisión³⁴. El núcleo del problema agente-principal reside en el posible desajuste entre los intereses del agente y los objetivos del principal, puesto que el agente puede tener incentivos propios, como maximizar comisiones o recopilar datos de clientes en su propio beneficio³⁵. Esta relación está afectada por la asimetría de información entre ambos operadores, ya que la plataforma tiene más datos sobre el comportamiento de los consumidores y las tendencias de mercado³⁶. En este contexto, las CPP surgen como un mecanismo contractual que trata de alinear los intereses de ambos actores, resolviendo ciertos problemas inherentes en la relación. El hotel se asegura de que el agente tiene incentivos para invertir en la promoción de sus habitaciones, y la plataforma cuenta con la garantía de ser el canal de distribución más competitivo.

a) Efectos pro competitivos de las cláusulas de paridad de precios.

21. *Prima facie*, las cláusulas de paridad de precios, desde la perspectiva de las plataformas, parece que auspician la equidad al extender las mismas condiciones contractuales a todos los proveedores, lo cual podría ofrecer beneficios a los consumidores, al menos en términos de transparencia de precios y reducción de los costos de transacción³⁷.

22. Uno de los principales argumentos a favor de las CPP es su capacidad para prevenir el *showrooming* o parasitismo, es decir, la explotación de las ventajas de un producto o servicio evitando sus costes o desventajas. Por ejemplo, los consumidores utilizan una plataforma para buscar el hotel que más se ajusta a sus preferencias, pero luego completan la compra directamente en el sitio web del proveedor si este ofrece un precio más bajo, evitando así pagar las comisiones de la plataforma³⁸. Este comportamiento socava la capacidad de la plataforma para operar de manera rentable al no recibir recompensación alguna por el servicio que prestan. Al establecer una CPP, la plataforma garantiza que los proveedores no ofrezcan precios más bajos fuera de la plataforma. Por tanto, estas disposiciones contractuales limitan el *free-riding* de los proveedores, que se benefician de las inversiones realizadas por la plataforma en marketing, referencias online y servicios postventa para luego ofrecer una tarifa más baja³⁹, y de los consumidores. Las plataformas consideran que las CPP es el mecanismo para asegurar una retribución justa y proteger su modelo de negocio. De hecho, Klopach & Pierrri (2024)⁴⁰ advierten de que si la prohibición de las cláusulas MFN es de alcance general y no admite excepciones, el alto riesgo de parasitismo podría desincentivar a las OTAs a invertir en su plataforma, eliminando así la ventaja de reducción de costes de búsqueda para los consumidores. Este es precisamente otro de los beneficios que ofrecen las cláusulas de

³⁴ Y. GORBANEFF, “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”, *Revista Universidad EAFIT*, vol. 39, nº 129, 2012, pp. 75–86, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/925>.

³⁵ INSPIRED ECONOMIST, 2023, <https://inspiredeconomist.com/articles/agency-theory/>.

³⁶ H. A. LEE, B. DENIZCI GUILLET, R. LAW, “An Examination of the Relationship between Online Travel Agents and Hotels: A Case Study of Choice Hotels International and Expedia.com”, *Cornell Hospitality Quarterly*, vol. 54, nº 1, 2013, pp. 95–107.

³⁷ M. COLANGELO, “Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, nº 1, 2017.

³⁸ C. WANG, J. WRIGHT, “Search platforms: showrooming and price parity clauses”. *The RAND Journal of Economics*, vol. 51, nº 1, 2020, pp. 32–58.

³⁹ STEPTOE & JOHNSON LLP, “Competitive effects of Most-favoured nation clauses”, *LexisPSL Competition Practice Note*, 2018, <https://www.steptoelaw.com/a/web/187892/SA-1118-049-LexisPSL-Competition-branded-PDF-Steptoelaw.pdf>.

⁴⁰ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

paridad de precio. En la práctica, si el consumidor conoce que la oferta más competitiva se encuentra en la plataforma, acudirá directamente a ella, ahorrando tiempo comparando precios⁴¹.

23. También pueden resultar útiles para mitigar problemas de *hold-up* o retención, que surgen cuando un distribuidor realiza inversiones significativas para fomentar su relación con un proveedor, como la creación de un sistema de distribución dedicado y una plataforma fiable⁴². En la práctica, el distribuidor podría verse reacio a invertir significativamente si teme que el proveedor se beneficie de tales esfuerzos para luego ofrecer precios más bajos a competidores. Al asegurar que el distribuidor obtiene condiciones equivalentes a las de otros, las cláusulas MFN fomentan la inversión y la mejora de los servicios, aliviando la incertidumbre en la rentabilidad de las inversiones de la relación. De esta forma, el distribuidor puede recuperar los costes hundidos o irrecuperables (*sunk costs*) derivados de las inversiones llevadas a cabo, fomentando la innovación, la introducción de nuevos productos y, en última instancia, beneficiando a los consumidores⁴³. Booking.com alude a este argumento en el artículo 2.2 de las Condiciones generales de entrega para justificar la lógica de estas cláusulas, indicando que “Booking.com realiza inversiones para atraer clientes a la plataforma y ofrecerles la opción de comparar alojamientos en la misma. [...] El objetivo de la cláusula de paridad es garantizar que las tarifas y condiciones que se publican en la plataforma sean competitivas, de modo que los clientes puedan beneficiarse de costes de búsqueda más bajos, así como evitar que un alojamiento se aproveche de las inversiones cuantiosas que realice Booking.com”⁴⁴.

24. En esencia, las cláusulas de paridad de precios mitigan fallos de mercado que se producen instantáneamente o en el corto plazo, como sucede con el parasitismo, pero también contribuyen a solucionar ineficiencias dinámicas derivadas del problema de retención, que se produce en el largo plazo. Generan un entorno más predecible que incentiva la innovación y la mejora de los servicios ofrecidos, y estabilizan la rentabilidad de las inversiones que realizan las plataformas. De este modo, las cláusulas de paridad de precios promueven un círculo virtuoso de inversión y competencia en el sector y favorece efectos positivos en servicios y mercados relacionados (*spill-over effects*).

25. Por último, las CPP pueden reducir los costes de transacción. La cláusula MFN garantiza al distribuidor que los competidores no podrán comprar a precios más bajos, lo que reduce la posibilidad de que el comprador sea superado en el mercado descendente simplemente por precios de compra más bajos. Además, reduce la incertidumbre entre las partes, pues el pacto de esta cláusula al inicio de la relación contractual evita negociaciones prolongadas sobre las condiciones contractuales puesto que el distribuidor cuenta con la garantía de obtener las mejores condiciones⁴⁵.

b) Efectos anticompetitivos de las cláusulas de paridad de precios

26. Sin embargo, existen varios contrapesos negativos a los posibles beneficios de las cláusulas de paridad de precios, y por ello, es de rigor presentar los efectos perniciosos y dañinos para la competencia de estas cláusulas. Como primera mención destacable, las cláusulas de paridad de precios facilitan la colusión entre plataformas. Estas cláusulas reducen los incentivos de las plataformas intermediarias a

⁴¹ I. ANTÓN JUÁREZ, I. (2017) “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53–78.

⁴² STEPTOE & JOHNSON LLP, “Competitive effects of Most-favoured nation clauses”, *LexisPSL Competition Practice Note*, 2018, <https://www.steptoelaw.com/a/web/187892/SA-1118-049-LexisPSL-Competition-branded-PDF-Steptoelaw.pdf>.

⁴³ FRESE, M.J. & VANDENBORRE, I. (2014). Most Favoured Nation Clauses Revisited. *European Competition Law Review*, 35(12), 587-593. Disponible en: https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2014/12/frese_2014_35_eclr_issue_12_print.pdf [Acceso: 16 de abril de 2025].

⁴⁴ BOOKING.COM (2023). ‘How Parity Works’. *Booking.com Partner Portal*. Available at: <https://partner.booking.com/es/legal/how-parity-works> [Acceso: 13 de abril de 2025].

⁴⁵ M.J. FRESE, I. VANDENBORRE, “Most Favoured Nation Clauses Revisited”. *European Competition Law Review*, vol. 35, nº 12, 2014, pp. 587–593.

competir entre ellas ofreciendo comisiones más bajas, lo que puede traducirse en precios más elevados⁴⁶. Un hotel que anuncia una habitación en dos plataformas competidoras como Booking.com y Expedia, sin una CPP, podría evitar la comisión elevada de una plataforma acudiendo a su competidora, incentivando así una competición a la baja en las tarifas de comisiones. En sentido contrario, la imposición de una cláusula amplia de paridad de precios obliga contractualmente al hotel a asumir el precio de la comisión, por no poder realizar una mejor oferta en una plataforma competidora⁴⁷. En este sentido, las CPP amplias debilitan la competencia de comisiones al por mayor entre las plataformas, puesto que, incluso si una plataforma rival ofrece una comisión más baja, el precio nunca podrá ser más bajo que en la plataforma con la que se haya estipulado una cláusula MFN⁴⁸. Así, se genera un incentivo entre las OTAs competidoras para que aumenten simultáneamente las comisiones, lo que resulta en mayores costes de distribución para los hoteles y mayores precios al por menor para los viajeros⁴⁹. Además, esta práctica se ve favorecida por el aumento en la transparencia de los precios, que permite la coordinación entre plataformas⁵⁰.

27. De igual forma, pueden desincentivar la competencia de precios al por menor entre los proveedores, limitando la capacidad de los hoteles para responder a un aumento en las comisiones que debe pagar a la plataforma, pues siempre están obligados a garantizar el mejor precio. Así, la reducción de los márgenes de beneficios se traslada de las plataformas a los hoteles, que deben renunciar a clientela que podría atraer precios más competitivos⁵¹. Las CPP pueden conducir a que el precio final del producto no esté estipulado por la competencia meritosa, sino por el poder de mercado de la plataforma y su capacidad de negociación con el proveedor⁵². Por tanto, tanto las cláusulas amplias como las cláusulas estrechas suprimen o distorsionan la competencia, ya que impiden que los proveedores ofrezcan precios más bajos para atraer a los consumidores si la tarifa de la plataforma es demasiado alta⁵³.

28. En tercer lugar, las CPP pueden crear barreras de entrada artificiales para nuevos competidores que, de otro modo, habrían adoptado un modelo de negocio de descuento y, por lo tanto, habrían reducido los precios al por menor⁵⁴. Al eliminar el margen para que las nuevas plataformas compitan en precios, las CPP impiden que estas ofrezcan precios más bajos para atraer a los consumidores⁵⁵. Colangelo (2017) subraya que, aunque las CPP se originen en relaciones verticales, sus principales efectos anticompetitivos se manifiestan a nivel horizontal, excluyendo la entrada al mercado para nuevos competidores, reduciendo la competencia y facilitando la colusión entre distribuidores⁵⁶.

29. Otro argumento relevante que cuestiona la justificación tradicional de las cláusulas de paridad de precios se basa en el papel de los algoritmos de las plataformas digitales. Los algoritmos de

⁴⁶ STEPTOE & JOHNSON LLP, “Competitive effects of Most-favoured nation clauses”, *LexisPSL Competition Practice Note*, 2018, <https://www.steptoelaw.com/a/web/187892/SA-1118-049-LexisPSL-Competition-branded-PDF-Steptoelaw.pdf>.

⁴⁷ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

⁴⁸ S. PICCOLO, K. PRASAD, “Competitive Effects of Price Parity Agreements”, *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

⁴⁹ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

⁵⁰ I. ANTÓN JUÁREZ, I. (2017) “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53–78.

⁵¹ S. PICCOLO, K. PRASAD, “Competitive Effects of Price Parity Agreements”, *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

⁵² I. ANTÓN JUÁREZ, I. (2017) “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53–78.

⁵³ C. WANG, J. WRIGHT, “Search platforms: showrooming and price parity clauses”. *The RAND Journal of Economics*, vol. 51, nº 1, 2020, pp. 32–58.

⁵⁴ OXERA “Most-Favoured-Nation Clauses: How to Assess Their Competitive Effects?”, 2023, <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/most-favoured-nation-clauses-how-to-assess-their-competitive-effects/>.

⁵⁵ I. ANTÓN JUÁREZ, I. (2017) “Las cláusulas de paridad de precios en el sector de las plataformas online”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 20, 2017, pp. 53–78.

⁵⁶ M. COLANGELO, “Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, nº 1, 2017.

búsqueda y recomendación pueden priorizar en los resultados aquellos productos o servicios que obtienen mejores valoraciones o mayores ventas dentro de la propia plataforma. De este modo, la plataforma tiene la capacidad de reducir la visibilidad de los vendedores que intentan utilizarla únicamente como escaparate para desviar las ventas a otros canales, sin necesidad de recurrir a cláusulas de paridad de precios. Así, la propia lógica algorítmica permite a la plataforma penalizar el *showrooming* y favorecer a los vendedores que contribuyen activamente al ecosistema de la plataforma⁵⁷.

30. Algunos autores hacen una distinción entre los efectos de las cláusulas de paridad amplias y estrechas, puesto que las primeras son mucho más disruptivas para la competencia. Wang & Wright (2020)⁵⁸ concluyen que, incluso considerando el fenómeno de *showrooming*, las CPP amplias no benefician a los consumidores y suprimen la competencia. El hecho de que sus efectos anticompetitivos superen ampliamente sus posibles beneficios justifica su prohibición. En la literatura académica, hay un consenso claro sobre el carácter anticompetitivo y perjudicial de las cláusulas amplias. Como resultado, en varias jurisdicciones europeas se han ido prohibiendo progresivamente estas cláusulas, y también han sido excluidas de las exenciones contenida en el RECAV de 2022 y prohibidas por el Reglamento de Mercados Digitales. No obstante, todavía sigue existiendo un debate sobre los efectos netos de las cláusulas de paridad de precio estrechas. Estas cláusulas no provocan una distorsión sustancial en el mercado cuando hay un alto nivel competitivo entre plataformas, pues los hoteles se promocionan en varias y los consumidores comparan precios entre plataformas rivales (“*multi-homing*”), lo que permite a los hoteles abandonar plataformas que imponen comisiones excesivas sin perder clientela. No obstante, este tipo de cláusulas son especialmente problemáticas cuando se cumplen dos condiciones: (i) la plataforma es imprescindible para los vendedores hoteleros, que dependen críticamente de ella para alcanzar a su audiencia; y (ii) los consumidores utilizan una sola plataforma (*single-homing*)⁵⁹. Ambas están íntimamente relacionadas con los efectos de red y la inercia del consumidor a acudir a las plataformas, características propias de los mercados digitales mencionadas anteriormente, que propician y acentúan las mencionadas condiciones.

31. Aunque las cláusulas estrechas permiten, en teoría, que un hotel cobre precios diferentes en distintas OTAs, pues no vinculan los precios de diferentes plataformas, algunos reguladores, como los alemanes, argumentaron que aún pueden restringir la competencia, ya que los hoteles podrían ser reacios a rebajar los precios en las plataformas⁶⁰. La Comisión Europea se ha sumado a esta preocupación de que el régimen de cláusulas estrechas afecte también a la capacidad de los hoteles de ofrecer precios diferenciados en OTAs rivales. Al tener que establecer en su canal directo un precio no inferior al que se haya publicado en la OTA más cara, recurrir a OTAs más económicas implicaría necesariamente perjudicar la venta en su canal directo y erosionar el margen de beneficio más rentable, desincentivando así la diferenciación de precios entre OTAs. Esto genera una doble marginalización: tanto la plataforma como el vendedor aplican márgenes elevados, inflando el precio final para los consumidores⁶¹. Ambos actúan como monopolistas, y por ello, una de las mayores eficiencias de la integración vertical es precisamente eliminar el incentivo a la doble marginalización.

⁵⁷ M. PEITZ, “The Prohibition of Price Parity Clauses and The Digital Markets Act”. *Competition Policy International, TechREG Chronicle*, enero 2022, pp. 2–9, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2022/01/2-The-Prohibition-of-Price-Parity-Clauses-and-The-Digital-Market-Act-by-Martin-Peitz.pdf>

⁵⁸ C. WANG, J. WRIGHT, “Search platforms: showrooming and price parity clauses”. *The RAND Journal of Economics*, vol. 51, n° 1, 2020, pp. 32–58.

⁵⁹ S. PICCOLO, K. PRASAD, “Competitive Effects of Price Parity Agreements”, *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

⁶⁰ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

⁶¹ S. PICCOLO, K. PRASAD, “Competitive Effects of Price Parity Agreements”, *Compass Lexecon*, 2023, <https://www.compasslexecon.com/insights/publications/competitive-effects-of-price-parity-agreements>.

32. En la misma línea, Sanlı y Doğan (2022)⁶² sostienen que, aunque las cláusulas estrechas son menos restrictivas, puesto que impiden a la plataforma aumentar su comisión sin pérdidas competitivas contra rivales, pueden tener efectos similares a las cláusulas amplias, especialmente en escenarios donde el mercado está altamente concentrado y cuando el minorista atribuye una importancia significativa a la competitividad de su canal de venta directa. Este hecho justifica, como se examinará posteriormente, que las CPP se consideren restricciones por efecto, con la necesaria consideración del contexto legal y económico. Estas cláusulas tienen un efecto especialmente dañino cuando la presión competitiva proviene principalmente de la propia página web. Por tanto, la dinámica del mercado y concretamente, la existencia o no de competencia entre plataformas juega un papel crucial en la evaluación de los efectos de las cláusulas MFN estrechas.

III. Análisis de las cláusulas de paridad de precios a la luz del derecho de la competencia de la Unión Europea

33. El análisis de los efectos pro competitivos y anticompetitivos de las cláusulas de paridad de precios en el sector hotelero evidencia la complejidad de estas prácticas contractuales y su impacto en la competencia, que ha conllevado un intenso escrutinio regulatorio en la Unión Europea, donde las autoridades han intervenido para mitigar sus efectos nocivos. En este contexto, el presente capítulo examina las cláusulas de paridad de precios con arreglo al Derecho de la competencia de la UE, con especial énfasis en los artículos 101 y 102 del TFUE, para entender la base jurídica subyacente en las decisiones y sentencias de las ANC y los tribunales nacionales que progresivamente limitaron la posibilidad de utilización de cláusulas de paridad de precios por plataformas hoteleras. Este proceso de control crecientemente restrictivo sirvió como precedente empírico para la aprobación de normativa comunitaria que abordó las cláusulas de paridad de precios tomando como referencia la experiencia en las distintas jurisdicciones de los Estados miembros.

1. Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

A) Artículo 101 del TFUE: afectación a las cláusulas de paridad

34. Como una de las piedras angulares del Derecho de la Competencia de la UE, el objetivo principal del artículo 101.1 del TFUE es prohibir los acuerdos y prácticas tales como conductas colusorias que perjudiquen a los consumidores y restrinjan la competencia dentro del mercado único, salvaguardando su estructura competitiva. El tenor literal del artículo enuncia que *“quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”*⁶³. La consecuencia a la que están sujetos dichos acuerdos es la nulidad de pleno derecho.

35. La prohibición del artículo 101, apartado 1 del TFUE, se matiza en su apartado tercero, permitiendo excepciones a esta prohibición para acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyos beneficios superen sus efectos anticompetitivos. Deben generar eficiencias mejorando la producción o distribución de los productos o promuevan el progreso técnico o económico, siempre y cuando reserven a los consumidores una *“participación equitativa en el beneficio resultante, no impongan a las empresas*

⁶² K. SANLI, C. DOĞAN, “Narrow MFN Clauses from Competition Law and Economics Perspective”, *Istanbul Law Review*, vol. 3, n.º 1, 2021, pp. 1–34, <https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/article/rekabet-hukuku-ve-iktisadi-baglamin-da-dar-platform-ekm-kosullari>.

⁶³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Artículo 101. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202, 7.6.2016, pp. 47 a 199 (152 págs.)

*restricciones que no sean indispensables ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*⁶⁴.

36. La prohibición de acuerdos anticompetitivos del artículo 101, apartado 1, aplica tanto a acuerdos horizontales como verticales⁶⁵, de ahí su relevancia para analizar las cláusulas MFN, que se insertan en acuerdos verticales entre una plataforma de intermediación online (OTAs) y un proveedor (en este caso, los hoteles). La aplicación del artículo 101 del TFUE a este tipo de cláusulas ha sido objeto de un importante debate y escrutinio normativo, sobre todo porque estas cláusulas pueden restringir la capacidad de los proveedores para competir en precios a través de sus propios canales o de plataformas competidoras. En la práctica, la aplicación de la prohibición del artículo 101.1 del TFUE a las cláusulas de paridad de precios ha estado caracterizada en la última década por fragmentación y criterios disonantes esgrimidos por Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) y tribunales, tanto entre Estados miembros como dentro de ellos.

B) Doctrina de las restricciones accesorias

37. Resulta necesario aclarar el debate sobre si las cláusulas MFN pueden considerarse restricciones accesorias en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Una restricción accesoria es aquella que, aunque limita la competencia, resulta objetivamente necesaria y proporcionada para la realización de la operación principal lícita, de modo que sin ella la operación no podría ejecutarse o su objeto quedaría comprometido⁶⁶.

38. Es importante precisar que se trata de un concepto distinto al régimen de exención del artículo 101.3 TFUE, el cual analiza las ventajas económicas de los acuerdos que contrarrestan los efectos restrictivos para la competencia. En el sector bajo análisis, el debate surge porque las plataformas han defendido que estas cláusulas son imprescindibles para evitar el parasitismo y garantizar la viabilidad económica de su modelo de negocio. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de las restricciones accesorias, no basta con que la restricción facilite la operación, la haga más rentable o eficiente, sino que debe ser i) estrictamente indispensable para su ejecución, así como ii) proporcional a los objetivos perseguidos por la operación principal, de modo que si existen alternativas menos restrictivas de la competencia, la restricción no puede considerarse accesoria. En este contexto, si una cláusula de paridad de precio fuera calificada como accesoria, quedaría excluida del ámbito de prohibición del artículo 101.1 TFUE y no sería considerada anticompetitiva *per se*. Por el contrario, si la restricción no es objetivamente necesaria, su posible justificación por razones de eficiencia solo puede analizarse en el marco del artículo 101.3 TFUE, mediante una ponderación de efectos positivos y negativos para la competencia⁶⁷. El TJUE, en su sentencia histórica en el asunto C-264/23 *Booking.com*, rechazó el argumento de que las cláusulas de paridad podían justificarse como “restricciones accesorias”, haciendo hincapié en que dichas cláusulas no son indispensables para el acuerdo principal y, por tanto, deben examinarse individualmente con arreglo al artículo 101, apartado 1, centrándose en sus efectos restrictivos reales o potenciales sobre la competencia en el mercado específico⁶⁹.

⁶⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 101.3, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202, 7.6.2016, pp. 88–89.

⁶⁵ R. WHISH, D. BAILEY, “Competition Law”, *Oxford University Press*, 10th ed., 2021.

⁶⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J. (2010). Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia. *Revista de Derecho Mercantil*, (276), 341-369. Disponible en: <https://vlex.es/vid/accesorias-proporcionadas-franquicia-230361645> [Acceso: 18 de abril de 2025].

⁶⁷ STJUE 19 de septiembre de 2024, *Booking.com*, C-264/23. ECLI:EU:C:2024:764, párrs. 53-55.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia de la Comunidad Europea a los acuerdos verticales y a las prácticas concertadas relacionadas con la distribución de productos y servicios”, *Eur-Lex*, 2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>.

⁶⁹ STJUE 19 de septiembre de 2024, *Booking.com*, C-264/23. ECLI:EU:C:2024:764, párrs. 60-63.

C) Categorización de las cláusulas de paridad: ¿restricciones “por objeto” o “por efecto”?

39. La clasificación de las cláusulas de paridad como restricciones “por objeto” o, alternatively, “por efecto” en virtud del artículo 101 del TFUE ha sido una cuestión polémica. La distinción se basa en si dichas cláusulas son intrínsecamente anticompetitivas o si requieren un análisis de sus efectos reales o potenciales sobre la competencia. Las restricciones “por objeto” son tipos de coordinación entre empresas que, por su propia naturaleza, se consideran perjudiciales para el funcionamiento normal de la competencia, como la fijación de precios o el reparto de mercados⁷⁰. No requieren una evaluación de los efectos anticompetitivos reales o potenciales. El TJUE dictó en el asunto *Groupement des Cartes Bancaires* que “*el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia*”⁷¹. Para su determinación, es necesario atender al contenido de las disposiciones del acuerdo, a sus objetivos, y al contexto jurídico y económico en el que se enmarcan. Por otro lado, las restricciones “por efecto” requieren un análisis detallado de su impacto en el mercado para determinar si restringen la competencia de forma apreciable^{72,73,74}. No debe confundirse la utilización del término apreciable con la doctrina de *minimis*, que excluye del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE aquellas restricciones que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros, pero que no constituyan restricciones sensibles de la competencia⁷⁵.

40. La reciente evolución normativa y jurisprudencial confirma que las cláusulas de paridad no se consideran restricciones “por objeto”, sino que resulta necesario evaluar sus efectos, exigiendo pruebas de su capacidad de generar efectos anticompetitivos. Resulta inapropiado categorizar sistemáticamente estas disposiciones contractuales como restricciones inherentemente anticompetitivas por su propia naturaleza que, como ya ha sido analizado, tienen un carácter mixto que comprende efectos pro competitivos y anticompetitivos. El enfoque predominante es analizar las cláusulas de paridad “por efecto”, lo que requiere una evaluación caso por caso de si restringen la competencia en el mercado de referencia y evaluar si sus efectos anticompetitivos superan sus eficiencias. Así, en el asunto C-264/23 *Booking.com* (2024), el TJUE no las clasificó como restricciones “por objeto”, sino que hizo hincapié en la generación de efectos restrictivos sensibles por parte de las cláusulas de paridad de precios⁷⁶.

2. Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

41. El otro pilar de control ex post bajo el Derecho de la Competencia de la UE es el artículo 102 del TFUE, que prohíbe la explotación abusiva de una posición de dominio por su afectación al comercio entre los Estados miembros. Exige un doble análisis. Primero, determinar si existe una posición de dominio en el mercado relevante, que se caracteriza como la posición de “*poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de*”

⁷⁰ R. WHISH, “Anti-competitive object or effect”, *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. N° 86412, 2018, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/anticompetitive-object-or-effect-en>.

⁷¹ STJUE 11 de septiembre de 2014. *Groupement des cartes bancaires*, C-67/13 P. ECLI:EU:C:2014:2204.

⁷² R. WHISH, “Anti-competitive object or effect”, *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. N° 86412, 2018, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/anticompetitive-object-or-effect-en>.

⁷³ REGLAMENTO (UE) 2022/720 de la Comisión, de 30 de junio de 2022, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 330/2010 en lo que respecta a las exenciones de los acuerdos verticales en el contexto del Derecho de la competencia de la Unión, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 134/4, 10 mayo 2022, pp. 1–7.

⁷⁴ R. BLOWETT, M. KENNIS, “EU vertical agreements”. *Clifford Chance LLP, Practical Law*, 2023, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6280?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6280?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default)).

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*)”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 291, 30 agosto 2014, pp. 1–4.

⁷⁶ STJUE 19 de septiembre de 2024, *Booking.com*, C-264/23. ECLI:EU:C:2024:764, párrs. 62.

referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”⁷⁷. El segundo paso es analizar si se ha producido la comisión de un comportamiento abusivo de dicha posición de dominio para restringir la competencia, recurriendo como principal indicador a la cuota de mercado de la empresa en el mercado relevante en el que opera. De este modo, la ostentación por una empresa de una cuota de mercado superior al 50% conlleva una presunción refutable de posición dominante, mientras que, un umbral inferior al 40%, en virtud de la doctrina ‘de minimis’, invierte la presunción de dominancia, considerando que la empresa no es dominante en el mercado de referencia⁷⁸.

42. Ahora bien, la sola consideración de la cuota de mercado no es suficiente para concluir la existencia de posición de dominio, pues han de tenerse en consideración otros elementos como las barreras de entrada o el poder compensatorio de la demanda⁷⁹, especialmente en mercados digitales donde la disputabilidad tiende a ser más dinámica y es propensa al efecto de inclinación o *tipping*. Cuando el mercado se inclina, el ganador se lo lleva todo y, aunque emerja un mejor producto, es improbable que el mercado se autorregule.

43. Aun si el artículo 102 del TFUE no define el abuso de posición de dominio, la jurisprudencia incluye todas aquellas actividades de una empresa dominante en un mercado ya debilitado por su propia presencia que obstaculizan la competencia existente en el mercado o su potencial desarrollo⁸⁰. Pese a que la prohibición no se refiere al mantenimiento de una posición dominante, sino a la comisión de una práctica abusiva, las empresas dominantes en el mercado están sujetas a una “responsabilidad especial” para prevenir que su comportamiento en el mercado dañe la competencia⁸¹. La imposición de cláusulas de paridad de precios por una empresa dominante en el mercado, debido a sus efectos anticompetitivos ya analizados anteriormente, tales como las barreras de entrada a competidores o el debilitamiento de la competencia de precios entre plataformas, pueden constituir un abuso de posición de dominio, como así lo consideró la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), autoridad nacional de competencia española, en su investigación contra Booking.com concluida en julio de 2024. De hecho, recientemente, asociaciones de hoteles nacionales de más de 25 países europeos, apoyadas por HOTREC -la asociación que representa el sector hotelero en Europa-, están animando a sus miembros a optar por una acción de daños y perjuicios en los Países Bajos contra las cláusulas de paridad de precios de Booking.com⁸². Esta medida jurídica sin precedentes se produce tras la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2024 referida a las cláusulas de paridad empleadas por Booking.com⁸³.

IV. Un repaso cronológico a la jurisprudencia y la evolución normativa de las cláusulas de paridad en la Unión Europea: el caso de Booking.com

44. El estudio sistemático de las cláusulas de paridad bajo la perspectiva del Derecho de la Competencia de la Unión Europea facilita la comprensión de los fundamentos jurídicos y doctrinales que han orientado el comportamiento de las autoridades y tribunales europeos en este asunto. No obstante, solo se puede percibir completamente la complejidad y el verdadero efecto de estas cláusulas mediante un

⁷⁷ STJUE 14 de febrero de 1978. *United Brands Company*. Plátanos Chiquita, C-27/76. ECLI:EU:C:1978:22, párr. 65.

⁷⁸ S. PARRY, “Retail price parity: do we have European consensus at last, or will divergence continue?”, 2023.

⁷⁹ A. SÁNCHEZ, “Cuestiones prácticas sobre el derecho de la competencia: 102 del TFUE; en especial, abusos de posición de dominio en el ámbito de sectores supervisados y que afectan a entidades del sector público”. *Centro de Estudios Jurídicos*, 2022, <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13658>.

⁸⁰ STJUE 30 de enero de 2020, *Generics (UK) Ltd y otros contra Competition and Markets Authority*. Asunto C-307/18. ECLI:EU:C:2020:52.

⁸¹ STJUE 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, Asunto 322/81, párr. 57.

⁸² GLOBAL COMPETITION REVIEW, *Booking.com faces Dutch damages action from European hotels*, 2025, <https://global-competitionreview.com/article/booking-com-faces-dutch-damages-action-european-hotels>.

⁸³ HOTREC, *European Hoteliers Launch Collective Legal Action Against Booking.com*, 2025, https://www.hotrec.eu/en/news/european_hoteliers_launch_collective_legal_action_against_booking-com.html.

recurso cronológico a la progresión jurisprudencial y normativa, que ha tenido como foco principal el caso Booking.com. Por lo tanto, el capítulo siguiente aborda la reacción de las autoridades nacionales y europeas, junto con los avances regulatorios más recientes, con la finalidad de proporcionar una perspectiva completa y crítica del fenómeno en el marco del mercado interno de la UE.

1. Regulación previa de acuerdos verticales en el Reglamento 330/2010

45. Con el objetivo de simplificar el análisis individual del artículo 101.3 del TFUE, la UE ha desarrollado desde 1965 regímenes de exención por categorías, que extienden la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas de forma automática, sin necesidad de un análisis individualizado, pues otorgan una presunción de compatibilidad con el mercado interior. El Reglamento inmediatamente anterior al actualmente vigente es el Reglamento 330/2010, que se examinará a continuación para entender la evolución regulatoria crecientemente restrictiva por parte de la Unión de las cláusulas de paridad de precios.

46. El Reglamento 330/2010, vigente entre 2010 y 2022, tiene como finalidad conceder una exención en bloque (“puerto seguro”) que garantizase seguridad jurídica a las empresas, evitando la notificación individual de acuerdos que, en ausencia de poder de mercado significativo, se consideraban pro competitivos. De hecho, la Comunicación *de minimis*⁸⁴ sostiene que los acuerdos verticales suscritos por empresas no competidoras cuya cuota de mercado individual no exceda del 15% no están sujetos a la prohibición del artículo 101.1 del TFUE, siempre y cuando no existan restricciones por objeto ni la competencia quede restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos, en cuyo caso los umbrales descienden al 5%. Este reglamento partía de la premisa de que los acuerdos verticales podían mejorar la eficiencia económica al reducir costes de transacción y optimizar la distribución, siempre que no contuvieran restricciones “especialmente graves” y ninguna de las partes superase el umbral del 30% de cuota de mercado^{85 86 87}.

47. Las restricciones “especialmente graves” enumeradas en el artículo 4 del Reglamento 330/2010 (como la fijación de precios de reventa) implican la exclusión automática del acuerdo vertical del beneficio de la exención por categorías, independientemente de la cuota de mercado. Estas restricciones se consideran intrínsecamente nocivas para la competencia, lo que genera una presunción de que vulneran el artículo 101, apartado 1, del TFUE⁸⁸. Sin embargo, es crucial diferenciar este concepto de las “restricciones por objeto” en el marco del artículo 101. Las restricciones especialmente graves no implican automáticamente una infracción del artículo 101.1, salvo que se demuestre en un análisis individual, atendiendo a su contenido, los objetivos que persiguen y el contexto jurídico y económico en las que se enmarcan⁸⁹. En el asunto *Coty* (C-230/16)⁹⁰, el TJUE implícitamente subrayó esta distinción, pues analizó de forma separada si una prohibición de ventas en plataformas de terceros en un sistema de distribución selectiva constituía una restricción “por objeto” bajo el artículo 101.1 y si encajaba en

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis)”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 291, 30 agosto 2014, pp. 1–4.

⁸⁵ REGLAMENTO (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 102, 23.4.2010, pp. 1–7.

⁸⁶ R. WHISH, D. BAILEY, “Competition Law”, Oxford University Press, 10th ed., 2021.

⁸⁷ R. BLOWETT, M. KENNIS, “EU vertical agreements”. *Clifford Chance LLP, Practical Law*, 2023, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6280?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6280?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default)).

⁸⁸ OCDE, “Roundtable on Price Parity Clauses”, *DAF/COMP/WD(2015)64*, 2015, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2015\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2015)64/en/pdf)

⁸⁹ STJUE 13 de octubre de 2011, *Pierre-Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09.

⁹⁰ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty*, C-230/16.

las restricciones pasivas del artículo 4(b) del RECAV⁹¹. Posteriormente, en el asunto *Super Bock* (C-211/22), el TJUE confirmó esta distinción enfatizando que la mera clasificación de una restricción como “especialmente grave” bajo el RECAV no implica automáticamente su calificación como “por objeto”, requiriéndose un examen individual del acuerdo para determinar su daño competitivo en el mercado relevante⁹².

48. Por su parte, el umbral de 30% de cuota de mercado operaba como un “puerto seguro” para los acuerdos verticales. Por encima de este umbral, se elimina la presunción de legalidad, aunque ello no implica considerar automáticamente que vulneran el artículo 101.1 del TFUE o incumplen los requisitos de exención del artículo 101.3. En estos casos, se requiere un análisis individualizado para evaluar si las ventajas económicas (como eficiencias productivas o mejoras distributivas) superan las restricciones a la competencia, considerando el contexto específico del mercado de referencia. En todo caso, el diseño de dicho umbral generó debates doctrinales. Por un lado, se argumentaba que este límite subestimaba el poder de mercado en sectores digitales, donde plataformas como Booking.com podían ejercer influencia anticompetitiva incluso con cuotas inferiores al 30%, debido a efectos de red y a la dependencia de los hoteles⁹³. La jurisprudencia del TJUE, en el caso *Pierre Fabre* (C-439/09)⁹⁴, subrayó que la mera presencia de una cuota de mercado inferior al 30% no garantizaba la ausencia de efectos restrictivos, especialmente cuando las cláusulas limitaban la libertad comercial de los proveedores.

49. Las cláusulas MFN no fueron explícitamente reguladas en el Reglamento 330/2010, lo que generó ambigüedad en su tratamiento. La falta de mención expresa a las MFN permitió su aplicación generalizada en plataformas digitales siempre que las partes no superasen el umbral de cuota de mercado y no contuviesen restricciones especialmente graves⁹⁵. Esta omisión normativa pronto reveló sus limitaciones, ya que la ausencia de una regulación específica generó incertidumbre jurídica y divergencias interpretativas entre autoridades nacionales y la Comisión, especialmente a medida que las plataformas digitales y las OTAs adquirieron mayor relevancia en el mercado, lo que evidencia que la evolución digital de los mercados no fue acompañada por la regulación comunitaria⁹⁶. La proliferación de estas cláusulas requirió intervenciones ex post costosas y fragmentadas por diversas autoridades nacionales de competencia, como se examinará a continuación.

50. Estas actuaciones reflejan la insuficiencia del marco normativo anterior para abordar los desafíos competitivos emergentes en los mercados digitales, así como la necesidad de una revisión que culminó en el nuevo Reglamento 2022/720 y en el Reglamento de Mercados Digitales (“DMA”).

2. Reacción cronológica de las ANCs a las cláusulas de paridad en el sector hotelero

51. La regulación de las cláusulas de paridad en el sector hotelero ha sido marcada por una notable divergencia en las respuestas de las autoridades nacionales de competencia de la Unión Europea. La omisión de actuación por parte de la Comisión Europea en abordar la cuestión de las cláusulas de paridad y sus problemáticas asociadas forzó la actuación a nivel nacional por parte de las ANCs, si bien

⁹¹ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, pp. 24–62.

⁹² L. GONZÁLEZ PACHÓN, “La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso «Super Bock»”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 33, 2023, pp. 61–95.

⁹³ OCDE, “Roundtable on Price Parity Clauses”, *DAF/COMP/WD(2015)64*, 2015, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2015\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2015)64/en/pdf)

⁹⁴ STJUE 13 de octubre de 2011, *Pierre-Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09.

⁹⁵ M.J. FRESE, I. VANDENBORRE, “Most Favoured Nation Clauses Revisited”. *European Competition Law Review*, vol. 35, nº 12, 2014, pp. 587–593.

⁹⁶ S. PARRY, “Retail price parity: do we have European consensus at last, or will divergence continue?”, *Working Paper*, 2023.

las conductas anticompetitivas y la plataforma bajo escrutinio eran las mismas en las distintas jurisdicciones y generaban efectos en el conjunto del Espacio Económico Europeo. La tardanza de la Comisión Europea en recoger en una normativa armonizada la regulación de las cláusulas de paridad provocó, inevitablemente, disparidad y fragmentación entre los Estados miembros. Ello derivó en una situación de inseguridad jurídica, tanto para las OTAs como para los consumidores, y una protección asimétrica de los ciudadanos europeos.

52. En la década del 2010, las principales plataformas de reserva online, como Booking.com, Expedia y HRS, fueron investigadas en varios Estados miembros. Hasta la más reciente sanción impuesta por la CNMC a Booking.com por la comisión de un comportamiento abusivo de la posición de dominio, en vulneración del artículo 102 del TFUE, las anteriores intervenciones tenían como base jurídica la infracción del artículo 101 del TFUE, aun con variaciones significativas⁹⁷. Las diversas estrategias modificadas por las ANCs, que incluyeron desde restricciones absolutas hasta compromisos parciales, provocaron fragmentación e inseguridad jurídica en el mercado único. Hasta 2015, las distintas OTAs incorporaban cláusulas de paridad amplias en su modelo de negocio. Sin embargo, Booking.com las suprimió en el territorio del Espacio Económico Europeo como parte de un conjunto de compromisos adquiridos con varias ANCs. En relación con las cláusulas de paridad restringidas, la aprobación de normativas que prohíben estas disposiciones se convirtió en una práctica habitual en diversos Estados miembros⁹⁸. Esta disparidad evidenció la fragmentación del marco regulatorio en la Unión Europea en el sector del mercado digital.

A) El caso pionero: investigación de HRS en Alemania

53. Alemania emergió como jurisdicción pionera en la investigación y sanción de la utilización de cláusulas de paridad por plataformas hoteleras prominentes como HRS y Booking.com. El *Bundeskartellamt*, la Autoridad Federal de Competencia, resolvió una investigación contra HRS en 2013 en la que determinó que las cláusulas de paridad amplias presentes en sus términos y condiciones generales, así como en los acuerdos entre HRS y los hoteles, infringían por efecto el derecho de la competencia, tanto en el ámbito nacional como el comunitario, vulnerando el artículo 101.1 del TFUE, puesto que implicaba una afectación al comercio entre Estados miembros. El mercado de referencia en que operaba HRS se definió como el “mercado de portales de hoteles”⁹⁹.

54. La autoridad estableció que, a la vista de la cuota de mercado superior al 30% que había mantenido HRS durante cuatro años, no existía la posibilidad de ampararse en la exención recogida en el RECAV. Adicionalmente, el *Bundeskartellamt* excluyó la posibilidad de que las cláusulas de paridad pudieran acogerse a la exención individual recogida en el artículo 101.3 del TFUE, puesto que sus beneficios no superaban sus efectos anticompetitivos, y aludió al daño provocado a los hoteles de tamaño pequeño y mediano, dependientes de HRS para su supervivencia. Así, se ordenó a HRS eliminar las cláusulas de paridad amplias a partir del 1 de marzo de 2014¹⁰⁰. El Tribunal Superior Regional de Düsseldorf ratificó esta decisión en 2015, sentando un precedente clave¹⁰¹.

55. Este asunto marcó el comienzo de una serie de intervenciones contra las OTAs en Europa y tuvo un impacto en la estrategia regulatoria de otras jurisdicciones. Además, tras la decisión contra HRS,

⁹⁷ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

⁹⁸ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL, “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

⁹⁹ BUNDESKARTELLAMT, Decisión B 9 - 66/10 de fecha 20 de diciembre de 2013, párt. 1.

¹⁰⁰ BUNDESKARTELLAMT, Decisión B 9 - 66/10 de fecha 20 de diciembre de 2013.

¹⁰¹ OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF, Sentencia de 9 de enero de 2015 (VI-Kart 1/14 V).

el *Bundeskartellamt* amplió su investigación a Booking.com y Expedia, quienes en 2015 se comprometieron a sustituir sus cláusulas amplias por versiones estrechas¹⁰².

B) La saga Booking.com

a) Modelo de negocio de Booking.com: empleo de cláusulas de paridad

56. La sociedad constituida en los Países Bajos Booking.com B.V., que forma parte de la empresa estadounidense Booking Holdings Inc., es una de las mayores plataformas de reservas hoteleras a nivel global. De acuerdo con datos extraídos de la CNMC, la capitalización de mercado de Booking.com a finales de 2022 era de 74.000 millones de euros. El servicio que proporcionan, a través de su sitio web, es el de comparación y reserva online de alojamientos, ofreciendo a los hoteles un canal de reserva para sus habitaciones y a los clientes finales un servicio de búsqueda, comparación y reserva de dichas habitaciones. Como operador relevante en el mercado digital, el funcionamiento de la plataforma Booking.com destaca por una serie de características particulares tales como efectos de red potentes y el carácter multilateral de los servicios que proporciona. La principal fuente de ingresos de Booking.com proviene de las comisiones que cobran a los establecimientos hoteleros por cada reserva, que es un porcentaje del precio de la habitación reservada¹⁰³.

57. El modelo de negocio de Booking.com se ha fundamentado en la inclusión de cláusulas de paridad de precios y condiciones en sus relaciones contractuales con los hoteles. Estas estaban recogidas en sus Condiciones Generales de Contratación (GDT, por sus siglas en inglés), específicamente en su cláusula 2.2, que imponía la obligación sobre el alojamiento de proporcionar a Booking.com “*las mismas o mejores tarifas para el mismo alojamiento, el mismo tipo de habitación, las mismas fechas, el mismo tipo de cama, el mismo número de clientes, los mismos o mejores servicios y artículos y los mismos extras adicionales (por ejemplo, conexión WiFi, checkout antes o después de lo habitual, desayuno gratis), las mismas o mejores restricciones y condiciones como las condiciones de modificación y cancelación puestas a disposición por el Alojamiento*”¹⁰⁴.

58. En la práctica, Booking.com aplicaba el régimen de cláusulas de paridad amplias o de cláusulas de paridad restringidas en función del país donde se encontrase el alojamiento, flexibilizando su política para adaptarla a los cambios regulatorios y las decisiones de las ANC¹⁰⁵ ¹⁰⁶. El fundamento declarado de estas cláusulas era proteger el modelo de negocio de la plataforma frente al riesgo de *free-riding*. Sin embargo, esta justificación ha sido crecientemente cuestionada por las autoridades de competencia europeas, así como por la Comisión Europea en las recientes regulaciones, y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-264/23.

b) Reacciones de la ANC de la UE al uso de cláusulas de paridad por parte de Booking.com

Red Europea de Competencia

59. La reacción de las ANC ante las cláusulas de paridad impuestas por Booking.com tuvo como punto de inflexión la investigación conjunta en 2015 de las ANC de Francia, Suecia e Italia, en

¹⁰² B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

¹⁰³ CNMC, S/0005/21 Booking, 2024.

¹⁰⁴ BOOKING.COM, “Register your property”, https://admin.booking.com/hotelreg/terms-and-conditions.html?language=es;-type=GDT_UPDATE.

¹⁰⁵ BOOKING.COM, *How parity works*, 2023, <https://partner.booking.com/en-us/legal/how-parity-works>.

¹⁰⁶ CNMC, S/0005/21 Booking, 2024.

coordinación con la Comisión Europea y en el marco de la Red Europea de Competencia (REC). Tras este proceso, tanto Booking.com como Expedia ofrecieron compromisos consistentes en eliminar las cláusulas de paridad amplias y limitar su uso a las cláusulas MFN estrechas^{107 108}.

60. En particular, desde el 1 de julio de 2015, Booking.com se comprometió a eliminar durante cinco años las obligaciones que impedían a los hoteles ofrecer precios y condiciones de reserva más favorables en todos los canales alternativos de distribución, tanto online como offline, incluidas otras OTAs, agencias de viajes físicas, reservas telefónicas y en recepción¹⁰⁹. En un comunicado de prensa, Booking.com explicó que esta decisión buscaba promover un entorno más competitivo entre las diferentes OTAs, de mayor transparencia y, en última instancia, beneficiando tanto a los consumidores como a los establecimientos hoteleros¹¹⁰.

61. La obligación que se retuvo fue la de no ofrecer mejores precios o condiciones de disponibilidad en su propio canal directo (cláusulas de paridad restringidas). Esta salvaguarda permitía a Booking.com seguir invirtiendo en i) ofrecer a los consumidores un servicio valioso, caracterizado por la transparencia en el acceso a la información de comparación de hoteles y ii) promocionar a los hoteles y ayudarles en su comercialización, ofreciéndoles visibilidad y marketing, así como crecimiento para su negocio en condiciones altamente rentables para los hoteles¹¹¹. Este acuerdo de compromisos fue implementado en todo el Espacio Económico Europeo, extendiendo el nuevo estándar a la mayoría de los países europeos.

62. La aceptación de los compromisos por las ANC supuso un cambio importante en la política de competencia europea. Se reconoció de manera generalizada que las cláusulas de paridad amplia tenían efectos manifiestamente anticompetitivos, ya que reducían la competencia entre plataformas y limitaban la capacidad de los hoteles para negociar mejores condiciones comerciales. En cambio, las cláusulas de paridad estrecha se percibieron, en ese momento, como menos dañinas y posiblemente también justificadas por razones de eficiencia, especialmente para prevenir el free-riding¹¹².

Alemania: prohibición de cláusulas de paridad restringidas

63. El desarrollo de la regulación de las cláusulas de paridad en Alemania representa uno de los ejemplos paradigmáticos del intenso control al que se ha sometido a las cláusulas de paridad, ampliando el alcance de la prohibición a las cláusulas MFN estrechas. Tras la decisión de HRS sobre las cláusulas de paridad amplias, el *Bundeskartellamt* inició un procedimiento contra Booking.com en 2013, centrándose en la legalidad de las cláusulas de paridad estrechas¹¹³.

64. En su decisión del 22 de diciembre de 2015, el *Bundeskartellamt* sostuvo que las restricciones de paridad estrecha de Booking.com habían limitado la competencia entre plataformas y hoteles significativamente. Primero, al privar a los establecimientos de la plena soberanía de precios sobre sus habitaciones. Aunque técnicamente las cláusulas de paridad estrechas permitían a los hoteles establecer precios más bajos en otras plataformas, en la práctica, la flexibilidad era ilusoria, puesto que, si un hotel

¹⁰⁷ T. LARRIEU, “Most Favoured Nation Clauses on the Online Booking Market”, *Working Paper*, 2019.

¹⁰⁸ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

¹⁰⁹ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL, “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

¹¹⁰ BOOKING.COM, “Comunicado de prensa de BOOKING.COM”, de 21 de abril de 2015, <https://news.booking.com/bookingcom-announces-support-of-new-commitments-in-europe/>.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² S. PARRY, “Retail price parity: do we have European consensus at last, or will divergence continue?”, 2023.

¹¹³ BUNDESKARTELLAMT, Decisión B 9 - 121/13 de fecha 22 de diciembre de 2015.

deseaba ofrecer un descuento en una plataforma competidora, aun debía mantener precios más altos en su propio sitio web (libre de comisiones). Esto desincentivaba a los hoteles a utilizar estrategias diferenciadas, homogeneizando los precios en el mercado y limitando su capacidad para competir mediante innovaciones comerciales¹¹⁴. Segundo, al disuadir la competencia entre las OTAs, ya que los nuevos competidores enfrentaban barreras de entrada, ya que no podían atraer a establecimientos hoteleros si estos no podían trasladar posibles ahorros a sus canales directos, lo cual reducía los incentivos de Booking.com para rebajar sus comisiones o mejorar sus servicios. Asimismo, la utilización de cláusulas de paridad en plataformas dominantes creaba una red de restricciones paralelas que consolidaba el poder de mercado de los operadores dominantes¹¹⁵.

65. El procedimiento judicial posterior reflejó la complejidad de la cuestión. En 2019, el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf revocó inicialmente la decisión del *Bundeskartellamt*, argumentando que las cláusulas de paridad restringida podían considerarse restricciones accesorias necesarias para el correcto funcionamiento del contrato de intermediación y, por lo tanto, no estarían sujetas a la prohibición del artículo 101.1 del TFUE¹¹⁶. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán, en su sentencia de 18 de mayo de 2021, corrigió esta interpretación y afirmó que las cláusulas de paridad restringida de Booking.com constituían una infracción del artículo 101.1 TFUE y del derecho alemán de la competencia, dado que dichas cláusulas no eran objetivamente necesarias para el objeto del acuerdo principal ni cumplían con los requisitos para la exención individual del artículo 101.3 TFUE¹¹⁷. El Tribunal subrayó que Booking.com había mantenido e incluso reforzado su posición de mercado tras la prohibición de estas cláusulas, lo que refutaba la supuesta necesidad de estas para la viabilidad de su modelo de negocio¹¹⁸.

66. Este fallo refleja la postura alemana sobre la prohibición total de las cláusulas de paridad en la industria, en contraste con la postura más flexible adoptada por otros Estados miembros. Además, contribuyó a una mayor fragmentación regulatoria del mercado interno de la UE¹¹⁹. El caso alemán es destacable, ya que muestra cómo se ha pasado de un enfoque más flexible, basado en la doctrina de restricciones accesorias, a una evaluación más estricta de los perjuicios a la competencia causados por las cláusulas de paridad, especialmente en mercados digitales concentrados.

España: abuso de posición de dominio

67. En el caso español, la intervención de la autoridad nacional de competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) surgió porque Booking.com abusó de su posición de dominio en los mercados de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles por parte de OTAs en España y de venta minorista en línea de reservas hoteleras en España, infringiendo los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del TFUE. La CNMC acordó la incoación de un expediente sancionador en octubre de 2022, tras las denuncias presentadas por asociaciones hoteleras que habían advertido sobre el posible establecimiento de condiciones comerciales no equitativas con los hoteles y las prácticas tendentes a excluir a otras OTAs¹²⁰.

¹¹⁴ BUNDESKARTELLAMT, Decisión B 9 - 121/13 de fecha 22 de diciembre de 2015, párr. 9.

¹¹⁵ BUNDESKARTELLAMT, Decisión B 9 - 121/13 de fecha 22 de diciembre de 2015, párr. 10.

¹¹⁶ Press release, Ministry of Justice of Nordrhein-Westfalen, “Higher Regional Court of Düsseldorf: Online Hotel Bookings: “Narrow” are Permitted”, 19 junio 2019, www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse_weitere/PresseOLGs/archiv/2019_01_Archiv/04_06_2019_/index.php

¹¹⁷ BGH (German Federal Court of Justice), Decisión del 18 de mayo de 2021 – KVR 54/20 – OLG Düsseldorf (Düsseldorf Higher Regional Court) ECLI:DE:BGH:2021:180521BKVR54.20.0

¹¹⁸ BUNDESKARTELLAMT, Decisión del Bundeskartellamt B 9 - 121/13 de fecha 22 de diciembre de 2015.

¹¹⁹ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

¹²⁰ CNMC, La CNMC investiga a Booking.com por posibles prácticas restrictivas de la competencia en el sector hotelero. Nota de prensa, 17 de octubre de 2022, <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-booking-20221017>.

68. La CNMC consideró acreditada la comisión de dos infracciones únicas y continuadas de abuso de posición dominante, de tipo explotativo y exclusionario, a partir de, al menos, el 1 de enero de 2019. Una de las prácticas sancionadas fue la inclusión de cláusulas de paridad estrechas que impedían a los hoteles ofrecer sus habitaciones más baratas en su página web que en Booking.com, mientras que la plataforma podía reducir unilateralmente los precios a los que los hoteles ofrecían alojamiento en su sitio web o aplicación. Además, se condenaron otras conductas relacionadas con la jurisdicción de los tribunales neerlandeses y el derecho exclusivo holandés, y el uso de algoritmos de posicionamiento y de los programas de lealtad (Preferred, Preferred Plus y Genius) para incrementar las reservas en Booking.com, dificultando que los competidores accedieran o crecieran en ese mercado¹²¹.

69. La CNMC señaló que Booking.com disfrutaba de una cuota de mercado de entre el 70 y el 90% en España en el período analizado. Esto le aseguraba una posición desde la que podría imponer condiciones abusivas, tanto a los hoteles como a las OTAs rivales. La resolución de la CNMC, dictada en julio de 2024, impuso a Booking.com una multa de 413,24 millones de euros y le impuso obligaciones de comportamiento. El objetivo era restablecer la competencia en el mercado y evitar que no se repitieran prácticas abusivas en el futuro¹²².

70. El ejemplo español demuestra cómo en los mercados concentrados, las cláusulas de paridad y otras disposiciones contractuales pueden usarse como herramientas de abuso de posición de dominio, lo que termina perjudicando tanto a la competencia como al bienestar del consumidor. Esta observación complementa la doctrina alemana que sostiene que las cláusulas de paridad bajo el artículo 101 del TFUE deben ser prohibidas.

C) Fragmentación normativa en el mercado interior de la UE: divergencias entre Estados Miembros

71. Las respuestas regulatorias nacionales respondieron a la necesidad de restablecer la competencia en el sector hotelero, pero su disparidad llevó a una fragmentación, que ha sido uno de los principales desafíos regulatorios en el sector hotelero digital en el seno de la Unión Europea. Después de los primeros compromisos alcanzados con Booking.com y Expedia en 2015 y su extensión al EEE, varios Estados miembros decidieron ampliar la prohibición más allá de la solución armonizada y también prohibieron las cláusulas de paridad estrechas¹²³.

72. En Francia, la Ley Macron prohibió expresamente todas las formas de cláusula de paridad entre hoteles y distribuidores en virtud del art. 133 de la Ley 2015-990¹²⁴, 6 de agosto de 2015, cualquiera que fuera la naturaleza de las cláusulas. Italia hizo algo similar en 2017 cuando incluyeron en su Ley de Competencia anual¹²⁵ una prohibición de todo tipo de acuerdos de paridad relacionados con el mercado hotelero. Austria, al reformar la Ley Federal de Competencia Desleal y la Ley de Etiquetado de Precios¹²⁶ en noviembre de 2016¹²⁷, y Bélgica, a través de la Ley sobre la libertad de precios en el sector hotelero de julio de 2018¹²⁸, también introdujeron las mismas prohibiciones. La justificación de

¹²¹ CNMC, S/0005/21 Booking, 2024.

¹²² Ibid.

¹²³ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

¹²⁴ LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques (Loi Macron). ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/6/EINX1426821L/jo/texte>.

¹²⁵ Legge annuale per il mercato e la concorrenza. (17G00140). Legge 4 agosto 2017, n. 124, (GU n.189 del 14-08-2017).

¹²⁶ Ley federal adoptada el 17 de noviembre de 2016 por la que se modifica la Ley federal contra la competencia desleal de 1984 y la Ley federal sobre el mercado de precios. Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG und das Preisauszeichnungsgesetz geändert werden. ELI: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2016/99/20161130>.

¹²⁷ Austrian Parliamentary Correspondence No. 1184 of 09.11.2016. National Council: Best price clauses from booking platforms are history, https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2016/pk1184#XXV_I_01251.

¹²⁸ Loi relative à la liberté tarifaire des exploitants d’hébergements touristiques dans les contrats conclus avec les opérateurs de plateformes de réservation en ligne (30 juillet 2018). ELI : Justel

esta prohibición total era el desequilibrio existente entre plataformas y alojamientos, especialmente en detrimento de pequeñas empresas hoteleras, por lo que se instauró una convicción de que una regulación *ex ante* representaba la mejor forma de preservar la libertad comercial de los hoteles¹²⁹.

73. Por otro lado, países como Suecia, Irlanda y los Países Bajos eligieron enfoques más flexibles. En Suecia, la discusión llevó a una decisión completamente diferente a la de Alemania. La Corte de Apelación en 2019 anuló una decisión previa que consideraba que las cláusulas de paridad restringida eran anticompetitivas por infringir el artículo 101 del TFUE, ya que no se había demostrado que tuvieran un efecto negativo real en la competencia, aunque dejó abierta la posibilidad a futuras revisiones. En otros países como Irlanda, los Países Bajos y Hungría, las autoridades de competencia no han dado prioridad a controlar estas cláusulas, permitiéndoles seguir utilizándose¹³⁰.

74. Esta regulación inconsistente ha generado una situación de precariedad legal y ha impedido el establecimiento de un verdadero mercado único digital en la UE. Las plataformas y los hoteles se ven obligados a adaptar sus acuerdos y estrategias comerciales según leyes nacionales dispares, lo que incrementa los costes de cumplimiento y limita el desarrollo de competencia transfronteriza¹³¹. La incertidumbre sobre si el efecto neto de las cláusulas de paridad estrechas es beneficioso o perjudicial constituía una ambigüedad que necesitaba ser resuelta. La Comisión Europea reconoció que este entorno regulatorio era una barrera para el mercado único digital, lo cual motivó la adopción de instrumentos como el nuevo RECAV 2022/720 y el Reglamento de Mercados Digitales, que buscan una mayor armonización y seguridad jurídica¹³².

Tabla 1: Panorama de la prohibición de las cláusulas de paridad en los Estados miembros.

Estado miembro	Prohibición de cláusulas de paridad amplias/restringidas	Año de entrada en vigor
En toda la UE	Booking y Expedia se comprometen a pasar de cláusulas de paridad amplias a restringidas	2015
Francia	Prohibición de cláusulas de paridad amplias y restringidas	2015
Austria	Prohibición de cláusulas de paridad amplias y restringidas	2016
Italia	Prohibición de cláusulas de paridad amplias y restringidas	2017
Bélgica	Prohibición de cláusulas de paridad amplias y restringidas	2018

Fuente: Comisión Europea (2022).

D) Efectos de la implementación regulatoria en el mercado de plataformas hoteleras en la UE

75. La prohibición de las cláusulas de paridad amplias y la regulación de las estrechas han transformado la dinámica competitiva en el sector hotelero europeo, aunque con resultados heterogéneos. Un estudio de Ennis et al. (2022)¹³³ muestra que la transición de cláusulas de paridad amplias a restringidas derivada de la evolución regulatoria ha tenido un impacto a la baja en los precios minoristas de los hoteles de

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL., "Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report". *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ S. PARRY, "Retail price parity: do we have European consensus at last, or will divergence continue?", 2023.

¹³² M. PEITZ, "The Prohibition of Price Parity Clauses and The Digital Markets Act". *Competition Policy International, TechREG Chronicle*, enero 2022, pp. 2–9, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2022/01/2-The-Prohibition-of-Price-Parity-Clauses-and-The-Digital-Market-Act-by-Martin-Peitz.pdf>

¹³³ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, "Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change". *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

gama media y de lujo. A pesar de las prohibiciones, Booking.com mantuvo y reforzó su posición de mercado. En Alemania, su facturación creció un 130-140% entre 2013 y 2017, incluso tras la eliminación de las cláusulas de paridad en 2015. Este crecimiento se atribuye a la lealtad de los consumidores, inversiones en publicidad (€1.122 millones en 2017) y estrategias algorítmicas de posicionamiento. La dependencia de los hoteles, especialmente PYMEs, se mantuvo: el 63% de las reservas directas provino de clientes que ya conocían el establecimiento, lo que limitó el impacto de la eliminación de las cláusulas MFN¹³⁴.

76. En un mercado marcado por efectos de red, carácter multilateral e inercia del consumidor, la prohibición de las cláusulas de paridad no parece haber equilibrado la competencia a favor de los establecimientos hoteleros, puesto que el mercado ya se ha inclinado y las dinámicas de comportamiento de los consumidores están muy arraigadas. De esta observación empírica, surge la reflexión sobre un escenario contrafactual, en concreto, sobre la posibilidad de que el efecto de la prohibición habría sido distinto si hubiera entrado en vigor cuando el mercado estaba desarrollándose. Lo que queda patente es que, desde la perspectiva del consumidor europeo, la implementación regulatoria dispar conllevó una protección asimétrica.

77. Por otro lado, los hoteles recuperaron parte de su control sobre los precios: el 72% de los establecimientos que utilizan reservas en tiempo real en sus sitios web ofrecían tarifas más bajas que en Booking.com con el propósito de contrarrestar las altas comisiones (en promedio de un 12-17 %). Pero esta flexibilidad no desencadenó un gran aumento de reservas hacia canales directos: solo un 1% de los consumidores que vieron un hotel en Booking.com, reservaron a través del sitio web del encuestado, principalmente debido a la facilidad de uso del sitio y preferencia¹³⁵. Este comportamiento caracteriza la inercia digital, en la que los costos de búsqueda y la curva de aprendizaje de la interfaz dominan los incentivos económicos, incluso si existen alternativas más económicas¹³⁶. La fragmentación regulatoria mencionada en la anterior sección empeoró la situación competitiva en el mercado, aumentando los costes de transacción para hoteles y plataformas¹³⁷.

78. Los efectos a largo plazo de estas regulaciones siguen siendo inciertos. Aunque el DMA podría promover una mayor transparencia en los algoritmos de búsqueda y ayudar a reducir las comisiones, su éxito dependerá de una aplicación estricta y de la capacidad de los hoteles para aprovechar la flexibilidad que ofrece la normativa.

3. Respuesta regulatoria en el seno de la Unión Europea

79. La evolución regulatoria de las cláusulas de paridad en la Unión Europea refleja un esfuerzo por adaptar el marco legal a los desafíos competitivos que plantea la digitalización de los mercados. Además, busca incorporar las experiencias aprendidas en las distintas jurisdicciones de la UE ya analizadas en la sección anterior. Como señalan Faria y Guerra (2023)¹³⁸, las reformas introducidas desde 2019, entre las que destacan el nuevo Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV) 2022/720, el Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B) y el Reglamento de Mercados Digitales (DMA) 2022/1925, responden a la necesidad de abordar las dinámicas específicas

¹³⁴ BUNDESKARTELLAMT, “The effects of narrow price parity clauses on online sales: Investigation results from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding”, Bonn: Bundeskartellamt, 2020.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

¹³⁷ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

¹³⁸ T.L. FARIA, & T.C. CARVALHO GUERRA, “Review of the EU Vertical and Horizontal Block Exemption Regulations and Guidelines – Where We Are At and What Lies Ahead”, 2023.

de las plataformas digitales. Estas se caracterizan por efectos de red, multilateralidad e inclinación del mercado. El objetivo de estas normas es equilibrar la protección de la competencia con la promoción de la innovación, al mismo tiempo que se reconocen los riesgos anticompetitivos asociados a disposiciones como las cláusulas de paridad de precios¹³⁹.

A) Reglamento 2019/1150: Reglamento P2B

80. El Reglamento (UE) 2019/1150, conocido como Reglamento P2B (Plataforma a Empresa) surge como respuesta a la asimetría de poder entre las plataformas digitales y los usuarios profesionales como, por ejemplo, establecimientos hoteleros. Busca corregir prácticas opacas que limitaban la libertad comercial de los hoteles¹⁴⁰. Aprobado en junio de 2019 y en vigor desde julio de 2020, este reglamento impone a los proveedores de servicios de intermediación y motores de búsqueda en línea obligaciones de transparencia en su relación con las empresas que comercializan sus servicios o productos a través de las plataformas¹⁴¹. Su objetivo principal es garantizar un entorno transparente, donde las empresas puedan desenvolverse de manera más justa, clara y predecible cuando dependen de plataformas como Booking.com, basándose en tres principios fundamentales.

81. En primer lugar, establece requisitos de transparencia contractual, exigiendo que las condiciones generales sean comprensibles, accesibles y especifiquen cualquier cláusula que restrinja la libertad comercial del proveedor, incluidas las de paridad¹⁴². Además, las modificaciones unilaterales de los términos requieren un preaviso de 30 días, y las cláusulas no conformes se considerarán nulas. En segundo lugar, obliga a las plataformas a motivar decisiones como la suspensión o exclusión de un proveedor, proporcionando razones específicas y mecanismos de recurso. Finalmente, exige divulgar los parámetros relevantes que influyen en el posicionamiento en los resultados de búsqueda, aunque sin revelar algoritmos protegidos como secretos comerciales¹⁴³.

82. Aunque el Reglamento P2B no prohíbe directamente las cláusulas de paridad, su enfoque en la transparencia obliga a las plataformas a declarar explícitamente su uso en los contratos, permitiendo a los hoteles negociar condiciones más equilibradas y desafiar prácticas abusivas mediante mecanismos de reclamación. Esta medida complementa las intervenciones de las ANCs al dotar a los usuarios profesionales de herramientas para identificar y cuestionar cláusulas restrictivas, aunque sin abordar directamente su sustancia anticompetitiva¹⁴⁴¹⁴⁵. Por tanto, se trata de una regulación que, a través de la transparencia, busca informar al consumidor y así mitigar los efectos anticompetitivos de las CPP.

¹³⁹ S. PARRY, “Retail price parity: do we have European consensus at last, or will divergence continue?”, 2023.

¹⁴⁰ OSBORNE CLARKE, “Reglamento (UE) 2019/1150: nuevas normas para proteger a los usuarios profesionales de plataformas de intermediación de comercio electrónico”, 2020, <https://www.osborneclarke.com/es/insights/regulation-eu-20191150-new-rules-protect-business-users-online-intermediation-platforms>.

¹⁴¹ SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL, “Relaciones entre plataformas y empresas (Reglamento P2B)”, <https://avance.digital.gob.es/es-es/servicios/paginas/reglamento-p2b.aspx>.

¹⁴² OSBORNE CLARKE, “Reglamento (UE) 2019/1150: nuevas normas para proteger a los usuarios profesionales de plataformas de intermediación de comercio electrónico”, 2020, <https://www.osborneclarke.com/es/insights/regulation-eu-20191150-new-rules-protect-business-users-online-intermediation-platforms>.

¹⁴³ REGLAMENTO (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 186, 11.7.2019, pp. 57–79.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL., “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

B) Reglamento 2022/720: RECAV

83. El Reglamento 2022/720, vigente desde el 1 de junio de 2022, introduce modificaciones significativas respecto a su predecesor (Reglamento 330/2010), particularmente en el tratamiento de las cláusulas de paridad. La reforma vino motivada por la necesidad imperiosa de abordar la expansión de la actividad económica en plataformas digitales y su afectación al derecho de la competencia no previsto anteriormente, beneficiándose de las lecciones aprendidas de la experiencia a nivel nacional en distintas jurisdicciones de la UE anteriormente mencionadas. El propósito fundamental, como señaló la Comisión Europea en la Nota Explicativa sobre el nuevo RECAV y las Directrices verticales, era adaptar el ámbito de aplicación del puerto seguro a la economía digital, eliminando falsos positivos y reduciendo falsos negativos, y proporcionando una guía que se ajustase a un entorno empresarial online dominado por agentes como las plataformas digitales^{146 147}. Del mismo modo, las recientes Directrices sobre restricciones verticales pretenden unificar la aplicación del artículo 101 del TFUE y fortalecer la facultad de las autoridades nacionales de competencia para revocar la exención cuando, tras un análisis individual, consideren que así procede¹⁴⁸.

84. Una de las novedades metodológicas más relevantes del Reglamento 2022/720 es la clarificación de los sistemas de exención: la exención en bloque y la exención individual. El Reglamento refuerza la autoevaluación por parte de las empresas, que deben determinar si sus acuerdos pueden beneficiarse de la exención, y precisa los criterios para la retirada de la exención en caso de efectos acumulativos o mercados altamente concentrados. Además, introduce una mayor flexibilidad en la configuración de los sistemas de distribución exclusiva y selectiva, permitiendo, por ejemplo, que el proveedor designe hasta cinco distribuidores exclusivos por territorio, lo que facilita una organización de la red de distribución más eficiente y adaptada a las necesidades del mercado¹⁴⁹.

85. La principal innovación a efectos de esta investigación radica en la exclusión expresa de las cláusulas de paridad amplias del beneficio de la exención por categorías. La Comisión consideró que, dentro de las cuatro áreas cuyo alcance de exención debía ser reformado, las cláusulas de paridad constituían un falso positivo, es decir, acuerdos verticales y restricciones cubiertos por la salvaguardia regulatoria de la exención por categorías, pero que no demostraban con suficiente certeza que el balance entre su eficiencia económica y sus desventajas competitivas permite su exención en bloque por cumplir con las condiciones del artículo 101.3 del TFUE¹⁵⁰. Esta consecuencia se desprende del contexto legal y económico en el que se enmarcan estas cláusulas. Como consecuencia, las cláusulas de paridad amplias fueron consideradas restricciones excluidas del beneficio de la exención por categorías. El ejecutivo comunitario, guiado por las acciones judiciales recientes a las que habían sido sometidas las cláusulas de paridad amplias, decidió categorizarlas como restricciones excluidas de la exención, según prevé el artículo 5.1 d) del nuevo RECAV. Por lo tanto, estas cláusulas requieren un análisis individual bajo el artículo 101.1 del TFUE, independientemente de la cuota de mercado de las partes¹⁵¹. Esta reforma responde a la preocupación de que las cláusulas MFN amplias suavicen la competencia entre plataformas, faciliten la colusión y restrinjan la entrada de nuevos competidores, como evidenciaron casos emblemáticos en el sector hotelero¹⁵². La evaluación individualizada, ya sea por contener cláusulas de paridad amplias u

¹⁴⁶ B. ROHRSEN, “VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements”, 2023.

¹⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Directrices relativas a las restricciones verticales”, 2022/C 248/01.

¹⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines”, *Dirección General de Competencia*, 2022, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf.

¹⁴⁹ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, n° 1, 2023, pp. 24–62, <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7532>.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ GARRIGUES, “El nuevo Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales se adapta al auge del comercio electrónico”. *Garrigues*, 2022, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nuevo-reglamento-exencion-categorias-acuerdos-verticales-adapta-auge-comercio-electronico.

¹⁵² S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

otras restricciones o por superar el umbral del 30% de cuota de mercado, que se mantiene como criterio general en el artículo 3, debe considerar si se generan eficiencias, si estas superan los efectos anticompetitivos y si existen alternativas menos restrictivas¹⁵³ ¹⁵⁴. Además, el Reglamento clarifica los criterios para la evaluación individual de acuerdos que no puedan beneficiarse de la exención, subrayando la importancia de analizar la posición de mercado de las plataformas, el grado de multiconexión de los usuarios y la relevancia de los canales de venta directa alternativos¹⁵⁵.

86. Por su parte, la Comisión Europea mantuvo el beneficio de la exención en bloque para las cláusulas de paridad mayoristas y las cláusulas de paridad minoristas estrechas, siempre y cuando las partes no superasen el umbral del 30% de cuota de mercado. No obstante, con respecto a estas últimas, las Directrices Verticales 2022 advierten que, en mercados concentrados donde varias plataformas aplican cláusulas MFN estrechas, pueden surgir efectos acumulativos que restrinjan la competencia, especialmente si no se demuestran eficiencias¹⁵⁶, siguiendo la línea argumental del Bundeskartellamt en 2015. Por ejemplo, en el sector hotelero, la Comisión ha señalado que estas cláusulas pueden desincentivar a los hoteles a ofrecer descuentos en sus sitios web, limitando la presión competitiva sobre las OTAs¹⁵⁷, generando un efecto de doble marginalización que recae sobre los consumidores.

87. El Reglamento 2022/720 representa, por tanto, un avance hacia una regulación más estricta de las cláusulas de paridad en entornos digitales, priorizando la protección de la competencia frente a prácticas que consoliden posiciones dominantes, lo cual refleja la preocupación de la Comisión Europea por los posibles efectos anticompetitivos de estas cláusulas en el entorno digital, a la vista de los casos sometidos a escrutinio por diferentes ANC en los años inmediatamente anteriores. No obstante, el enfoque se mantiene en buena medida precavido, puesto que la prohibición de las CPP solamente se extiende a las cláusulas amplias, revelando la diferencia con las cláusulas estrechas y, en cualquier caso, no asimilándolas a restricciones por objeto, con la debida consideración de los efectos que generan. Las modificaciones introducidas están alineadas con los objetivos del Reglamento de Mercados Digitales, cuya prioridad es garantizar la disputabilidad y la equidad de los mercados a través de la regulación estricta de las actividades de las plataformas digitales a las que designa como “guardianes de acceso”. Sin embargo, la eficacia del nuevo RECAV depende de la aplicación coordinada con instrumentos como el DMA y del escrutinio continuo de las autoridades, especialmente en sectores altamente concentrados como el hotelero.

C) Reglamento de Mercados Digitales (DMA)

88. El Reglamento de Mercados Digitales, adoptado mediante el Reglamento (UE) 2022/1925, constituye el instrumento más ambicioso de la Unión Europea hasta la fecha para afrontar los retos de la competencia en los mercados digitales ante el afianzamiento de grandes plataformas. Su objetivo es garantizar el buen funcionamiento del mercado interior asegurando la disputabilidad y la equidad de los mercados en el sector digital, proporcionando normas armonizadas en el conjunto de la Unión Europea¹⁵⁸. La lógica subyacente de esta norma es mitigar la asimetría en el poder de negociación entre la plataforma

¹⁵³ B. ROHRSEN, “VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements”, 2023.

¹⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines”, *Dirección General de Competencia*, 2022, párr. 8.2.5, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf.

¹⁵⁵ I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, pp. 24–62, <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7532>.

¹⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, sección 6.2.4.

¹⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, FINA, D., HUYNH-OLESEN, D., SIGISMONDO, R. ET AL, “Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU: final report”. *Publications Office of the European Union*, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/264575>.

¹⁵⁸ REGLAMENTO (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 265, 12.10.2022, p. 2, Considerando 7.

y la empresa, que surgen como consecuencia de características inherentes de los servicios básicos de plataforma tales como economía de escala extremas, efectos de red, carácter multilateral, integración vertical, falta de multiconexión y ventajas derivadas de los datos¹⁵⁹. Con arreglo al Considerando 11, el DMA “*persigue un objetivo complementario, pero distinto al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, independientemente de los efectos reales, potenciales o supuestos sobre la competencia en un mercado determinado*”¹⁶⁰.

89. Ante la fragmentación regulatoria y el control *ex post* costoso, complejo, lento, que requiere un análisis individualizado y excesivamente extenso, el DMA se caracteriza por imponer una serie de obligaciones *ex ante* a las plataformas digitales designadas como ‘guardianes de acceso’ que prestan servicios básicos de plataforma, sin necesidad de demostrar el daño concreto en cada caso^{161 162}. Dichas plataformas actúan como intermediarias entre usuarios profesionales y usuarios finales y controlan el acceso a los mercados digitales. En su artículo 3, el DMA precisa las condiciones cualitativas y cuantitativas para designar a una empresa como guardián de acceso. En su primer apartado, se señalan tres condiciones cumulativas: tener una gran influencia en el mercado interior, prestar un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y tener una posición afianzada y duradera, o la previsión de alcanzarla¹⁶³. En este sentido, se presumen cumplidos estos criterios si una plataforma supera tres tipos de umbrales: tamaño financiero, alcance geográfico y volumen de usuarios. Entre los servicios básicos de plataforma regulados por el DMA se encuentran los servicios de intermediación en línea, como las OTAs, lo que ha situado a Booking.com en el foco de la regulación desde su designación como guardián de acceso en 2024.

90. Uno de los aspectos más relevantes del DMA para el sector hotelero es la prohibición expresa de las cláusulas de paridad de precios o MFN, tomando como inspiración las investigaciones recientes en esta materia¹⁶⁴. El artículo 5.3 del DMA establece que el guardián de acceso “*se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso*”¹⁶⁵. Esta prohibición abarca tanto las cláusulas de paridad amplias como las estrechas, y se extiende a cualquier medida de efecto equivalente, como el aumento de comisiones, la supresión de ofertas o el uso de algoritmos de posicionamiento discriminatorio¹⁶⁶. El fundamento de esta prohibición surge de la constatación de que las cláusulas de paridad, especialmente en mercados concentrados, refuerzan el poder de mercado de los guardianes, elevan las barreras de entrada y restringen la capacidad de los hoteles y otros proveedores para trasladar mejores condiciones a los consumidores¹⁶⁷. La intención es conceder a los usuarios profesionales libertad de

¹⁵⁹ Ibid, Considerando 2.

¹⁶⁰ Ibid, Considerando 11.

¹⁶¹ J.-U. FRANCK, M. PEITZ, “The Digital Markets Act and the Whack-a-Mole Challenge”, *Common Market Law Review*, vol. 61, n° 2, 2024, pp. 299–344, <https://doi.org/10.54648/cola2024024>.

¹⁶² M. PEITZ, “The Prohibition of Price Parity Clauses and The Digital Markets Act”. *Competition Policy International, TechREG Chronicle*, enero 2022, pp. 2–9, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2022/01/2-The-Prohibition-of-Price-Parity-Clauses-and-The-Digital-Market-Act-by-Martin-Peitz.pdf>

¹⁶³ J.-U. FRANCK, M. PEITZ, “The Digital Markets Act and the Whack-a-Mole Challenge”, *Common Market Law Review*, vol. 61, n° 2, 2024, pp. 299–344, <https://doi.org/10.54648/cola2024024>.

¹⁶⁴ T. PANTAZI, “Abusive and Exploitative Practices in the Online Travel Market”, *DISO*, vol. 3, 2024, p. 57, <https://doi.org/10.1007/s44206-024-00145-8>.

¹⁶⁵ REGLAMENTO (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 265, 12.10.2022, p. 33, Artículo 5.3.

¹⁶⁶ Ibid, p. 10, Considerandos 39 y 40.

¹⁶⁷ M. PEITZ, “The Prohibition of Price Parity Clauses and The Digital Markets Act”. *Competition Policy International, TechREG Chronicle*, enero 2022, pp. 2–9, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2022/01/2-The-Prohibition-of-Price-Parity-Clauses-and-The-Digital-Market-Act-by-Martin-Peitz.pdf>

elección del canal de distribución. La prohibición de las cláusulas de paridad en esta normativa es absoluta, abarcando tanto las cláusulas amplias como las restringidas, pero no es generalizada, puesto que la prohibición se circunscribe a las empresas calificadas como guardián de acceso, pues se presupone que la afectación a la disputabilidad y la equidad de la competencia de las CPP se intensifica por la combinación de estas con el poder que ostentan ciertas empresas de constituir una puerta de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales.

91. La prohibición de las MFN bajo el DMA provocó que, tras su designación como guardián de acceso el 13 de mayo de 2024, Booking.com anunció en junio de ese año la eliminación total de todas las cláusulas de paridad, tanto amplias como estrechas, en sus contratos con hoteles en el Espacio Económico Europeo, cumpliendo así con el mandato del artículo 5.3. Esta medida ha supuesto una transformación contractual, permitiendo a los hoteles ofrecer precios y condiciones diferenciadas en sus propios canales y en otras plataformas, y abriendo la puerta a una mayor competencia interplataforma y a estrategias de desintermediación. No obstante, el impacto real y neto para el consumidor final de esta prohibición no es tan evidente.

92. La literatura advierte sobre los retos que plantea la eficacia real del DMA. La eliminación de las cláusulas de paridad no garantiza, por sí sola, la disputabilidad efectiva del mercado si las plataformas pueden recurrir a prácticas sustitutivas, como el *de-ranking* algorítmico, la exclusividad implícita, la práctica de la subcotización (*undercutting*), es decir, la imposición de comisiones excesivas o descuentos excesivos sin el consentimiento del proveedor de alojamiento, así como la monetización vía promociones y publicidad, que pueden tener efectos equivalentes a las MFN¹⁶⁸. El artículo 13 del DMA incorpora reglas de anti circunvencción para evitar que los guardianes sustituyan las obligaciones de paridad por otras prácticas que, en la práctica, limiten la libertad comercial de los usuarios profesionales. Sin embargo, la identificación y sanción de estas estrategias requiere un enfoque basado en los efectos y una supervisión regulatoria dinámica, lo que plantea desafíos de implementación y de interpretación jurídica¹⁶⁹.

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asunto C-264/23

93. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-264/23, dictada el 19 de septiembre de 2024, constituye un hito en la interpretación del artículo 101 TFUE aplicado a las cláusulas de paridad en plataformas digitales. La sentencia abordó dos cuestiones clave: la calificación de las cláusulas de paridad como restricciones accesorias y la definición del mercado relevante para aplicar el RECAV. El litigio surgió de una cuestión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam en el marco de un conflicto entre Booking.com y 63 hoteles alemanes que alegaban que las CPP, tanto amplias como estrechas, incluidas en sus contratos con la plataforma infringían el artículo 101.1 TFUE al restringir su libertad para ofrecer precios más bajos en otros canales. Booking.com defendió que estas cláusulas eran restricciones accesorias indispensables para prevenir el parasitismo y garantizar la viabilidad de su modelo de negocio^{170 171}.

94. El TJUE rechazó que las cláusulas de paridad pudieran considerarse restricciones accesorias. Siguiendo la jurisprudencia en *MasterCard* y *F. Hoffmann-La Roche*, el Tribunal recordó que una restricción solo es accesoria si es objetivamente indispensable para la operación principal, no meramente beneficiosa o conveniente¹⁷². En el caso de Booking.com, las cláusulas no eran esenciales para la exis-

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ T. PANTAZI, “Abusive and Exploitative Practices in the Online Travel Market”, *DISO*, vol. 3, 2024, p. 57, <https://doi.org/10.1007/s44206-024-00145-8>.

¹⁷⁰ KULEUVEN BLOG, “An Overview of the CJEU’s Recent Ruling Regarding Price Parity Clauses”, 2024, https://www.law.kuleuven.be/ccm/blog/posts/price_parity_clauses.

¹⁷¹ STJUE 19 de septiembre de 2024, *Booking.com*, C-264/23. ECLI:EU:C:2024:764.

¹⁷² Ibid, párrs. 65-66.

tencia de la plataforma, ya que esta seguía operando en países donde estaban prohibidas como Alemania y Francia. El Tribunal destacó que la justificación basada en evitar el *free-riding* debía analizarse bajo el artículo 101.3 TFUE, no como requisito para excluir la aplicación del artículo 101.1 del TFUE¹⁷³. Para que una restricción sea accesoria, debe ser estrictamente indispensable para la existencia misma de la plataforma. Las CPP, en sus distintas formas, no cumplen este requisito, ya que su necesidad varía según el modelo de negocio y las condiciones de mercado, y, dada la posición de Booking.com en el mercado, definitivamente, están lejos de ser indispensables para su viabilidad económica.

95. En cuanto a la exención individual del artículo 101.3, el aumento del poder de mercado de Booking.com, reforzado por su designación como guardián bajo el DMA y por decisiones de autoridades como la CNMC, dificulta la aceptación de tales justificaciones, reduciendo la indispensabilidad de las cláusulas para alcanzar esas eficiencias, ya que la plataforma dispone de medios menos restrictivos para obtenerlas¹⁷⁴. Respecto a la segunda cuestión, el TJUE subrayó la necesidad de definir el mercado relevante considerando la naturaleza bilateral de las plataformas. El mercado y su sustituibilidad debe analizarse desde la perspectiva de los hoteles y de los consumidores. La manera en que se defina el mercado relevante tiene consecuencias directas: una definición más estrecha puede aumentar la cuota de mercado de la plataforma y reforzar la apreciación de posibles efectos anticompetitivos, mientras que una definición más amplia puede diluir esa cuota y relativizar el impacto de las cláusulas de paridad sobre la competencia. Sin embargo, el Tribunal delegó en los jueces nacionales la tarea de determinar si los servicios de intermediación de Booking.com eran sustituibles por otros canales, lo que afectaría al cálculo de su cuota de mercado^{175 176}.

96. Las implicaciones de esta sentencia han sido significativas. Por un lado, disipó la duda sobre la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias, armonizando los criterios para su calificación. En el contexto de las cláusulas de paridad, exigió un análisis caso por caso bajo el artículo 101.1 del TFUE por no quedar amparadas bajo la consideración de restricciones accesorias^{177 178}. Por otro lado, la sentencia refuerza un enfoque basado en efectos, puesto que las cláusulas deben evaluarse por su impacto real en la competencia, no por su mera existencia¹⁷⁹. En cuanto a su impacto en el sector hotelero y digital, la sentencia beneficia principalmente a PYMES hoteleras, que recuperan flexibilidad para competir en precios y reducir su dependencia de las OTAs. No obstante, siguen existiendo desafíos, puesto que las plataformas dominantes pueden eludir prohibiciones mediante algoritmos de posicionamiento o programas de fidelización y la carga de probar eficiencias bajo el artículo 101.3 recae en las plataformas, lo que favorece a las autoridades nacionales en futuros litigios. En consecuencia, si bien el TJUE simplificó la comprensión acerca de la prohibición de las cláusulas de paridad y así favoreció un entorno de mayor seguridad jurídica, obvió la posibilidad de generar efectos equivalentes a las cláusulas MFN con otras prácticas sustitutivas.

¹⁷³ Ibid, párr. 73..

¹⁷⁴ KLUWER COMPETITION LAW BLOG, “Case C-264/23 Booking.com – Ancillary Restraints and Market Definition”, 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/11/18/case-c-264-23-booking-com-ancillary-restraints-and-market-definition-in-the-platform-economy/>.

¹⁷⁵ STJUE 19 de septiembre de 2024, *Booking.com*, C-264/23, párrs. 86-91. ECLI:EU:C:2024:764.

¹⁷⁶ HERBERT SMITH FREEHILLS, “CJEU Rules that Booking.com’s Price Parity Clauses Do Not Qualify as Ancillary Restraints”, 2024, <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/crt/2024-posts/cjeu-rules-that-booking-coms-price-parity-clauses-do-not-qualify-as-ancillary-restraints>.

¹⁷⁷ GARRIGUES BLOG, “Las cláusulas de paridad entre plataformas de reservas hoteleras y alojamientos no son restricciones accesorias”, 2024, <https://blogturismo.garrigues.com/union-europea/las-clausulas-de-paridad-entre-las-plataformas-de-reservas-hoteleras-y-los-alojamientos-no-son-restricciones-accesorias>.

¹⁷⁸ LEXIS NEXIS, “The long journey of parity clauses and their antitrust implications (Booking.com)”, 2024, <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/the-long-journey-of-parity-clauses-their-antitrust-implications-booking-com-booking-com>.

¹⁷⁹ KLUWER COMPETITION LAW BLOG, “Case C-264/23 Booking.com – Ancillary Restraints and Market Definition”, 2024, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/11/18/case-c-264-23-booking-com-ancillary-restraints-and-market-definition-in-the-platform-economy/>.

V. Conclusiones y recomendaciones: una mirada prospectiva al sector hotelero

97. La investigación hasta aquí realizada ha puesto en evidencia la complejidad y la evolución de la regulación de las cláusulas de paridad de precios en el sector hotelero digital. También resalta la necesidad de adaptar el Derecho de la competencia y dotarle de capacidad para enfrentar los desafíos que presenta la economía de plataformas. Si bien las cláusulas de paridad surgieron como un mecanismo para promover la transparencia y prevenir el parasitismo, su aplicación práctica, especialmente en mercados altamente concentrados y dominados por plataformas como Booking.com, ha tenido efectos anticompetitivos significativos. Entre estos efectos se incluyen la elevación de las barreras de entrada, la restricción de la competencia interplataforma y la limitación de la autonomía de los hoteles para fijar precios, lo que ha afectado especialmente a las pequeñas y medianas empresas hoteleras.

98. Los estudios empíricos muestran que la eliminación de las cláusulas de paridad amplias suele traducirse en una disminución significativa de los precios, beneficiando al consumidor final y favoreciendo la competencia entre canales de venta¹⁸⁰. Sin embargo, el paso de cláusulas amplias a restringidas, o incluso su prohibición total, no siempre genera los mismos efectos en todos los mercados. Por ello, el impacto del DMA debe matizarse a la luz de los datos disponibles y de los retos que persisten en el sector, así como teniendo en consideración que solo se aplica a las empresas que son designadas guardianes de acceso para una lista taxativa de servicios (servicios básicos de plataforma) y que persigue objetivos distintos a los del Derecho de la Competencia.

99. Por un lado, la eliminación de las cláusulas de paridad ha permitido a los hoteles recuperar margen para competir en precios y condiciones en sus canales directos. Esto, en principio, podría beneficiar a los consumidores y fomenta la innovación en la oferta hotelera. La investigación de Klopach & Pierri (2024)¹⁸¹ revela que, en los países que prohibieron por completo las cláusulas de paridad de precios, la cuota de mercado de las OTAs entre 2013 y 2019 experimentó un crecimiento más lento que en los países en los que se permitían las cláusulas de paridad de precios en su vertiente restringida. No obstante, la evidencia empírica muestra que la dependencia estructural de las OTAs sigue siendo muy elevada y su cuota de mercado apenas se ha visto alterada. Este fenómeno refleja una inercia digital arraigada, donde la comodidad, la confianza en la interfaz y la reducción de los costes de búsqueda superan los incentivos económicos, incluso ante precios más bajos en webs hoteleras. Muchos hoteles continúan considerando a Booking.com como su canal principal de distribución¹⁸². Este hecho puede poner en duda la eficacia de la intervención política más restrictiva adoptada en el DMA, cuyo objetivo es, por un lado, permitir a las empresas hoteleras superar las barreras de entrada y expansión para competir con el guardián de acceso y, por el otro lado, poner a disposición de dichos hoteles los beneficios derivados de sus propios esfuerzos¹⁸³.

100. Estos resultados contradictorios revelan la complejidad del análisis contrafactual, que plantea la siguiente paradoja. Aunque las CPP fueron instrumentalizadas para concentrar el mercado a favor de las OTAs, su prohibición no ha generado una disputabilidad efectiva, debido a las siguientes ventajas estructurales de las plataformas dominantes. Primero, persisten riesgos asociados a la utilización de prácticas sustitutivas a las cláusulas contractuales, como el control algorítmico en los sistemas de posicionamiento de los hoteles y los programas de fidelización reproducen los efectos de las CPP. Segundo, la acumulación

¹⁸⁰ A. MANTOVANI, C. PIGA, C. REGGIANI, “Online platform price parity clauses: Evidence from the EU Booking. com case”. *European Economic Review*, vol. 131, 2021, art. 103625. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0014292120302555?via%3Dihub>.

¹⁸¹ B. KLOPACK, N. PIERRI, “Broad and Narrow Price Parity Agreements: Evidence from European Hotels”, 2024, available at SSRN 4719883.

¹⁸² R. SCHEGG, “European Hotel Distribution Study 2024: Results for the Reference Year 2023. *Institute of Tourism, University of Applied Sciences and Arts of Western Switzerland (HES-SO Valais-Wallis) / HOTREC*, 2024,

¹⁸³ S. ENNIS, M. IVALDI, V. LAGOS, “Price-Parity Clauses for Hotel Room Booking: Empirical Evidence from Regulatory Change”. *The Journal of Law and Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1086/723456>.

de datos a lo largo del tiempo y los efectos de red otorga a Booking.com una ventaja informativa difícil de superar para nuevos competidores. Tercero, la capacidad de los consumidores para beneficiarse de la mayor libertad de precios está limitada por la baja propensión a comparar ofertas entre canales.

101. Para abordar los desafíos existentes en el sector hotelero digital, el DMA debería complementarse con una regulación de los algoritmos empleados por las plataformas, imponiendo estándares obligatorios de transparencia algorítmica con el fin de comprobar la neutralidad en los criterios de posicionamiento. Esta medida, respaldada por el artículo 6.10 del DMA, impediría a las plataformas digitales acudir a herramientas algorítmicas que generen el mismo impacto que las CPP. Asimismo, esta propuesta se alinea plenamente con los principios de transparencia consagrados en el Reglamento P2B, evidenciando que la interacción y complementariedad entre los distintos marcos regulatorios de la Unión Europea constituye el enfoque más eficaz para regular conductas complejas y de efectos mixtos. Abordar estos desafíos desde una perspectiva integral y coordinada permite capturar los matices propios de la economía digital y garantizar una protección adecuada de la competencia y de los distintos actores del mercado.

102. En conclusión, la experiencia regulatoria de las cláusulas de paridad en el sector hotelero ilustra la necesidad de que el Derecho de la competencia se enfrente a los desafíos de la economía digital anticipadamente, integrando enfoques preventivos y correctivos que respondan a la complejidad y rapidez de los mercados en línea. El equilibrio entre la protección de la competencia, la promoción de la innovación y la defensa de los intereses de los consumidores debe seguir guiando la evolución normativa y jurisprudencial del sector. El reto pendiente es asegurar que la regulación de las cláusulas de paridad de precios no solo corrija los abusos del pasado, sino que también facilite la emergencia de mercados verdaderamente disputables y equitativos en el futuro digital europeo.

Bibliografía de Derecho internacional privado (2024)

Private International Law Bibliography (2024)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: 10.20318/cdt.2025.9906

“The man who does not read has no advantage over the man who cannot read”

MARK TWAIN

Obras generales

- A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- J. BORG-BARTHET ET AL. (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024.
- A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2024.
- E. BRÖDERMANN/J. ROSENGARTEN/K. KLINGEL, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht: Anleitung zur systematischen Fallbearbeitung (einschließlich schiedsrechtlicher Fälle)*, 9ª ed., München, Verlag Franz Vahlen, 2024.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, 6 vols., Madrid, EDISOFER, S.L., 2024.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European private international law*, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2024.
- G. CUNIBERTI, *Droit International Privé Luxembourgeois*, 2ª ed., vol.1: *Conflit de lois - Théorie générale - Obligations, biens, sociétés*, Luxembourg, Logitech, 2024.
- L. D'AVOUT, “La cohérence mondiale du droit. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours*, Tome 443, 2024, pp. 9-724.
- B. EGGLEMEIER-SCHMOLKE/A. GRAF-WINTERSBERGER, *Internationales Privatrecht: Prüfungswissen anschaulich erklärt*, Wien, NWV im Verlag Österreich, 2024.
- E. ESEN/M. AVŞAR, *Private International Law in Türkiye*, Istanbul, Istanbul University Press, 2024 (disponible en <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/62BDE6708CC74ECCBF9335EE37A3221B>).

- O. GAILLARD/K. NADAKAVUKAREN SCHEFER (EDS.), *Private International Law in East Asia: From Imitation to Innovation and Exportation*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024.
- D. GIRSBERGER/A. FURRER/R. RODRIGUEZ (HRSG.), *Internationales Privatrecht, Art. 1-200 IPRG*, 4ª ed., Zürich, Genf, Schulthess, 2024.
- D. GIRSBERGER/M. MÜLLER-CHEN/F. EICHEL/D. SCHRAMM, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Zürich, Genf, Schulthess Juristische Medien, 2024.
- S. GRUSCHWITZ, *IPR - leicht gemacht: das Internationale Privat- und Verfahrensrecht*, 2ª ed., Berlin, Edition Wissenschaft & Praxis, 2024.
- F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. JOLLY/S. KHANDERIA (EDS.), *Private international law in BRICS: convergence, divergence and reciprocal lessons*, New Delhi, London, Oxford, New York, Sydney, Bloomsbury, 2024.
- A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., München, C.H. Beck, 2024.
- S. LAIMER/M. SCHWIMANN/G.E. KODEK (HRSG.), *IPR Praxiskommentar*, Wien, LexisNexis, 2024.
- B. LURGER/M. MELCHER, *Internationales Privatrecht: Lehrbuch*, 4ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2024.
- H.-P. MANSEL, *Internationales Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- F. MONÉGER, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, LexisNexis, 2024.
- C.I. NAGY, *Private International Law*, Boston, Brill, 2024.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Derecho internacional privado: personas y familia*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2024.
- P. PERLINGIERI/G. PERLINGIERI/G. ZARRA (EDS.), *Istituzioni di diritto privato internazionale e europeo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2024.
- H. PRÜTTING/G. WEGEN/G. WEINREICH (HRSG.), *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Internationalem Privatrecht und nationalen, unionsrechtlichen sowie völkerrechtlichen Neben- oder Ergänzungsgesetzen: EGBGB, Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Internationales Gesellschaftsrecht, EuGüVO, EuPartVO, EuUntVO, HaagUntProt, KSÜ, HKÜ, EuErbVO, HTÜ sowie AGG, GewSchG, LPartG, VersAusglG, WEG (zT in Auszügen): Kommentar*, 19ª ed., Hürth, Luchterhand Verlag, 2024.
- B.W. RECHSTEINER, *Direito internacional privado: teoria e prática*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2024.
- S.C. SYMEONIDES/W.C. PERDUE, *Conflict of laws: American, comparative, international: cases and materials*, 5ª ed., Eagan, MN, West Academic Publishing, 2024.
- G. VAN CALSTER, *European private international law: commercial litigation in the EU*, 4ª ed., Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024.
- J. VON HEIN (HRSG.), *Internationales Privatrecht I: Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2024.

El Derecho internacional privado

- A. ASOSKOV, "Fundamental Concepts of Private International Law", en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 35-52.
- D. ASTAKHOVA, "Introduction to Russian Private International Law", en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 3-14.
- R. BANU, "What Do We Owe to Each Other in Private International Law?: Moral Contractualism and Transnational Justice", en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 323-345.
- R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024.

- A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/PIA LETTO-VANAMO, “European Transnational Private Law — Considerations for a Research Agenda”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 1-26.
- G. BIAGIONI, “Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e diritto internazionale privato dell’Unione europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 2, aprile-giugno 2024, pp. 438-459.
- F. BILTGEN, “Acción judicial que tiene por objeto que se declare la nulidad de unos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: TJ, Sala Séptima, 14 Sep. 2023. Asunto C–632/21, Diamond Resorts Europe y otros”, *La Ley Unión Europea*, n° 122, 2024.
- J. BOMHOFF, “Law made for man: Trevor Hartley and the making of a ‘modern approach’ in European and private international law”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 522-538 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2436232>).
- J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS, “Private International Law as the Final Frontier for Feminist Scholarship?”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 61-84.
- A.C. BUDABIN/R.M. WINDISCHER/K. WONISCH (EDS.), *Religious Minorities in Pluralist Societies: Critical Perspectives on the Accommodation of Religious Diversities*, Leiden, Brill, 2024.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Bibliografía de Derecho internacional privado (2023)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 684-749 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8442/6507>).
- C. CAMPIGLIO, “L’insegnamento del diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 3, luglio-settembre 2024, pp. 746-761.
- L. CARBALLO PIÑEIRO/X. KRAMER, “Private international law in a global world: a revival of methodologies and research methods”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO, *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 1-18.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (EDS.), *Cases on European private international law*, 2ª ed., Murcia, 2024.
- C. CAVICCHIOLI, *Le forum shopping dans le contentieux international: étude des stratégies procédurales touchant au choix de for et des outils juridiques pour les appréhender*, Paris, IRJS Éditions, 2024.
- A. CHADWICK, “Transnational European Private Law and the Governance of Global Finance: Confronting Financialisation”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 253-282.
- G. CORDERO-MOSS, “The Private/Public International Law Divide: Is It Still Relevant?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 3, luglio-settembre 2024, pp. 781-786.
- P. DANE, “Party Autonomy and the Challenge of Choice of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 369-389.
- A. DAVÌ/A. ZANOBETTI, “Il Colegio de España di Bologna e gli studi di diritto internazionale. Un omaggio ad Alfonso-Luis Calvo Caravaca”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 456-477 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8923/6797>).
- M.A. DELGADO MENÉNDEZ/M. DEL C. DELGADO MENÉNDEZ, “La importancia del Derecho Internacional Privado en el mundo moderno”, *THEMIS-Revista De Derecho*, 85, 2024, pp. 493-522 (disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/29781/26795>).
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Sumisión a tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012 (STJ 1ª 8 febrero 2024, as. C-566/22: Inkreal)”, *La Ley Unión Europea*, n° 123, 2024.
- S. DOMINELLI, “A New Legal Status for the Environment and Animals, and Private International Law: *Tertium Genus Non Datur?* Some Thoughts on (the Need for) Eco-Centric Approaches in Con-

- flict of Laws”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1165-1183.
- A. DORI, “The methodological influence of European private international law on domestic legal systems: a downstream analysis”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 200-221.
- D. DYZENHAUS, “Not an Isolated, Exceptional, and Indeed Contradictory Branch of Jurisprudence”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 78-99.
- B. EGGLEMEIER-SCHMOLKE/A. GRAF-WINTERSBERGER, *Internationales Privatrecht: Prüfungswissen anschaulich erklärt*, Wien, Verlag Österreich, 2024.
- D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Private international law will be comparative or it will be nothing”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 129-154.
- M.L.M. FLETCHER, *American Indian Tribal Law*, 3ª ed., Burlington, MA, Aspen Publishing, 2024.
- A. FUCHS/W. HAU/K. THORN, *Fälle zum Internationalen Privatrecht: mit Internationalem Zivilverfahrensrecht*, 6ª ed., München, C.H.Beck, 2024.
- V. GARIN GIMÉNEZ, “An Account of Private International Law in Terms of Relativism”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 47-62.
- M. GIACALONE/P. GIACALONE, “When private international law meets technology”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 222-245.
- L.E. GILLIES, “Vulnerability and Private International Law: Mapping a Normative Approach Towards Asymmetrical Substantive Equality”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 35-60.
- V. GRIFO, “Postmigrantisches Internationales Privatrecht: Identitätsjurisprudenz im Internationalen Familienrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 29-46.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Impacto de la elección de tribunal en la internacionalidad de las situaciones (STJUE de 24 de febrero de 2024, C-566/22)”, *REEI*, nº 47, junio 2024, pp. 477-484 (disponible en <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2829/2621>).
- L. HORNKOHL, “(Miss-)Achtung des Fremden? – Extraterritoriale Drittstaatenregelungen, EU-Blocking-Statuten und deren Auswirkungen im Privatrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 169-192.
- F. JAULT-SESEKE, “Clause attributive de juridiction et situations internes: le coup de force de la Cour de justice de l’Union européenne”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 106-116 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- F. JAULT-SESEKE, “Incidence d’un élément d’extranéité sur l’action en requalification d’une relation de travail en contrat de travail - Soc. 17 janv. 2024, nº 22-16.107”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 373-378.
- A. KACZOROWSKA, *International Trade Conventions and Their Effectiveness: Present and Future*, Boston, Brill, 2024.
- C.A. KERN, “Empirical methods and private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 155-171.

- M. KEYES, “Feminist approaches to private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 265-285.
- A. KÖHLER, *Examinatorium Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2024.
- X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO, *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M.A. KUMIN, “Atribución a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro de la competencia para conocer de los litigios surgidos de un contrato de préstamo: STJ, Sala Primera, S 8 Feb, 2024. Asunto C-560/20: Inkreal”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris La Défense, LGDJ, 2024.
- A. LANG, “‘Global Disordering’: Practices of Reflexivity in Global Economic Governance”, *European Journal of International Law*, 35, 1, February 2024, pp. 93-140 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae011>).
- P. LETTO-VANAMO, “The European and the Transnational in Historical Perspective”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 157-184.
- J. LOTZE, *Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO: Inlandssachverhalt und Auslandsbezug bei der Rechtswahl*, Berlin, Peter Lang, 2024.
- B. LURGER, “Internationale Rechtsdurchsetzung auf sozialen Netzwerken – Skizze einer stärker vernetzten Sichtweise”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 407-420.
- P. MAESTRE/A. DURÁN/M. DEL M. VELÁZQUEZ, *Aplicación Práctica del Derecho Internacional Privado: Casos y Soluciones*, 6ª ed., Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2024.
- T. MARGVELASHVILI, “Charting the Course of DMA’s Private Enforcement: Unveiling the Forum Shopping Challenge”, *European Competition Journal*, 20, 3, 2024, pp. 588-609.
- T. MARZAL/G. PAVLAKOS, “A Relations-First Approach to Choice of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 346-368.
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Contrato interno y sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero: ¿situación interna o internacional?”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 33, 1, 2024 (disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/9858>).
- A.A. MENICOCCHI, “The Justice of Private International Law: Equality and the Difference Principle”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 303-322.
- R. MICHAELS, “The right to have private rights”, *University of Toronto Law Journal*, 74, 5, 2024, pp. 128-150.
- R. MICHAELS, “Private International Law and the Legal Pluriverse”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 258-277.
- R. MICHAELS, “International law and domestic law – a conflict of laws?”, en H.P. AUST/H. KRIEGER/F. LANGE (EDS.), *Research Handbook on International Law and Domestic Legal Systems*, Cheltenham, Elgar, 2024, pp. 279-304.
- R. MICHAELS/S. ZEH, “Sustainability and Private International Law”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 479-499.
- H.-W. MICKLITZ, “European Law of Regulated Industries and Transnational Private Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 63-106.
- A. MILLS, “Private International Law and Pluralism”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift für Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 11-22.

- D. MOURA VICENTE, “Governação global e Direito Internacional Privado”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 9-36.
- N. MOUTTOTOS, “The Unidroit Principles on International Commercial Contracts and sustainable development”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 362-377.
- H. MUIR WATT, “Private International Law as ‘Ligature’: Elements for a Post-Monist Jurisprudence”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. .
- P. NABET (DIR.), *L’internationalité du litige: De l’élément d’extranéité en droit international privé*, Luxembourg, Legitech, 2024.
- V.C. NGONO, “Libres propos sur l’internationalité dans l’arbitrage OHADA”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 116-138.
- E. PANNEBAKKER, “Sustainable development clauses in international contracts through the lens of the Unidroit principles”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 352-361.
- S. PEARI, “The Choice – Equality Foundation of Choice of Law: The Restatement”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 59-77.
- S.L. PEVAR, *The rights of Indians and tribes*, 5ª ed., New York, NY, Oxford University Press, 2024.
- F. POLLITZER, “Wahl des Gerichts eines anderen Mitgliedsstaats als Auslandsbezug? — Anmerkung zu EuGH v. 8.2.2024 – C-566/22 – Inkreal s.r.o. /. Dúha reality s.r.o.”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 77-84.
- S. RAGONE/G. SMORTO, *Comparative Law: a Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- C. REIBETANZ, “Zum Vorliegen eines Binnensachverhalts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 374-379.
- K. REILING, *Seeverwaltungsrecht als internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- T. REPGEN, “Ernst Zitelmann zur Möglichkeit eines Weltrechts”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 857-876.
- F. RÖDL, “Necessary Unity”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 41-58.
- K. ROOSEVELT III, “Against Choice of Law Exceptionalism”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 100-115.
- A. ROTOLO/G. SARTOR, “Logical Models for Private International Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 116-138.
- G. RÜHL, “Economic analysis of private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 172-199.
- V. RUIZ ABOU-NIGM, “Private International Law’s Inter-Systemic Thinking in Global Legal Education”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 3, luglio-settembre 2024, pp. 802-809.
- V. RUIZ ABOU-NIGM/R. MICHAELS, “Towards private international law for everyone”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 246-264.
- F. SALERNO, “Il contributo degli studiosi italiani ai corsi de l’Aja di diritto internazionale privato (1923-1972)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 5-38.
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf“, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.

- M. SIEMS/P. JEN YAP (EDS.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, University Press, 2024.
- A. STAUDINGER, “Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 / Unechte Inlandsfälle / Zuständigkeit”, *Reise-Recht aktuell: Zeitschrift für das Tourismusrecht*, 32, 5, 2024, pp. 221-226.
- N. TAKASUGI, “Harmonization of Jurisdictional and/or Choice-of-Law Rules: Introduction to the Asian Principles of Private International Law (APPIL) Project”, *The Korean Journal of International and Comparative Law*, online publication date: 08 Oct 2024.
- L. TICHÝ, “Ein Plädoyer für die kollisionsrechtliche Freiheit – Provokative Skizze am Rande des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 307-320.
- S. TONOLO, “Il contributo degli studiosi italiani ai corsi de l’Aja di diritto internazionale privato (1973-2023)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 2, aprile-giugno 2024, pp. 402-437.
- S. TONOLO, “Luci e ombre: il diritto internazionale privato è strumento di contrasto allo sfruttamento della povertà o di legittimazione dell’ingiustizia?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1083-1115.
- V. TRSTENJAK, “Sustainability and the Impact of the Court of Justice of the EU”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 215-223.
- R. VALLEJO, “The Jurisprudence of Process and European Transnational Private Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 107-156.
- R. WAGNER, “Auslandsbezug nach der Brüssel Ia-VO – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 531-544.
- C.A. WHYTOCK, “Politics and private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 19-36.
- N. YASSARI, “Islamisches Recht und koloniale Vergangenheit aus der Perspektive des Privatrechts”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Koloniale Kontinuitäten im internationalen Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2024, pp. 135-165.
- D. YOKOMIZO, “Conflict of Laws and Global Governance”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 390-404.
- K. YOON, “When the sovereign contracts: Troubling the public/private distinction in international law”, *The Yale Law Journal*, 133, 6, 2024, pp. 2101-2164.

El Derecho internacional privado: Fuentes

- M.M. ALBORNOZ, “Private International Law in Mexico’s New National Code of Civil and Family Procedure”, *RebelsZ*, 88, 2, 2024, pp. 325-354 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/private-international-law-in-mexicos-new-national-code-of-civil-and-family-procedure-101628rebelsz-2024-0031/>).
- L. ÁLVAREZ MERA, “¿Es correcto motivar con el art. 24 CE una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral?: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “UE y conflictos de leyes internos: Análisis de las soluciones previstas en los Reglamentos Europeos y su proyección sobre nuestro sistema conflictual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 76-87 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8901/6840>).

- G. BACHARIS/S. OSMOLA, “Bridging the gap(s): The importance of private law theory in the EU context”, *Common Market Law Review*, 61, 5, 2024, pp. 1315-1344.
- J. BASEDOW, “Uniform Interpretation of Uniform Private Law Conventions: On Treaty Law, Global Jurisprudence and Procedural Safeguards”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 56, 2024, pp. 1-28 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4903118>).
- J. BASEDOW, *Uniform law: legal responses to globalisation. Finalised for publication by Jannis Gries*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/buch/uniform-law-9783161641299/>).
- S.V. BAZINAS, “Digital assets and private law: is there a need for a uniform law?”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 381-389.
- E. BELLUCCI, “Il regolamento di blocco dell’Unione europea alle sanzioni secondarie statunitensi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 359-391.
- E. BENVENUTI, “Azioni strategiche tese a dissuadere la partecipazione pubblica e tutela delle libertà di espressione e informazione nel diritto internazionale privato dell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 130-172 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.6.BENVENUTI.pdf>).
- B. BERRAHLIA, “The Unidroit Principles and the Shari’ah Standards: any room for cooperation?”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 305-323.
- K. BOELE-WOELKI, “The next step in the unification of private international law in Europe: should it be codification?” (November 17, 2024) (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>).
- E.J. BRÖDERMANN, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo*, traducción coordinada por C.F. ZINSER CIESLIK y P. MENDOZA MONTANO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- E. BRÖDERMANN, “Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts – A high-level comparison between 1989 and 2024, with tribute to the Unidroit Principles, the development of arbitration law and to Simplified Global Contracting”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 145-160 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8906/6869>).
- E. BRÖDERMANN, “30 Jahre UNIDROIT Principles – Unifying the Commercial World — Zugleich Ankündigung einer gleichnamigen Konferenz in Hamburg am 6./7.6.2024”, *Internationales Handelsrecht*, 24, 2, 2024, pp. 45-47.
- A. BUSER, “Exercising Planetary Jurisdiction: On the Legality and Legitimacy of Unilaterally Mitigating Planetary Ecological Footprints”, *European Journal of International Law*, 35, 4, November 2024, pp. 897-927.
- C. CAMPIGLIO, “Linguaggio e tecniche redazionali nel diritto internazionale privato italiano”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 3, luglio-settembre 2024, pp. 709-744.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “European private international law as the civil constitution of the European Union”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 3-16.
- M.J. CERVELL HORTAL, “Independencia judicial: ¿siempre nos quedará Luxemburgo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 403-413 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8918/6884>).
- B. CHASTANG REYES, “Arbitraje y Derecho de la Unión Europea ¿qué hay de nuevo en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Mytilinaios?: Sentencia del Tribunal de Justicia 4ª 22 de febrero de 2024, as. acumulados: C-701/21 P y C-739/21 PC-739/21 P: Mytilinaios/DEI y Comisión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- M. CHIANESE, “Sull’ intervento di ‘ogni persona interessata’ ex art. 36, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: tra discrezionalità della Corte europea e corretta amministrazione della giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 830-837.
- T.A. CHRISTOU/T.M. MOSE/J.L. TAYLOR, “Transnational law as an enabler of digital trade”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 339-348.
- P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, “Cuestión prejudicial y aspecto externo de la independencia judicial: la in-

- fluencia del asunto Banco de Santander: Sentencia del Tribunal Justicia 7 de mayo de 2024, as. C-115/22, NADA y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Demandas estratégicas contra la participación pública en la Unión Europea: La Directiva anti-SLAPP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 430-443 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8920/6888>).
- G. CUNIBERTI, “Divergence between Linguistic Versions of EU PIL Regulations – The Specific Case of Related Regulations”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 149-159.
- B. CZERWENKA, “Internationales Einheitsprivatrecht im Spannungsfeld zwischen Europarecht und Völkerrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 937-947.
- R. DEPLANO (ED.), *Interdisciplinary Research Methods in EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- F. DE WITTE ET AL., “Decoding Judicial Cross-Citations: How Do European Judges Engage with Foreign Case Law?”, *The American Journal of Comparative Law*, 72, 2, 2024, pp. 380-427.
- E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia: Contributo para o Estudo da Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2024.
- A. D’ORNANO, “Sur le Brexit: un reflux”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 825-827.
- M. DUROVIC/C. PONCIBÒ (EDS.), *The European Convention on Human Rights and Private Law: Comparative Perspectives from South-Eastern Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- D. ESTRADA TANCK, “Cyberspace and women’s human rights in the international legal order: Transnational risks and gender-based violence”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 192-207 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8420/6494>).
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho internacional privado español en el cincuentenario de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974”, *Diario La Ley*, nº 10520, 2024.
- R. FRAU, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024 [edición digital sin cambios de la edición originaria de © 2015].
- K. FRIEDEMANN, “Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 7-50.
- D. FRYDLINGER/O. HART, “Overcoming contractual incompleteness: the role of guiding principles”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 625-647.
- W.W. GEURSEN, *Mapping the Territorial Scope of EU Law*, The Hague, Eleven, 2024.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 814-822 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8943/6809>).
- N. GOÑI URRIZA, “Conceptos y principios del Espacio de libertad seguridad y justicia importados de la libre circulación de mercancías”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 41-63 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.3.GONI.pdf>).
- M. GRASSI, “Attuazione delle sentenze della Corte EDU e tenuta del giudicato civile in Italia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 840-858 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8946/6822>).
- J. GUNDEL, “Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidungen nach der EU-Blocking-Verordnung – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 12.7.2023, Rs. T-8/21 (IFIC Holding AG/Kommission)”, *Europarecht*, 59, 1, 2024, pp. 76-86.
- V. HARSÁGI, “Hungarian Case Law Relating to European Private Law (2023-2024)”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 185-189.
- B. HESS/M. REQUEJO ISIDRO, “El invisible colegio de juristas internacionales en el Derecho internacional privado de hoy”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 965-971 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8953/6829>).
- B. HESSERT, “Rule of Law in Organised Sport”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 517-538.

- L. HORNKOHL, “(Miss-)Achtung des Fremden? – Extraterritoriale Drittstaatenregelungen, EU-Blocking-Statuten und deren Auswirkungen im Privatrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 169-192.
- IPRechtsprechung: Frei zugängliche Datenbank für deutsche Gerichtsentscheidungen zum internationalen und ausländischen Privatrecht seit 2004* (disponible en <https://iprspr.mpipriv.de/requests/new>).
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Precisiones jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 5.2 del estatuto de bloqueo europeo. STGUE 12 julio 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 972-984 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8954/6830>).
- W. JI, “The influence of the Unidroit Principles on the contract book of the Chinese Civil Code: process and examples”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 449-459.
- T. JOHN/R. GULATI/B.G. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to Unidroit*, Cheltenham, Elgar, 2024.
- A. KACZOROWSKA, *International Trade Conventions and Their Effectiveness: Present and Future*, Boston, Brill, 2024.
- R.M. KAMBLE, “Artificial intelligence and human rights”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 77-86.
- O. KAMENSKAIA/A. SHIRVINDT, “Sources of Private International Law in Russia”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 15-34.
- P. KASHEFI ET AL., “Shaping the future of AI: balancing innovation and ethics in global regulation”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 524-548.
- A. KIKUMA, “Investment Treaties and Human Rights Violations Outside a Host State: Where and How Should They Be Placed Inside ISDS?”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 173-185.
- P. KINSCH, “Private international law and human rights”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 37-54.
- M. KIRÁLY, “Competing Methods and Norms in the Regulation of International Sales”, *Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia*, 68, 4, 2024, pp. 43-71.
- L. KIRCHMAIR, *Rethinking the relationship between International, EU and national law: consent-based monism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- B.G. KÖHLER, “Introduction”, en T. JOHN/R. GULATI/B.G. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to Unidroit*, Cheltenham, Elgar, 2024, pp. 1-11.
- B.G. KÖHLER, “Long-term contracts in the 2016 Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, en T. JOHN/R. GULATI/B.G. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to Unidroit*, Cheltenham, Elgar, 2024, pp. 151-164.
- T. KOSTOULA, “Security rights in crypto-assets: an opportunity for uniform law?”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 434-454.
- T. LUTZI, “Einseitigkeit statt Allseitigkeit als Strukturprinzip des Digitalen Binnenmarkts?”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 262-267.
- H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2023: Zeit der Trilogie”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 73-105.
- F. MAOLI, “Strategic lawsuits against public participation and their global relevance: Recent developments and persisting gaps in human rights law and in (EU) PIL”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 289-321 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.14.MAOLI.pdf>).
- D. MARTINY, “Kollisionsnormen und Sachnormen im europäischen Sekundärprivatrecht – Abgrenzung und Funktionen”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 177-191.
- T. MARZAL, “The Territorial Reach of European Union Law: A Private International Law Enquiry into

- the European Union's Spatial Identity", *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 1, 2024, pp. 29-63 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8E263094D6FDC0EF045B9A59ABAC22EB/S0020589323000465a.pdf/territorial_reach_of_european_union_law_a_private_international_law_enquiry_into_the_european_unions_spatial_identity.pdf).
- T. MAST, "Platform Law as EU Law", *GRUR international*, 73, 7, 2024, pp. 607-616.
- O. MEYER/P. ORTOLANI, "The Unidroit Principles and the inflexibility of code as law: reconciling smart contracts with general clauses", *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 269-280.
- R. MICHAELS, "The right to have private rights", *University of Toronto Law Journal*, 74, 5, 2024, pp. 128-150.
- R. MICHAELS, "International law and domestic law – a conflict of laws?", en H.P. AUST/H. KRIEGER/F. LANGE (EDS.), *Research Handbook on International Law and Domestic Legal Systems*, Cheltenham, Elgar, 2024, pp. 279-304.
- A. MOSTAD-JENSEN, "News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): the work of the fifty-sixth commission session", *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 510-524.
- D. MOURA VICENTE, "O Direito dos contratos na CISG: *Civil Law, Common Law* ou terceira via", en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 143-160.
- K. NAKATANI, "The Legality of Unilateral Embargoes, Suspensions of Air Transport, and Restrictions on Investment by Reason of Pandemic or National Security Considerations, or in Response to Serious Breaches of International Law", en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 82-93.
- J.L. NEELS, "The Southern African Development Community and the African principles on the law applicable to international commercial contracts", en M.R. PHOOKO/L.T. CHIGOWE/'N. HOOLLO (EDS.), *The development and application of SADC community law in member states*, Cape Town, Juta and Company (Pty) Ltd, 2024, pp. 175-198.
- P.A. NIELSEN, "Civil cooperation in the EU from 1960 to 2024", en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 48-66.
- Y. NISHITANI, "'Business and Human Rights' from Global and Asian Perspectives", en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 33-46.
- Y. NISHITANI, "Das Gemeinwohl im IPR in Wechselwirkung mit dem Völkerrecht", en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 17-36.
- J. PASSER, "Criterio de independencia para solicitar una cuestión prejudicial por parte de la Comisión nacional de arbitraje en materia de lucha contra el dopaje en el ámbito del deporte de Austria: TJ, Gran Sala, S 7 May. 2024. Asunto C-115/22: NADA y otros", *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH, *Constitutionalism and Transnational Governance Failures*, Boston, Brill, 2024.
- D. PETRIĆ, "National Courts Proposing Answers to the Questions Referred for Preliminary Ruling", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 1, 2024, pp. 3-39.
- M. POIARES MADURO, "Fragebogen: Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit", *EuR*, 2024, 2, pp. 51-56.
- M. REICHENBACH, *Voraussetzungen und Grundzüge unionsrechtlicher Systembildung: dargestellt am Beispiel ausgewählter Bereiche des Unionsprivatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- Y. REINFELD, *The European Union as a normative power: the role of the CJEU*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024.
- A. REYES, "The Use of Domestic Law to regulate the Conduct of Individuals, Corporations and Governments Extraterritorially", *Recueil des cours*, Tome 441, 2024, pp. 353-495.

- M. ROHE, “Kodifikation des Rechts und Normenpluralismus in der islamischen Welt - das Beispiel Afghanistan”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 211-226.
- A. RÖTHEL, “Rechtsgeschäftliche Geschlechterklauseln konventionswidrig! Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 5. Juli 2022”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, pp. 208-221.
- G. RÜHL, “Cross-Border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 163-180.
- F. SALERNO, “La ‘legislazione di blocco’ nella prospettiva internazionalprivatistica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1374-1389 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8980/6835>).
- M. SALVADORI/G. BOUTIN ICAZA (EDS.), “Colombian Draft Project on Private International Law”, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino*, 34/2024 (disponible en https://iris.unito.it/bitstream/2318/2028853/1/UNITO_34_Salvadori-Boutin.pdf).
- J. SAMTLEBEN, “Das Internationale Privatrecht im neuen Zivilgesetzbuch Puerto Ricos - Abkehr vom common law”, *RabelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 586-609 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/das-internationale-privatrecht-im-neuen-zivilgesetzbuch-puerto-ricos-abkehr-vom-common-law-101628rabelsz-2024-0037/>).
- T. SCOVAZZI, “Una scelta tra il presente e un lontano passato”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 491-515.
- A. SHIRVINDT, “Die UNIDROIT-Grundregeln und ähnliche nichtstaatliche Regelwerke in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Russlands”, *Deutsch-Russische Rechtszeitschrift*, 9, 2024, pp. 33-45.
- H. SONO, “The Impact of Regional Integration on Global Harmonisation of Private Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 18-32.
- M. SOSSAI/G. ADINOLFI, “Immobilizzazione, congelamento e confisca di beni russi a favore dell’Ucraina alla luce del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 687-739.
- A. STREUBER, *Gegenseitiges Vertrauen als Rechtsprinzip des Unionsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- R. VALLEJO, “The Jurisprudence of Process and European Transnational Private Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 107-156.
- G. VAN CALSTER, *European private international law: commercial litigation in the EU*, 4ª ed., Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024.
- T. VAN DEN BRINK/V. PASSALACQUA, *Balancing Unity and Diversity in EU Legislation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- H. VAN LOON, “New Perspectives for the CIEC/ICCS and its Work”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 1-12.
- Z. VARGA, *EU and EEA law litigation before national courts: a practical guide*, Oxford, Hart, 2024.
- L. VÉKÁS, “Nach der ‘dritten Schule’ – Einige Kapitel in der jüngeren Entwicklungsgeschichte des internationalen Privatrechts”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WU-DARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 37-50.
- M.I. VIAL UNDURRAGA/I. ZULOAGA RÍOS, “The choice of the PICC as the proper law of the contract in Latin American jurisdictions: Chilean contract law as a sample study”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 221-243.
- A.E. VILLALTA VIZCARRA, “El Derecho Internacional Privado en el continente americano”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 251-272.

- A. VOLPATO, “The publicity of EU law and the privatization of EU digital regulation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 31, 3, 2024, pp. 319-332 (disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X241301937>).
- P. WEHLING/N. MAHASNEH, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: potential for greater use in the Middle East and North Africa”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 429-448.
- C.A. WHYTOCK, Politics and private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 19-36.
- N. YASSARI, “Fatwas als Quelle der Gesetzgebung in der Islamischen Republik Iran”, en F. SCHULZE (HRSG.), *Between Morocco and Indonesia and beyond: Essays in honour of Irene Schneider*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2024, pp. 267-288.
- D. YOKOMIZO, “Conflict of Laws and Global Governance”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 390-404.

Jurisdicción y competencia judicial internacional

- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 51-88 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2761/2913>).
- A. ARZANDEH, “Interpreting Multiple Dispute-Resolution Clauses in Cross-Border Contracts”, *Cambridge Law Journal*, 83, 2, 2024, pp. 244-273.
- M. BERENTELG, *Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?: zur Nachprüfung fremder Hoheitsakte durch staatliche Gerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- D. BIELBY/A. SANGER, “Treasure Hunters Beware! Sovereign Immunity protects States in Salvage Proceedings”, *Cambridge Law Journal*, 83, 3, 2024, pp. 397-400.
- D. BUREAU, “L’article 14 du code civil entre continuité(s) et changement”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 689-702.
- H.L. BUXBAUM/R. MICHAELS, “Anti-Enforcement Injunctions”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 56, 2024, pp. 101-118 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4877578>).
- C. CAVICCHIOLI, *Le forum shopping dans le contentieux international: étude des stratégies procédurales touchant au choix de for et des outils juridiques pour les appréhender*, Paris, IRJS Éditions, 2024.
- G. CUNIBERTI, “Französischer oberster Gerichtshof schließt Insolvenzverfahren vom Anwendungsbereich der auf Staatsangehörigkeit beruhenden Gerichtsbarkeit aus (Art. 14, C. civ.)”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 511-513.
- G. CUNIBERTI, “L’immunité de juridiction des États étrangers dans le cadre d’une instance en *exequatur* - Civ. Ire, 28 juin 2023, n° 21-19.766”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 318-331.
- G. CUNIBERTI, “À la recherche d’une justification sérieuse à l’application de la Convention de 2004 sur l’immunité des États par le juge français”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 439-448.
- W. DAY, “Contractualisation of civil jurisdiction”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 513-518.
- A. DICKINSON, “Anti-suit injunctions – beyond comity”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 586-597.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Aplicación de la ley de la sede del arbitraje como rectora del convenio arbitral y efectos en las sanciones impuestas a personas y entidades rusas como consecuencia de la guerra en Ucrania: Sentencia de la Supreme Court (UK) de 23 abril 2024, Asunto UnicreditBank GmbH vs. RusChemAlliance (2024)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n° 19, 2024.

- R. GARNETT, “Foreign State Immunity and Harassment of Dissidents”, *Melbourne Journal of International Law*, 24, 2, 2024, pp. 284-306.
- M. GÓMEZ JENE, “Anti-arbitration injunction y Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 777-789 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8941/6879>).
- B.S. GÜNEŞ/T.N. YAŞAR, “Validity of Jurisdiction Clauses in Standard Terms and Conditions of International Commercial Contracts under Turkish Law”, *Review of Central and East European Law*, 49, 2024, pp. 53-87.
- P.R. GUGLIUZZA/J.J. ANDERSON, “Why do Judges compete for Cases?”, *Boston University Law Review*, 104, 7, 2024, pp. 1981-2048.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “La delimitación judicial de la inmunidad de jurisdicción en el orden social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1014-1026 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8957/6833>).
- S. KATO, “Resolution of Islamic Financial Disputes under Private International Law in Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 47-57.
- T. KLINK, “Der Commercial Court nach dem Justizstandort-Stärkungsgesetz – ein Modellprojekt für grenzüberschreitende Gerichtsverfahren”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 349-356.
- H. KRONKE, “Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsklauseln in Zeiten schwindender Rechtsstaatlichkeit”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 106-113.
- A. LEANDRO, “State Immunity from Execution of International Arbitral Awards: Consent to Arbitration vs Consent to Execution Along the Double-Step Enforcement”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 83-105.
- Y. LI, “New Private International Law Act of the Republic of Korea 2022 - Focusing on the Rules on International Jurisdiction to Adjudicate”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 252-256.
- L. MAAZIZ, “La saisie de créances fiscales situées en France en cas de renonciation expresse par l’État étranger à son immunité d’exécution (Civ. 1re, 13 avr. 2023, nos 18-20.915, 18-24.859 et 19-14.391, JCP 2023. 567, concl. R. Salomon; ibid. 568, note L. d’Avout; Gaz. Pal. 11 juill. 2023, n° 451, obs. C. Brenner)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 54-62.
- T. MARGVELASHVILI, “Charting the Course of DMA’s Private Enforcement: Unveiling the Forum Shopping Challenge”, *European Competition Journal*, 20, 3, 2024, pp. 588-609.
- C. MEURANT, “Un glissement de terrain jurisprudentiel: la responsabilité du fait de l’immunité d’exécution des États étrangers, note sous CE, 10 juill. 2023, Ministre de l’Europe et des Affaires étrangères [3 arrêts]”, *Journal du droit international*, 151, 1, 2024, pp. 156-179.
- M.F. MÜLLER-BERG, “Der Erfüllungsort im Internationalen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht – Ein Abschied auf Raten?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 581-601.
- K. NAKAJIMA/Y. OKADA/K. NISUGI, “The sovereign function test out of thin air? The status of the central bank determined behind the scenes in *Certain Iranian Assets*”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 3, September 2024, pp. 474-485 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae010>).
- M. NICKEL, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- C. PASTORINO, “The *Forum Necessitatis* Mechanism in Light of the Proposal for an EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 305-322.
- J. PÉREZ FONT, “Anti-arbitration injunctions en el Derecho inglés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1227-1240 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8971/6849>).

- M. PHUA, “Anti-suit injunctions and more complications after ‘Enka v Chubb’”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 507-513.
- K.B. PISSLER, “Die Immunität ausländischer Staaten im Recht der Volksrepublik China”, *RebelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 527-555 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/die-immunitaet-auslaendischer-staaten-im-recht-der-volksrepublik-china-101628rebelsz-2024-0045/>).
- S.G.A. PITEL, “The statutory assertion of exclusive jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 280-301.
- K. REECE THOMAS, *The commercial activity exception to state immunity: an introduction*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- J. SAMTLEBEN, “Bindet die Gerichtsstandsvereinbarung auch den Rechtsnachfolger? Zur Entscheidung des Superior Tribunal de Justiça vom 22.3.2022 – REsp 1.962.113/RJ”, *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, 2024, 1, pp. 17-24.
- H. SCHACK, “Auswirkungen eines Gläubiger- oder Schuldnerwechsels auf die internationale Zuständigkeit, insbesondere auf Gerichtsstands und Schiedsvereinbarungen”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 569-580.
- R.A. SCHÜTZE, “Die Zweiklassengesellschaft im Internationalen Zivilprozessrecht und die Gefährdung prozessualer Gerechtigkeit durch Privilegien”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 545-552.
- T. SCOVAZZI, “Una scelta tra il presente e un lontano passato”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 491-515.
- B. SENA GÜNEŞ/T. NİMET YAŞAR, “Validity of Jurisdiction Clauses in Standard Terms and Conditions of International Commercial Contracts under Turkish Law”, *Review of Central and East European Law*, 49, 2024, pp. 53-87.
- D. SPRICK, “Building a ‘Foreign-Related Rule of Law’: China’s State Immunity Law”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 417-424.
- A. SVETLICINI/F. XIE, “The anti-suit injunctions in patent litigation in China: what role for judicial self-restraint?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 734-742.
- J.Y. TEO, “Transnational *res judicata* in international commercial disputes and potential influences for BRI dispute resolution”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 437-472.
- L. THEIMER, “Der letzte Pfeil im Köcher der englischen Gerichte? ‘Quasi-Prozessführungsverbote’ und Schadensersatz bei Verletzung ausschließlicher Gerichtsstandsvereinbarungen”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 267-272.
- Y. WEI/W. SHAN, “Immunity from Compulsory Judicial Measures under Chinese Foreign State Immunity Law: Changes and Challenges”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 741-759.
- S.D. YATES, “New international commercial courts: a delocalized approach”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 54-72 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad024>).
- K. YOON, “When the sovereign contracts: Troubling the public/private distinction in international law”, *The Yale Law Journal*, 133, 6, 2024, pp. 2101-2164.

Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 51-88 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redic/article/view/2761/2913>).
- N. BARTELS, “Der gewöhnliche Aufenthalt in Grenzgängerfällen”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 55-80.

- E. BELLUCCI, “Il regolamento di blocco dell’Unione europea alle sanzioni secondarie statunitensi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 359-391.
- F. BERNER, “Die Eingriffskondiktion im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 471-478.
- C. BIDAUD, “L’ambiguïté de la notion de ‘reconnaissance’ confrontée à la proposition de règlement de l’Union européenne relative à la filiation”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 415-426.
- P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La *professio iuris* sucesoria cuestionada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 127-144 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8905/6861>).
- J. BOMHOFF, “Rationalising Mid-Century Choice of Law: Legal Technique and its Limits in the ‘Dark Science’ of Conflicts”, *Modern Law Review*, 2024, pp. 1-33 (disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2230.12879>).
- J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS, “Private International Law as the Final Frontier for Feminist Scholarship?”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 61-84.
- L. BRILMAYER, “Three Ethical Perspectives in American Choice of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 162-173.
- A. BULTRINI/F. GIUMELLI/C. PORTELA/M. SOSSAI (EDS.), *International sanctions in practice: an interdisciplinary perspective*, Abingdon, Oxon (UK), New York, NY, Routledge, Torino, G. Giappichelli Editore, 2024.
- D. BUREAU, “Sanction pénale des dispositions du code du travail relatives à la santé et la sécurité des travailleurs: suite et fin - Crim. 16 janv. 2024, n° 22-83.681”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 364-372.
- A. ÇAĞLAR/S. BASU RAY CHAUDHURY/R. SAMADDAR (EDS.), *Sites of statelessness: laws, cities, seas*, Albany, State University of New York Press, 2024.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Mutual recognition as a method in European private international law”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-115.
- C. CAMPIGLIO, “Poliedricità della clausola d’eccezione”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 232-240 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8909/6867>).
- S. CARREA, “The Criterion of Habitual Residence in EU Private International Law: Old and New Questions”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 51-86.
- Z. CHEN, “Mandatory and overriding mandatory provisions as double insurances in consumer protection”, *European Law Review*, 49, 1, 2024, pp. 15-34.
- M. CHEVALIER, “International sanctions enacted against Russia as overriding mandatory rules—on which foot should international arbitrators stand?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 144-171.
- E. CIMIOTTA, “Invio di armi e munizioni dall’Italia all’Ucraina, legislazione nazionale e trattato sul commercio delle armi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 133-164.
- S. CLAVEL, “RSE et ordre public transnational: une dynamique de complémentarité”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2024, 3-4, pp. 481-490.
- G. CUNIBERTI, “Rethinking conflict mobile: applying the law of COMI to rights *in rem*”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 477-490 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/370>).
- P. DANE, “Party Autonomy and the Challenge of Choice of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS

- (Eds.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 369-389.
- E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia: Contributo para o Estudo da Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2024.
- C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “Leyes de policía en la contratación con sistemas de inteligencia artificial”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 107-129.
- A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Pamplona, Aranzadi, 2024.
- A. DUTTA, “Sekundärrechtliche Ausweitung des Anerkennungsprinzips im internationalen Unionsprivatrecht – Beginnt nun der lang befürchtete coup d’état gegen das Kollisionsrecht?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 117-132.
- M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de vecindad civil en el sistema plurilegislativo español: ¿Dónde queda la voluntad testamentaria?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 587-601 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8932/6820>).
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “¿Las normas sobre cuantificación de la indemnización pueden ser normas de policía del Reglamento Roma II? (STJ 5 de septiembre de 2024, asunto C–86/23 – HUK–COBURG–Allgemeine Versicherung II)”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 319-334.
- J.O. FLINDT, “Verfahrensentscheidende Vorfrage oder vorfrageähnliche Hauptfrage? Zur Qualifikation eines sachenrechtlichen Rückforderungsanspruchs im Rahmen des ehelichen Revokationsrechts”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 466-471.
- M. FRANÇOISE, *L’office européen du juge en conflit de lois*, Bruxelles, Bruylant, 2024.
- P. FRANZINA, “What role for overriding mandatory provisions of third countries in conflicts of laws relating to rights *in rem* in moveable non-cultural property?”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 469-476 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/366>).
- K. FRIEDEMANN, “Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 7-50.
- M. GERNERT, *Blocking Statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolgungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. GERVASONI, “Es válida la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico al gobierno ruso y a las entidades establecidas en Rusia: STG, Gran Sala, 2 octubre 2024. Asuntos. T-797/22: Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel y otros/Consejo; T-798/22: Ordre des avocats à la cour de Paris y Couturier/Consejo y T-828/22| ACE/Consejo”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- L.E. GILLIES, “Vulnerability and Private International Law: Mapping a Normative Approach Towards Asymmetrical Substantive Equality”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 35-60.
- M.S. GREEN, “Authority and Interest Analysis”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 139-161.
- V. GRIFO, “Postmigrantisches Internationales Privatrecht: Identitätsjurisprudenz im Internationalen Familienrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 29-46.
- M. GUZMÁN PECES, “Cuestiones incidentales y conexidad en la propuesta de reglamento europeo en materia de filiación: especial referencia al ámbito sucesorio”, en ANA FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 163-185.

- M. GUZMÁN ZAPATER, “La aplicación temporal de la norma de conflicto en materia de filiación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2024, pp. 169-184.
- F. HEINDLER, “Wirksame Eheschließung zweier afghanischer Staatsbürger als Vorfrage bei Behandlung eines Antrags auf einvernehmliche Scheidung durch österreichische Gerichte”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 411-414.
- L. HORNSKOHLE, “(Miss-)Achtung des Fremden? – Extraterritoriale Drittstaatenregelungen, EU-Blocking-Statuten und deren Auswirkungen im Privatrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 169-192.
- M. HUNTER-HÉNIN, “La rencontre du droit international privé et du climat: réflexions de méthode au sujet des KlimaSeniorinnen”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 665-676.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Precisiones jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 5.2 del estatuto de bloque europeo. STGUE 12 julio 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 972-984 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8954/6830>).
- A. KATO, “COVID-19 and Compulsory Licensing”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 198-208.
- E.-M. KIENINGER, “Zivilrechtliche Haftung als Eingriffsnorm nach der Sorgfaltspflichtenrichtlinie: *Tertium datur!*”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 807-819.
- M. KLEIN, “Spanische Zinsen zwischen Schuld- und Prozessstatut – Zur Qualifikation des spanischen Art. 20 Abs. 4 UAbs. 1 LCS, des § 287 ZPO und zur Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Schuld- und Prozessrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 513-518.
- M. LEHMANN, “Postmodernes Internationales Privatrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 67-81.
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-40.
- D. LOOSCHELDERS, “Methoden und Ziele des modernen Internationalen Privatrechts – Eine Bestandsaufnahme”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 51-66.
- D. LOPES, “Recognition— a methodology without a method?”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 107-128.
- B. LURGER, “Internationale Rechtsdurchsetzung auf sozialen Netzwerken – Skizze einer stärker vernetzten Sichtweise”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 407-420.
- T. LUTZI, “Einseitigkeit statt Allseitigkeit als Strukturprinzip des Digitalen Binnenmarkts?”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 262-267.
- G. MÄSCH, “Kluges aus Karlsruhe oder Unsterbliche Blamage II? – Der BGH und die Qualifikation”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 208-212.
- H.-P. MANSEL, “International-privatrechtliche Qualifikationsfragen des Lieferkettenrechts”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 793-805.
- C.M. MARIOTTINI, “The private side of private international law: deregulation and private autonomy”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 87-106.
- D. MARTINY, “Kollisionsnormen und Sachnormen im europäischen Sekundärprivatrecht – Abgrenzung und Funktionen”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 177-191.
- A.A. MENICOCCI, “The Justice of Private International Law: Equality and the Difference Principle”, en

- R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 303-322.
- S. MORWEISER, “Ausführen nach Ägypten aus exportkontrollrechtlicher Sicht”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 297-312.
- D. MOURA VICENTE, “Cláusulas gerais e Direito Internacional Privado: o caso particular das cláusulas de exceção”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 37-50.
- M.F. MÜLLER-BERG, “Der Erfüllungsort im Internationalen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht – Ein Abschied auf Raten?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 581-601.
- H. MUIRWATT, “Reclaiming the ‘Dismal Swamp’: a Most Dangerous Method in the Conflict of Laws”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1-28.
- K. NAKATANI, “The Legality of Unilateral Embargoes, Suspensions of Air Transport, and Restrictions on Investment by Reason of Pandemic or National Security Considerations, or in Response to Serious Breaches of International Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 82-93.
- S. PEARL, “The Choice – Equality Foundation of Choice of Law: The Restatement”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 59-77.
- M. PERTEGÁS, “Between flexibility and certainty: navigating between hard law and soft law in private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 73-86.
- M. POIARES MADURO, “Fragebogen: Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 51-56.
- E.L. RENSMANN, *Wirtschaftssanktionen und internationale Handelsschiedsverfahren: internationaler Gerechtigkeitspluralismus im transnationalen Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- K. ROOSEVELT III, “Against Choice of Law Exceptionalism”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 100-115.
- A. ROTOLO/G. SARTOR, “Logical Models for Private International Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 116-138.
- F. SALERNO, “La ‘legislazione di blocco’ nella prospettiva internazionalprivatistica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1374-1389 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8980/6835>).
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.
- M. SOSSAI/G. ADINOLFI, “Immobilizzazione, congelamento e confisca di beni russi a favore dell’Ucraina alla luce del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 687-739.
- G. SPINDLER, “Das Herkunftslandprinzip und seine Entwicklung”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 83-99.
- M. SUZUKI, “Intellectual Property and National Security”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 125-138.

- K. TAKESHITA, “Freedom and Party Autonomy in Private International Law: Party Autonomy as an Empowerment of Private Persons”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 139-147.
- M.C. UCÍN, “Conflict of methods in private international law: a legal theory perspective”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO, *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 55-72.
- O. UMEJIMA, “Revisiting Subsidy Rules, after the Global Financial Crisis and COVID-19: Suggestion to Utilize Article VI:6(c) of the GATT”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 139-150.
- L. VÉKÁS, “Nach der ‘dritten Schule’ – Einige Kapitel in der jüngeren Entwicklungsgeschichte des internationalen Privatrechts”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 37-50.
- A.M. VICARIO PÉREZ, “El arrendamiento de bienes inmuebles como prestación de servicios a efectos de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 18 de abril de 2024, asunto C- 22/23: Citadeles nekustamie īpašumi SIA”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- F.C. VILLATA, “On the Track of the Law Applicable to Preliminary Questions in EU Private International Law”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1043-1082.
- J. VON HEIN, “Staatsangehörigkeit und alternative Anknüpfungsmerkmale im Internationalen Privatrecht”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 67-104.
- C. ZILIOLO/R. BISMUTH/L. THÉVENOZ (ED.), *International Sanctions: Monetary and Financial Law Perspectives*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2024.

Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- F. AIWANGER, “*Ius Sanguinis* Reloaded. Familienrechtliche Vorfragen im neuen Staatsangehörigkeitsrecht”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2024, pp. 1521-1525.
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “UE y conflictos de leyes internos: Análisis de las soluciones previstas en los Reglamentos Europeos y su proyección sobre nuestro sistema conflictual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 76-87 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8901/6840>).
- L. ANTHONIOZ, “The Personal Relativity of Public Policy on Transnational Surrogacy in Switzerland – A Proposal”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 611-636.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 51-88 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2761/2913>).
- R. ARENAS GARCÍA, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 335-351.
- K. BÄLZ, “Scharia, Ordre Public und Bankenprivileg: Die Zinsgrenzen in der ägyptischen Rechtsprechung”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 269-282.
- F.K. BASSIER/C.A. KOTTKE/P. KRONIER, “Tagungsbericht: Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts”, *IPRax*, 2024, pp. 257-259.
- B. BUCHHALTER MONTERO, “El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXVII, fasc. 4, 2024, pp. 1677-1713.

- D. BUREAU, “Actualité de l’office du juge en matière conflictuelle (Civ. 1re, 28 juin 2023, Pourvoi n° 22-18.281; Civ. 1re, 27 sept. 2023, Pourvoi n° 22-15.146)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 142-146.
- D. BUREAU/H. MUIR WATT, “Le statut, post-Brexit et devant le for d’un Etat membre, d’une loi du Royaume-Uni ayant transposé une directive européenne: Cass., ass. plén., 3 mai 2024, n° 21-21.615”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 589-602.
- G. CERQUEIRA/N. NORD (EDS.), *Le droit étranger – Études de droit international privé comparé*, 3 vols., Paris, Société de législation comparée, 2024.
- S. CLAVEL, “RSE et ordre public transnational: une dynamique de complémentarité”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2024, 3-4, pp. 481-490.
- F. DE WITTE ET AL., “Decoding Judicial Cross-Citations: How Do European Judges Engage with Foreign Case Law?”, *The American Journal of Comparative Law*, 72, 2, 2024, pp. 380-427.
- E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia: Contributo para o Estudo da Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2024.
- M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de vecindad civil en el sistema plurilegislativo español: ¿Dónde queda la voluntad testamentaria?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 587-601 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8932/6820>).
- M. FALLON/S. FRANCO, “Early Marriage in Belgian Case Law – The Ever-Lasting Virtue of the Functional Approach of the Public Policy Exception”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 61-79.
- O. FERACI, “Lo spazio di operatività dell’ordine pubblico nella proposta di regolamento in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 117-137 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.7.FERACI.pdf>).
- C. FOSSATI, “Circolazione delle sentenze all’interno dell’Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 782-797 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8446/6511>).
- K. FRIEDEMANN, “Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 7-50.
- M. GEBAUER/A. CRITCHLEY, “Iura novit curia im deutschen, englischen und schottischen Kollisionsrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 465-484.
- J. GUNDEL, “Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidungen nach der EU-Blocking-Verordnung – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 12.7.2023, Rs. T-8/21 (IFIC Holding AG/Kommission)”, *Europarecht*, 59, 1, 2024, pp.76-86.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES CHÁFER, “La motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público: Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n° 18, 2024.
- K. KREUZER, “Is Islamic Shariah Law Applicable under German Constitutional Law?”, en E. HILGENDORF (ED.), *Law in times of crisis: Festschrift for Yoram Danziger*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 83-102.
- J. LANGILLE, “Public Policy and the Rule of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 197-216.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “L’ accertamento e l’interpretazione del Diritto straniero richiamato: nel Diritto internazionale privato europeo: una questione ancora aperta”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1079-1098 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8962/6855>).
- B. MENHOFER, “Grenzen der Ermittlung ausländischen Rechts”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 101-124.
- A.A. MENICOCCHI, “The Justice of Private International Law: Equality and the Difference Principle”, en

- R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 303-322.
- R. MICHAELS/J.P. SCHMIDT, “Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren”, *NJW*, 2024, pp. 24-29.
- A. MILLS, “Justifying and Challenging Territoriality in Private International Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 174-196.
- R.M. MOURA RAMOS, “Reserva hereditária e ordem pública internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1167-1175 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8967/6859>).
- D. MOURA VICENTE, “A ordem pública internacional no Direito Luso-Brasileiro”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 51-75.
- N. NORD, “L’officier de l’état civil et le droit étranger. Analyse critique et prospective d’une défaillance française”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 5-22.
- T. PFEIFFER, “Interne Weiterverweisung bei Wahl des Rechts eines Mehrrechtsstaates nach der Erbrechtsverordnung”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 289-296.
- M. POIARES MADURO, “Fragebogen: Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit”, *EuR*, 2024, 2, pp. 51-56.
- C. RUIZ SUTIL, “Remisión ad extra y ad intra en el Reglamento 650/2012: la repercusión del Derecho interregional español en el contenido digital de la herencia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1344-1373 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8979/6836>).
- K. SIEHR, “Verstößt ein ausländisches Erbstatut ohne bedarfsunabhängigen Pflichtteilsschutz naher Angehöriger gegen den *ordre public* des Forumstaates? – Zu den Art. 21, 22 und 35 EuErbVO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 269-288.
- S. VILAR GONZÁLEZ, “La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. A propósito de la sentencia 183/2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3ª), de 24 de mayo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 954-961 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8458/6548>).
- T. WARD/A. PLENDERLEITH FERGUSON, “Proof of foreign law: a reduced role for expert evidence?”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 95-116 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/17441048.2024.2347720?needAccess=true>).
- N. YASSARI, “Fatwas als Quelle der Gesetzgebung in der Islamischen Republik Iran”, en F. SCHULZE (HRSG.), *Between Morocco and Indonesia and beyond: Essays in honour of Irene Schneider*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2024, pp. 267-288.
- G. ZOU/Z. WANG, “The Refinement of Rules on the Ascertainment of Foreign Laws in China”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 414-417.

Eficacia extraterritorial de decisiones

- C. AMUCHEAZI/C.M. NWANKWO/F. NWODO, “A reassessment of the challenges of enforcement of foreign judgments in Nigeria: the need for legislative reform to ease business”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 473-499.
- M. BARBA, “D’un système d’exequatur à l’autre - Civ. 1^{re} 4 avr. 2024, n° 22-23.881”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 516-525.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Reconnaissance sur le fondement du règlement Bruxelles I bis de la décision d’une juridiction compétente en vertu d’une Convention internationale (CMR) mais en méconnaissance d’une clause attributive de juridiction - CJUE 21 mars 2024, aff. C-90/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 741-756.

- O. KAMENSKAIA/E. CHILIKOV, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 145-162.
- L. KOPCZYŃSKI, *Urteilsanerkennung unter Gegenseitigkeitsvorbehalt: zur Vereinbarkeit von Reziprozitätserfordernissen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile mit der EMRK*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- H. LINDAHL, “Conflict of Laws: Asymmetrical Recognition of the Stranger (in Ourselves)”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 239-257.
- O. LOPES PEGNA, “L’accertamento della ‘competenza internazionale’ del giudice straniero ai sensi della legge n. 218/1995”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 77-101.
- T. LUTZI, “What remains of *H Limited*? Recognition and enforcement of non-EU judgments after Brexit”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 651-667.
- H. MUIR WATT, “Autorité de chose jugée du jugement étranger et principe de concentration des moyens (*bis repetita...*): où passe la ligne? - Civ. Ire, 19 juin 2024, n° S 19-23.298”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 783-794.
- N. ROUGHAN, “Plurality of Laws and Conflict of Laws: Reconciling through Recognition?”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 217-238.
- D. SINDRES, “Faut-il admettre la radiation d’un pourvoi en cassation en cas d’inexécution d’une décision d’exequatur?”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 677-688.
- W. TORREZ PERALTA, “Denegación de exequatur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: El caso ‘Nemagón’ de Nicaragua”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 930-953 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8457/6547>).

Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- S. AVRAHAM-GILLER, “Choice of Law Rule in Procedure and Overriding Mandatory Provisions: Opposite Trends?”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 63-76.
- E. BENVENUTI, “Azioni strategiche tese a dissuadere la partecipazione pubblica e tutela delle libertà di espressione e informazione nel diritto internazionale privato dell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 130-172 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.6.BENVENUTI.pdf>).
- L. BERG, *Systembildung im europäischen Zivilprozess: Möglichkeiten und Grenzen einer Konsolidierung der Kernverordnungen des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- F. BERNER, “Die Eingriffskondiktion im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 471-478.
- P. BIAVATI/M.A. LUPOI (EDS.), *European judicial cooperation in cross-border litigation*, Bologna, Bologna University Press, 2024.
- M. CHIANESE, “Sull’intervento di ‘ogni persona interessata’ ex art. 36, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: tra discrezionalità della Corte europea e corretta amministrazione della giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 830-837.
- G. CHIAPPONI, *Interfaces between national and EU law: time limits in cross-border civil proceedings and their impact on the free circulation of judgements*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Demandas estratégicas contra la participación pública en la Unión Europea: La Directiva anti-SLAPP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 430-443 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8920/6888>).
- Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras

- y usuarias: la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 145-188.
- C. DE MEEÛS, “Investing in Responsible Litigation: Third-Party Funding for Public Interest Litigation”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 511-535.
- A. D’ORNANO, “Sur une directive relative aux procédures-bâillons”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 607-616.
- I. ELKIND, “Efficiency at the Price of Accuracy: The Case for Assigning MDLs to Multiple Districts and Circuits”, *Vanderbilt Law Review*, 77, 2, 2024, pp. 599-645.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La digitalización de la cooperación judicial transnacional en la Unión Europea: el Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 221-249.
- B. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Comunicación digital entre personas y autoridades competentes en la cooperación judicial en materia civil: biometría e inteligencia artificial en la gestión de la identidad digital en el punto electrónico de acceso”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 251-272.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Ética, desafíos y riesgos del acceso a la justicia algorítmica”, *Deusto Journal of Human Rights*, n° 14, 2024, pp. 1-33 (disponible en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2024/11/ETICA-DESAFIOS-Y-RIESGOS-DEL-ACCESO-A-LA-JUSTICIA-ALGORITMICA-J.C.-FERNANDEZ-ROZAS.pdf>).
- J.C. FUENTES GÓMEZ, “Un paso más para la eficacia internacional de la venta forzosa de buques”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 208-225 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8421/6495>).
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “La digitalización de la cooperación judicial civil en la Unión Europea: algo nuevo, algo viejo, algo prestado y algo azul”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 191-230.
- R. GEIMER/E. GEIMER/G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2024.
- S. GERVASONI, “Es válida la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico al gobierno ruso y a las entidades establecidas en Rusia: STG, Gran Sala, 2 octubre 2024. Asuntos. T-797/22: Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel y otros/Consejo; T-798/22: Ordre des avocats à la cour de Paris y Couturier/Consejo y T-828/22| ACE/Consejo”, *La Ley Unión Europea*, n° 130, 2024.
- P. GIACALONE, “Towards the digitalization of EU judicial cooperation: Access to justice to be improved”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 253-288 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.13.GIACALONE.pdf>).
- M. GÓMEZ SANTOS, “Problemática en torno a los acuerdos de financiación por parte de terceros en las acciones de representación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 790-813 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8942/6802>).
- M. GRASSI, “Attuazione delle sentenze della Corte EDU e tenuta del giudicato civile in Italia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 840-858 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8946/6822>).
- M.M. GRAY, “Cohesive class actions”, *University of Pennsylvania Law Review*, 172, 2, 2024, pp. 551-603.
- R. GULATI, “Access to justice and multinational corporations: promoting privately driven transnational hybrid adjudication”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 364-380.
- N. HAAGENSEN, “Boundary objects in complex governance systems: collective action clauses in European sovereign debt governance”, *Journal of European public policy*, 31, 2, 2024, pp. 586-609.
- L. HAHN, *Strategische Prozessführung im Klagekollektiv: über die Bedeutung kollektiver Mobilisierung für den Zugang zu Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- G. HALIS KASAP, “Defending Privacy Across Borders: Public Interest Litigation in the Fight Against Data Exploitation”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 427-460.

- W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 9ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2024.
- W. HAU, “Prozessfähigkeit von Auslandsansässigen und Ausländern: geltendes Recht und Reformbedarf”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 125-129.
- W. HAU/B. KRANS/E. NYLUND (EDS.), *European Law and National Organisation of Civil Justice*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- B. HESS, “Digital judicial cooperation in the area of freedom, security and justice: the judicial cooperation in civil matters”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 155-168.
- J. HUANG, “Can private parties contract out of the Hague Service Convention?”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, pp. 328-363 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2369366>).
- J. HOFFMANN, “Die internationale Zuständigkeit für Verbandsklagen gegen drittstaatliche Unternehmen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 7-16.
- M. HOOK, “The Purpose of the Gateways for Service out of the Jurisdiction”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 1023-1044 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/7CF393175DC6636ACF5827E07C8BADC2/S0020589324000277a.pdf/purpose_of_the_gateways_for_service_out_of_the_jurisdiction.pdf).
- L. HORNKOHL, “Collective Actions for Competition Law Violations and DMA Infringements Following the Transposition of the Representative Action Directive (Germany)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 311-317 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae008>).
- F. JAULT-SESEKE, “Aperçu de la directive (UE) 2024/1069 du 11 avril 2024 117 du Parlement européen et du Conseil contre les poursuites-bâillons (SLAPP)”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 117-119 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- J.A. KIST, *Die Rolle des Richters im Zivilprozess: eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend vom Zustand der Justiz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- N. KLAMARIS, “Gedanken zur Aktualität der Rechtsnaturfrage in der rechtsdogmatischen Prozessrechtsdebatte in ihrer europäischen und rechtsvergleichenden Dimension”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1053-1069.
- M. KLEIN, “Spanische Zinsen zwischen Schuld- und Prozessstatut – Zur Qualifikation des spanischen Art. 20 Abs. 4 UAbs. 1 LCS, des § 287 ZPO und zur Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Schuld- und Prozessrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 513-518.
- X. KRAMER, “Public Interest Litigation at the Intersection of Public Law and Private Enforcement”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 391-402 (disponible en <https://rdcu.be/ei7RF>).
- E. LARO GONZÁLEZ, “La obtención transfronteriza de pruebas en materia civil y mercantil a propósito del Reglamento (UE) 2020/1783”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 119-142.
- F. LAVAUD/M. CANNERI, “Evidentiary Challenges in the Context of Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 298-312.
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-40.
- M. LÓPEZ GIL, “Sobre el concepto de domicilio a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional y la posible aplicación del reglamento 2020/1784, de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales: Sentencia del Tribunal de Justicia 4ª 16 de mayo de 2024, asunto C-222/23: Toplofikatsia Sofia EAD”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- M. LÓPEZ GIL, “El Reglamento (UE) 2020/1784 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos*

- avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 79-118.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Class Action in the EU: Lessons from Mixed Jurisdictions”, *Journal of International and Comparative Law*, 11, 2, 2024, pp. 277-306.
- F. MAOLI, “Strategic lawsuits against public participation and their global relevance: Recent developments and persisting gaps in human rights law and in (EU) PIL”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 289-321 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.14.MAOLI.pdf>).
- N. MARCHAL ESCALONA, “Hacia una justicia digital europea centrada en el ser humano, garante de derechos y sostenible”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 199-219.
- J. MEERS/S. HALLIDAY/J. TOMLINSON, “Why we need to rethink procedural fairness for the digital age and how we should do it”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 468-482.
- B. MUSSEVA/N. RUSINOVA, “Execution Measures Related to EU Procedural Regulations and Brussels IIbis in Bulgaria”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 593-609.
- J.L. OCHOA-MUÑOZ, *Principios globales del Derecho procesal civil internacional: comentarios a los Principios Asadip sobre el acceso transnacional a la justicia (Transjus)*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2024.
- W. PINTENS, “Der freie Verkehr von Personenstandsunterlagen – Ein Vergleich zwischen den CIEC-Übereinkommen Nr. 16 und 34 und der EU-Verordnung 2016/1191”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 133-148.
- M. RÉVILLARD, “La légalisation des actes publics étrangers: nouveau fondement juridique et précisions (Décr. n° 2024-87 du 7 févr. 2024, JO 8 févr. 2024)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 379-382.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Elaboración, por los colegios de abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: Práctica calificada de anticompetitiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 564-577 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8435/6502>).
- M.I. ROMERO PRADAS, “Hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea. Consideraciones sobre el intento de elaboración de un proceso civil europeo común”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 17-76.
- M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- V. RUIZ ABOU-NIGM, “Iconic asymmetries of our times: ‘super Highways’ and ‘jungle tracks’ in transnational access to justice”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 598-614 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2439153#d1e172>).
- J.P. SCHMIDT, “Europäisches Zustellungsrecht und nationale Rechtsmittelfristen – keine Aushöhlung der Übersetzungsregelung: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.7.2022 – Rs. C-7/21”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 379-382.
- S. SIGNORIN, “La digitalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale nell’Unione europea: L’assunzione transfrontaliera delle prove nel prisma della piattaforma informatica decentrata e-CODEX”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 603-620 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8437/6500>).
- O. SPINEANU MATEI, “Concepto de domicilio en un proceso monitorio, respecto a un nacional de un Estado miembro cuya dirección permanente se halla en dicho Estado miembro mientras que su dirección actual se halla en otro Estado miembro: TJ, Sala Cuarta, S 16 May. 2024. Asunto C-222/23: Toplofikatsia Sofia EAD”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- V. STROBEL, “Litigating and Enforcing International Humanitarian Law before German Courts: Public

- Interest Litigation via Individual Rights as a Vehicle for Access to Justice in Situations of Armed Conflict”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 483-510.
- N. TADA, “Introducing Information Technology to the Japanese Code of Civil Procedure and Cross-Border Service of Process and Examination of Evidence”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 27-37.
- Z. TANG/X. HUANG, “Authentic Instruments in Chinese Private International Law”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 199-216.
- M.C. UCÍN, “In the Name of Human Rights: Sketching a Definition of Public Interest Litigation”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 403-426.
- R. VALLEJO, “The Jurisprudence of Process and European Transnational Private Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 107-156.
- B. VAN HOUTERT, “The Anti-SLAPP Directive in the context of EU and Dutch private international law: improvements and (remaining) challenges to protect SLAPP targets”, *NIPR*, 2024, 4, pp. 651-673 (disponible en <http://nipr-online.eu/Artikel.aspx?id=4073>).
- I. VÁSQUEZ TORREBLANCA/P. NEUPERT KAPLAN, “Public Interest Climate Litigation in Latin America Leading the Way in Addressing Climate Change? The New Focus on Ecocentric and Intergenerational Dimensions”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 461-482.

Derecho de negocios internacionales: marco general, acceso al mercado y libre competencia

- P. ACTIS PERINETTO/G. GRECHI, “Antitrust liability, corporate groups and M&A transactions: a tale of undertakings, economic continuity and effectiveness of EU competition law”, *European Competition Journal*, 20, 1, 2024, pp. 147-192.
- J. ADAMS-PRASSL/S. BOGOJEVIĆ/A. EZRACHI/D. LECZYKIEWICZ (EDS.), *The internal market ideal: essays in honour of Stephen Weatherill*, New York, NY, Oxford University Press, 2024.
- B. AGARWAL/N. MISHRA, “Incorporating digital development perspectives in international trade law”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 296-314.
- J.M. AGUILAR GONZÁLEZ, “Deslocalización y estándares laborales: una aproximación económica a través de la teoría de juegos”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 103-116.
- D. AKANDE, “Armed Conflicts and Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 207-226.
- P. AKMAN, “A critical inquiry into ‘abuse’ in EU competition law”, *Oxford journal of legal studies*, nº 44, 2024, pp. 405-433.
- B.L. ALDERMAN/R.D. BLAIR, “The antitrust victims of monopsony”, *Journal of antitrust enforcement*, 12, 1, 2024-03, pp. 29-44.
- I. ALEXOVIČOVÁ, “Enforcement of Multilateral Trade Regulation by Non-State Actors – Desirable and Feasible?”, *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp. 1-16.
- M. ALFTER ET AL., “Anwendbarkeit des § 19a GWB nach Einführung des DMA - Diskussion am Beispiel des Aufkommens von großen Sprachmodellen (LLM)”, *WuW*, 2024, 12, pp. 629-638.
- E. ALIENDE RODRIGUEZ/M.STEENSON/S. NORMAN, “Commission Discretion on Fines, Recidivism, and Appeals of Settlement Decisions: Case T-590/20 *Clariant and Clariant International v Commission*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 30-32.
- R. ALONSO SOTO, “La integración vertical de empresas y el Derecho de la competencia”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 1, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 489-518.

- J.M. ALVAREZ CONTRERAS, “The ‘no greater rights’ principle: heading to a new Calvo Clause?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 4, December 2024, pp. 552-572.
- H. ANDERSSON, *Dawn Raids under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission’s Dawn Raid Practices*, 2^a ed., London, Hart Publishing, 2024.
- P. ANDREOLI-VERSBACH/J. GANS, “Interplay between Amazon store and logistics”, *European Competition Journal*, 20, 2, 2024, pp. 460-497.
- J. ANTE, “Wettbewerbsverbote zwischen potentiellen Wettbewerbern - Anmerkung zu EuGH – Autoridade da Concorrência/EDP, WUW1455757, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 1, p. 29.
- I. APPEL, “Economic Terminators: The Futility of American Antitrust Law in an AI-driven Economy”, *The Journal of Corporation Law*, 50, 1, 2024, pp. 209-233.
- B.J. ARD/R. CROTOF, “Legal responses to techlaw uncertainties”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 28-44.
- B. ARSLAN, “Finding the Fix Under Regulation 139/2004 and the Myth of Irremediable Transactions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 419-427.
- I. AYRES/C.S. HEMPHILL/A.L. WICKELGREN, “Shorting Your Rivals: Negative Ownership as an Antitrust Remedy”, *Antitrust Law Journal*, 86, 2, 2024, pp. 317-364.
- R. BABAYEV, *Private Autonomy in EU Internal Market Law: Parameters of its Protection and Limitation*, London, Hart Publishing, 2024.
- I. BANTEKAS/J.G. ERCANBRACK/U.A. OSENI/I. ULLAH, *Islamic contract law*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- J.M. BARNETT, “Illusions of Dominance: Revisiting the Market-Power Assumption in Platform Ecosystems”, *Antitrust Law Journal*, 86, 1, 2024, pp. 1-62.
- A. BARTELS/R. INDERST/C. WENTZIEN, “Estimation of (Consumer) Sustainability Benefits from Horizontal Agreements: A Quasi *Ex Post* Analysis”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 3, 2024, pp. 228-245.
- C.P. BARTHOLOMEW, “The Dark Side of Antitrust Statements of Interest”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 233-261.
- J. BASEDOW, “Von Lieferketten, Kinderarbeit und Standesämtern – Gedanken zu europäischer Moral und globaler Realität”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 761-773.
- M. BATRA/P. DE BIJL/T. KLEIN, “Ecosystem theories of harm in EU merger control: analysing competitive constraints and entrenchment”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 357-367 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae061>).
- A.M. BEDOYA/B. TUTTLE, “‘Aiming at Dollars, not Men’: Recovering the Congressional Intent behind the Labor Exemption to Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 805-818.
- A. BEKTASHEVA, “Reshaping International Investment Regime from Human Rights Perspective”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13, 2, 2024, pp. 201-209.
- J.-F. BELLIS/I. VAN DAMME, “Fragebogen: Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs- und Handelspolitik der EU”, *EuR*, 2024, 2, pp. 141-152.
- E. BELLUCCI, “Il regolamento di blocco dell’Unione europea alle sanzioni secondarie statunitensi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 359-391.
- W. BEN HAMIDA/O. CACHARD/R.DALMAU, *Droit des affaires internationales: Commerce international et investissement*, 4^a ed., Paris, LGDJ, 2024.
- J. BENINCA/P. MÖCKEL/N. MUTSCHALL, “Kann das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz Boykottaufrufe rechtfertigen?”, *WuW*, 2024, 7-8, pp. 372-378.
- J. BENINCA/B. TAVAKOLI, “Investitionsprüfung: Fingerzeige für das Verfahren - Anmerkung zu VG Berlin – Heyer Medical, WUW1457401, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 3, p. 151.
- J. BERMAN, “The Failure of ‘Quick Look’ Analyses of Antitrust Claims”, *American University Business Law Review*, 14, 1, 2024, pp. 79-119.

- R.V. BERMEO ANDRADE, “Protection against unfair competition in the Andean Community—an analysis of recent trends and developments”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 193-200.
- S. BERNASCONI, “Il ruolo del diritto internazionale privato e processuale nell’attuazione del ‘pacchetto sui mercati e servizi digitali’ (DMA&DSA)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1184-1258.
- G. BERRIZBEITIA, “The political economy of arbitration law”, *The Yale Law Journal*, 134, 1, 2024, pp. 266-328.
- T. BESLEY/T. PERSSON, “Organizational dynamics: culture, design, and performance”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 2, July 2024, pp. 394-415 (<https://doi.org/10.1093/jleo/ewac020>).
- V. BEYER, “International investment agreements and the global minimum tax: of treaty troubles and investment incentives”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 241-258.
- Y. BI, “Experimentation at the WTO lab: towards a better ‘Interface’ to accommodate State-owned enterprises”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 3, September 2024, pp. 404-423.
- F. BIEN/B.C. BECKER, “Das Anwerben von Mitarbeitern im Lichte der deutschen und europäischen Fusionskontrolle. Teil 1, Der Zusammenschlusstatbestand”, *WuW*, 2024, 2, pp. 81-88.
- F. BIEN/B.C. BECKER, “Das Anwerben von Mitarbeitern im Lichte der deutschen und europäischen Fusionskontrolle. Teil 2, Schwellenwerte, Rechtsfolgen, Alternativen”, *WuW*, 2024, 4, pp. 183-191.
- F. BILTGEN, “Prohibición de prestar, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento jurídico al Gobierno de Rusia o a personas jurídicas, entidades u organismos establecidos en Rusia: Autenticación y ejecución por un notario de un contrato de compraventa de un bien inmueble: TJ, Sala Segunda, 5 Sep. 2024. Asunto C-109/23: Jemerak”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- G. BLANKE, “Arbitration Rules Found to Reinforce Infringement of Article 101 TFEU: Case C-124/21 P *International Skating Union v Commission*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 308-310.
- A. BOITANI/A. PEZZOLI, “Antitrust e disuguaglianze. Replica ai commenti”, *Mercato, concorrenza, regole*, 75, 1-2, 2024, pp. 263-274.
- J.-C. BONICHOT, “Posibilidad de devolución de una ayuda concedida contraviniendo las normas de procedimiento establecidas en el art. 108 TFUE: TJ, Sala Cuarta, S 7 Dic. 2023. Asunto C-700/22: RegioJet a.s.”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- A. BORK, *Die Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Kontext von MAC-Klauseln*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- A. BORONAT, “IPCEI: a market design tool for pro-competitive industrial policies in Europe?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 526-536.
- J.-R. BORRELL ET AL., “Short and Long Run Effects of Leniency Programs on Cartel Stability and Prosecution”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 3, 2024, pp. 181-205.
- F. BOSTOEN, “Reviewing Mergers Under Article 102 TFEU: Proximus/EDPnet (Belgium)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 258-262 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae006>).
- F. BOSTOEN/N. PETIT, “Antitrust rules and remedies against platforms’ treacherous turns”, *European Law Journal*, 30, 4, 2024, pp. 629-652.
- F. BOSTOEN/D. VANWAMEL, “The Digital Markets Act: A partial solution to antitrust’s remedy problem”, *Common Market Law Review*, 61, 6, 2024, pp. 1575-1606.
- A. BRADFORD, “The False Choice between Digital Regulation and Innovation”, *Northwestern University Law Review*, 119, 2, 2024, pp. 377-453.
- A. BRADFORD/A. CHILTON/K. LINOS, “Dynamic diffusion”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 538-557.
- D.D. BRADLOW/R.M. LASTRA/S. KIM PARK, “Re-thinking the sustainability of sovereign debt”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 336-352.
- R. BRANDTS ET AL., “A Truly ‘Common’ Commercial Policy? – A Legal Assessment of the Ban on

- Ukrainian Grain in the Interplay of WTO and EU Law”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 402-429 (disponible en <https://www.nomos-elibrary.de/de/10.5771/1435-439X-2024-3-402.pdf>).
- J. BRAUNECK, “MiCA im Zahlungsverkehr. Teil 1, Kollisionen bei Kryptowerten mit PSD2, PSD3-E, EMD2 und MiFID II”, *EuZW*, 2024, 1, pp. 13-21.
- E.J. BRÖDERMANN, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo*, traducción coordinada por C.F. ZINSER CIESLIK y P. MENDOZA MONTANO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- E. BRÖDERMANN, “Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts – A high-level comparison between 1989 and 2024, with tribute to the Unidroit Principles, the development of arbitration law and to Simplified Global Contracting”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 145-160 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8906/6869>).
- O. BROOK/K.J. CSERES, “Priority setting as the blind spot of administrative law enforcement: A theoretical, conceptual, and empirical study of competition authorities in Europe”, *Modern Law Review*, 87, 5, 2024, pp. 1209-1257.
- O. BROOK/M. EBEN, “Another Missed Opportunity? Case C-252/21 *Meta Platforms v Bundeskartellamt* and the Relationship between EU Competition Law and National Laws”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 25-29 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad047>).
- S.A.W. BROWN, “Beyond the great firewall: EU and US responses to the China challenge in the global digital economy”, *Journal of European Integration*, 46, 7, 2024, pp. 1089-1110.
- R. BROWNSWORD, “Law, regulation, and technology: the bigger picture of good governance”, en B. BROŻEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 12-27.
- B. BROŻEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- R.P. BUCKLEY/D.W. ARNER/D.A. ZETZSCHE, *FinTech: finance, technology and regulation*, Cambridge, United Kingdom, New York, NY, Cambridge University Press, 2024.
- J.B. BULLOCK (ED.), *The Oxford Handbook of AI Governance*, New York, NY, Oxford University Press, 2024.
- A. BULTRINI/F. GIUMELLI/C. PORTELA/M. SOSSAI (EDS.), *International sanctions in practice: an interdisciplinary perspective*, Abingdon, Oxon (UK), New York, NY, Routledge, Torino, G. Giappichelli Editore, 2024.
- M. BUNGENBERG/P. REINHOLD/S. SCHELHAAS, “Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs- und Handelspolitik der EU”, *EuR*, 2024, 2, pp. 57-140.
- R. BURKERT, *Der Einfluss und rechtliche Rahmen von Geoblocking im Onlinevertrieb*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- M. BURRI/K. KUGLER, “Regulatory autonomy in digital trade agreements”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 397-423 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae025>).
- D. BUSH/S. WEBER WALLER, “Consumer Protection Powers, Competition Policy Goals, and Institutional Design”, *WuW*, 2024, 5, pp. 241-242.
- C. BUTS/M. LANGENUS/S. MAES/I. VONCK, “The end of the block exemption for liner shipping”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 323-329.
- I. CALBOLI, “The protection against unfair competition and passing off in ASEAN Member States: a review and commentary”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 126-134.
- C. CALINI/E. IOSSA, “Multiplicity of tools for antitrust and consumer protection in digital markets: the Italian experience and the road ahead”, *European Competition Journal*, 20, 2, 2024, pp. 274-294.
- K. CALISKAN/D. MACKENZIE/C. ROMMERSKIRCHEN, “Strange Bedfellows: Consumer Protection and Competition Policy in the Making of the EU Privacy Regime”, *Journal of Common Market Studies*, 62, 5, 2024, pp. 1296-1313.

- D. CALISTI, “Of Balance in Mergers: The Judgment of the Court of Justice in Case C-376/20 P *Commission v CK Telecoms*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 244-251.
- D. CALISTI/P. CÓRDOBA FERNÁNDEZ/A. MANSOUR, “Mass, space, and gravity—merger enforcement in basic industries”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 386-399.
- L. CALZOLARI, *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, Giappichelli, 2024.
- L. CARBALLO PIÑEIRO/M.Q. MEJIA JR. (EDS.), *The Elgar Companion to the Law and Practice of the International Maritime Organization*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- F.J. CASCALES MORENO, “La Política Común de Transportes, a la luz de los Tratados UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- E. CASTELLARIN, “Is Imitation Really Flattery? The UK’s Trade Continuity Agreements: A Reply to Joris Larik”, *European Journal of International Law*, 35, 1, February 2024, pp. 141-148.
- F. CASTILLO DE LA TORRE, *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, 2ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- A. CATENAZZO, “Competition and the Green Deal: a Study of Consumers’ WTP for CO2 Emissions Reduction in the Italian Car Market”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 209-220.
- C. CAVICCHIOLI, *Le forum shopping dans le contentieux international: étude des stratégies procédurales touchant au choix de for et des outils juridiques pour les appréhender*, Paris, IRJS Éditions, 2024.
- S. CHAEN, “Cross-Border Trade Secret Infringement and Private International Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 84-92.
- S. CHAIDIN ORTELLS, “Control de laudos en aplicación del derecho europeo de la competencia”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- J. CHAISSE, “Systematic Rivalries and Multilevel Governance in Asia: a Constitutional Perspective”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 362-394.
- L.M.R. CHAMBERS, “Back to the Future? The Examination of Portfolio Effects, Conglomerate Analysis, and Bargaining Leverage in Merger Control”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 349-356.
- B. CHASTANG REYES, “Arbitraje y Derecho de la Unión Europea ¿qué hay de nuevo en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Mytilinaios?: Sentencia del Tribunal de Justicia 4ª 22 de febrero de 2024, as. acumulados: C-701/21 P y C-739/21 PC-739/21 P: Mytilinaios/DEI y Comisión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- P. CHAUVE/R. DI GIOVANNI BEZZI, “Divided we fall? Grocery retail alliances under the lens of Article 101 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 463-471.
- E. CIMA/D.C. ESTY, “Making international trade work for sustainable development: toward a new WTO framework for subsidies”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 1-17 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae008>).
- E. CIMIOTTA, “Invio di armi e munizioni dall’Italia all’Ucraina, legislazione nazionale e trattato sul commercio delle armi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 133-164.
- A. CLAICI/M. MEROLA (EDS.), *Competition and Energy Markets: What Role for Competition Policy in the Current Geopolitical Context?*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- E.M. COBURN, “Supply-chain wage theft as unfair method of competition”, *The Yale Law Journal*, 134, 2, pp. 615-695.
- H.G. COHEN, “Toward best practices for trade-security measures”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 93-113.

- G. COLANGELO, “Trendy antitrust for digital markets: are market investigations the new black?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 289-298.
- G. COLANGELO/O. BORGOGNO, “Shaping Interoperability for the Internet of Things: The Case for Ecosystem-Tailored Standardisation”, *European Journal of Risk Regulation*, 15, 1, 2024, pp. 137-152.
- C.M. COLOMBO/K. WRIGHT/M. ELIANTONIO, *The evolving governance of EU competition law in a time of disruptions: a constitutional perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- M. COMBET, “L’encadrement du recours au Tribunal arbitral du sport en matière de droit européen de la concurrence: note sous CJUE, 21 déc. 2023, ISU, aff. C-124/21 P”, *Journal du droit international*, 2024, 3, pp. 989-1003.
- M. CONRADI/C. KEOGH/E. BINGHAM, *Telecommunication Laws in Europe*, London, Bloomsbury Professional, 2024.
- Z. COOPER/A.R. LODDER, “What’s law got to do with IT: an analysis of techno-regulatory incoherence”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 45-58.
- R.Á. COSTELLO/M. LEISER (EDS.), *Critical Reflections on the EU’s Data Protection Regime: GDPR in the Machine*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- T. COWEN, “European regulatory transformation - A case study: competition, remedies, and Google”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 213-220.
- D.A. CRANE, “Antitrust after the coming wave”, *New York University Law Review*, 99, 4, 2024, pp. 1187-1241.
- A. CRESPO HERNÁNDEZ, “Digitalización y relaciones laborales internacionales: la ley aplicable al teletrabajo transnacional”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 117-144.
- A. CRIVOI ET AL., “EU FDI Screening – Level Up in Multilevel Governance?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 2, 2024, pp. 241-261.
- V. CROCHET/W. ZHOU, “Critical insecurities? The European Union’s strategy for a stable supply of minerals”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 147-165 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae003>).
- M.-F. CUÉLLAR ET AL., “Does Information About AI Regulation Change Manager Evaluation of Ethical Concerns and Intent to Adopt AI?”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 1, March 2024, pp. 34-75.
- N. CULLEN, “From Lightbulbs to #Sheinhails: Considerations for Planned Obsolescence Regulation in the Modern Era”, *Washington Law Review*, 99, 2, 2024, pp. 607-647.
- M.-J. CURRIE/S. TORRES/J. EVELEIGH/M. KLEYN, “The interplay between antitrust law and intellectual property law in South Africa: a critical analysis of the OECD Recommendation on intellectual property rights and competition”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 551-556.
- M. CYNDECKA, “Classifying a state measure as state aid as an indispensable precondition for that measure’s compatibility assessment: Case C-40/23 P *Commission v Netherlands*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 475-476 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae051>).
- B. CZAPNIK, “Consistency Testing in WTO Law and the Special Case of Moral Regulation”, *European Journal of International Law*, 35, 1, February 2024, pp. 175-198.
- E. DACORONIA, “Contractual Liability and Compensation for Moral Harm”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 444-455 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8921/6889>).
- E. DALY/M.A. TIGRE/N. URZOLA, “Common but Differentiated Constitutionalisms: Does ‘Environmental Constitutionalism’ Offer Realistic Policy Options for Improving UN Environmental Law and Governance? US and Latin American Perspectives”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 172-205.

- A. DASZKO, “The Energy Charter Treaty at a critical juncture: of knowns, unknowns, and lasting significance”, *Journal of International Economic Law*, 26, 4, 2024, pp. 720-736.
- A. DAWES, “Article 210a of the CMO Regulation: supporting the transition to a sustainable food system in the Union and strengthening the position of producers in the agri-food supply chain”, *ZWeR*, 2024-03, 22, 1, pp.78-91.
- G. DAY, “Antitrust for immigrants”, *Cornell Law Review*, 109, 4, 2024, pp. 911-972.
- F. DE ELIZALDE, “Variable Interest Rate Clauses and the Unfair Contract Terms Directive in Spain. Can the ECJ provide further guidance on the unfairness of main contract terms? Would doing so exceed its interpretative role?”, *GPR*, 21, 1, 2024, pp. 6-9.
- F.L. DE LA VEGA GARCÍA, “La denegación u obstaculización del acceso a una infraestructura privada o su destrucción como ilícitos”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 1, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 545-576.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Minimización, licitud del tratamiento, categorías especiales y vías de tutela: novedades en materia de datos personales”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- I. DEL GUAYO CASTIELLA, “El Derecho administrativo global y la energía. Hacia un Derecho transnacional de la energía”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 501-512 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8926/6805>).
- M. DENG, “Suspension der Kommissionsentscheidung zur Veröffentlichung von Werbedaten als sehr große Onlineplattform unter Art. 39 DSA: Anmerkung zu EuG, Beschl. des Präsidenten v. 27.9.2023, T-367/23 R: Amazon / Kommission”, *GPR*, 21, 1, 2024, pp. 2-6.
- M. DENG, “Europaweite Dienstleistungsfreiheit für unabhängige Verwertungseinrichtungen — Anmerkung zu EuGH (Fünfte Kammer), Urt. v. 21.3.2024 – C-10/22 (Liberi editori e autori (LEA)/ Jamendo SA)”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 158-162.
- J.W.H. DENTON AO, “Transnational Governance Failures – a Business Perspective and Roadmap for Future Action”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 243-250.
- A. DE STREEL, “EU Digital Markets Act: changing the four ‘regulators’ of the digital society”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 221-224.
- L. DETERMANN, *Determann’s Field Guide to Artificial Intelligence Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- S. DETHOF/L. JOSTEN, “Bundeskartellamt Gives Users of Google Services Better Control over their Data on the Basis of Section 19a of the German Competition Act, GWB (Germany)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 108-116.
- R. DEWENTER, “Das Ende der No-Single-Buyer-Rule im Fußball”, *WuW*, 2024, 3, p. 121.
- J. DITTRICH/S. PANTHÖFER/L. WIETHAUS, “Dummy-Variablen und fixe Effekte”, *WuW*, 2024, 4, pp. 201-204.
- J. DITTRICH/S. PANTHÖFER/L. WIETHAUS, “Bedeutung und Grenzen von statistischer Signifikanz”, *WuW*, 2024, 11, pp. 584-589.
- S. DOMINELLI, “‘Animals’ as ‘Goods’: A Neo-Cultural Imperialism in Cross-Border Trade Law”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 109-130.
- H. DREWES/L. MEYER, “Festlegungs- und Feststellungsverfahren im DMA – Zwei zentrale Instrumente zur wirksamen und verhältnismäßigen Umsetzung der Verhaltenspflichten –”, *WuW*, 2024, 5, pp. 249-254.
- J. DREXL, “Responses of Intellectual Property and Competition Law to the Challenges of Climate Change”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 715-716.
- A.S. DRITSA, “Price comparison tool bans (Greece)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 547-550.
- M. DROUET, “Art. 22 FKVO: keine Lösung gegen killer acquisitions - Eine kritische Analyse der Entscheidung Illumina/Grail des EuGH”, *WuW*, 2024, 11, pp. 577-583.

- L. DUREL, “Border carbon adjustment compliance and the WTO: the interactional evolution of law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 18-40 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae007>).
- A. DUVAL/A. KRÜGER/J. LINDHOLM (EDS.), *The European Roots of the Lex Sportiva: How Europe Rules Global Sport*, Oxford, Hart Publishing, 2024, (disponible en <http://dx.doi.org/10.5040/9781509971473>).
- C. ECKES, “Constitutionalising Climate Mitigation Norms in Europe”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 107-144.
- M. EDELMAN/J.T. HOLDEN, “Baseball’s Anticompetitive Antitrust Exemption”, *Boston College Law Review*, 65, 5, 2024, pp. 1695-1753.
- P. EL KHOURY, “Unfair competition in the Arab world: a remedy completing IP limits?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 162-169.
- L. ELSHOF, “Corporate Sustainability Due Diligence and EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 168-177.
- C. ESPLUGUES MOTA/M. MERCEDES ALBORNOZ (EDS.), *Derecho del comercio internacional mexicano*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2024.
- A. EZRACHI, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, 8ª ed., Oxford, Hart, 2024.
- S. FACCIO, “I trattati internazionali di investimento dell’Unione Europea e la condizione di reciprocità, con riferimento particolare all’assunzione di cariche sociali”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 837-844.
- R. FADIGA, “Novel Merger Control Practices Expanded the Commission’s Jurisdiction to Review Concentrations beyond EUMR Thresholds”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 3-13.
- E. FAHEY, “Democratic Leadership through Transatlantic Cooperation for Trade and Technology Reforms through the EU-US ttc Model?”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 279-307.
- A. FARHAD, “Investment Protection in Situations of Armed Conflict: Evolution, Relevance and Challenges”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 195-206.
- R.S. FARKAS, “Hollywood’s Triple Threat: Writers, Actors, and Antitrust Regulators take on the Streaming Giants”, *American University Business Law Review*, 14, 1, 2024, pp. 345-379.
- F. FARRAGHER/T. VAN DEN BRANDE, “Ofcom Refers the Market for Cloud Infrastructure Services to the CMA for an In-Depth Competition Probe”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 269-271.
- C.R. FERNÁNDEZ LIESA, “Algunas reflexiones sobre la evolución del Derecho internacional de la sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 633-645 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8935/6873>).
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La Unión Europea aprueba la imposición de derechos compensatorios a las importaciones de vehículos eléctricos chinos”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 7ª ed., Madrid, Iustel, 2024.
- J. FERRIS/M. RISSMILLER/L.C. ONKEN/K. KING, “A Comparative View of Transparency in Antitrust Enforcement”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 547-576.
- E. FISCHER, “Double-checking mergers: Ex-ante and ex-post competition law enforcement and its implications for third parties”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 428-435.
- A. FLETCHER ET AL., “The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 1-2, 2024, pp. 1-19.
- A. FLETCHER/Z. VASAS, “Implementing the DMA: the role of behavioural insights”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 456-462.

- J. FLETT, “The EU Carbon Border Adjustment Mechanism: a Transnational Governance Instrument Whose Time Has Come”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 145-171.
- I.S. FORRESTER, “A Scot’s Account of Judicial Review: From Commercial Solvents to Google”, *WuW*, 2024, 12, pp. 625-626.
- E. FRADE/R. CAIED, “The Brazilian antitrust authority publishes non-horizontal merger guidelines”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 318-322.
- D. FRANCIS, “Antitrust without competition”, *Duke Law Journal*, 74, 2, 2024, pp. 353-439.
- D. FRANCIS, “Monopolizing by Conditioning”, *Columbia Law Review*, 124, 7, 2024, pp. 1917-2002.
- J.-U. FRANCK, “Die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung nach der 11. GWB-Novelle”, *WuW*, 2024, 2, pp. 76-80.
- J.-U. FRANCK, “Das Bundeskartellamt zwischen Condor, Kranich und ‘Mutterhaus’: Von der Freiheit vor politischer Einflussnahme - Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.05.2024, Kart 8/22 (V) – Zubringerflüge”, *WuW*, 2024, 12, pp. 639-646.
- J.-U. FRANCK/M. PEITZ, “Germany’s new competition tool: sector inquiry with remedies”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 515-525.
- M. FRANK/E. LEWIS, “The European Commission’s Challenge to Consent or Pay: Demystifying the Digital Markets Act?”, *World competition*, 47, 4, 2024, pp. 427-452.
- A.M. FROOMKIN, “Issues in robot law and policy”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 408-426.
- D. FRYDLINGER/O. HART, “Overcoming contractual incompleteness: the role of guiding principles”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 625-647.
- J.C. FUENTES GÓMEZ, “Un paso más para la eficacia internacional de la venta forzosa de buques”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 208-225 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8421/6495>).
- K. FUJII/Y. ISHII, “Government Access to Data and International Cooperation toward Data Free Flow with Trust”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 104-114.
- E. GALÁN CORONA, “El Reglamento de exención de la prohibición de las restricciones verticales de la competencia”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 1, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 519-543.
- R. GALLE/F. DRESSEL, “Private Rechtsdurchsetzung des DMA: Stand und Perspektiven”, *EuZW*, 2024, 3, pp. 107-115.
- J. GALLEGOS ZÚÑIGA, “Regulación del comercio electrónico y la economía digital en acuerdos regionales recientes, como el CPTPP y el DEPA”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 163-186.
- D.S. GANGJEE, “Law(s) against unfair competition: the legitimacy of the UK approach”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 90-100 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad105>).
- D.S. GANGJEE, “The incremental growth of unfair competition law in India”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 119-125 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad108>).
- H. GAO/W. ZHOU, “Constitutional, Governance or Market Failures: China, Climate Change and Energy Transition”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 206-237.
- E. GARCÉS/O. KOZLOVA GUGLIELMI/D. REILLY, “Ecosystem Theories of Harm in Merger Enforcement: Current Direction and Open Questions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 272-277.
- E. GARCÍA COSO, “Derecho de la competencia de la UE y mercado interior de la energía”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 226-250 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8422/6496>).

- J.A. GARCÍA LÓPEZ/M. MORENO SANCHO, “El Reglamento europeo sobre subvenciones extranjeras: un nuevo instrumento contra las inversiones chinas en un vacío legal del Derecho OMC”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 79-92.
- M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Künstliche Intelligenz - Zurechnung, Vertrag, Verantwortung: Ergebnisse der 38. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Tübingen - Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. GERVASONI, “Es válida la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico al gobierno ruso y a las entidades establecidas en Rusia: STG, Gran Sala, 2 octubre 2024. Asuntos. T- 797/22: Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel y otros/Consejo; T-798/22: Ordre des avocats à la cour de Paris y Couturier/Consejo y T-828/22| ACE/Consejo”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- D.H. GINSBURG/J.D. WRIGHT, “Reimagining Antitrust Institutions: A (Modest?) Proposal”, *Review of Law & Economics*, 20, 1, 2024, pp. 83-155.
- V. GLASS/T. TARDIFF, “The Federal Trade Commission’s Antitrust Lawsuit Against the Proposed Microsoft/Activision Merger: Déjà Vu with a Surprise Ending”, *Antitrust Bulletin*, 69, 2-4, 2024, pp. 79-89.
- J.-F. GÖHSL, “Amazons überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb - Anmerkung zu BGH – Amazon – Überragende marktübergreifende Bedeutung, WUW1465245, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 9, p. 469.
- P. GOFFINET/L. BERSOU, “Application of the ‘Commercial Ancillary Restraints’ Doctrine to Non-compete Clauses Concluded Between Potential Competitors: Case C-331/21 EDP—Energias de Portugal”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 102-104.
- N. GOÑI URRIZA, “La relación de los taxis-VTC y los conceptos autónomos del Derecho Europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 251-273 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8423/6497>).
- H. GORNALL/A. BARTLOMIEJCZYK/S. SINGH AUJLA, “Oversight of Sustainability Agreements in the Netherlands: New Policy Rule Issued by the ACM”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 33-40.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Ilumina / Comisión: eficacia del control de concentraciones vs seguridad jurídica: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2024 (C-611/22P y C-625/22P)”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- I. GRAEF/B. VAN DER SLOOT (EDS.), *The Legal Consistency of Technology Regulation in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2024 (disponible en <http://dx.doi.org/10.5040/9781509968053>).
- K. GREENMAN, “Of War and International Investment Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 3, 2024, pp. 579-607 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/330E452D5AA53F88E9EBE38EB48E14B5/S0020589324000174a.pdf/of_war_and_international_investment_law.pdf).
- T. GROZA/E. PERRIN, “Neither Mergers nor Cartels: Innovation Networks and Competition Law”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 3, 2024, pp. 206-227.
- Ł. GRZEJDIĄK, “U.S. and EU Non-Horizontal Merger Guidelines: A Friendly Game of Leapfrog”, *German Law Journal*, 25, 9, 2024, pp. 1494-1524.
- A. GUERRA FERNÁNDEZ/V. MARINAS SERRA, “Spanish Competition Authority Fines Apple and Amazon for Restricting Competition in Amazon’s Marketplace”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 542-546.
- Z. GUNDAY SAKARYA/I. MANFREDONIA, “Extra-Treaty Defenses Available to States in Investment Disputes Arising from Armed Conflicts”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 284-297.
- C. HAIGHT FARLEY, “The stunted development of unfair competition law in the United States and Canada”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 101-108.
- W. HAMILTON BYRNE, “The influence of legal scholars on the development of international investment law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 278-296.

- L. HANCHER/J. RUMPF, “Balancing Power: The Impact of Legal Review on Harmonising the European Electricity Market”, *European Journal of Risk Regulation*, 15, 4, 2024, pp. 827-845.
- M. HANDLER, “Preventing unfair competition in Australia, New Zealand and South Pacific countries: the intertwined roles of passing off and consumer protection statutes”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 109-118.
- S. HARIDI/V. DADWAL, “The Protection of Intangible Property during Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, Pages 227-239.
- N. HARSDORF, “Der Beitrag der österreichischen Wettbewerbsbehörde zu funktionierenden Märkten: Eine Bestandsaufnahme”, *WuW*, 2024, 10, pp. 505-506.
- B. HARSTAD/T. MIDEKSA, “Contracts and Induced Institutional Change”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 1, March 2024, pp. 1-33 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jleo/ewac003>).
- N.M. HART/C.A. CASEY, “Transatlantic leadership in an era of human rights-based export controls”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 130-146 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae005>).
- W. HAU, “Der Auslandsbezug in Art. 25 EuGVVO zwischen Anwendungsvoraussetzung und Missbrauchskontrolle”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 272-276.
- J. HAUCAP, “Auch Krankenhäuser brauchen Wettbewerb”, *WuW*, 2024, 11, p. 565.
- J. HAUCAP/A. RÖSNER/R. PODSZUN, *Competition and Sustainability: Economic Policy and Options for Reform in Antitrust and Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- F.C. HAUS, “Leitlinien für den Behinderungsmissbrauch – ein kartellrechtlicher ‘Blockbuster’?”, *WuW*, 2024, 10, pp. 514-521.
- F.C. HAUS/S. STEINSEIFER, “Die Sektoruntersuchung Online-Werbung des Bundeskartellamts”, *WuW*, 2024, 3, pp. 137-144.
- S. HAYASHI, “International Cooperation and Harmonization in Public Enforcement of the Japanese Competition Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 148-162.
- T.W. HAZLETT, “U.S. Antitrust Policy in the Age of Amazon, Google, Microsoft, Apple, Netflix and Facebook”, *Constitutional Political Economy*, 35, 1, 2024, pp. 73-108.
- D. HEALEY ET AL. (DIR.), *Competition Law Dictionary*, Paris, London, New York, Concurrences, 2024.
- K. HEDEGÅRD SCHIÖLIN, “STS jurisprudence: exploring the intersection between science and technology studies and law”, en B. BROŹEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 365-378.
- S. HEINZ, “Bestpreisklauseln von Online-Hotelbuchungsplattformen („OTAs“) - Anmerkung zu EuGH – Booking.com Bestpreisklauseln, WUW1467388”, *WuW*, 2024, 11, p. 590.
- C. HENCKELS, “Whither security? The concept of ‘essential security interests’ in investment treaties’ security exceptions”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 114-129 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae011>).
- H. HENKE, “Aktuelle Entwicklungen im europäischen Datenrecht”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 178-185.
- C. HERRERO SUÁREZ, “Los nuevos conglomerados digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 949-964 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8952/6828>).
- C.W. HERRMANN/T. ELLEMANN, “Die neue Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen: ein Brussels Effect in Zeiten geoökonomischer Subventionswettläufe?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 1, pp. 64-104.
- B. HIGSMITH, “Regulating location incentives”, *Duke Law Journal*, 74, 3, 2024, pp. 741-836.
- M. HILDEBRANDT, “Grounding computational ‘law’ in legal education and professional legal training”, en B. BROŹEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 99-127.
- A. HILDNER/J. STRUCKMANN, “The EU market access for third-country undertakings following CRD 6”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft: ZBB*, 2024-04, 36, 2, pp. 123-141.

- R.-E. HIMMER, “Begründungsmangel und Beurteilungsfehler in EU-Individualentscheidungen aus prozessualer Sicht”, *EuZW*, 2024, 3, pp. 115-121.
- N. HODU YENKONG, “Reflecting on the rule of law contestations narratives in the world trading system”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 238-254 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad031>).
- K. HOFFMEISTER ET AL., “The Dawn of Regulated AI: Analyzing the European AI Act and its Global Impact”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 2, 2024, pp. 182-212.
- K. HOFFMEISTER ET AL., “The Legal Significance of Trade and Sustainability Chapters in EU Free Trade Agreements”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 269-304.
- S. HOLMES, “Sustainability and competition policy in Europe: recent developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 562–570 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae063>).
- T. HOLT/M. IGAMI/S. SCHEIDEGGER, “Detecting Edgeworth Cycles”, *The Journal of Law & Economics*, 67, 1, 2024, pp. 67-102.
- P. HOMMELHOFF/K.J. HOPT/P.C. LEYENS (HRSG.), *Unternehmensführung durch Vorstand und Aufsichtsrat. Aktien-, Kapitalmarkt- und Bilanzrecht, Corporate Governance. Handbuch*, München, Beck, 2024.
- V. HOOTON, *Free Movement and Welfare Access in the European Union: Re-Balancing Conflicting Interests in Citizenship Jurisprudence*, London, Hart Publishing, 2024.
- L. HORNSKOHLE, “(Miss-)Achtung des Fremden? – Extraterritoriale Drittstaatenregelungen, EU-Blocking-Statuten und deren Auswirkungen im Privatrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 169-192.
- L. HORNSKOHLE, “Collective Actions for Competition Law Violations and DMA Infringements Following the Transposition of the Representative Action Directive (Germany)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 311-317 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae008>).
- L. HORNSKOHLE/E. FISCHER (HRSG.), *Kartellrecht und Zukunftstechnologien: 1. Tagung Junges Kartellrecht, München 2023*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024.
- E. HOVENKAMP, “Platform Exclusion of Competing Sellers”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 299-320.
- F. HÜBENER/L. BENEDIKT, “Zugang zu Fahrzeugreparatur- und -wartungsinformationen: Welche Rolle spielt das Kartellrecht?”, *ZWeR*, 22.2, 2024, pp. 130-152.
- F. HÜBENER/B. MÜLLER, “Autonomer Informationsaustausch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung? – Anmerkung zu EuGH – Banco BPN, WUW1465246, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 9, p. 468.
- F. HUMBERT, *World trade, child labour, and transnational constitutionalism: the case for a new legal humanism*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- M. HUSOVEC, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- S. IANCI/A. HÖMANN, “Survey on competition law developments in the sports sector—January 2022 to June 2024”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 502-512.
- R. IINDERST/S. THOMAS, “Abuse of Dominance and Sustainability”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 48-56.
- R. INGEMARSSON/P. BICHET, “Survey on the digital markets act and digital policy: a year into the application of one of the most innovative regulatory tools (2023–2024)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 330-338.
- F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la Competencia y deporte profesional: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto Superliga”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2024, 90, pp. 117-150 (disponible en <https://revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/irurzun-derecho-de-la-competencia-y-deporte-profesional/2852>).
- T. ISHIKAWA, “Security Exceptions in International Investment Agreements: The Case of Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 114-124.

- N. JÄÄSKINEN, “Solo una infracción culpable del Reglamento General de Protección de Datos puede dar lugar a la imposición de una multa administrativa: TJ, Gran Sala, S 5 Dic. 2023. Asunto: C–683/21: Nacionalinis visuomenės sveikatos centras”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- N. JÄÄSKINEN, “Poderes de las autoridades de control para imponer medidas correctivas a una persona jurídica: necesidad de que la infracción sea intencionada o negligente: TJ, Gran Sala, S 5 Dic. 2023. Asunto C-807/21: Deutsche Wohnen”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- N. JÄÄSKINEN, “El temor a un potencial uso indebido de datos personales puede constituir por sí solo un daño o perjuicio inmaterial: TJ, Sala Tercera, S 14 Dic. 2023. Asunto C–340/21: Natsionalna agentsia za prihodite”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- M.E. JANOW, “U.S. Trade and Multilateralism”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 251-278.
- P.W. JESSEN/B.O.G. MORTENSEN/M. STEINICKE/K.E. SORENSEN, *Regulating Competition in the EU*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- J.S. JHUN/M.T. PANHANS, “Implied Market Shares and Antitrust Markets as Fuzzy Sets”, *Antitrust Bulletin*, 69, 2-4, 2024, pp. 111-125.
- J.M. JULIÀ INSENSER, “El arbitraje al servicio del derecho de la competencia: los compromisos en el caso del sistema de pagos móviles de Apple”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- P. JUNG (ED.), *Competition law issues in the platform economy: comparative commercial and economic law proceedings from the 38th German Conference on comparative law in Tübingen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. KACZOROWSKA, *International Trade Conventions and Their Effectiveness: Present and Future*, Boston, Brill, 2024.
- M. KADAR, “Evaluating 20 Years of Regulation 1/2003: Are EU Antitrust Procedures ‘Fit for the Digital Age?’”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 577-595.
- M. KADAR/J. HOLZWARH/V. PEREIRA, “Abuse of Dominance under Article 102 TFEU: a Survey on 2023”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 278-286.
- P. KASHEFI ET AL., “Shaping the future of AI: balancing innovation and ethics in global regulation”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 524-548.
- A. KATO, “COVID-19 and Compulsory Licensing”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 198-208.
- S. KATO, “Resolution of Islamic Financial Disputes under Private International Law in Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 47-57.
- Y. KATSOUACOS, “European market oversight reforms: a critical look at types and objectives of intervention”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 225-233.
- T. KAWASE, “Security Clauses and Evolving Notions of National Security in the WTO in the Age of ‘Securitization of Everything’”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 94-113.
- P. KEHL/S. WUSCHKA, “The Energy Charter Treaty at a Tipping Point – Modernization Efforts, Withdrawal Plans and their Legal Consequences”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 1, 2024, pp. 59-90.
- S. KERČMAR, “Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach slowenischem Recht im Lichte der EU-Richtlinie 653/86”, *Internationales Handelsrecht*, 2024-06, 24, 3, pp. 89-96.
- C. KERSTING/M. MAY, “Der Bußgeldregress gegenüber Organmitgliedern – Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Effektivitätsgrundsatz – Teil 1 – Zugleich eine Besprechung von OLG Düsseldorf, Urte. v. 27.07.2023 – 6 U 1/22 (Kart) –”, *WuW*, 2024, 5, pp. 243-248.
- C. KERSTING/M. MAY, “Der Bußgeldregress gegenüber Organmitgliedern – Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Effektivitätsgrundsatz – Teil 2 - Zugleich eine Besprechung von OLG Düsseldorf, Urte. v. 27.07.2023 – 6 U 1/22 (Kart)”, *WuW*, 2024, 6, pp. 313-321.

- C. KESSEDIAN/V. PIRONON, *Droit du commerce international*, 3^a ed., Paris, PUF, 2024.
- A. KIKUMA, “Investment Treaties and Human Rights Violations Outside a Host State: Where and How Should They Be Placed Inside ISDS?”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 173-185.
- W. KIRCHHOFF, “Gedanken zur Ökonomie als Helfer der Kartellgerichte - Zugleich eine Besprechung von Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, 3rd ed., Oxford University Press, 2023”, *WuW*, 2024, 2, pp. 73-75.
- J. KLABBERS, “Governing the digital economy: regime complexity, private regulation and international organizations”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 35-50.
- B. KLEIN, “Analysis of Platform Vertical Contracts: Price versus the Competitive Process in American Express”, *Antitrust Law Journal*, 86, 1, 2024, pp. 149-203.
- U. KLEINERT, “Das EU-Geldwäschepaket nach Abschluss des Trilog-Verfahrens: schärfere Regelungen und Kontrolle durch eine neue europäische Aufsichtsbehörde”, *EuZW*, 2024, 8, pp. 349-354.
- K. KLOVERS/J. JACOBSON, “The Overlapping Markets Fallacy”, *Antitrust Law Journal*, 86, 2, 2024, pp. 365-410.
- G. KLUMPE, “Zur prozessualen Behandlung wettbewerbsökonomischer Gutachten im Kartellschadensersatz”, *WuW*, 2024, 1, pp. 12-19.
- U. KLUMPP/A. WITTE PAZ, “Weniger Zusammenschlüsse – mehr Medienfreiheit?”, *AfP (Düsseldorf)*, 55.2, 2024, pp. 101-110.
- M. KMENT, “EU-Flottenregulierung: Blind auf einem Auge?”, *EuZW*, 2024, 7, pp. 296-305.
- T. KNAPSTAD, “Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU”, *European Competition Journal*, 20, 2, 2024, pp. 412-436.
- K. KOHUTEK, “Factors Driving the Growth in the Private Enforcement of Competition Law in Europe”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 13, 3, 2024, pp. 134-137.
- I. KOKKORIS, *Public Interest Considerations in US Merger Control: An Assessment of National Security and Sectoral Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- M. KONSTANTINIDIS, “GDPR fines: Methodology, proportionality and the pursuit of effectiveness”, *European Law Review*, 49, 1, 2024, pp. 35-50.
- B. KÓRÓDI, “The Abolition of Zero-Rating Mobile Tariffs following the Judgments in Cases C-854/19, C-5/20 and C-34/20”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 13, 3, 2024, pp. 138-144.
- R. KOULU/S. SANKARI/H. HIRVONEN/T. HEIKKINEN, “Artificial intelligence and the law: can we and should we regulate AI systems?”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 427-449.
- W.E. KOVACIC, “Antitrust, Transformation, and Enduring Policy Change”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 321-345.
- E. KRAFT, *Die EU-Konfliktmineralienverordnung: sektorenspezifische Sorgfaltspflichten in der Mineralienlieferkette*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- T. KRAUL (ED.), *New digital services act: a practitioner's guide*, Baden-Baden, Nomos, München, Beck, Oxford, Hart, 2024.
- B. KRESSE, “Entscheidungsanmerkung zu EuGH v. 14.9.2023 – C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663 – Volkswagen Group Italia SpA u.a. ./ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, *GPR*, 21, 3, 2024, pp. 120-123.
- J. KRUSE, “Art. 102 AEUV, neue Leitlinien und der prozedurale Möglichkeitsraum”, *WuW*, 2024, 3, pp. 125-136.
- T. KUBOTA, “Monetary Sovereignty and Future Global CBDC Competition: A Japanese Perspective”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 60-70.
- B.A. KUCHINKE/J. RÖSCH, “Über Erschaffer von Märkten und die allzu sichtbare Hand der Markt-

- platzverwalter: Apple Streaming - Anmerkung zu EU-Kommission – Apple App Store Practices (music streaming), WUW1464313, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 7-8, p. 398.
- G. KÜBEK, *EU Trade and Investment Treaty-Making Post-Lisbon: Moving Beyond Mixity*, London, Hart Publishing, 2024.
- G. KÜBEK/C.J. TAMS/J.P. TERHECHTE (EDS.), *EU-UK trade and cooperation agreement: a handbook*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart, München, Beck, 2024.
- J. KÜHLING, “50 Jahre Monopolkommission”, *WuW*, 2024, 6, pp. 301-302.
- S. KÜMMEL, “Punishing the firm, not the individual: should former cartelists be sent to prison in the European Union?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 498-501.
- R. KULMS, “Below the DMA-Threshold: Access Between Data Protection and Unfair Competition”, en D.V. POPOVIĆ/R. KULMS (EDS.), *Repositioning Platforms in Digital Market Law*, Cham, Springer, 2024, pp. 155-187.
- N. KUMAR, “Antitrust Law in the BRICS Countries: A Review and Critique”, *BRICS Law Journal*, 11, 1, 2024, pp. 84-102.
- I. KUNDAKOGO KUNKO, “Unfair competition law in Ghana: unravelling the scope, evolving jurisprudence, challenges and future directions”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 853-859 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae073>).
- J. KWAN, “Initial public offerings and antitrust: selected cases and issues”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 56-64.
- M. KYLE/O. SHAH/V. MANI, “Hot tub time machine? What role for *Towercast* in EU merger control”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 436-443.
- T.A. LAMBERT/T. COOPER, “Neo-Brandeisianism’s Democracy Paradox”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 347-378.
- P. LAMY, “Reforming International Governance: Multilateralism or Polyilateralism?”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 238-242.
- M. LANGER/J. PAHA, “Ökonomische Aspekte der Unerlässlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen und der Quantifizierung von Nachhaltigkeitseffizienzen”, *WuW*, 2024, 1, pp. 20-26.
- E.M. LANZA, “Merger assessment and innovation competition in the pharmaceutical sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 400-408.
- A.-K. LAUER/E. WIESE, “Erstmals grünes Licht für Licensing Negotiation Group - Anmerkung zu BKartA – Automotive LNG, WUW1464040, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 7-8, p. 399.
- F. LAVAUD/M. CANNERI, “Evidentiary Challenges in the Context of Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 298-312.
- R. LEAL-ARCAS, *EU trade law*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- M.L. LEÃO BARCELLOS, “Unfair competition in MERCOSUR and the challenges of new technologies”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 185-192.
- D. LECLERCQ/R. ROBERTSON/D. SAMAN, “Labor provisions in trade agreements: recasting the protectionist debate”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 673-693.
- N. LEE, “Protection of data under unfair competition law in Japan and Korea—a case of asymmetric convergence?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 135-142.
- S. LEGNER, “Entscheidungen zum europäischen Kartellrecht im Jahr 2023”, *GPR*, 2024, 1, pp. 37-44.
- S. LEGNER, “Vertical price fixing uncovered using the investigative powers of the ECN + directive in the *Pfanner* case—a closer look at the fundamental rights dimension of the investigative powers [Germany]”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 485-490.
- C. LEMAIRE, *Compendium of EU competition law*, New York, Concurrences, 2024.
- G.C. LEONELLI/F. CLORA, “Retooling the regulation of net-zero subsidies: lessons from the US Inflation Reduction Act”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 441-461 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae031>).

- C.R. LESLIE, “False analogies to predatory pricing”, *University of Pennsylvania Law Review*, 172, 2, 2024, pp. 329-397.
- C.R. LESLIE, “Pharmacy Deserts and Antitrust Law”, *Boston University Law Review*, 104, 6, 2024, pp. 1593-1655.
- N. LEVY/A. KATOLIK/M. DAY, “Commissioner Vestager’s legacy in merger control”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 444-454.
- N. LEVY/A. MAGRANER OLIVER/C. OPDEBEECK-WILSON, “Survey – EU Merger Control Developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 57-67.
- J. LI, *Negotiating legality: Chinese companies in the US legal system*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- I. LIANOS, “‘Polycrisis’ and the changing ‘Life’ of Competition Authorities”, *WuW*, 2024, 2, pp. 61-62.
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-40.
- A.P. LIMA MONTEIRO, “Privacy at a crossroads”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 214-221.
- B. LINKE, “Anmeldepflichten nach der Drittstaatssubventionsverordnung bei öffentlichen Vergabeverfahren: welche praktischen Erleichterungen bringt die Durchführungsverordnung?”, *EuZW*, 2024, 6, pp. 257-261.
- S. LOHSSE/R. SCHULZE/D. STAUDENMAYER (EDS.), *Private law and the Data Act: Münster colloquia on EU law and the digital economy VIII*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- E. LOOZEN, “EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 1, 2024, pp. 75-97.
- E. LÓPEZ BARRERO, “El comercio de materias primas fundamentales: ¿tácticas proteccionistas o vuelta al unilateralismo?”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 51-78.
- C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Alcance constitucional y europeo de la doble imposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 344-385 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8427/6525>).
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el metaverso”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 319-343 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8426/6524>).
- M. LOUISSE/M. VAN RIJN, “The Third Country Regime for Investment Firms”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 183-207.
- P.J. LOWE GNINTEDEM, “Confusion, unfair competition and legal action in OAPI countries”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 170-176.
- B. LURGER, “Internationale Rechtsdurchsetzung auf sozialen Netzwerken – Skizze einer stärker vernetzten Sichtweise”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 407-420.
- T. LUTZI, “Einseitigkeit statt Allseitigkeit als Strukturprinzip des Digitalen Binnenmarkts?”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 262-267.
- O. MÄRZ, “Abhilfemaßnahmen in vertikalen Zusammenschlüssen”, *WuW*, 2024, 7-8, pp. 388-394.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El Derecho internacional privado en la Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas y sostenibilidad”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 131-155.
- J. MAGNIN, *Wettbewerbsrecht und Entflechtung im Infrastrukturbereich*, Zürich, Genf, Schulthess, 2024.
- F. MAIER-RIGAUD, “Zur Fundierung eines Verhandlungsgebots”, *WuW*, 2024, 7-8, pp. 361-362.
- T. MAINUSCH ET AL., “Alle Macht der EU-Kommission: Ist die zentralisierte Durchsetzung des Digital Markets Acts alternativlos?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 2, 2024, pp. 149-181.
- M. MANCHIN/L. PUCCIO/A.B. YILDIRIM (EDS.), *Coherence of the European Union trade policy with its non-trade objectives*, Cambridge, United Kingdom, New York, NY, Cambridge University Press, 2024.
- S. MARCO COLINO/K.L. MACY CHUNG, “Reshaping EU Merger Control: from Harm Detection to Harm

- Control”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 409-418 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae052>).
- J.-M. MARCOUX, “Banning oil and gas activities under international investment law: a problem of indeterminacy”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 351-364 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae005>).
- M. MARINOVA, “The UK’s digital market regulation: the need for a proportionality principle in the CMA’s new framework”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 491-497.
- B. MARTENS, “The impact of search engine data sharing on competition and consumer welfare”, *European Competition Journal*, 20, 2, 2024, pp. 537-554.
- D. MARTÍNEZ JOVE, “Fine Recalculations due to Insufficient Reasoning by the Commission: Cases T-106/17 JPMorgan Chase and Others v Commission, and T-113/17 Crédit Agricole and Crédit Agricole Corporate and Investment Bank v Commission”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 472-474.
- R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El Informe Draghi, la norma como barrera y las autoridades independientes de control”, *La Ley privacidad*, nº 21, 2024.
- T. MARZAL, “Conjuring markets: valuation in comparative international economic law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 353-370 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae021>).
- R. MASTROIANNI, “Guerra en Ucrania: el Tribunal General desestima el recurso de Roman Arkadyevich Abramovich y confirma así las medidas restrictivas adoptadas en su contra: TG, Sala Primera ampliada, S 20 Dic. 2023. Asunto T-313/22: Abramovich / Consejo”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- T. MASTRULLO, “Cross-border Mobility of Insolvent Companies Within the European Union”, *European Company and Financial Law Review*, 21, 3, 2024, pp. 417-441.
- M. MATAIJA, “Leveraging EU Trade Agreements and Legislation to Influence Regulation Abroad”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 301-316.
- M. MATOS ROSA, “International Antitrust Enforcement - The Case for More”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, 2024, pp. 287-288.
- M. MATTIUZZO/J.C. NICOLINI DE MORAIS, “Social Media and Deceptive Patterns: A Way Forward for Antitrust Enforcement”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 343-383.
- J.K. MAXWELL, “Solidarity forever?: Toward a competitive market for organized labor”, *New York University Law Review*, 99, 4, 2024, pp. 1436-1486.
- B. McGRATH, “UK Court of Appeal Confirms CMA Powers to Require Production of Documents from Non-UK Companies”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 117-122.
- A. MCCARTHY, “The New Irish Merger Control ‘Call-in’ Power of the Competition and Consumer Protection Commission to Require Notification of Sub-Threshold Transactions”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 7, October 2024, pp. 477-484.
- A. MCCARTHY, “Sub-threshold Transactions under EU Merger Control – an Analysis of the Relevant EU Guidance and a Comparison With Certain Other ‘Call-in’ Systems”, *World competition*, 47, 2, 2024, pp. 213-234.
- C. McMAHON, “Judgment By Formula: Regulatory Form and the Differentiation of Fiscal Measures and Non-Fiscal Measures in EU State Aid Law”, *European State Aid Law Quarterly*, 2024, 23, 1, pp. 4-14.
- M. MEIER/F. VON SCHREITTER/D. CUKUROV, “War das ein Foul? Der sportkartellrechtliche Prüfungsmaßstab in der aktuellen Rechtsprechung”, *WuW*, 2024, 7-8, pp. 365-371.
- A.D. MELAMED/S.C. SALOP, “An Antitrust Exemption for Workers: And Why Worker Bargaining Power Benefits Consumers, Too”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 739-804.
- G. MESSENGER, “Mitigating the rise of unilateralism: lessons from forestry management”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 223-240 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae018>).

- H.-W. MICKLITZ, “An outsider’s view on law and technology”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 379-391.
- H.-W. MICKLITZ, “European Law of Regulated Industries and Transnational Private Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 63-106.
- S.E. MILNER, “From rancid to reasonable: unfair methods of competition under State little FTC acts”, *The American University Law Review*, 73, 3, 2024-01, pp. 857-928.
- N. MISHRA/K. KUGLER, “International Community in the Global Digital Economy: A Case Study on the African Digital Trade Framework”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 853-889 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/BA32F53E01B6C5B05823E70AFDDF8E98/S0020589324000290a.pdf/international_community_in_the_global_digital_economy_a_case_study_on_the_african_digital_trade_framework.pdf).
- N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2024.
- S. MORENO GONZÁLEZ, “Mecanismos de resolución de controversias comerciales domésticas y ayudas de Estado: STJ 4ª 22 febrero 2024, asuntos 701/21 P y C-739/21 P, Mytilinaios v. DEI y Comisión”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- A.M. MORENO MOLINA, “El control judicial de las sanciones impuestas por la Comisión en materia de competencia: los vicios de procedimiento (jurisprudencia reciente)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1534-1545 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/9046/6899>).
- M. MORENO SANCHO, “Protección medioambiental y laboral en los procedimientos antidumping y compensatorios europeos y estadounidenses: ¿una novedad en el sistema multilateral?”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 93-102.
- M. MOTA PRADO, “Redundancy as a Legal Strategy to Combat Corruption: Exploring the Potential of Institutional Multiplicity to Create Fail-Safe Systems”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 335-376 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae010>).
- M. MOTTA/V. NOCKE/M. PEITZ, “Geopolitical risks and prudential merger control”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 341-348.
- M. NAGATA, “International Aspects of Data Protection Law: A Private International Law Perspective”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 7-16.
- C.I. NAGY, “The doctrine of ancillary restrictions as a delimitation tool and an absorption principle: twin notions but not identical twins”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 299-305 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae036>).
- Y. NAIKI, “International Standardization in the Era of Sustainable Development Goals: Smart Cities, the Circular Economy, and Digitalization”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 161-172.
- J. NAKAGAWA, “Mainstreaming Non-trade Concerns in International Trade Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 151-160.
- R. NERUDA/R. NERSESJAN, “A New Dawn in Czech RPM Vertical Enforcement? The Courts Deliver a Landmark Judgment in the *BABY DIREKT* Case”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 263-268.
- D. NEVEN/G. SIOTIS, “The judgment of the Court of Justice in Perindopril (Servier), case AT.39612: a comment on the KRKA licensing agreement”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 557-561.

- J. NIEBLING, *Abmahnung, Einstweilige Verfügung und neues Wettbewerbsrecht: Das Wichtigste*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2024.
- Y. NISHITANI, “‘Business and Human Rights’ from Global and Asian Perspectives”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 33-46.
- N. NOKED/J. WANG, “Chinese companies in tax havens”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 521-537 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae035>).
- C. NOVELLI ET AL., “A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities”, *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp. 1-25.
- T. NOVITZ, *Trade, Labour and Sustainable Development: Leaving No One in the World of Work Behind*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- S.T. OMAROVA/G.S. STEELE, “Banking and antitrust”, *The Yale Law Journal*, 133, 4, 2024, pp. 1162-1253.
- S.C. ORANBURG, “Antitrust Law for Blockchain Technology”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 379-401.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Género y comercio en las políticas de la UE: el esquema de preferencias generalizadas” en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 145-162.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “¿Y a la tercera va la vencida?. El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos UE-EE.UU.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 483-513 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8432/6528>).
- S. OSCHMANN, “Ein Plädoyer für mehr Ex-post-Evaluationen in der deutschen Fusionskontrolle”, *WuW*, 2024, 11, pp. 571-576.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “International Trade Agreements and Private International Law: Narrowing Mutual Links”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 147-162.
- M. OTTAVIANI/A.L. WICKELGREN, “Approval regulation and learning, with application to timing of merger control”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 597-624.
- Y. OUBEJJA, *La puissance économique en droit de la concurrence: regards sur le Maroc et l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2024.
- J. PAINE, “Control Mechanisms in Multilateral Investment Tribunals: Navigating Procedural Multilateralism and Substantive Bilateralism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 819-851 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/AAE3D25D48CC5DAF34E5B0203D0DD701/S0020589324000368a.pdf/control_mechanisms_in_multilateral_investment_tribunals_navigating_procedural_multilateralism_and_substantive_bilateralism.pdf).
- R. PALÁ LAGUNA, “Un paso más hacia la efectiva unión de los mercados de capitales: el punto de acceso único europeo a la información de carácter financiero y sobre sostenibilidad”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- A. PALACIOS, “How Much Credit Should Antitrust Give to Socio-Political Goals, and How?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, 2024, pp. 69-70.
- P. PALKA/B. BROZEK, “How not to get bored, or some thoughts on the methodology of law and technology”, en B. BROZEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 82-98.
- R. PALMSTORFER/I. STAUDINGER, “Die VO (EU) 2023/1115 über entwaldungsfreie Lieferketten: Normenschungel im Dienste des Umweltschutzes?”, *EuZW*, 2024, 5, pp. 197-203.
- K. PANTAZATOU, “What Role for the EU in (Re-)Shaping Global Tax Ordering?”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 317-344.
- K. PANTELIDIS, “A Case for Missing Minutes: Access to File and Rights of Defence under Judicial Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 14-24.

- G.A. PAPACONSTANTINOU, *Financial Market Infrastructure and Economic Integration: A WTO, FTAs, and Competition Law Analysis*, London, Hart Publishing, 2024.
- S. PARK, “Bridging the global divide in AI regulation: A proposal for a contextual, coherent, and commensurable framework”, *Washington International Law Journal*, 33, 2, 2024, pp. 216-269.
- M. PARMENTIER, “Die Entwicklung des europäischen Kapitalmarktrechts in den Jahren 2022-2023”, *EuZW*, 2024, 4, pp. 149-155.
- J. PASSER, “Las normas de la FIFA y de la UEFA sobre la autorización previa de las competiciones de fútbol de clubes, como la Superliga, violan el Derecho de la competencia: TJ, Gran Sala, S 21 Dic. 2023. Asunto C-333/21: European Superleague Company”, *La Ley Unión Europea*, n° 123, 2024.
- J. PASSER, “Contrariedad al Derecho de la Unión de algunas de las normas de la FIFA en materia de transferencia internacional de jugadores profesionales: STJ, Sala Segunda, 4 octubre. Asunto C-650/22: FIFA”, *La Ley Unión Europea*, n° 130, 2024.
- J. PAUWELYN, “Twenty-first century customs fraud: how to effectively enforce EU sustainability requirements on imports”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 203-222.
- C. PAVILLON, “Ignorance is bliss: how ex officio control became the raison d’être of the UCTD”, *European Review of Private Law*, 2024, 3, pp. 519-548.
- J.H.B. PEDERSEN ET AL., “The EU-US Data Privacy Framework and the Schrems Saga: Is there Light at the End of the Tunnel?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 2, 2024, pp. 213-240.
- R. PELEGGI, “Considerazioni attorno alla globalizzazione nel New Protectionist Turn”, *Politica del diritto*, 2024, pp. 313-339.
- T. PELIKAN, *Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht: Die effektive Einbindung von Schiedsgerichten in Fusionskontroll- sowie Kartell- und Missbrauchsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- C. PETER, “Preisfindung im Bucheinzelhandel – Publizität verlagsseitig festgesetzter Buchpreise - Anmerkung zu OLG Frankfurt – Verzeichnis lieferbarer Bücher, WUW1460364, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 6, p. 328.
- E.-U. PETERSMANN, “Constitutional Pluralism, Regulatory Competition and Transnational Governance Failures”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 31-74.
- E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH, “Introduction and Conclusions”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 1-30.
- N. PETIT/D. TEECE, “Capabilities: the next step for the economic construction of competition law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 513-514 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae073>).
- J. PIECHUCKA/L. SAURI-ROMERO/B. SMULDERS, “Competition and Industrial Policies: Complementary Action for EU Competitiveness”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 384-408.
- J.J. PIERNAS LÓPEZ, “Las medidas de autotutela frente a amenazas cibernéticas en Derecho internacional: Especial referencia a la posible adopción de contramedidas colectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 10-35 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8412/6477>).
- J.J. PIERNAS LÓPEZ, “La economía social y las ayudas de Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1254-1266 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8973/6846>).
- R. PODSZUN, “Das Leitbild des wertgebundenen Wettbewerbs - Überlegungen zur Rolle des Politischen im Kartellrecht”, *WuW*, 2024, 10, pp. 507-513.
- R. POLANCO/S. STACY, “Process Failure: What Does the Lack of Appellate Review Mean for Due Process of Law in WTO Disputes?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 539-567.

- M.M. POLAT, “Unraveling Labor Market Collusion: A Comprehensive Analysis Under EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 153-167.
- A. POREBSKI, “Machine learning and law”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 450-467.
- E.A. POSNER, “The New Labor Antitrust”, *Antitrust Law Journal*, 86, 2, 2024, pp. 503-578.
- R. PRACT, “Warenverkehrsfreiheit und Verbrauchsteuersystem-Richtlinie — Anmerkung zu EuGH v. 21.12.2023 – C-96/22 – CDIL ./ Autoridade Tributária e Aduaneira”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 91-93.
- Z. PRODROMOU, “The EC’s obligation to attribute default interest on overpaid antitrust fines: Case C-221/22 P *Commission v Deutsche Telekom*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 540-541.
- E. PSYCHOGIPOULOU/S. SCHOENMAEKERS (EDS.), *European Union Economic Law and Culture: Towards a European Culturally Corrected Market Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. PUCCIONI DE OLIVEIRA LYRA/C. CABRAL PIRES-ALVES, “Three Faces of Innovation Competition: Choosing the Framework for Horizontal Merger Assessment”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 292-315.
- K. REILING, *Seeverwaltungsrecht als internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- N. REIMOLD, *Continuity in times of change: acquired rights and state succession*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- A.P. REINDL/I. VAN DAMME, *The EU Foreign Subsidies Regulation*, New York, Institute of Competition Law, 2024.
- A. REINISCH, “The Rule of Law in International Investment Law and Arbitration as Reflected in the Work of the ILA”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 463-485.
- L. REINS, “Legal principles and technology at the intersection of energy, climate, and environmental law”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 254-275.
- E.L. RENSMANN, *Wirtschaftssanktionen und internationale Handelsschiedsverfahren: internationaler Gerechtigkeitspluralismus im transnationalen Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. RIBERA MARTÍNEZ, “The Decentralisation of the DMA’s Enforcement System”, *GRUR International*, 73, 12, December 2024, pp. 1111-1127.
- A. RIBERA MARTÍNEZ, “The Requisite Legal Standard of the Digital Markets Act’s Designation Process”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 265-291.
- A. RIBERA MARTÍNEZ, “Rebutting Gatekeeper Presumptions in the Digital Markets Act: Case T-1077/23 *Bytedance Ltd v European Commission*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 537-539.
- C. RIFFEL, “Constitutional Law-making by International Law: The Indigenization of Free Trade Agreements”, *European Journal of International Law*, 35, 2, May 2024, pp. 445-468 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae027>).
- C. RITZ/F. VON SCHREITTER, “Wie Netzer und Delling – Das Verhältnis von Kartellrecht und Sport - Anmerkung zu EuGH – ISU, WUW1456714, EuGH – European Superleague, WUW1456716 und EuGH – Royal Antwerp Football Club, WUW1456717, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 2, pp. 89-90.
- L. ROBB/K. TRANTER, “Hype and cultural imaginary in law and technology”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 128-141.
- V.H.S.E. ROBERTSON, “The complementary nature of the Digital Markets Act and the EU antitrust rules”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 325-330.
- V.H.S.E. ROBERTSON/J. FLEISS, “Computational Antitrust and the Future of Competition Law Enforcement”, *GRUR international*, 73, 10, 2024, pp. 915-916.

- F. ROCKENBACH, “Können Netzbetreiber von Content Providern Entgelte für die Durchleitung von Daten verlangen? - Anmerkung zu LG Köln – Datendurchleitungsentgelt, WUW1465855, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 10, p. 533.
- S. RODIN, “Covid-19: el Tribunal de Justicia confirma la Decisión de la Comisión por la que se autorizó el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas españolas: TJ, Sala Cuarta, S 6 Jun. 2024. Asunto C-441/21 P: Ryanair/Comisión”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- A.S. RODRIGUES/M. ROCHA/S. MOURA, “Anticompetitive Agreements in Labour Markets: a Survey of the most Recent Developments in EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 141-149 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad068>).
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Caso superliga: Comentario de la STJUE de 21 diciembre 2023, C-333/21”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1311-1328 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8977/6838>).
- A. RÖTHEL, “Rechtsgeschäftliche Geschlechterklauseln konventionswidrig! Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 5. Juli 2022”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2024, pp. 208-221.
- Y. ROMERO MATUTE, “Las organizaciones deportivas nacionales e internacionales: ¿son una mafia?”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 53, 2024-1, pp. 73-100.
- C. ROSE, “The Progressive Development of International Law on the Return of Stolen Assets: Mapping the Paths Forward”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 701-726 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae042>).
- A. RUBÍ PUIG, “El principio de culpabilidad en el derecho de protección de datos personales y la condición de responsable del tratamiento: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 5 de diciembre de 2023, asunto C-683/21: Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos c. Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- G. RÜHL, “Cross-Border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 163-180.
- A. SADAMI/M. BERNARDES DOS SANTOS, “When Polanyi Met Competition Policy: Market Fundamentalism, Crisis, and Reform in The 21ST Century”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 316-342.
- J. SALMINEN/M. RAJAVUORI/K.H. ELLER, “Global Value Chains as Regulatory Proxy: Transnationalising the Internal Market Through EU Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 367-398.
- C. SALOMÃO FILHO/V.H. PINTO IDO/A. SADAMI, “Towards a Broader Approach to Competition and the Environment: Market Power and Environmental Disasters”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 763-768.
- T. SALONICO/C. CARLI, “The C-272/22 Volkswagen Case: Another Piece of the ne bis in idem Puzzle”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 252-254.
- S.C. SALOP/J.E. STURIALE, “Fixing ‘Litigating the Fix’”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 619-661.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “Algunas precisiones acerca del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea: STJ 1ª 22 febrero 2024, C-491/21: WA y Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- A. SANCHEZ-GRAELLS, “Responsibly Buying Artificial Intelligence: A ‘Regulatory Hallucination’”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 81-126 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae003>).
- A. SANDHU, “Die Wettbewerbsbehörden als Datenschutzhüter: Zugleich Besprechung von EuGH Urt. v. 4.7.2023: C-252/21 : Meta Platforms u.a. (Facebook Ireland)”, *EuZW*, 2024, 1, pp. 26-30.
- C. SANTAOLALLA MONTOYA, “Bitcoin vs CBDC: Última llamada para la libertad”, *Cuadernos de De-*

- recho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 578-602 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8436/6501>).
- D. SARMIENTO/S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *La Regulación Europea de los Contenidos en la Red: El Reglamento de Servicios Digitales*, Madrid, AEDEUR, Marcial Pons, 2024 (disponible en https://mcuser-content.com/f5d3295280bbe6cd285ad2bcd/files/1dfb2ca4-880c-368e-2def-66669afd232f/IV_Informe_AEDEUR_La_regulaciA_sup3_n_europea_de_los_contenidos_en_la_red_def_.pdf).
- V.M. SCARANO, “Spazio europeo e ‘liberalizzazione’ delle competizioni calcistiche. Nota a margine della sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, 21 dicembre 2023, causa C-333/21”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 216-241 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.9.SCARANO.pdf>).
- G. SCASSELLATI-SFORZOLINI/A. CARDARELLI, “Tariffs in the Legal Professions and Article 101 TFEU: Cases C-128/21 *Lietuvos notary rūmai* and C-438/22 *Em Akaunt*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 255-257.
- Q.B. SCHÄFER, “Reconsidering the Limits of EU Competition Law on the IP-Competition Interface”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 188-196 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae021>).
- B. SCHAFER, “Formalising law, or the return of the Golem”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 59-81.
- A.-L. SCHERER, “Access to Environmental Justice under the Aarhus Convention: Evaluating the Contemporary Hurdles for ENGOs in Challenging State Aid Decisions under EU Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 197-208.
- A. SCETTINO/A. CONI, “La governance dello sport e le regole antitrust alla ‘VAR’ dei giudici UE: i casi ‘European Superleague Company’ e ‘International Skating Union’”, *Il diritto dell’Unione europea*, 2024, 2, pp. 383-423.
- O. SCHLEY, “Anforderungen an die Ausschreibung der Fußball-Vermarktungsrechte - Anmerkung zu DIS-Schiedsspruch – Fußball-Vermarktungsrechte (unveröffentlicht)”, *WuW*, 2024, 12, p. 653.
- C. SCHMIES, “Third Country Relations and the Equivalence Regime: Treatment of Collective Investment Schemes”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 167-181.
- J.H. SCHMITT-MÜCKE, “Rechtsbruch durch Verstoß gegen medienrechtliche Vorschriften”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 3, 2024, pp. 388-413 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/rechtsbruch-durch-verstoss-gegen-medienrechtliche-vorschriften-101628zge-2024-0021/>).
- S.L.T. SCHOENMAEKERS/E. PSYCHOGIOPOULOU, *European Union Economic Law and Culture: Towards a European Culturally Corrected Market Economy*, Cheltenham, Elgar, 2024.
- C. SCHOLKE/D. SLOBODENJUK, “Wettbewerbsverbote in Zulieferverträgen – Notwendiger Schutz oder unzulässige Kernbeschränkung?”, *WuW*, 2024, 11, pp. 566-570.
- T. SCHONWETTER, “Protection against unfair competition—African Regional Intellectual Property Organization member states and South Africa”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 177-184 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae001>).
- A.J.M. SCHULTZ, “Errichtung einer Europäischen Medienbehörde: Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne oder notwendige Harmonisierung des Medienrechts?”, *EuZW*, 2024, 2, pp. 53-60.
- F. SCHULZE, “Old, not odd: Running laches against the states and the future of antitrust after ‘New York v. Meta Platforms’”, *Michigan Law Review*, 123, 1, 2024, pp. 111-144.
- J.-M. SCHULTZE/S. PAUTKE/D.S. WAGENER, “Vertikal-GVO 2022: erste Erfahrungen: Bewertung aus Praktikersicht. Teil 2”, *WuW*, 2024, 2, pp. 70-72.
- H. SCHWEITZER/S. DE RIDDER, “How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission’s Future Guidelines on Exclusionary Abuses”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 4, June 2024, pp. 222-243 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae033>).
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden:*

- Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.
- T. SEKINE, “Legal Framework for Data Free Flow with Trust (DFFT): Trade Agreements as Incubators to Enhance Trust of Data Transaction”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 115-126.
- M. SENFTLEBEN, “Article 10bis of the Paris Convention as the common denominator for protection against unfair competition in national and regional contexts”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 81-89 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad122>).
- M. SENFTLEBEN, “Protection against unfair competition in the European Union: from divergent national approaches to harmonized rules on search result rankings, influencers and greenwashing”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 149-161 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad123>).
- Z. ŞENGÖREN ÖZCAN/A. AK, “On Whose Door to Knock? Information Requests of the Turkish Competition Authority Extending to Foreign Parent Companies”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 1, January 2024, pp. 41-47.
- M.E. SERRANO, “The Domestic and International Limitations of the Third-Party Doctrine in the Digital Age”, *American University Business Law Review*, 13, 2, 2024, pp. 379-409.
- M. SHELBAYA, “Security Exceptions”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 263-283.
- B. SHER, “Intel returns: as-efficient competitors, draft guidelines and conflicting case law - Comment on the 2024-decision in Intel – WUW1468323”, *WuW*, 2024, 12, p. 652.
- A.R. SKENDZEL, “Allocating Evidentiary Burdens when Parties litigate the Fix”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 5, 2024, pp. 1201-1220.
- L.J. SMITH/I. BAUMANN/S.-G. WINTERMUTH (EDS.), *Routledge handbook of commercial space law*, Abingdon, Routledge, 2024.
- R. SMITH/D. HEALEY, “Attacking concentration: market power in the digital space”, *European Competition Journal*, 20, 2, 2024, pp. 295-314.
- B. SNYDER/S. BRENT, “Pitch Imperfect: Antitrust Division Policy Changes regarding Pre-Indictment ‘Pitch’ Meetings”, *Antitrust Law Journal*, 85, 3, 2024, pp. 663-682.
- J.L. SOHN/P.R. GUGLIUZZA, “Certifying Questions in Patent Cases”, *Iowa Law Review*, 109, 2, 2024, pp. 791-835.
- D.D. SOKOL, “Antitrust Merger Control as a Regulatory Sandbox”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 403-418.
- P. SOLANO DÍAZ, “Quantum Antitrust – A Unified Exclusionary Abuse Theory”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55, 4, 2024, pp. 557-594.
- A. SOLIS, “The Global Wineglass: An Economic and Antitrust Perspective on the International Wine Market”, *Boston College Law Review*, 65, 1, 2024, pp. 241-278.
- U. SOLTÉSZ, “Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2023”, *EuZW*, 2024, 1, pp. 5-13.
- O. SOSNITZA, “Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu aggressiven bzw. belästigenden Geschäftspraktiken”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1103-1112.
- M. SOSSAI/G. ADINOLFI, “Immobilizzazione, congelamento e confisca di beni russi a favore dell’Ucraina alla luce del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 687-739.
- O. SPINEANU MATEI, “El Tribunal de Justicia confirma la multa de 2,4 mil millones de euros impuesta a Google por haber abusado de su posición dominante al haber favorecido su propio servicio de comparación de productos: TS, Gran Sala, 10 Sep. 2024. Asunto C-48/22 P: Google y Alphabet/ Comisión (Google Shopping)”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- C. SPIRKL, “Data Laws Around the Globe – Insights, Frictions and Opportunities. Highlights from the African Data Protection Laws Conference in Accra, Ghana, 13-15 September 2022 and Compa-

- ative Data Law Conference in Munich, Germany, 7-8 December 2023”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 865-871.
- T. STAVROULAKI, “Can Antitrust Law Cure the Pharmacy Desert Problem in America?”, *Boston University Law Review*, 104, 6, 2024, pp. 1657-1667.
- A. STEINBACH, “Constitutional Economics and Transnational Governance Failures”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 75-106.
- F. STERN, *Demokratische Kontrolle von Ausschussgremien in EU-Freihandelsabkommen: eine Untersuchung am Beispiel des CETA aus Sicht der Prinzipal-Agent-Theorie*, Berlin, Peter Lang GmbH, 2024.
- M.E. STUCKE/A. EZRACHI, “INNOVATION MISUNDERSTOOD”, *The American University Law Review*, 73, 6, 2024, pp. 1941-1995.
- T. STÜHMEIER, “Internalisierung von externen Effekten im Bereich des Klimaschutzes”, *WuW*, 2024, 7-8, pp. 395-397.
- J. STUMPF-WOLLERSHEIM/A. HORSCH (HRSG.), *Forum Mergers & Acquisitions 2023: Beiträge aus rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht*, Wiesbaden, Springer Gabler, 2024.
- D.C. SUCIU GAVRILOAIE, “El Acuerdo Interino de Comercio entre la Unión Europea y Chile”, *La Ley Unión Europea*, n° 121, 2024.
- F. SULLIVAN, JR., “New Law Amends the Uniform Commercial Code to Accommodate Emerging Technologies”, *Indiana Law Review*, 57, 4, 2024, pp. 775-794.
- S.P. SULLIVAN, “Against Efforts to Simplify Antitrust”, *The Journal of Corporation Law*, 49, 2, 2024, pp. 419-436.
- M. SUZUKI, “Intellectual Property and National Security”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 125-138.
- E. SWAN, *Artificial Intelligence Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- A.O. SYKES, “The utility of appellate review at the WTO and its optimal structure”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 424-440.
- M. SZNAJDER, “European Media Freedom Act and its implications for both merger control and media pluralism: The polish perspective”, *European Law Review*, 49, 1, 2024, pp. 66-77.
- R. TEROL GÓMEZ, “El caso de la Superliga Europea de Fútbol y sus consecuencias para el denominado ‘modelo europeo del deporte’ (STJ GS 21 diciembre 2023, as. C-333/21)”, *La Ley Unión Europea*, n° 123, 2024.
- S. THOMAS, “Personalisierte Preise - Zivilrecht, Markt, Wettbewerb”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Künstliche Intelligenz - Zurechnung, Vertrag, Verantwortung: Ergebnisse der 38. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Tübingen - Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 67-100.
- J. THORSON, “‘Balance of harms’ after *CK Telecoms*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 379-385 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae050>).
- M. TOKAS, “The concept of the level playing field in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 558-576 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae026>).
- C. TRAMPUSCH, “Regulating the digital economy: explaining heterogenous business preferences in data governance”, *Journal of European public policy*, 31, 7, 2024, pp. 1902-1926.
- M. TRIMBLE, *The EU Geo-Blocking Regulation: A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- C. TRUJILLO CABRERA, “Los nuevos cookie walls: ‘consent or pay’. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023”, *Revista de Derecho Civil*, 11, 2, 2024, pp. 75-112.
- K. TSUCHIDA, “Digital Platforms and Competition Law/Complementary Legislation of Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 48-59.

- S. TRUXAL, “State subsidies and aircraft financing in the EU, USA, and China: a balancing act”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 17-29.
- K. TYAGI/A.K. SANDERS/C. CAUFFMAN (EDS.), *Digital Platforms, Competition Law, and Regulation: Comparative Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2024 (disponible en <http://dx.doi.org/10.5040/9781509969418>).
- N. TZOUVALA, “Aggression, Capitalism, and International Law: Missed Opportunities or Structural Constraints?”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 201-232 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae006>).
- S.W. ULRICK/M.D. WILLIAMS, “Multi-Product Critical Loss: Allowing for Varying Margins, Prices, and Quantities in the Candidate Antitrust Market”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 1-2, 2024, pp. 60-84.
- O. UMEJIMA, “Revisiting Subsidy Rules, after the Global Financial Crisis and COVID-19: Suggestion to Utilize Article VI:6(c) of the GATT”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 139-150.
- S. ÜNEKBAŞ, “Efficiency and Capabilities in Article 102 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 178-187.
- G. VAN CALSTER, *European private international law: commercial litigation in the EU*, 4ª ed., Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024.
- P. VAN CLEYNENBREUGEL, “L’application du droit de l’Union, devant les juridictions nationales, en matière de concurrence”, en P. NIHOUL (DIR.), *Droit de l’union et contentieux devant les juridictions nationales*, Liège, Anthemis, 2024, pp. 81-116.
- J. VAN DEN BOOM, “Incumbent or Challenger?—Assessing Ecosystem Competition in the DMA”, *Journal of Competition Law & Economics*, 20, 4, December 2024, pp. 409-444, (disponible en <https://doi.org/10.1093/joclec/nhae017>). Final del formulario
- J. VAN DEN BOOM, “Interim relief from designation under the DMA: Anmerkung zu EuG – ByteDance, WUW1460362, in diesem Heft”, *WuW*, 2024, 5, p. 265
- P. VAN DEN BOSSCHE, “Can the WTO Dispute Settlement System Be Revived?: Options for Addressing a Major Governance Failure of the World Trade Organization”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 308-335.
- R. VANDENDRIESCHE/C. BUTS, “Closing the Regulatory Gap? A Case Study on the Acquisition of a Semiconductor Producer under the EU Foreign Subsidies Regulation”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 123-140.
- R. VANDENDRIESCHE/C. BUTS, “Examining data-related theories of harm in EU merger assessments: a systematic review of the decisional practice”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 6, September 2024, pp. 368-378.
- M. VAN DER BECK, “Die Autonomie des Unionsrechts: Inkonsequenzen in der EuGH-Rechtsprechung zum Investitionsschutzrecht”, *EuZW*, 2024, 6, pp. 252-256.
- P. VARGAS MARTÍNEZ, “Las raíces comerciales de la regulación de la privacidad: una visión transatlántica”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 187-210.
- R. VEIL (ED.), *Regulating EU Capital Markets Union*, vol. I, *Fundamentals of a European Code*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- G.J. VELASCO FABRA/J.D. ORTEGA RUEDA, “Auditoría de cuentas: verdad y sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 1458-1474 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8987/6806>).
- L.A. VELASCO SAN PEDRO, “La imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 1475-1497 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8988/6804>).
- N. VERGARA PRIETO, “Nuevo varapalo a la FIFA, respecto de las consecuencias de las rescisiones con-

- tractuales unilaterales por parte de los jugadores, sin justa causa: Sentencia del Tribunal de Justicia 2ª de 4 de octubre de 2024, asunto C-650/22”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- A. VETTOREL, *Rights of individuals in an earth observation and satellite navigation environment: the good, the bad, and the ugly of new space*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- A.M. VICARIO PÉREZ, “El arrendamiento de bienes inmuebles como prestación de servicios a efectos de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 18 de abril de 2024, asunto C- 22/23: Citadeles nekustamie īpašumi SIA”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- G. VIDIGAL/K. CLAUSSEN (ED.), *The sustainability revolution in international trade agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- J.E. VIÑUALES, “Comparing Environmental Law Systems”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 1, 2024, pp. 247-258 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/471EF31C54E10C8673E539E6F8CD5D98/S0020589323000453a.pdf/comparing_environmental_law_systems.pdf).
- G.S. VISTNES, “Cross-Market Hospital Mergers: assessing likely Harm and Implications for Government Action”, *Antitrust Law Journal*, 86, 1, 2024, pp. 251-315.
- A. VÖGELE ET ALT., *Verrechnungspreise: Betriebswirtschaft, Steuerrecht*, 6ª ed., München, C.H. Beck, 2024.
- P. VOGEL, “The Sanctions Regime in EU Data Protection Law”, en E. HILGENDORF (ED.), *Law in times of crisis: Festschrift for Yoram Danziger*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 585-606.
- L. VON DITFURTH, *Datenmärkte, Datenintermediäre und der Data Governance Act: eine Analyse der europäischen Regulierung von B2B-Datenvermittlungsdiensten*, Berlin, Boston, Walter de Gruyter GmbH, 2024.
- L. VON RUMMEL, “Die atypische Kontrolle im Investitionskontrollrecht”, *EuZW*, 2024, 7, pp. 305-308.
- R. VYAS, *International business law*, 3 vols., Jaipur, DND Publications, 2024.
- F. WAGNER-VON PAPP, “Leitlinienentwurf zu Behinderungsmissbräuchen”, *WuW*, 2024, 9, pp. 445-446.
- F. WAGNER-VON PAPP, “Digital antitrust and the DMA: in praise of institutional diversity”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 338-344.
- N. WAHL, “Facultad de los Estados miembros de imponer condiciones justificadas por razón de protección de la salud pública en relación con la distribución de medicamentos vendidos en línea: TJ, Sala Segunda, S 29 febrero 2024. Asunto C-606/21: Doctipharma”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- N. WAHL, “El Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General y las decisiones por las que la Comisión estimó las solicitudes de las autoridades: TJ, Gran Sala, 3 Sep. 2024. Asuntos acumulados C-611/22 P: Illumina/Comisión y C-625/22 P: Grail/Comisión y Illumina”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- N. WAHL, “Solicitud de remisión presentada por una autoridad nacional de defensa de la competencia no competente según la legislación nacional para examinar la operación de concentración: STJ, Gran Sala, 3 septiembre 2024. Asunto C-611/22P y C-625/22P: Illumina/Comisión”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- D. WAKED, “Global Antitrust from the Global South: A Comparative Law Void”, *FIU Law Review*, 18, 4, 2024, pp. 865-878.
- X. WANG/X. LIN, “China’s regulations on new types of unfair competition in the digital age: ‘Internet Provision’ and ‘Data Provision’”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 143-148.
- J. WEBB YACKEE, “The First French BIT”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 623-646.
- T. WECK, “Die Ermittlungsanforderungen bei Marktmachtmissbräuchen: ein Thema für die neuen Kommissionsleitlinien”, *WuW*, 2024, 1, pp. 3-11.
- T. WECK, “Gatekeeping With Privacy: The Facebook Case, Apple’s ATT Framework and Google’s Privacy Sandbox”, *World competition*, 47, 4, 2024, pp. 453-472.
- T. WECK/M. WAKUI, *Comparative competition law*, New Jersey, World Scientific, 2024.

- S. WEDEMEYER, “Beihilfenrechtliches Ermessen und seine gerichtliche Kontrolle: anlässlich einer methodischen Ambivalenz im Urteil des EuG (T-34/21, T-87/21)”, *EuZW*, 2024, 2, pp. 68-74.
- D. WEI, “New Progress in China’s Anti-Monopoly Investigation into the Pharmaceutical Industry – Comment on the Injectable Polymyxin B Sulfate Case”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 858-864.
- W. WEISS, “Sport and State aid before the EU Courts: applying the rules as normal instead of accepting a sport exception”, *European State Aid Law Quarterly*, 2024, 2, pp. 101-114.
- G.J. WERDEN, “The Competitive Process Standard”, *Antitrust Law Journal*, 86, 2, 2024, pp. 579-645.
- B. WERNAART, *International Law and Business: Comparative Methods and Global Case Studies*, Leiden, Boston, Brill, 2024.
- P. WILLEM, “La clause de marché intérieur: mise en œuvre d’une liberté particulière de circulation des services par la Cour de justice et les juridictions nationales”, en P. NIHOUL (DIR.), *Droit de l’union et contentieux devant les juridictions nationales*, Liège, Anthemis, 2024, pp. 159-180.
- F. WILMAN/S.L. KALÉDA/P.-J. LOEWENTHAL, *The EU Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- W.P.J. WILS, “The European Commission’s Cartel Settlement Procedure: An Assessment after 15 Years”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 71-89.
- W.P.J. WILS, *EU antitrust enforcement: law, economics, history, policy & practice*, New York, Institute of Competition Law, 2024.
- A.C. WITT, “Meta v Bundeskartellamt - data-based conduct between antitrust law and regulation”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 2, 2024, pp. 345-351.
- M. WÖRSDÖRFER, “Apple’s antitrust paradox”, *European Competition Journal*, 20, 1, 2024, pp. 113-146.
- R.A. WOODCOCK, “Technology, monopoly, and antitrust from a historical perspective”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 142-159.
- W. WURMNEST/S. LANGENHAGEN, “Die Nachprüfung kartellrechtlicher Schiedssprüche am Maßstab des Ordre public”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 731-745.
- R. XENIDIS, “When computers say no: towards a legal response to algorithmic discrimination in Europe”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 222-234.
- S. YAKOVLEVA, *Governing cross-border data flows: reconciling EU data protection and international trade law*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- H. YANIKKAYA/P. TAT/A. ALTUN, “Do Lower Tariff Rates Promote Global Value Chain Participation?”, *World Trade Review*, 23, 1, 2024, pp. 1-19.
- G.A. YIMER, *The Nexus Between Legal Pluralism and Inclusive Finance – Insights from Ethiopia and South Africa*, Cham, Springer Nature Switzerland, 2024 (disponible en <https://doi.org/10.1007/978-3-031-71653-9>).
- J. YSEWYN/K. COATES/M. PEREZ, “Staggered hybrid cartel procedures, the principle of good administration and non-settling parties’ rights of defence: C-251/22 P *Scania v Commission*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 306-307.
- C. YU, “International adjudication as interactional law-making: the incorporation of fair and equitable treatment elements in investment treaties”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 259-277 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae022>).
- B. YÜKSEL RIPLEY, “Cryptocurrency Transfers in Distributed Ledger Technology-Based Systems and their Characterisation in Conflict of Laws”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 109-128.
- A. ZAC ET AL., “Competition policy and the labor share”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 786-819 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jleo/ewad008>).
- J. ZAPATA SEVILLA, “General-Purpose AI Models as Essential Inputs in Downstream Markets: The Need

- for a Strict Standard Regarding Mandatory Access”, *GRUR International*, 73, 10, October 2024, pp. 948-958 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae122>).
- B. ZELGER, “Object Restrictions in Sports after the ECJ’s Decisions in *ISU* and *Superleague*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 90-101 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae009>).
- B. ZELGER ET AL., “A Recap 30 Years after Keck: Unbridgeable Differences or Recurring Tales in EU Market Jurisprudence?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 305-348.
- V. ZEMMRICH, *Die fehlerhafte Willensäußerung. Wille und Erklärung im deutschen und französischen Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- Q. ZHANG, “What Can IIAs Contribute to Regulating Cross-border Data Transfer: A Threshold Analysis”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 391-407.
- F. ZIERMANN, “Dark patterns: Can criminal law remedy the shortcomings of antitrust law?”, *New Journal of European Criminal Law*, 15, 4, 2024, pp. 388-411.
- D. ZIMMER/J.-F. GÖHSL, “Apple, Google & Co befolgen den Digital Markets Act – oder etwa nicht?”, *WuW*, 2024, 4, pp. 181-182.
- C. ZSCHOCKE/M. MASLING, “Developments in National Competition Laws (October 1, 2023 – December 31, 2023)”, *WuW*, 2024, 3, pp. 145-149.
- C. ZSCHOCKE/M. MASLING, “Developments in National Competition Laws (January 1, 2024 – March 31, 2024)”, *WuW*, 2024, 6, pp. 322-326.
- C. ZSCHOCKE/M. MASLING, “Developments in National Competition Laws (April 1, 2024 – June 30, 2024)”, *WuW*, 2024, 9, pp. 463-467.
- C. ZSCHOCKE/M. MASLING, “Developments in National Competition Laws (July 1, 2024 – September 30, 2024)”, *WuW*, 2024, 12, pp. 647-651.
- S. ZUEHLKE/A. ANTONIADOU, “Fines for Gun-Jumping in EU Merger Control: Case C-746/21 P *Altice*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 105-107.

Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- H. AGUILAR GRIEDER, “Distribución de seguros y protección del cliente: Una visión desde la perspectiva del derecho procesal civil internacional europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 59-75 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8900/6816>).
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Marco jurídico aplicable a los transportes marítimos de mercancías bajo conocimiento de embarque: validez y eficacia traslativa de las cláusulas atributivas de jurisdicción. Ley de Navegación Marítima (LNM) versus Reglamento Bruselas I bis: Sentencia del Tribunal de Justicia 6ª 25 de abril de 2024, asuntos acumulados C- 345/22, C-346/22 y C-347/22: *Maersk*”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 51-88 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2761/2913>).
- N. AROSTEGI ARRILLAGA, “The enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading”, *Estudios de Deusto*, 72, 2, 2024, pp. 419-448 (disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/3218/3919>).
- A. ARZANDEH, “Interpreting Multiple Dispute-Resolution Clauses in Cross-Border Contracts”, *Cambridge Law Journal*, 83, 2, 2024, pp. 244-273.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “El arbitraje y la reforma del Reglamento Bruselas”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- P. BIAVATI/M.A. LUPOI (EDS.), *European Judicial Cooperation in Cross-Border Litigation*, Bologna, Bologna University Press, 2024.
- G. BONACCHI, “The New Hague ‘Judgments’ Convention: The EU’s Gamble in Strengthening Ties with Third Countries”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 323-342.

- R.A. BRAND, “The Case for a US Declaration Under Article 22 of the Choice of Court Convention (November 18, 2024)”, *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2024-35*, (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5024827>).
- A. BRIGGS, “What remains of the Brussels I Regulation in the English conflict of laws?”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 539-553 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2439150>).
- J. BROUSSEAU, “The Jurisdiction of Investment Tribunals to Adjudicate Claims and Incidental Questions Grounded in Domestic Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 23, 1, 2024, pp. 104-137.
- D. BUREAU/H. MUIR WATT, “La désignation d’une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l’article 25 du règlement Bruxelles I bis - CJUE, 1re ch., 8 févr. 2024, aff. C-566/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 348-363.
- C. CAVICCHIOLI, *Le forum shopping dans le contentieux international: étude des stratégies procédurales touchant au choix de for et des outils juridiques pour les appréhender*, Paris, IRJS Éditions, 2024.
- S. CHAIDIN ORTELLS, “Control de laudos en aplicación del derecho europeo de la competencia”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- M. CHECA MARTÍNEZ, “Cláusulas de elección de foro en favor de Tribunales del Reino Unido en materia civil y mercantil (a London tale after Brexit)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 1, 2024, pp. 375-389.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “A vueltas con los requisitos de conexidad para el fuero de pluralidad de demandados del Sistema Bruselas: Codemandados vinculados mediante contrato de distribución en exclusiva en infracción de derechos de propiedad industrial unitarios, en especial la marca europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 153-173 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8418/6492>).
- W. DAY, “Contractualisation of civil jurisdiction”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 513-518.
- L. DE LIMA PINHEIRO, “Prorogation by submission under art. 26 of Brussels Ibis Regulation and the protection of weaker parties”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 478-486 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8924/6799>).
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Sumisión a tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012 (STJ 1ª 8 febrero 2024, as. C-566/22: Inkreal)”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de transporte y acuerdos de jurisdicción: interacción entre el Reglamento Bruselas I bis y el CMR: STJ 21 marzo 2024, as. C-90/22: Gjensidi”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- A. DICKINSON, “Anti-suit injunctions – beyond comity”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 586-597.
- A. D’ORNANO, “Le Royaume-Uni signe la Convention de La Haye du 2 juillet 2019”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 165-167.
- A. D’ORNANO, “Brexit et clause attributive de juridiction - Com. 13 sept. 2023, nº 22-16.884”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 489-504.
- R. DUMMERMUTH, *Die Auslegung des Übereinkommens von Lugano: Inhalt und Schranken der methodischen Vorgaben zum LugÜ*, Zürich, Genf, Schulthess, 2024.
- R. DUMMERMUTH, “Zur Achtung des Fremden bei der Auslegung des Übereinkommens von Lugano”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 77-94.
- É. FARNOUX, “Enchâssement du conflit de lois dans le règlement de la compétence juridictionnelle relative à l’action directe assurantielle internationale - Civ. 19, 12 juill. 2023, nº 21-22.843”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 463-488.
- J.O. FLINDT, “Verfahrensentcheidende Vorfrage oder vorfrageähnliche Hauptfrage? Zur Qualifikation eines sachenrechtlichen Rückforderungsanspruchs im Rahmen des ehelichen Revokationsrechts”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 466-471.

- M. GADE, “Die neue Freizügigkeit bei der Gerichtsstandsvereinbarung in der EU: zugleich Bespr. von EuGH, Urt. v. 8.2.2024, C-566/22”, *EuZW*, 2024, 9, pp. 410-413.
- H. GAUDEMET-TALLON/M.-É. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 7^a ed., Paris, LGDJ-Lextenso, 2024.
- S. GERVASONI, “Es válida la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico al gobierno ruso y a las entidades establecidas en Rusia: STG, Gran Sala, 2 octubre 2024. Asuntos. T-797/22: Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel y otros/Consejo; T-798/22: Ordre des avocats à la cour de Paris y Couturier/Consejo y T-828/22| ACE/Consejo”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- A. GIANNAKOPOULOS, “Trust et clause d’élection de for au sein du règlement Bruxelles I bis - Cass. (Italie). Civ. 1re 8 février 2024, nº 3566/2024”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 505-515.
- B.S. GÜNEŞ/T.N. YAŞAR, “Validity of Jurisdiction Clauses in Standard Terms and Conditions of International Commercial Contracts under Turkish Law”, *Review of Central and East European Law*, 49, 1, 2024, pp. 53-87.
- A. HERMANN, *Zuständigkeitsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr: Wirksamkeitsanforderungen und Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen unter dem Geltungsregime von HGÜ und Brüssel Ia-VO*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- B. HESS, “Die Zukunft des Systems der Brüssel I-Verordnung”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 485-497.
- B. HESS/D. ALTHOFF/T. BENS/N. ELSNER, *The Reform of the Brussels Ibis Regulation - Academic Position Paper (May 22, 2024)* (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4853421> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4853421>).
- A. JANSEN, “L’application du droit de l’Union dans les matières commerciales: le recouvrement d’une facture impayée est (déjà) concerné!”, en P. NIHOUL (DIR.), *Droit de l’union et contentieux devant les juridictions nationales*, Liège, Anthemis, 2024, pp. 141-158.
- E. JEULAND, “Concentration des demandes et autorité d’un jugement étranger - CJUE, 3^a ch., 8 juin 2023, aff. C-567/2162”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 298-317.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “De nuevo sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I bis en supuestos de domicilio actual desconocido del demandado: Sentencia del Tribunal de Justicia 11 de abril de 2024, asunto C-183/23: Credit Agricole Bank Polska”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- E. JUEPTNER, *A Hague convention on jurisdiction and judgments: why did the judgement project (1992-2001) fail?*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- J.M. JULIÀ INSENSER, “El arbitraje al servicio del derecho de la competencia: los compromisos en el caso del sistema de pagos móviles de Apple”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- S. KATO, “Resolution of Islamic Financial Disputes under Private International Law in Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 47-57.
- D. KAUL, “Law of Forum Selection: The Jurisprudential Narratives of Remedies for the Foreign Investor in the Appropriate Relevant Forum”, *Journal of International and Comparative Law*, 11, 1, 2024, pp. 29-53.
- M.F. KHOSHNAZAR/Y.A. SABAGH, “Comparative Study of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Iran and England: Legal Frameworks and Enforceability”, *European Business Law Review*, 35, 7, 2024, pp. 989-1006.
- L. KIERDORF, *Das auf internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen anwendbare Recht: Das auf internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen anwendbare Recht nach Art. 25 Brüssel Ia-VO und den Vorschriften des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958*, Baden-Baden, Nomos, 2024.

- T. KLINK, “Der Commercial Court nach dem Justizstandort-Stärkungsgesetz – ein Modellprojekt für grenzüberschreitende Gerichtsverfahren”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 349-356.
- R. KOCH, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen in Versicherungsverträgen über Großbritannien im Anwendungsbereich der EuGVVO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 553-567.
- M.A. KUMIN, “Atribución a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro de la competencia para conocer de los litigios surgidos de un contrato de préstamo: STJ, Sala Primera, S 8 Feb, 2024. Asunto C-560/20: Inkreal”, *La Ley Unión Europea*, n° 123, 2024.
- N. KYRIAKIDES/H.A. HUHTAMÄKI/N. MOUTTOTOS (EDS.), *European account preservation order: a multi-jurisdictional guide with commentary*, Bruxelles, Bruylant, 2024.
- L. LARRIBÈRE, “Vers l’émergence d’un système procédural autonome? L’unité notionnelle de la litispendance et de la connexité européennes - CJUE 6 juin 2024, aff. C-381/23”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 766-782.
- C.A. LASTHAUS, *Internationale Wirtschaftsstreitigkeiten: International Commercial Courts im Spannungsfeld von Privatautonomie und verfassungsrechtlicher Pflicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- C. LEGROS, “La stipulation d’une clause attributive de juridiction au profit de la High Court de Londres n’est pas un usage du transport maritime de marchandises, note sous Cass. com., 13 sept. 2023, n° 22-16.884”, *Journal du droit international*, 151, 1, 2024, pp. 140-156.
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-40.
- A. LIEBMAN, “Il rinvio ai criteri della convenzione di Bruxelles del 1968 nel diritto internazionale privato italiano: orientamenti consolidati e questioni aperte”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 2, aprile-giugno 2024, pp. 460-496.
- M. LÓPEZ GIL, “Sobre el concepto de domicilio a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional y la posible aplicación del reglamento 2020/1784, de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales: Sentencia del Tribunal de Justicia 4ª 16 de mayo de 2024, asunto C-222/23: Toplofikatsia Sofia EAD”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- A. MALATESTA, “Arbitrato e regolamento Bruxelles I-bis: una riforma necessaria”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 39-57.
- T. MARGVELASHVILI, “Charting the Course of DMA’s Private Enforcement: Unveiling the Forum Shopping Challenge”, *European Competition Journal*, 20, 3, 2024, pp. 588-609.
- D. MARTINY, “Coordination of contractual and tort claims in the European law of jurisdiction”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1099-1113 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8963/6857>).
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Litispendencia y conexidad en el Reglamento (CE) 4/2009: en torno a la identidad de partes y de objeto en materia de obligaciones alimenticias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2024, as. C-381/23: ZO y JS”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- P. MAZZA, *Il foro dell’obbligazione nata in internet*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024.
- R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 775-791.
- A. MILLS, “Sustainability and jurisdiction in the international civil litigation market”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 1-25 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/17441048.2024.2347717?needAccess=true>).
- A. MILLS, “Assessing the Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 573-585 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2436238#d1e104>).
- M. MINOIS, “La qualification du *pactum de contrahendo* dans le règlement Bruxelles I bis - CJUE 14 sept. 2023, aff. C-393/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 332-347.
- D. MOURA VICENTE, “En el décimo aniversario del Reglamento Bruselas I bis: Algunas cuestiones pro-

- blemáticas”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 79-94.
- D. MOURA VICENTE, “The role of the Brussels I-bis Regulation in European Private International Law and the Challenges facing it”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 95-108.
- M.F. MÜLLER-BERG, “Der Erfüllungsort im Internationalen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht – Ein Abschied auf Raten?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 581-601.
- H. MUIR WATT, “Le retour de l’affaire *Alexandros T* et la ‘quasi-injonction’ anti-suit (CJUE 7 sept. 2023, aff. C-590/21)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 117-128.
- M. NICKEL, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- C. OETIKER/T. WEIBEL/C. FOUNTOLAKIS (HRSG.), *Lugano-Übereinkommen*, 3ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2024.
- J. OSTER, “Gerichtsstandsvereinbarungen durch AGB im digitalen Geschäftsverkehr”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 33-36.
- J. PAINE, “Control Mechanisms in Multilateral Investment Tribunals: Navigating Procedural Multilateralism and Substantive Bilateralism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 819-851 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/AAE3D25D48CC5DAF34E5B0203D0DD701/S0020589324000368a.pdf/control_mechanisms_in_multilateral_investment_tribunals_navigating_procedural_multilateralism_and_substantive_bilateralism.pdf).
- A. PANOV, “Jurisdiction of Russian Courts in Civil and Commercial Cross-border Matters”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 133-144.
- C. PASTORINO, “The *Forum Necessitatis* Mechanism in Light of the Proposal for an EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 305-322.
- E. PEDROTTI, “Problemi di giurisdizione in tema di azione contrattuale di garanzia proposta in via autonoma”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 2, aprile-giugno 2024, pp. 497-517.
- I. QUEIROLO, “Brussels Ia Regulation and rules in specific matters contained in instruments of the Union”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 519-529.
- R. REED/T. MONTAGU-SMITH (EDS.), *DIFC Courts practice*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- G. RÜHL, “International Commercial Courts: *Game Changer* für die Beilegung internationaler Streitigkeiten?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 499-517.
- C. RÜSING, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei der Miete von Ferienunterkünften”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 456-463.
- M.V. SALADINO, “Enforceability of Choice of Court Clauses in Transnational Agreements: the 2005 Hague Convention, Its Implementation in Contracting States, and the U.S. Approach”, *Chicago Journal of International Law*, 24, 2, 2024, pp. 417-440.
- S. SCHWEMMER, “Internationale Zuständigkeit für Cum-Ex-Haftungsklagen gegen Drittstaatsgesellschaften: Divergenzen zwischen EuGVVO und autonomem Zuständigkeitsrecht?”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 130-134.
- B. SENA GÜNEŞ/T. NİMET YAŞAR, “Validity of Jurisdiction Clauses in Standard Terms and Conditions of International Commercial Contracts under Turkish Law”, *Review of Central and East European Law*, 49, 2024, pp. 53-87.

- D. SINDRES, “Le ‘destinataire réel’ des marchandises peut-il se voir opposer la clause attributive de compétence convenue entre le chargeur et le transporteur maritime?”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 23-37.
- J. SONG/B. CHENG, *Foreign-Related Commercial Disputes Resolution in China: Principles and Practices*, Singapore, Springer Nature Singapore, 2024.
- L.S. ROSSI, “Situaciones de litispendencia y conexidad en el Reglamento (CE) nº 4/2009 sobre materia de obligaciones de alimentos: TJ, Sala Novena, S 6 Jun. 2024. Asunto C-381/23: ZO y JS”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- Y. SHANSHAN/D. TAO, “The Jurisdiction of China International Commercial Court: substance, drawbacks, and refinement”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 183-213.
- L. SILBERMAN, “Trevor Hartley: champion for the Hague Choice of Court Convention”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 563-572.
- D. SINDRES, “Opposabilité de la clause attributive de compétence au tiers porteur d’un connaissance: la Cour de justice navigue à vue - CJUE 25 avr. 2024, aff. ites C-345/22 à C-347/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 542-564.
- O. SPINEANU MATEI, “Concepto de domicilio en un proceso monitorio, respecto a un nacional de un Estado miembro cuya dirección permanente se halla en dicho Estado miembro mientras que su dirección actual se halla en otro Estado miembro: TJ, Sala Cuarta, S 16 May. 2024. Asunto C-222/23: Toplofikatsia Sofia EAD”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- J. SUQUET CAPDEVILA, “Convenio CMR y Reglamento 1215/2012: acuerdos de elección de foro, litispendencia y reconocimiento de resoluciones judiciales: Sentencia Tribunal de Justicia 1ª 21 de marzo de 2024, as. C-90/22: Gjensidige ADB v Rhenus Logistics UAB, ACC Distribution UAB”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- J.Y. TEO, “Transnational *res judicata* in international commercial disputes and potential influences for BRI dispute resolution”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 437-472.
- L. THEIMER, “Die unionsrechtliche Zukunft des Schadensersatzes wegen Verletzung einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung”, *RabelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 556-585 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/die-unionsrechtliche-zukunft-des-schadensersatzes-wegen-verletzung-einer-ausschliesslichen-gerichtsstandsvereinbarung-101628rabelsz-2024-0038/>).
- E. TORRALBA, “Competencia de los tribunales españoles para declarar contrario a las normas en materia de defensa de la competencia un reglamento de la FIFA: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 25 de octubre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- A. TRIMARCHI, “Dispute resolution in aircraft finance: question and solutions within the international regulatory context”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 64-76.
- G. UNDERHILL, “Masterstroke or misguided? Assessing the proposed parallel proceedings solution of the Hague Conference on Private International Law and the likelihood of its acceptance in Australia”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 615-650.
- H. VAN LOON, “A view from the Hague”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 554-562.
- P. VOLLRATH, “Bestandsschutz mitgliedstaatlicher Staatsverträge im europäischen IPR/IZVR”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 449-456.
- N. VREELING, *Asymmetric choice of Court under Brussels Ibis*, Groningen, University of Groningen, 2024 (disponible en https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/1079350226/Complete_thesis.pdf).
- R. WAGNER, “Auslandsbezug nach der Brüssel Ia-VO – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (Eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 531-544.
- S.D. YATES, “New international commercial courts: a delocalized approach”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 54-72 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad024>).
- M. YIP/G. RÜHL (Eds.), *New International Commercial Courts. A Comparative Perspective*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- K. YOON, “When the sovereign contracts: Troubling the public/private distinction in international law”, *The Yale Law Journal*, 133, 6, 2024, pp. 2101-2164.

Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- P. AGSTNER/E. HEINRICH-PENDL/M. PENDL, “Una ‘Flexible Kapitalgesellschaft’ per l’Austria, con uno sguardo al diritto societario italiano – A “Flexible Kapitalgesellschaft” for Austria, with a look at Italian company law”, *Rivista di Diritto Societario*, 2024, pp. 891-908.
- R. ARENAS GARCÍA, “Transferencia de domicilio social en la UE”, en *El Derecho español de sociedades a la luz del Derecho europeo: Repensando las transposiciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 397-427.
- M. ARRIGONI/E. RINO RESTELLI, “Proportionality in the European Banking Law. Lessons from Silicon Valley Bank”, *European Company and Financial Law Review*, 20, 5, 2024, pp. 936-963.
- I. BANTEKAS/H. SAHIN, “Non-profit entities as foreign investors?: The case of international sport governing bodies”, *Stanford Journal of International Law*, 60, 2, 2024, pp. 70-103.
- F. BIEN/B.C. BECKER, “Das Anwerben von Mitarbeitern im Lichte der deutschen und europäischen Fusionskontrolle. Teil 1, Der Zusammenschlusstatbestand”, *WuW*, 2024, 2, pp. 81-88.
- F. BIEN/B.C. BECKER, “Das Anwerben von Mitarbeitern im Lichte der deutschen und europäischen Fusionskontrolle. Teil 2, Schwellenwerte, Rechtsfolgen, Alternativen”, *WuW*, 2024, 4, pp. 183-191.
- A. BINGEL/N. HOLTkamp, “Ad-hoc-Pflicht für Nachhaltigkeitsinformationen”, *Die Aktiengesellschaft*, 69, 13, 2024-07, pp. 483-491.
- J.-C. BONICHOT, “Régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones: TJ, Sala Novena, S 26 Nov. 2023. Asunto C-318/22: GE Infrastructure Hungary Holding Kft y Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- A. BORK, *Die Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Kontext von MAC-Klauseln*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- E. BUEREN, “Green Finance, insbesondere Green Bonds”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 53.2, 2024, pp. 397-430.
- E. BUEREN/J. CROWDER, “Mehrstimmrechte im Spiegel von Rechtsvergleichung und Ökonomie”, *RabelsZ*, 88, 1, 2024, pp. 87-150 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/mehrstimmrechte-im-spiegel-von-rechtsvergleichung-und-oekonomie-101628rabelsz-2024-0015/>).
- D. BUSEMANN, *Die Beurkundung von Rechtshandlungen deutscher Kapitalgesellschaften im Ausland: mit Bezug zu dem Notariatswesen in den Schweizer Kantonen Basel-Stadt, Bern, Zug und Zürich*, Berlin, Bruxelles, Chennai, Lausanne, New York, Oxford, Peter Lang, 2024.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reconocimiento y ley aplicable a las sociedades mercantiles en la Unión Europea. Reflexiones heterodoxas en torno a la STJUE 25 abril 2024, C-276/22, *Edil Work 2*”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 9-34 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/301/419>).
- L.F. CARRILLO POZO, “Cláusulas estatutarias sobre transmisión *post mortem* de acciones y participaciones y Derecho de sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 315-329 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8914/6881>).
- D. CARRIZO AGUADO, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024.
- Y. CHATARD, *Treuestimmrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. DAVIS/T. KUNTZ/G. SHAFFER (EDS.), *Transnational fiduciary law*, Cambridge, New York, NY, Port Melbourne, VIC, New Delhi, Singapore, Cambridge University Press, 2024.
- L. D’AVOUT, “Le rattachement européen des sociétés écrit à l’encre sympathique (arrêt *Edil Work*) CJUE 25 avr. 2024, aff. C-276/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, p. 572-588.
- L. DIETERICH/B. BRANDL/C. WESTERMEIER, “Finanzregulierung als Innovationsprozess: Die Entstehung von kryptografischen Wertpapieren”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 159-182.
- J.J. DU PLESSIS ET AL., *Principles of contemporary corporate governance*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

- A. ECKSTEIN/R. SHAPIRA, “Compliance Gatekeepers”, *Yale Journal on Regulation*, 41, 2, 2024, pp. 469-523.
- G. FERRARINI/M. SIRI/S. ZHU, “The EU’s Proposed Reform of Directors’ Duties and the Missing Link to Soft Law”, *European Business Organization Law Review*, 25, 2, 2024, pp. 359-383 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-023-00290-6>).
- B. FISCHINGER-CORBO, “Cherry-Picking-System im Rahmen der Niederlassungsfreiheit?: eine kritische Auseinandersetzung mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, vor allem in Sachen Polbud”, *EuZW*, 2024, 5, pp. 203-209.
- H. FLEISCHER, “Ein Jahrhundert liechtensteinische Gesellschaftsrechtskultur”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 891-906.
- H. FLEISCHER/R. HÜTTEMANN (HRSG.), *Rechtshandbuch Unternehmensbewertung*, 3ª ed., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2024.
- H. FLEISCHER, “Große Debatten im Gesellschaftsrecht: Eine Forschungsskizze”, en H. FLEISCHER/J. KOCH/K.U. SCHMOLKE (EDS.), *Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten*, Berlin, De Gruyter, 2024, pp. 1-29.
- H. FLEISCHER, “§ 1 Fiktionstheorie versus Theorie der realen Verbandspersönlichkeit im internationalen Diskurs”, en H. FLEISCHER/J. KOCH/K.U. SCHMOLKE (EDS.), *Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten*, Berlin, De Gruyter, 2024, pp. 31-70.
- H. FLEISCHER, “§ 2 Shareholder Value versus Stakeholder Value – eine Jahrhundertdebatte und kein Ende?”, en H. FLEISCHER/J. KOCH/K.U. SCHMOLKE (EDS.), *Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten*, Berlin, De Gruyter, 2024, pp. 71-114.
- H. FLEISCHER, “§ 10 Kämpfe und Kontroversen um das Konzernrecht”, en H. FLEISCHER/J. KOCH/K.U. SCHMOLKE (EDS.), *Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten*, Berlin, De Gruyter, 2024, pp. 369-430.
- H. FLEISCHER, “Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht”, en H. FLEISCHER (ED.), *Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1-26.
- H. FLEISCHER, “Auf dem internationalen Marktplatz der Rechtsformideen: Unterschiedliche Wege zur Ausgestaltung des Rechtsformenangebots im Gesellschaftsrecht”, en H. FLEISCHER (ED.), *Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 731-756.
- H. FLEISCHER (ED.), *Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- H. FLEISCHER/S. HORN, “Unternehmensskandale und skandalgetriebene Regulierung: Die Stavisky-Affäre als Prüfstein”, *RabelsZ*, 88, 4, 2024, pp. 648-693 (disponible en <https://www.mohr-siebeck.com/artikel/unternehmensskandale-und-skandalgetriebene-regulierung-die-stavisky-affaere-als-pruefstein-101628rabelsz-2024-0062/>).
- H. FLEISCHER/J. KOCH/K.U. SCHMOLKE (EDS.), *Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten*, Berlin, De Gruyter, 2024.
- H. FLEISCHER/M. PENDL, “Die Flexible Kapitalgesellschaft als österreichische Rechtsformneuschöpfung: Genese – Grundlagen – Gesamtwürdigung”, *GmbH Rundschau*, 2024, pp. 174-187.
- H. FLEISCHER/M. PENDL, “The Law of Social Enterprises: Surveying a New Field of Research”, *European Business Organization Law Review*, 25, 2024, pp. 269-297.
- H. FLEISCHER/S. PRIGGE (EDS.), *Family Firms and Family Constitution*, Leeds, Emerald Publishing Limited, 2024.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Escisión parcial, competencia del Tribunal de Justicia y neutralidad fiscal: Sentencia del Tribunal de Justicia 26 de noviembre de 2023, as. C-318/22: GE Infrastructure Hungary Holding Kft y Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- R. GULATI, “Access to justice and multinational corporations: promoting privately driven transnational hybrid adjudication”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 364-380.

- K.J. HOPT/S. KALSS, “Mehrstimmrechtsaktien – Grundsatzprobleme, Regelungsbausteine, Praxisfragen (Multiple-voting Share Structures: Basic Problems, Regulatory Elements, and Practical Questions)”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 53, 2024, pp. 84-154 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4931412>).
- C.A. KERN/C. SEAGON/S. HAGHANI (HRSG.), *Aus Theorie und Praxis der Unternehmenstransformation*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- O.L. KNÖFEL, “Organhaftung und Internationales Privatrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 321-334.
- S. KOCH, *Schiedsbindung in Kapitalgesellschaften: Die Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit durch Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftervereinbarung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- I. KOKKORIS, *Public Interest Considerations in US Merger Control: An Assessment of National Security and Sectoral Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- S. KORCH, *Unternehmenskaufverträge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- K. KROLOP, “Gesetzgeberische Konzeption”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 3-20.
- J. LÜBKE, “Das Gesellschaftsrecht der elektronischen Aktie”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 39-74.
- G. MÄSCH, “Kluges aus Karlsruhe oder Unsterbliche Blamage II? – Der BGH und die Qualifikation”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 208-212.
- Y.-J. MANZANZA LUMINGU/J. MASUKU AYIKABA, “Accessibilité des sociétés commerciales de droit étranger à l’espace OHADA. Sur la reconnaissance de leur personnalité juridique selon la jurisprudence de la CCJA”, *RabelsZ*, 88, 1, 2024, pp. 60-86 (disponible en <https://www.mohr-siebeck.com/en/article/accessibilite-des-societes-commerciales-de-droit-etranger-a-lespace-ohada-101628rabelsz-2024-0008/>).
- T. MASTRULLO, “Cross-border Mobility of Insolvent Companies Within the European Union”, *European Company and Financial Law Review*, 21, 3, 2024, pp. 417-441.
- M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 7^a ed., Paris, LGDJ, 2024.
- F. MÖSLEIN, “Elektronische Aktien im Wertpapierrecht”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 93-124.
- F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- J. MOYA BALLESTER, “El tratamiento jurídico de los objetivos ESG y la modificación del deber de diligencia en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 460-482 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8431/6527>).
- N.V. MUNKHOLM/V. PIETROGIOVANNI/K. ENGSIG SØRENSEN (EDS.), *Managers in European law: rights and duties of executive and non-executive managers in a European perspective*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International B.V., 2024.
- J. NAKAGAWA, “Mainstreaming Non-trade Concerns in International Trade Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 151-160.
- M.L. NDANGO, “Consortia under the OHADA Law and the interest of wage earners”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 460-472.
- P. NOBEL/H. BÄRTSCH/M. KAEMPF, *Internationales und transnationales Gesellschaftsrecht*, 3^a ed., Bern, Stämpfli Verlag, 2024.
- N. NOKED/J. WANG, “Chinese companies in tax havens”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 521-537 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae035>).
- C. PASTORINO, “The *Forum Necessitatis* Mechanism in Light of the Proposal for an EU Directive on

- Corporate Sustainability Due Diligence”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 305-322.
- S. PATERSON, “Private Equity in Distress and the Incentives of Collateralised Loan Obligations”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 13-48 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae001>).
- F.P. PATTI, “Europäische Perspektiven: MiCAR, MiFID2, Unionsprivatrecht”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 21-38.
- D. PETROVIĆ, “The Freedom of Association as seen by the International Administrative Tribunals”, *International Organizations Law Review*, 21, 2, 2024, pp. 304-334.
- C. PIRES, “The Impact of the Ongoing European Legislative Process regarding Corporate Sustainability Due Diligence on Contracts between Companies and their Partners”, *GPR*, 21, 1, 2024, pp. 44-48.
- D. POELZIG, “Elektronische Aktien im Kapitalmarktrecht”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 75-92.
- G. REGER, “Elektronische Aktien in der Beratung”, en F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 125-158.
- J. RUOHONEN/H. KULLAS, “The Assurance of Corporate Sustainability Reports and the Renewed Role of Certified Auditors”, *European Company and Financial Law Review*, 21, 3, 2024, pp. 442-471.
- A.I. SAAD, “ESG Litigation and the Political Economy of Corporate Governance”, *The Review of Litigation*, 43, 3, 2024, pp. 425-442.
- S. SANGA/E. TALLEY, “‘Don’t Go Chasing Waterfalls’: Fiduciary Duties in Venture-Capital-Backed Start-Ups”, *The Journal of Legal Studies*, 53, 1, 2024, pp. 21-65.
- M. SCHLITT, “Kapitalerhöhung”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 53.2, 2024, pp. 356-389.
- M. SCHLITT/S. RIES/L. LEPKE, “Auswirkungen des EU Listing Acts und des Zukunftsfinanzierungsgesetzes auf Aktien- und Equity-linked Emissionen”, *Die Aktiengesellschaft*, 2024-07, 69, 13, pp. 466-482.
- K.U. SCHMOLKE, “Das Prinzip der beschränkten Gesellschafterhaftung”, *RabelsZ*, 88, 2, 2024, pp. 223-277 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/das-prinzip-der-beschraenkten-gesellschafterhaftung-101628rabelsz-2024-0022/>).
- P.H. SCHNITZLER, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Personengesellschaften. Neue Freiheit der rechtlichen und wirtschaftlichen Standortwahl im Binnenmarkt?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.
- S. SCHWEMMER, “Internationale Zuständigkeit für Cum-Ex-Haftungsklagen gegen Drittstaatsgesellschaften: Divergenzen zwischen EuGVVO und autonomem Zuständigkeitsrecht?”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 130-133.
- I. SILVA DE LIMA, “Artificial Intelligence in corporate governance: a few inquiries on the (non-)compliance of directors’ duties from a Portuguese law perspective”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 455-461.
- R. THIEME, *Der gesellschaftsrechtliche Haftungsdurchgriff in der Volksrepublik China*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- A.-S. TIETZ, *Die Auslandsbeurkundung: am Beispiel der Gründung einer GmbH und der Übertragung ihrer Geschäftsanteile*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- P. TRESS, *Die Errichtung ausländischer Rentnergesellschaften durch grenzüberschreitende Umwandlungen: Untersuchungen zum Betriebsrentenschutz in der Umwandlungsrichtlinie und im UmRUG*, Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2024.

- J. TRINKS, “§ 26 – Spanien”, en P. KINDLER/S. LAIMER/C. PERATHONER (HRSG.), *Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 532-565.
- D.J. VICENTE BLANCO/D. BARDEL, “Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: la Directiva (ue) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 70, 2024, pp.133-168.
- L.M. VIÑUALES SANABRIA, “Uso de ‘sociedades fantasma’ en la UE: la propuesta de Directiva Atad 3”, en *El Derecho español de sociedades a la luz del Derecho europeo: Repensando las transposiciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 429-440.
- I. VIVAS TESÓN, “El *senior cohousing* como solución habitacional y existencial: de Dinamarca a España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1498-1508 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8989/6801>).
- P. WENIG, *Deutsch-Russische Joint Ventures: Grundlagenvereinbarung und rechtliche Gestaltung der Unternehmensleitung im paritätischen Gemeinschaftsunternehmen*, Berlin, Peter Lang, 2024.
- M. WIEPEN, *Digitalisierung und Lokalisierung im internationalen Gesellschaftsrecht. Eine verfahrens- und kollisionsrechtliche Untersuchung zur Verortung von Gesellschaften im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.

Contratos internacionales (I)

- C.S. ADESINA OKOLI/R. FRIMPONG OPPONG, “Enhancing the Draft African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts”, *RabelsZ*, 88, 4, 2024, pp. 694-733 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/enhancing-the-draft-african-principles-on-the-law-applicable-to-international-commercial-contracts-101628rabelsz-2024-0050/>).
- M.R. AL-UMARI/M.A. ALQUDAH, “Contract and *Aqd*, are they functionally different?”, *International Journal of Law and Management*, 66, 1, 2024, pp. 11-22.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Acuerdos de elección de foro como mecanismo de elusión de las sanciones económicas europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 51-88 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2761/2913>).
- R. ARENAS GARCÍA, “La excepción de interés nacional en el DIPR español actual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 101-112 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8903/6853>).
- R. BABAYEV, *Private Autonomy in EU Internal Market Law: Parameters of its Protection and Limitation*, London, Hart Publishing, 2024.
- E. BELLUCCI, “Il regolamento di blocco dell’Unione europea alle sanzioni secondarie statunitensi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 359-391.
- K.P. BERGER, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a System of Transnational Contract Law: Two Recent Arbitral Awards”, *Journal of International Arbitration*, 41, 3, 2024, pp. 255-270.
- F. BERNER, “Die ‘Miete’ von Ferienhäusern und der ‘Mietvertrag’ i.S.d. Art. 24 Nr. 1 Alt. 2 Brüssel Ia-VO — Anmerkung zu EuGH v. 16.11.2023 – C-497/22 – EM /. Roompot Service”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 74-77.
- F. BERNER, “Die ‘Ohne-Rechnung-Abrede’ im Vergleich zwischen deutschem und englischem Recht, den PECL und dem DCFR”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 1, pp. 44-63.
- B. BERRAHLIA, “The Unidroit Principles and the Shari’ah Standards: any room for cooperation?”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 305-323.
- J. BIEMANS/L. RICHARDSON (EDS.), *Legal aspects of contracts and third parties: on third-party rights, transfer of rights, agency and contracts*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- F. BILTGEN, “Prohibición de prestar, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento jurídico al Gobierno de Rusia o a personas jurídicas, entidades u organismos establecidos en Rusia: Autenticación y ejecución por un notario de un contrato de compraventa de un bien inmueble: TJ, Sala Segunda, 5 Sep. 2024. Asunto C-109/23: Jemerak”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.

- E.J. BRÖDERMANN, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo*, traducción coordinada por C.F. ZINSER CIESLIK y P. MENDOZA MONTANO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- E. BRÖDERMANN, “Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts – A high-level comparison between 1989 and 2024, with tribute to the Unidroit Principles, the development of arbitration law and to Simplified Global Contracting”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 145-160 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8906/6869>).
- E. BRÖDERMANN, “30 Jahre UNIDROIT Principles – Unifying the Commercial World — Zugleich Ankündigung einer gleichnamigen Konferenz in Hamburg am 6./7.6.2024”, *Internationales Handelsrecht*, 24, 2, 2024, pp. 45-47.
- A. BULTRINI/F. GIUMELLI/C. PORTELA/M. SOSSAI (EDS.), *International sanctions in practice: an interdisciplinary perspective*, Abingdon, Oxon (UK), New York, NY, Routledge, Torino, G. Giappichelli Editore, 2024.
- M. CHEVALIER, “International sanctions enacted against Russia as overriding mandatory rules—on which foot should international arbitrators stand?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 144-171.
- E. CIMIOTTA, “Invio di armi e munizioni dall’Italia all’Ucraina, legislazione nazionale e trattato sul commercio delle armi”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 133-164.
- G. CORDERO-MOSS, *International commercial contracts: contract terms, applicable law and arbitration*, 2ª ed., Cambridge, New York, NY, Port Melbourne, VIC, New Delhi, Singapore, Cambridge University Press, 2024.
- C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- E. DACORONIA, “Contractual Liability and Compensation for Moral Harm”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 444-455 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8921/6889>).
- P. DANE, “Party Autonomy and the Challenge of Choice of Law”, en R. BANU/M. GREEN/R. MICHAELS (EDS.), *Philosophical Foundations of Private International Law*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 369-389.
- L. DE LIMA PINHEIRO, “Laws Applicable to International Smart Contracts and Decentralized Autonomous Organizations(DAOs)”, en M. PERESTRELO DE OLIVEIRA/A. GARCIA ROLO (EDS.), *Decentralised autonomous organisation (DAO) regulation: principles and perspectives for the future*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 249-284.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of laws and the internet*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- D. DILEK, *Das Internationale Privatrecht digitaler Werte: kollisionsrechtliche Interessen bei der Digitalisierung von Vermögenswerten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “Leyes de policía en la contratación con sistemas de inteligencia artificial”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 107-129.
- I. DOMURATH, “Digital Vulnerability as a Power Relation: Hyper- and Hypo- Autonomy and Why Thick Privacy Matters”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 227-258.
- H. EENMAA, “The normative novelty of obligations in automated contracts”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PÁLKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 349-364.
- A. FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht: die Rechtslage bei Nichterfüllung*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2024.
- R.G. FLORIAN, “The Electronic Contract - A Modern Version of the Classic Contract”, *Agora International Journal of Juridical Sciences*, 18, 1, 2024, pp. 22-28.
- C. FRATTONE, “Algorithmic mistakes in machine-made contracts: the legal consequences of errors in automated contract formation”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 407-425.

- T. FRECH, *Die Drittwirkungen der Forderungsabtretung im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- D. FRYDLINGER/O. HART, “Overcoming contractual incompleteness: the role of guiding principles”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 625-647.
- D. FUNK, *Die grenzüberschreitende Vertragsübernahme: Rechtsvergleichung und Kollisionsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- H.D. GABRIEL, “The concept and necessity of ‘control’ in the use of emerging technologies in commercial transactions”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 257-268.
- A. GADOMSKI, *Das Vollmachtsstatut nach Art. 8 DR-E und Art. 8 EGBGB: eine vergleichende Analyse des Entwurfs des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht und der gesetzlichen Regelung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2024.
- L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Problemas de Derecho internacional privado que plantean los arrendamientos de bienes inmuebles de corta duración”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 95-115.
- M. GERNERT, *Blocking Statutes. Eine Untersuchung zu den Wirkungen der Befolgungsverbote im internationalen Wirtschaftsrecht sowie im öffentlichen und privaten Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. GERVASONI, “Es válida la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico al gobierno ruso y a las entidades establecidas en Rusia: STG, Gran Sala, 2 octubre 2024. Asuntos. T-797/22: Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel y otros/Consejo; T-798/22: Ordre des avocats à la cour de Paris y Couturier/Consejo y T-828/22| ACE/Consejo”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- G. GOH ESCOLAR, “Addressing Digital Vulnerability through Private International Law”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 325-350.
- B. GERRIT KÖHLER, “Does the CISG Apply to Parties Based in Taiwan?”, *Transnational Litigation Blog*, 2024, disponible en <https://tlblog.org/does-the-cisg-apply-to-parties-based-in-taiwan>, 6 marzo 2024.
- J. GOLUB, “Digital Vulnerability of Consumers in the World of Smart Contracts - Is European Private International Law ‘Digitalised’ Enough?”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 293-324.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, *Cláusulas predisuestas en el comercio electrónico internacional: contratos click-wrap*, Las Rozas (Madrid), Aranzadi, 2024.
- M. GROCHOWSKI, Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 201-226.
- J. GUNDEL, “Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidungen nach der EU-Blocking-Verordnung – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 12.7.2023, Rs. T-8/21 (IFIC Holding AG/Kommission)”, *Europarecht*, 59, 1, 2024, pp.76-86.
- M. HEIDEMANN (ED.), *The transformation of private law - principles of contract and tort as European and international law: a liber amicorum for Mads Andenas*, Cham, Springer International, 2024.
- C. HEINZE, “Künstliche Intelligenz und Internationales Privatrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 161-175.
- I. HEREDIA CERVANTES, “El futuro reglamento de la UE sobre ley aplicable a la eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 157-174.
- B. HESSERT, “Rule of Law in Organised Sport”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 517-538.

- L. HORNKOHL, “(Miss-)Achtung des Fremden? – Extraterritoriale Drittstaatenregelungen, EU-Blocking-Statuten und deren Auswirkungen im Privatrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 169-192.
- C. HOSE, “You get what you pay for: reasonable endeavours and force majeure”, *Cambridge Law Journal*, 83, 3, 2024, pp. 433-436.
- L. HÜBNER, “Anwendbares Verjährungsrecht und gesetzlicher Forderungsübergang — Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.5.2023 – C-264/22 – FGTF”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 71-73.
- L. IDOT, “Loi applicable à un contrat d’agent commercial et rapports entre principe d’autonomie et directive autolimitée - Com. 20 mars 2024, n° 22-22.450”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 805-812.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Precisiones jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 5.2 del estatuto de bloqueo europeo. STGUE 12 julio 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 972-984 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8954/6830>).
- M.A.M. ISMAIL, *Global contract law in the Middle East and North Africa: public law constraints*, London, New York, Routledge, 2024.
- C. JANSON, *Formnichtige Verträge zwischen Rückabwicklung und Erfüllung. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und englischen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck 2024.
- W. JI, “The influence of the Unidroit Principles on the contract book of the Chinese Civil Code: process and examples”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 449-459.
- E.M. JIMÉNEZ PALMA, “Contratos mixtos que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles y, a su vez, la prestación de determinados servicios”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 117-145.
- A. KIKUMA, “Investment Treaties and Human Rights Violations Outside a Host State: Where and How Should They Be Placed Inside ISDS?”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 173-185.
- M. KLEIN, “Spanische Zinsen zwischen Schuld- und Prozessstatut – Zur Qualifikation des spanischen Art. 20 Abs. 4 UAbs. 1 LCS, des § 287 ZPO und zur Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Schuld- und Prozessrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 513-518.
- B.G. KÖHLER, “Long-term contracts in the 2016 Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, en T. JOHN/R. GULATI/B.G. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to Unidroit*, Cheltenham, Elgar, 2024, pp. 151-164.
- F. KRYSA/V. WODNIANSKY-WILDENFELD, “Mehr Schein als Sein? — Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Aspekte des Scheingeschäfts”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 59-70.
- D. LEVINA, “Contractual Obligations: Party Autonomy”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 69-84.
- D. LEVINA, “Contractual Obligations: Applicable Law in the Absence of the Parties’ Agreement”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 85-94.
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-40.
- J. LOTZE, *Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO: Inlandssachverhalt und Auslandsbezug bei der Rechtswahl*, Berlin, Peter Lang, 2024.
- A. MERCHÁN MURILLO, “Ley aplicable en la contratación automatizada”, en ANA FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 71-94.
- O. MEYER/P. ORTOLANI, “The Unidroit Principles and the inflexibility of code as law: reconciling smart contracts with general clauses”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 269-280.

- S. MORWEISER, “Ausfuhren nach Ägypten aus exportkontrollrechtlicher Sicht”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 297-312.
- D. MOURA VICENTE, “Forma do contrato e conflitos de leis”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 161-170.
- M.F. MÜLLER-BERG, “Der Erfüllungsort im Internationalen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht – Ein Abschied auf Raten?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 581-601.
- M. MUÑOZ-HERRERA/E. REUBEN, “The role of personal and impersonal relational contracts on partner selection and efficiency”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 753-785.
- J. NAKAGAWA, “Mainstreaming Non-trade Concerns in International Trade Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 151-160.
- K. NAKATANI, “The Legality of Unilateral Embargoes, Suspensions of Air Transport, and Restrictions on Investment by Reason of Pandemic or National Security Considerations, or in Response to Serious Breaches of International Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 82-93.
- J.L. NEELS, “The Southern African Development Community and the African principles on the law applicable to international commercial contracts”, en M.R. PHOOKO/L.T. CHIGOWE/H. NYANE (EDS.), *The development and application of SADC community law in member states*, Cape Town, Juta and Company (Pty) Ltd, 2024, pp. 175-198.
- Y. NISHITANI, “‘Business and Human Rights’ from Global and Asian Perspectives”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 33-46.
- P. OBIRI-KORANG/V. JOY NDLOVU, “Potential Influence of Article 6(1)(b) of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts on Indian Private International Law”, *Lex portus*, 10, 3, 2024, pp. 7-18.
- A. ÖZTÜRK, *The conceptual analysis of “Culpa in contrahendo”: a critical study in european private international law*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024.
- C.S.A. OKOLI, “The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 197-225.
- S. OMLOR/F. MÖSLEIN (HRSG.), *Blockchain und Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- X. ORBEGOZO MIGUEL, “Elección tácita de ley aplicable contraria a pacto expreso previo en el contrato - A propósito de la SAP de Barcelona 756/2023 de 19 de mayo de 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 868-876 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8451/6516>).
- J. OVIEDO ALBÁN, “Libertad de elección de Ley aplicable al contrato internacional en el Derecho internacional privado colombiano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1217-1226 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8970/6851>).
- J. OVIEDO ALBÁN/W.D. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “El pago anticipado en las obligaciones dinerarias sometidas a plazo en Colombia. Un análisis a partir de los instrumentos internacionales de derecho contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 514-532 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8433/6529>).
- F. PASQUALE, “Enforcing and Expanding Legal Protections for Vulnerable Subjects”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 21-24.
- C. PEJOVIĆ/U. LEE, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?”, *Texas International Law Journal*, 59, 2, 2024, pp. 101-114.

- F. PEREIRA COUTINHO/M. LUCAS PIRES/B. CORREIA BARRADAS (EDS.), *Blockchain and the Law: Dogmatics and Dynamics*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2024.
- P.G. PICHT/C. KOPP, “Aktuelle Praxisfragen der Rechtswahl nach den Rom I-/Rom II-Verordnungen”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 16-27.
- B. PILTZ/L. LEWIS (HRSG.), *Beck'sche Online-Formulare internationales Handels- und Vertriebsrecht*, 12ª ed., München, C.H. Beck, 2024.
- L.F. PINHEIRO LATTARI, *A Tecnologia Blockchain e a Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2024 (disponible en <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/24287/1/LFPLattari-min.pdf>).
- O. POLLICINO, “Vulnerability in the Digital Age”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 25-30.
- C. REIBETANZ, “Zum Vorliegen eines Binnensachverhalts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 374-379.
- E.L. RENSMANN, *Wirtschaftssanktionen und internationale Handelsschiedsverfahren: internationaler Gerechtigkeitspluralismus im transnationalen Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- F. RIELÄNDER, “(Nichts) Neues zum Innenausgleich zwischen Haftpflichtversicherern bei Gespännunfällen unter der Rom I-VO und der Rom II-VO”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 200-205.
- L. ROBB/L. BELLAMY, “Are digital blockchain assets property?: Australian property law and technology regulation”, *Monash University Law Review*, 50, 1, 2024, pp. 157-187.
- T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Digital Vulnerability and the Formulation of Harmonised Rules for Algorithmic Contracts: A Two-Sided Interplay”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 259-292.
- A. RÖTHEL, “Rechtsgeschäftliche Geschlechterklauseln konventionswidrig! Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 5. Juli 2022”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2024, pp. 208-221.
- A. RÖTHEL/A. DIEMKE, “Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen und das Dogma von der unbeschränkbarer Testierfreiheit, Anmerkung zu BGH, 28. November 2023 – X ZR 11/21”, *JZ*, 2024, pp. 516-520.
- F. SALERNO, “La ‘legislazione di blocco’ nella prospettiva internazionaleprivatistica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1374-1389 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8980/6835>).
- A. SANGER/J. O’SULLIVAN, “Russian Threats of Force against Ukraine may constitute Duress in English Contract Law”, *Cambridge Law Journal*, 83, 1, 2024, pp. 1-5.
- E. SCHICK/S. NOYER, “Eigentumserwerb nach Vertragsstatut?: eine kritische Bestandsaufnahme des geltenden französischen internationalen Sachenrechts im Lichte des Gesetzentwurfs 2022”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 160-166.
- E. SCHIPPER, “Third-Party and Proprietary Effects of Assignment in EU Private International Law”, *European Review of Private Law*, 32, 6, 2024, pp. 1037-1068.
- A. SHIRVINDT, “Die UNIDROIT-Grundregeln und ähnliche nichtstaatliche Regelwerke in der höchstichterlichen Rechtsprechung Russlands”, *Deutsch-Russische Rechtszeitschrift*, 9, 2024, pp. 33-45.
- M. SOSSAI/G. ADINOLFI, “Immobilizzazione, congelamento e confisca di beni russi a favore dell’Ucraina alla luce del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 687-739.
- K. TAKESHITA, “Freedom and Party Autonomy in Private International Law: Party Autonomy as an Empowerment of Private Persons”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 139-147.
- M. TERLINDEN, “The Quest for Proportionality in the Changing Landscape of the Unilateral Sanctions of the European Union”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2, 2024, pp. 299-325.
- L. TICHÝ, “Ein Plädoyer für die kollisionsrechtliche Freiheit – Provokative Skizze am Rande des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 307-320.

- C. UHLMANN, “Der Vorvertrag im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 280-287.
- P. WEHLING/N. MAHASNEH, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: potential for greater use in the Middle East and North Africa”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 429-448.
- D. WOCLAW, *Arztvertrag und Arzneimittelanwendung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und polnischen Recht unter Berücksichtigung des europäischen Arztvertragsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- K. YOON, “When the sovereign contracts: Troubling the public/private distinction in international law”, *The Yale Law Journal*, 133, 6, 2024, pp. 2101-2164.
- M. YZQUIERDO TOLSADA, “¿Existen remedios contractuales para obtener el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del contrato?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1522-1533 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8991/6798>).
- V. ZEMMRICH, *Die fehlerhafte Willensäußerung. Wille und Erklärung im deutschen und französischen Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- C. ZILIOLO/R. BISMUTH/L. THÉVENOZ (ED.), *International Sanctions: Monetary and Financial Law Perspectives*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2024.

Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- H. AGUILAR GRIEDER, “Distribución de seguros y protección del cliente: Una visión desde la perspectiva del derecho procesal civil internacional europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 59-75 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8900/6816>).
- A. ALI, *Stabilization and Renegotiation Clauses in State Contracts, National Law and Investment Treaties*, Boston, Brill, 2024.
- D. AMRAM, “Standards to Face Children and Patients Digital Vulnerabilities”, en C. CREA/A. DE FRANCESCO (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos 2024, pp. 439-446.
- M.-E. ANCEL, “Regulating digital platforms’ autonomy”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 67-77.
- K. BÄLZ, “Scharia, Ordre Public und Bankenprivileg: Die Zinsgrenzen in der ägyptischen Rechtsprechung”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 269-282.
- R. BEHESHTI, *Buyers’ Remedies in International Sales Law: A Comparative Study*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- U. BELINTXON MARTÍN, *Nuevas realidades normativas y retos actuales del Derecho del transporte internacional por carretera*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2024.
- A. BORK, *Die Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Kontext von MAC-Klauseln*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- E. BRÖDERMANN, “Das Spannungsverhältnis zwischen Genauigkeit und Glaskugel in der Vertragsgestaltung – Warum die Unidroit Principles 2016 so gut für Langzeitverträge taugen: Ein Praxisbericht mit besonderem Fokus auf die Autoindustrie”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 981-994.
- M. BROŻYNA, “Der polnische Oberste Gerichtshof: Ein Falschfahrer auf der Bahn der EuGH-Rechtsprechung zur Autohaftpflichtversicherung?”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 205-214.
- V.S.J. BUCCOLA/G. NINI, “The Loan Market Response to Dropdown and Uptier Transactions”, *The Journal of Legal Studies*, 53, 2, 2024, pp. 489-526.

- R. BURKERT, *Der Einfluss und rechtliche Rahmen von Geoblocking im Onlinevertrieb*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato internacional de seguro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 6, Madrid, EDISOFER, S.L., 2024, pp. 23-63.
- R. CARO GÁNDARA, *La fiducia como garantía en el comercio internacional. Validez y eficacia en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- P. CELLE, “Direct Action Against the Liability Insurers and Private International Law”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 13-32.
- A. CHADWICK, “Transnational European Private Law and the Governance of Global Finance: Confronting Financialisation”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 253-282.
- I.C. CONDE, “A legislative historical interpretation of the Vienna Convention can improve uniformity”, *Law & history: journal of the Australian and New Zealand Law and History Society*, 10, 1, 2024, pp. 59-81.
- I. CÓRDOBA MOCHALES, “¿Se necesitan medidas contra el ecopostureo en el mercado asegurador? Análisis de la ‘response to ESAS call for evidence on greenwashing’ de Insurance Europe”, *Revista Española de Seguros*, nº 199, 2024, pp. 547-586.
- P. CSERNE, “Korreferat zu Dieter Schmidtchen”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 175-190.
- E.K. DAUKE, *Die Kreditvergabe über P2P-Lending Plattformen im internationalen Privatrecht*, Berlin, Peter Lang, 2024.
- S. DAVIS/T. KUNTZ/G. SHAFFER (EDS.), *Transnational fiduciary law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024 (disponible en <https://www.cambridge.org/core/books/transnational-fiduciary-law/3255DDBA5DF5457B09AA7A73782EFC5C>).
- W. DAY, “Contractualisation of civil jurisdiction”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 513-518.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de transporte y acuerdos de jurisdicción: interacción entre el Reglamento Bruselas I bis y el CMR: STJ 21 marzo 2024, as. C-90/22: Gjensidi”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- I. DIKOVSKA, “War, Sanctions and Exemption from Liability under Contracts falling within the Scope of the CISG”, *Studia Iuridica*, 105, 2024, pp. 7-20.
- S. DOMINELLI, “‘Animals’ as ‘Goods’: A Neo-Cultural Imperialism in Cross-Border Trade Law”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 109-130.
- F. DOS SANTOS, *Innovation in Africa: Levelling the Playing Field to Promote Technology Transfer*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- W. FABER, “Erste österreichische Judikatur zur Umsetzung der Warenkauf-RL”, *GPR*, 21, 3, 2024, pp. 107-115.
- É. FARNOUX, “Enchâssement du conflit de lois dans le règlement de la compétence juridictionnelle relative à l’action directe assurantielle internationale - Civ. 19, 12 juill. 2023, nº 21-22.843”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 463-488.
- F. FERRARI, “Brèves observations sur l’applicabilité de la CVIM dans l’arbitrage international”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 747-757.
- A. FILERS, “Open-Price Contracts under the CISG: The Law in Action”, *European Business Law Review*, 35, 2, 2024, pp. 263-288.
- R. FREITAG, “Ungelöste Konflikte zwischen Europäischem Bank- und Kollisionsrecht der Zahlungsdienste – Ein Known Unknown des Europäischen Internationalen Privatrechts”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 421-441.

- H.D. GABRIEL, “The future of the transnational law of security rights: the emergence of security rights in electronic data”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 244-259.
- J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Ley nacional aplicable a las operaciones bursátiles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 712-761 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8939/6877>).
- H. GAUDEMET-TALLON, “Une ordonnance de la CJUE sur la loi applicable au recours subrogatoire entre assureurs - CJUE 27 nov. 2023, aff. C-310/23”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 565-571.
- S. GIRVIN/V. ULFBECK (EDS.), *Carbon-Free Shipping and Shipping Carbon: Contracts in Context*, London, Hart Publishing, 2024.
- F. GÓMEZ POMAR/I. FERNÁNDEZ CHACÓN (DIR.), *Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Las Rozas, Aranzadi, 2024.
- M. GRUBER, *Internationales Versicherungsvertragsrecht: Kollisionsrecht der Versicherungsverträge nach der Rom I-Verordnung*, Wien, Linde International, 2024.
- D.P. HANLEY, “Leasing and the Cape Town Convention1”, *Cape Town Convention Journal*, 9, 1, 2024, pp. 60-72.
- B. HAYWARD, “Fantastic precedents and where to find them: An argument for limiting the operation of common law binding precedent rules when interpreting the ‘UN Sales Convention’ (‘CISG’)”, *University of New South Wales Law Journal*, 47, 4, 2024, pp. 1348-1379.
- B. HAYWARD, “‘Text, context, and purpose’: Australian lawmakers’ adoption of the ‘CISG’, and the use of legislative histories as aids in statutory interpretation”, *Melbourne University Law Review*, 47, 2, 2024, pp. 303-385.
- H. HEISS, “Europäisierung des Rechts der Gruppenversicherung? – Der EuGH als Motor der Rechtsentwicklung auf unionaler und nationaler Ebene”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1029-1042.
- T. HILPERT-JANSEN, “Die neuen Eisenbahn-Kundenrechte: Übersicht, erste Erfahrungen und Einordnungen”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 78.9, 2024, pp. 542-547.
- K. HUBER, “Der schwerwiegende und nicht geringfügige Mangel nach dem neuen Gewährleistungsrecht – zugleich eine Besprechung zu OGH 9 Ob 41/23d”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 193-205.
- P. HUBER, “Die unberechtigte Geltendmachung von Nachbesserungsansprüchen im UN-Kaufrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 967-979.
- H. JIANG (ED.), *Towards a model sales law in the Greater Bay Area: a comparative study of contract law in mainland China, Hong Kong and Macau*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- D. KATELOUZOU, “The Unseen ‘Others’: A Framework for Investor Stewardship”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 295-334 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae009>).
- S. KATO, “Resolution of Islamic Financial Disputes under Private International Law in Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 47-57.
- S. KERČMAR, “Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach slowenischem Recht im Lichte der EU-Richtlinie 653/86 — The commercial agent’s indemnity under Slovenian law in the light of EU Directive 653/86”, *Internationales Handelsrecht*, 24, 3, 2024, pp. 89-96.
- A. KIKUMA, “Investment Treaties and Human Rights Violations Outside a Host State: Where and How Should They Be Placed Inside ISDS?”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 173-185.
- M. KIRÁLY, “The Concept of International Sales in Uniform Law Instruments”, *European Review of Private Law*, 32, 2, 2024, pp. 221-240.

- M. KLEIN, “Spanische Zinsen zwischen Schuld- und Prozessstatut – Zur Qualifikation des spanischen Art. 20 Abs. 4 UAbs. 1 LCS, des § 287 ZPO und zur Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von Schuld- und Prozessrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 513-518.
- R. KOCH, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen in Versicherungsverträgen über Großbritannien im Anwendungsbereich der EuGVVO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 553-567.
- S. KORCH, *Unternehmenskaufverträge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- S. KOZUKA, “The avatar law and (cyber) transnational contracts”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 281-292.
- K. KRYLA-CUDNA, “The update obligation for smart products under the EU Sale of Goods Directive: the seller’s right of redress and the CISG”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 287-304.
- R. LARA GONZÁLEZ, “La vinculación indemnizatoria en la conversión de un subagente en agente principal Soberanía estatal, inmuebles transfronterizos y litigación internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 1041-1051 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8959/6841>).
- S. LAVAL, “Perspectives internationales de la réforme du droit français des sûretés”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 247-256.
- J. LEE/H. SEUNG-LIN, “Study of Marine Cargo Insurance under the Incoterms 2020 CIP Term”, *Global Trade and Customs Journal*, 19, 4, 2024, pp. 260-266.
- M. LEHMANN, “Digital assets and smart contracts”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 78-122.
- U. MAGNUS, “Germany and the CISG”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 949-965.
- N. MAHASNEH, “Joint and several liability at the interface of national and international law and the FIDIC conditions of contract”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 412-428.
- V. MANTROV, “Consumer being a Party to the Group Insurance Contract is not just a Silent Observer: The CJEU’s Clarification in *Ocidental*”, *European Journal of Risk Regulation*, 15, 4, 2024, pp. 1062-1068.
- A. MARCACCI, “The Growing Influence of the EU on Global Securities Regulation and Foreign Private Relations”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 283-300.
- D. MARTINY, “Schiedsvereinbarungen über die Beendigung eines Alleinvertriebsvertrages in Belgien (zu Hof van Cassatie van België, 7.4.2023 – C.21.0325.N)”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 151-154.
- M. MEGLIANI, “The Odious Debt Doctrine: The Equitable Rule”, *German Law Journal*, 25, 5, 2024, pp. 772-796 (disponible en <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/14F2473673B7730E912A6E6BBEE97CBC/S207183222400021Xa.pdf/the-odious-debt-doctrine-the-equitable-rule.pdf>).
- H. MEUR, *Les accords de distribution en droit international privé*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2024.
- M. MIRAMBELL FARGAS, “Rethinking non-conformity of a serious nature: From the CISG and the PICC’s concept of fundamental breach towards a Nachfrist principle - learning from the amendments to Catalan sales law’s cure regime”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 324-351.
- H. MOHAMED, “When the goose stops laying golden eggs: supervening loss of trust in long-term contracts under the PICC”, *International Journal of Law and Management*, 66, 6, 2024, pp. 660-680.
- Y. MORATH, *Die Haftung von Zertifizierungsgesellschaften: eine Untersuchung aus unionsrechtlicher, rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Perspektive*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2024.
- D. MOURA VICENTE, “O Direito dos contratos na CISG: *Civil Law, Common Law ou terceira via*”, en Id., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 143-160.

- N. MOUTTOTOS, “The Unidroit Principles on International Commercial Contracts and sustainable development”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 362-377.
- M. NAGATA, “International Aspects of Data Protection Law: A Private International Law Perspective”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 7-16.
- C. NEVES, *Veículos autónomos, responsabilidade civil e seguro: self driving cars*, Coimbra, Almedina, 2024.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La acción de reembolso ejercitada por una aseguradora se rige por la ley del lugar donde se ha producido el daño (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2023)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 877-885.
- E. PANNEBAKKER, “Sustainable development clauses in international contracts through the lens of the Unidroit principles”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 352-361.
- I.K. PECHLIVANIDI, *Fundamental principles strengthening the EU regulatory framework on financial return crowdfunding*, Zürich, Dike Verlag AG, 2024.
- A. PERA/S. RIGAZIO, “Let the Children Play. Smart Toys and Child Vulnerability”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos 2024, pp. 413-438.
- P. PERALES VISCASILLAS, “El arbitraje internacional de seguro y reaseguro: taxonomía de las disputas más frecuentes en materia de seguro y reaseguro susceptibles de resolución mediante arbitraje internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- P. PERALES VISCASILLAS, “CISG in the digital world digital economy: data, products, and assets”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 293-322.
- P.G. PICHT/C. KOPP, “Aktuelle Praxisfragen der Rechtswahl nach den Rom I-/Rom II-Verordnungen”, *IPRax*, 1, 2024, pp. 16-27.
- B. PILTZ/L. LEWIS (HRSG.), *Beck'sche Online-Formulare internationales Handels- und Vertriebsrecht*, 10ª ed., München, C.H. Beck, 2024.
- C. PIRES, “Party Autonomy in the CISG and the New Corporate Sustainability Due Diligence Directive”, *Internationales Handelsrecht*, 24, 4, 2024, pp. 133-137.
- F. RIELÄNDER, “(Nichts) Neues zum Innenausgleich zwischen Haftpflichtversicherern bei Spannungsfällen unter der Rom I-VO und der Rom II-VO”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 200-205.
- S. RODIN, “Contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera que contiene cláusulas abusivas relativas al tipo de cambio: TJ, Sala Novena, S 14 Dic. 2023. Asunto C-28/22: TL, WE y Getin Noble Bank S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- C. RODRIGUES/A. CAMPINA, “The Economic Importance of Franchising in Portugal—(Re)Analysis of the Franchising Contract”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13, 3, 2024, pp. 426-431.
- R. RUKS, “(Wieder) Neues aus Luxemburg zum Rücktritt vom Pauschalreisevertrag — Maßgeblicher Zeitpunkt, geografische Grenzen und Beweisfragen”, *GPR*, 21, 3, 2024, pp. 116-119.
- G. RÜHL, “Cross-Border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 163-180.
- A. SATTLER, “Anbieterwechsel nach dem Data Act – Standardvertragsklauseln für Verträge über Cloud-Computing — Was die zwingenden Vorgaben des Data Act für die künftigen nicht-verbindlichen Standardvertragsklauseln der EU-Kommission bedeuten”, *Computer und Recht*, 40, 4, 2024, pp. 213-223.
- D. SCHMIDTCHEN, “Verkehrssicherungspflichten zum Schutz von Unbefugten”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 129-174.
- F. SCHNEIDER, *Zwischen konkludenter Bevollmächtigung und Verschulden bei Vertragsverhandlungen: die Qualifikation der Scheinvollmachten im deutschen und englischen Sachrecht sowie im gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024.

- A. SIPOS, “Dealing with registrations and jurisdiction in aircraft financing”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 30-43.
- F. SULLIVAN JR., “Banking, Business, and Contract Law”, *Indiana Law Review*, 57, 4, 2024, pp. 811-869.
- M. SUTTERER, *Das Kollisionsrecht der kollektiven Rechtswahrnehmung*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- M. SUZUKI, “Intellectual Property and National Security”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 125-138.
- T. TAJTI (THAYTHY), “The efficient enforcement challenge of secured transactions law reforms in civil law systems - self-help repossession, strict foreclosure, and other methods for the acceleration of enforcement of security interests”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 139-188.
- K. TAKAHASHI, “Conflict of Laws in the Proprietary Restitution of Blockchain-based Crypto-Assets”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 38-47.
- P. TERESZKIEWICZ/K. POLUDNIAK-GIERZ/P. WALCZAK, “The Digital Vulnerability of Insurance Consumers and Personalised Pricing of Insurance Products”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos 2024, pp. 377-406 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4965865> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4965865>).
- A. TRIMARCHI, “Dispute resolution in aircraft finance: question and solutions within the international regulatory context”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 64-76.
- J.-W. VERBEKE, “Cooperation in Construction Projects. What Does Contract Law Have to Offer?”, *European Review of Private Law*, 32, 6, 2024, pp. 979-1002.
- I. VOUDOURIS/E. PLOMARITOU, “Comparative Study of Voyage Charterparties in Dry and Liquid Bulk Markets”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13, 4, 2024, pp. 536-555.
- M. WALACHOWSKA/I. DIKOVSKA, “Compulsory Insurance and the Applicable Law”, en M. WALACHOWSKA/M. FRAS/P. MARANO (EDS.), *Insurance in Private International Law – Insurance and Reinsurance in Private International Law, Jurisdiction and Applicable Law*, Cham, Springer, 2024, pp. 129-148.
- C. WENDEHORST, “Softwareagenten im vertraglichen Rechtsverkehr”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Künstliche Intelligenz - Zurechnung, Vertrag, Verantwortung: Ergebnisse der 38. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Tübingen - Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 9-66.
- P. WITTUM, “Kein Kollisionsrecht für das digitale Zeitalter? Anwendbares Recht auf Verträge über digitale Produkte”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 440-449.
- D. WOCLAW, *Arztvertrag und Arzneimittelanwendung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und polnischen Recht unter Berücksichtigung des europäischen Arztvertragsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A.K. WOODS, “The New Social Contracts”, *Vanderbilt Law Review*, 77, 6, 2024, pp. 1831-1894.
- T. YOSHIZAWA, “The Impact of InsurTech on the Legal Treatment of Cross-border Insurance Transactions by Telecommunications”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 17-26.
- K. ZILLNER, *Bürgschaften für nahestehende Personen: Schutzmechanismen in Deutschland, England und Schottland*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.

Contratos internacionales de consumo

- K.J. ALBIEZ DOHRMANN/J.A. CASTILLO PARRILLA, “Medidas para el cumplimiento del Reglamento (UE) 2019/1150 y libre prestación de servicios de la sociedad de la información: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2024, asuntos. C-664/22: Google Ireland Ltd y C-664/22: Eg Vacation Rentals Ireland Ltd”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.

- B. AÑOVEROS TERRADAS, “Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española: Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023 en los asuntos C-821/21, Club La Costa y C-632/21, Diamond Resorts”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “El dilema del consumidor europeo: ‘Paternalismo excesivo’ o autonomía individual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 88-100 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8902/6850>).
- S. ARIAN, “Vulnerability in the Age of Metaverse and Protection of the Rights of Users Under EU Law”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 169-200.
- M. ARTIGOT GOLOBARDES, “Revisiting European Consumer Protection through the Lens of Sustainable Markets”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 154-176.
- F. BILTGEN, “Acción judicial que tiene por objeto que se declare la nulidad de unos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: TJ, Sala Séptima, 14 Sep. 2023. Asunto C-632/21, Diamond Resorts Europe y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- F. BILTGEN, “Contrato celebrado con un consumidor relativo a derechos de aprovechamiento por turno de viviendas turísticas mediante un sistema de puntos: TJ, Sala Séptima, 14 Sep. 2023. Asunto C-821/21: Club La Costa y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- S. CÁMARA LAPUENTE, “¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del ‘consumidor medio’ para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 186-231 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8908/6865>).
- S. CANALES GUTIÉRREZ, *Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en Derecho Internacional Privado: Una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo: La vida después de Schrems”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 378-402 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8917/6883>).
- N. CHATTERJEE/G. MALGIERI, “The Metaverse and Consumers’ Vulnerabilities”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 145-168.
- Z. CHEN, *Tourists, consumer contracts and private international law in the EU and China*, Groningen, Ulrik Huber Institute for Private International Law, 2024.
- Z. CHEN, “Mandatory and overriding mandatory provisions as double insurances in consumer protection”, *European Law Review*, 49, 1, 2024, pp. 15-34.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Comercio de consumo a través de intermediarios digitales: nuevo marco jurídico para plataformas de contratación B2C en el reglamento de servicios digitales”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 211-248.
- J. CROON-GESTEFELD, “Das Recht auf Reparatur: Vorschläge aus Brüssel”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 2, pp. 379-406.
- L. DE ALMEIDA/F. ESPOSITO, “The Blinding Effect of EU Consumer Policy Overshadows the Role of Consumer Law in Delivering the Green Transition”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 140-153.
- F. DE ELIZALDE IBARBIA, “Variable interest rate clauses and the Unfair Contract Terms Directive in Spain: [EuGH v. 13.7.2023, C-265/22: Banco Santander]”, *GPR*, 2024, 1, pp. 6-9.
- Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE)

- 2020/1828 sobre acciones de representación”, en M.I. ROMERO PRADAS (DIR.), *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 145-188.
- M.E. DE MAESTRI, “Effectiveness in Protecting Financial Services’ Consumers”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 87-108.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Precisiones sobre la aplicación del Reglamento Roma I y las normas sobre contratos internacionales de consumo”, *La Ley Unión Europea*, n° 122, 2024.
- R. DIÉGUEZ OLIVA, “Los negocios jurídicos conexos en el Derecho de consumo de la Unión Europea: ¿simul stabunt, simul cadent?”, *La Ley Unión Europea*, n° 123, 2024.
- L.A. DIMATTEO/C. PONCIBÓ/G. HOWELLS (EDS.), *The Cambridge handbook of AI and consumer law: comparative perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- A. DURÁN AYAGO, “Contrato de arrendamiento de bungalow en complejo turístico y foro exclusivo: alcance y dudas: Sentencia del Tribunal de Justicia 16 de noviembre de 2023, asunto C-497/22, EM vs. Roompot Service BV”, *La Ley Unión Europea*, n° 122, 2024.
- M. DUROVIC/E. KAPROU, “The New Concept of Digital Vulnerability and the European Rules on Unfair Commercial Practices”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 127-144.
- F. ESPOSITO, “Investigating Digital Vulnerability with Theories of Harms: A Methodological Proposal with Three Illustrations”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 53-88.
- S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Régimen transfronterizo de las plataformas digitales que intermedian en el sector del alquiler*, Barcelona, Atelier Internacional, 2024.
- M. GAVALEC, “Exención de la compensación a los pasajeros en caso de gran retraso o de cancelación de un vuelo por circunstancias extraordinarias: TJ, Sala Octava, S 13 junio 2024. Asunto C-385/23: Finnair Oyj”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- C. GOANTA/G. DE GREGORIO/J. SPANAKIS, “Consumer Protection and Digital Vulnerability: Common and Diverging Paths”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 31-52.
- G. GOH ESCOLAR, “Addressing Digital Vulnerability through Private International Law”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 325-350.
- J. GOLUB, “Digital Vulnerability of Consumers in the World of Smart Contracts - Is European Private International Law ‘Digitalised’ Enough?”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 293-324.
- M. GÓMEZ SANTOS, “Problemática en torno a los acuerdos de financiación por parte de terceros en las acciones de representación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 790-813 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8942/6802>).
- K. GÓRNY/A. WUDARSKI, “Europäische Auslegung des Begriffs des Verbrauchers bei Verträgen mit doppeitem Verwendungszweck: Anmerkung zu EuGH v. 8.6.2023, C-570/21: I.S., K.S. / YYY”, *GPR*, 2024, 1, pp. 31-36.
- R. GREGSON, “All or nothing”, *Cambridge Law Journal*, 83, 1, 2024, pp. 27-29.
- M. GROCHOWSKI, “Digital Vulnerability in a Post-Consumer Society. Subverting Paradigms?”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 201-225.
- S. HARDER, “The territorial scope of Australia’s unfair contract terms provisions”, *University of Queensland Law Journal*, 43, 2, 2024, pp. 227-260.
- S.L. HARRIS, “Opportunities and Difficulties for Strategic Litigation to Advance Digital Rights in the Internet Audience Economy”, *German Law Journal*, 25, 6, 2024, pp. 956-976.

- T. HAYASHI, “Cross-Border Consumer Protection in Japan”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 93-103.
- A. HEMLER, “Der ‘Verbrauchergerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft’ in der EuGVVO und der Günstigkeitsvergleich zwischen Verbraucherstatut und allgemeinem Vertragsstatut in der Rom I-VO”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 276-280.
- T. HILPERT-JANSSEN, “Die neuen Eisenbahn-Kundenrechte: Übersicht, erste Erfahrungen und Einordnungen”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 78, 9, 2024, pp. 542-547.
- J. HOFFMANN, “Die internationale Zuständigkeit für Verbandsklagen gegen drittstaatliche Unternehmen”, *IPRax*, 1, 2024, pp. 7-15.
- J. HOFFMANN/L.-M. PISCHEL, “Die Kollision von CISG und nationalem Verbraucherschutzrecht”, *RabelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 494-526 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/die-kollision-von-cisg-und-nationalem-verbraucherschutzrecht-101628rabelsz-2024-0043/>).
- S. HORN, “Einheit und Vielfalt des Verbraucherbegriffs im Unionsprivatrecht”, *GPR*, 21, 3, 2024, pp. 98-103.
- L. HORNKOHL, “Collective Actions for Competition Law Violations and DMA Infringements Following the Transposition of the Representative Action Directive (Germany)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 311-317 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae008>).
- K. HUBER, “Der materielle Verbraucherbegriff bei Dual-Use Verträgen: Überlegungen aus Anlass der Rs. EuGH v. 8.6.2023: C-570/21, I.S., K.S. / YYY”, *GPR*, 2024, 1, pp. 23-31.
- A. JABLONOWSKA, “EU consumer law and technology”, en B. BROZEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 174-189.
- H. JACQUEMIN, “L’application du droit de l’Union en matière de protection des consommateurs par les juridictions nationales - Analyse de certains effets inattendus ou contre-intuitifs de la directive 2005/29/CE 117”, en P. NIHOUL (DIR.), *Droit de l’union et contentieux devant les juridictions nationales*, Liège, Anthemis, 2024, pp. 117-140.
- M. KIRCHNER, “EU-Verbraucherkreditrichtlinie 2023: Die wichtigsten Neuerungen im Überblick”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 2024-05, 78, 9, pp. 537-541.
- M. LOOS, “Repairing Consumer Sales Law”, *European Review of Private Law*, 32, 6, 2024, pp. 945-978.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Class Action in the EU: Lessons from Mixed Jurisdictions”, *Journal of International and Comparative Law*, 11, 2, 2024, pp. 277-306.
- V. MANTROV, “Consumer being a Party to the Group Insurance Contract is not just a Silent Observer: The CJEU’s Clarification in Ocidental”, *European Journal of Risk Regulation*, 15, 4, 2024, pp. 1062-1068.
- D. MARCOS FRANCISCO, “El futuro de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Unión Europea y su incidencia en el sistema arbitral de consumo español”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 21, 2024.
- H.-W. MICKLITZ, “The External Dimension of European Consumer Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 229-252.
- E. MIŠCENIC, “Information, Transparency and Fairness for Consumers in the Digital Environment”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024, pp. 89-126.
- A.-C. MITTWOCH/M. WESTPHAL, “Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.1.2024 – C-755/22”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 190-192.
- K. NEMETH, “Neues zum internationalen Verbraucherrecht: Die Entscheidung des EuGH vom 14.9.2023 in der Rechtssache C-821/21, Club La Costa”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 143-147.
- M. NICKEL, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- R. PAZOS CASTRO, “El vicio oculto de diseño como circunstancia extraordinaria en el Reglamento (CE)

- nº 261/2004 sobre derechos de los pasajeros aéreos: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024. Asuntos C-385/23: Finnair, y C-411/23: D”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- F. PFLÜCKE, *Compliance with European Consumer Law: The Case of E-Commerce*, Oxford, Oxford, University Press, 2024.
- R. PRACHT, “Warenverkehrsfreiheit und Verbrauchsteuersystem-Richtlinie — Anmerkung zu EuGH v. 21.12.2023 – C-96/22 – CDIL ./ Autoridade Tributária e Aduaneira”, *GPR*, 21, 2, 2024, pp. 91-93.
- K. PURNHAGEN, “Es wächst zusammen was zusammen gehört? Konvergenz zwischen Agrarrecht und Binnenmarktrecht am Beispiel des Kennzeichnungsrechts für innovative Lebensmittel”, *Euro-pacecht*, 59, 5, 2024, pp. 460-477.
- E. ŞAHİN ŞENGÜL/S. KAYA, “Consumer Collective Redress in Turkey: The Need for Reform in Light of the EU Regime”, *European Business Organization Law Review*, 25, 3, 2024, pp. 599-624.
- F.X. SÁNCHEZ MORAGAS, “Los problemas de identidad, del arbitraje de consumo y su reubicación como ADR, ante la aparición de los nuevos métodos adecuados de solución de controversias”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- C. SARTORIS, “Unfairness of Core Contract Terms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 13, 3, 2024, pp. 145-149.
- O. SPINEANU MATEI, “Contrato que tiene por objeto la cesión del uso de corta duración de un bungalow situado en un complejo vacacional celebrado entre un particular y un profesional del turismo que explota dicho complejo: TJ, Sala Cuarta, S 16 Nov. 2023. Asunto C-497/22: EM vs. Roompot Service BV”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- O. SPINEANU MATEI, “Posibilidad de controlar la transparencia de las cláusulas suelo en el marco de una acción colectiva que comprenda a todo el sistema bancario de un país: TJ, Sala Cuarta, 4 Jul. 2024. Asunto C-450/22: Caixabank y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- G. STRAETMANS/J. VEREECKEN, “Towards a New Balance Between Private and Public Enforcement in EU Consumer Law”, *European Review of Private Law*, 32, 1, 2024-01, pp. 41-80.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas: Sentencia del Tribunal de Justicia 4 de julio de 2024, asunto C-450/22: Caixabank y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- J. UNGERER, “Challenges of navigating the Rome I Regulation in respect of the Rome Convention, Brexit, and consumer protection: comments on CJEU, judgment of 14.9.2023, C-632/21: Diamond Resorts Europe”, *GPR*, 2024, 1, pp. 10-16.
- C.T. UNGUREANU, “The European consumer: a case of mistaken identity?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1449-1457 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8986/6807>).
- H. VON SCHELIHA, “Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.7.2023 – C-462/22”, *GPR*, 21, 1, 2024, pp. 16-20.
- N. WAHL, “Obligaciones de los operadores de comunicaciones de la sociedad de información: TJ, Sala Segunda, S 30 May. 2024. Asuntos acumulados C-664/22: Google Ireland Ltd y C-666/22: Eg Vacation Rentals Ireland Ltd”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.

Contrato internacional de trabajo

- H.H. ABRAHA, “‘Hauptpersonalrat der Lehrerinnen’: Article 88 GDPR and the interplay between EU and member State employee data protection rules”, *Modern Law Review*, 87, 2, 2024, pp. 484-496
- J.M. AGUILAR GONZÁLEZ, “Deslocalización y estándares laborales: una aproximación económica a través de la teoría de juegos”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 103-116.
- M.L. ARASTEY SAHÚN, “Algunas notas sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la reciente configuración del Derecho del trabajo y de la seguridad social en España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2024, 78, pp. 11-30 (disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-08/40553rdce7801arastey-sahun.pdf>).

- A. AZA, “Scores as Decisions? Article 22 GDPR and the Judgment of the CJEU in *SCHUFA Holding (Scoring)* in the Labour Context”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 840-858 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae035>).
- D. BARRETT, “Implementation Behaviours and a Strength-Based Approach to Equality and Human Rights Implementation”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 370-406 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad020>).
- J. BASEDOW, “Von Lieferketten, Kinderarbeit und Standesämtern – Gedanken zu europäischer Moral und globaler Realität”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 761-773.
- G. BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK/R. ERTEN, “Questions of Applicable Law as Regards Unpaid Wages of Turkish Employees under the Foreign Employment Contracts”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 571-592.
- F. BILTGEN, “Uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo: una administración pública puede decidir prohibir el uso de dichos signos a todos sus empleados: TJ, Gran Sala, S 28 Nov. 2023. Asunto C-148/22: Commune d’ Ans”, *La Ley Unión Europea*, n° 122, 2024.
- E. BRAMESHUBER/C. SCHNITTLER, “Europäisches Arbeitsrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union 2022/2023”, *GPR*, 21, 5, 2024, pp. 214-221.
- D. BRODIE, “Disavowing an Implied Term of Fairness”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 157-172 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae014>).
- G. BUCHHOLTZ, “Die Europäische Sozialunion”, *EuR*, 2024, 2, pp. 153-194.
- D. BUREAU, “Sanction pénale des dispositions du code du travail relatives à la santé et la sécurité des travailleurs: suite et fin - Crim. 16 janv. 2024, n° 22-83.681”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 364-372.
- N. BUSBY, “The Worker Protection (Amendment of Equality Act) Act 2023: Implications for Protection Against Sexual Harassment”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 505-523 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae031>).
- L. CARBALLO PIÑEIRO, “The Conundrum of the Habitual Workplace: In Search of Access to Justice for Transport Workers in the European Union”, *European Labour Law Journal*, 15, 1, 2024, pp. 123-136.
- L.F. CARRILLO POZO, “La lucha contra el trabajo forzoso en la UE”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 87-121 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/232/372>).
- P.C.H. CHAN, “Does Black-Letter Law matter in Labor Rights Protection in China? - A Tale of Two Cities”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 33, 2, 2024, pp. 345-388.
- P. COLLINS/G. GOLDING, “An Implied Term of Procedural Fairness During Disciplinary Processes: Into Contracts of Employment and Beyond?”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 125-156 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad030>).
- M. CONNOLLY, “Is it Discriminatory to Mistreat a Migrant Domestic Worker? The Cases of *Taiwo* and *Onu*”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 447-480 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae006>).
- A. CRESPO HERNÁNDEZ, “Digitalización y relaciones laborales internacionales: la ley aplicable al teletrabajo transnacional”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 117-144.
- G. DAVIDOV/B. LANGILLE/G. LESTER, *The Oxford Handbook of the Law of Work*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- A.C.L. DAVIES, “Procurement and the ‘London Living Wage’: *Boohene v Royal Parks Ltd*”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 543-559.
- E. DE BECKER, “Overview of recent cases before the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights (June 2023 - December 2023)”, *European Journal of Social Security*, 26, 1, 2024, pp. 73-83.
- V. DE STEFANO/I. DURRI/C. STYLOGIANNIS/M. WOUTERS, “Does Labour Law Trust Workers? Questio-

- ning Underlying Assumptions Behind Managerial Prerogatives”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 206-238 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad022>).
- M. DOHERTY, “Domino Dancing: Mutuality of Obligation and Determining Employment Status in Ireland”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 524-542 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae018>).
- S. FACCIO, “I trattati internazionali di investimento dell’Unione Europea e la condizione di reciprocità, con riferimento particolare all’assunzione di cariche sociali”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 3, 2024, pp. 837-844.
- M. FORAN, “Discrimination and Manifestation of Belief: *Higgs v Farmor’s School*”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 285-304 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae009>).
- A.I. GARCÍA SALAS, “El significativo impacto de la normativa y jurisprudencia europeas más recientes en materia de derechos fundamentales de los trabajadores en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 674-698 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8937/6875>).
- S. GLASER, “Zoomed out teachers: The Covid-19 pandemic, data processing in the context of employment and the social contract in Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer”, *Common Market Law Review*, 61, 4, 2024, pp. 1103-1122.
- F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La ley aplicable al despido en el contrato de trabajo internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 762-776 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8940/6878>).
- M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Las Administraciones públicas, como las empresas privadas, pueden prohibir el uso de símbolos religiosos a sus empleados: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 28 de noviembre de 2023, asunto C-148/22: OP v. Ayuntamiento de Ans”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- M. GORROCHATEGUI POLO, “La consecuencias laborales del Brexit para la gente de mar”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 274-294 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8424/6522>).
- U. GRUŠIĆ, “Private International Law Regulation of Individual Employment Relationships within the European Union”, *European Labour Law Journal*, 15, 1, 2024, pp. 86-101.
- J. HELME, “The Problems and Paradoxes with the EU’s Regulation of Traineeships: A Way Forward”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 679-710 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae022>).
- P. HERZFELD OLSSON/T. NOVITZ, “Access to Work for Those Seeking Asylum: Concerns Arising from British and Swedish Legal Strategies”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 407-446 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae004>).
- E. HOWARD, “*OP v Commune d’Ans*: Another Step in the Wrong Direction for Headscarf-Wearing Women”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 305-320.
- F. HUMBERT, *World trade, child labour, and transnational constitutionalism: the case for a new legal humanism*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- M. HUNTER-HENIN, “Religious Expression and Exemptions in the Private Sector Workplace: Spotting Bias”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 233-258 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae008>).
- J.L. IRIARTE ÁNGEL/M. CASADO ABARQUERO, “Ruptura injustificada de negociaciones o desistimiento unilateral de contrato tácitamente celebrado por un futbolista profesional: comentario a la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 640/2024, de 22 de julio de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:504)”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 93-100 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/307/431>).
- N. JÄÄSKINEN, “Servicio médico en materia de seguro de enfermedad que trata datos relativos a la salud de sus propios trabajadores para evaluar su capacidad laboral: TJ, Sala Tercera, S 21 Dic. 2023. Asunto C-667/21: ZQ y MDK Nordrhein”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- A.P.C.M. JASPERS/F.J.L. PENNING/S.S.M. PETERS, *European Labour Law*, 2ª ed., Cambridge, Intersentia Ltd., 2024.

- F. JAULT-SESEKE, “Incidence d’un élément d’extranéité sur l’action en requalification d’une relation de travail en contrat de travail - Soc. 17 janv. 2024, n° 22-16.107”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 373-378.
- B. JERMAN, “Regulation of the Employment Status of Seafarers”, *Comparative Maritime Law*, 63, 2024, pp. 273-310.
- A. JOYCE, “Reducing Worker Exploitation in Time-Limited, Low-Wage Visa Schemes: Lessons from South Korea and Thailand”, *Industrial Law Journal*, 53, 1, March 2024, pp. 34-62 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad035>).
- A. JOYCE/B. RYAN, “Special Issue on Migration and Exploitation in Employment: Editorial Introduction”, *Industrial Law Journal*, 53, 1, March 2024, pp. 1-2 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad037>).
- P. JUÁREZ PÉREZ, “La delimitación judicial de la inmunidad de jurisdicción en el orden social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1014-1026 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8957/6833>).
- A. JUNKER, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Ansprüchen des Arbeitnehmers aus einer Patronatsvereinbarung mit der Konzernobergesellschaft”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 196-200.
- A. JUNKER, “Patronatsvereinbarungen im Internationalen Arbeitsvertrags- und Arbeitsprozessrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 355-370.
- L. KIERANS, “Whistleblowing Litigation and Legislation in Ireland: Are There Lessons to be Learned?”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 173-205 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad009>).
- F. KOSTER, “What about us? A vignette study explaining training preferences by contract type and skill specificity”, *International Labour Review*, 163, 2, 2024, pp. 225-245.
- M.A. KUMIN, “La madre de un trabajador migrante de la Unión que esté a cargo de este puede solicitar una prestación de asistencia social sin que dicha solicitud ponga en cuestión su derecho de residencia: TJ, Gran Sala, S TJ 21 Dic. 2023. Asunto C-488/21: Chief Appeals Officer y otros”, *La Ley Unión Europea*, n° 121, 2024.
- D. LECLERCQ/R. ROBERTSON/D. SAMAN, “Labor provisions in trade agreements: recasting the protectionist debate”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 673-693.
- U. LIUKKUNEN, “Transnational Labour Law and Private Labour Governance — Regulatory Formula for European Works Councils Revisited”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTOVANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 185-208.
- M. LUNNEBACH/M. STÜTZEL, “Beitritt der EU zur Europäischen Sozialcharta? – Chancen und Herausforderungen”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 1, 2024, pp. 91-109.
- S. MARINO, “Strumenti internazionalprivatistici di tutela del lavoratore”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1067-1078 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8961/6848>).
- C. MARTÍNEZ SAN MILLÁN, *La integración normativa de los derechos laborales fundamentales en los sistemas comerciales internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- J. MASUKU AYIKABA, *Intégration par le droit du travail dans le cadre de l’OHADA sous une perspective comparative avec le modèle développé par l’Union Européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- S. MAY, *Die Haftung für Sozialaudits in globalen Lieferketten: eine Untersuchung am Beispiel der Textilindustrie*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- D. McCANN/A. STEWART, “Quality, Formality and the Evolution of International Labour Law: The New ILO Quality Apprenticeships Standard”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 638-678 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae012>).
- P. McDougall, “Global Value Chains, Labor Rights, and the Nature of Transnational Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 72, 1, 2024, pp. 33-74.

- J.R. MERCADER UGUINA, “Inteligencia Artificial y relaciones laborales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1114-1128 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8964/6864>).
- R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 775-791.
- R. MICHAELS/S. ZEH, “Sustainability and Private International Law”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 479-499.
- H. MICHELS, “The Requirement of Fair Negotiation (*Gebot des fairen Verhandelns*) and the Principle of Undue Influence in German and US Employment Law”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 40, 1, 2024, pp. 71-90.
- B.M. MINETTI, “Environment and Sustainability in the Italian Constitutional Reform: A New Perspective on Labour Law?”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 824-839.
- M. MÖSCHEL, “The Absence of Anti-Discrimination Law in the Global Reach of EU (Private) Law”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 209-228.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “¿Tienen derecho las familias monoparentales a que se les amplíe dieciséis semanas el permiso de maternidad?: Sentencia del Tribunal de Justicia 7ª 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/R.J. LÓPEZ BEDMAR, “Utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el empleo público. Interpretación en el caso de Personal laboral indefinido no fijo/interinidad de larga duración: Obligación de la legislación nacional de establecer medidas suficientemente disuasorias: STJ 6ª 22 febrero 2024, asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22: Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid”, *La Ley Unión Europea*, nº 124, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Una nueva vuelta de tuerca en materia de transmisión de empresas: el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el traspaso de notarías en aplicación de la Directiva 2001/23/CE”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: ‘discapacidad’, ‘ajustes razonables’ e ‘igualdad de trato en el empleo’. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. LÓPEZ VICO, “La protección jurídico-social de los denominados como colectivos de atención prioritaria ante los retos derivados del envejecimiento de la población: STJ 7 diciembre 2023, as. C 518/22: AP Assistenzprofis”, *La Ley Unión Europea*, nº 125, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “Derecho a la vida privada dentro y fuera de las redes sociales, protección de la ‘moral’ y despido discriminatorio por razón de orientación sexual. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2024, A.K. c. Rusia”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “La comisión negociadora en la consulta-negociación dentro del procedimiento del despido colectivo: un supuesto atípico europeo (Análisis de la línea jurisprudencial del Tribunal Comunitario en materia de consulta-negociación colectiva de ‘gestión’ en la institución del despido colectivo): un supuesto atípico europeo. Análisis de la línea jurisprudencial del Tribunal Comunitario en materia de consulta-negociación colectiva de ‘gestión’ en la institución del despido colectivo”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.

- J.L. MONEREO PÉREZ/D. VELASCO FERNÁNDEZ, “El tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores cuando empleador y servicio médico son el mismo sujeto (STJ 3ª 21 diciembre 2023, as. C-667/21: ZQ y MDK Nordrhein)”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/D. VELASCO FERNÁNDEZ, “La jubilación del empresario persona física es causa de despido colectivo según el Derecho de la Unión: Sentencia del Tribunal de Justicia 11 de julio de 2024, asunto 196/23: Plamaro”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- M. MORENO SANCHO, “Protección medioambiental y laboral en los procedimientos antidumping y compensatorios europeos y estadounidenses: ¿una novedad en el sistema multilateral?”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 93-102.
- J. MULDOON/P. SUN, “The Global Gig Economy: How Transport Platform Companies Adapt to Regulatory Challenges—A Comparative Analysis of Six Countries”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 481-504 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae010>).
- N.V. MUNKHOLM/V. PIETROGIOVANNI/K. ENGSIG SØRENSEN (EDS.), *Managers in European law: rights and duties of executive and non-executive managers in a European perspective*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International B.V., 2024.
- J. MURRAY, “The *Grainger* Test Challenged? *Thomas v Surrey and Borders Partnership NHS Foundation Trust*”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 810-823.
- M.L. NDANGO, “Consortia under the OHADA Law and the interest of wage earners”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 460-472.
- M. NIEZNA, “Consent to Labour Exploitation”, *Industrial Law Journal*, 53, 1, March 2024, pp. 3-33 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad036>).
- T. NOVITZ, *Trade, Labour and Sustainable Development: Leaving No One in the World of Work Behind*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- G. PALAO MORENO, “International Teleworking – Determining the Jurisdiction in the EU”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 335-353.
- N. PARTHENOPOULOS, “Case C-27/23 Hocinx: Business as usual in equal treatment of frontier workers with an alarming twist”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 31, 5, 2024, pp. 619-632.
- J. PASSER, “Contrariedad al Derecho de la Unión de algunas de las normas de la FIFA en materia de transferencia internacional de jugadores profesionales: STJ, Sala Segunda, 4 octubre. Asunto C-650/22: FIFA”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- K. PATTEN, “Protected Beliefs Under the Equality Act: *Grainger* Questioned”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 239-267 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad033>).
- C. PERONA MATA/J. ARRIBAS CÁMARA/V. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El acoso laboral en el empleo público a la luz de la doctrina europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- G. PITT, “‘The Simple Things You See Are All Complicated’: Thoughts on *Deliveroo*”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 784-795.
- M.J. PITTARD/K.D. EWING, “‘Fire and Rehire’: Four Lessons from Australia”, *Industrial Law Journal*, 53, 3, September 2024, pp. 331-369 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae023>).
- M.M. POLAT, “Unraveling Labor Market Collusion: A Comprehensive Analysis Under EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 153-167.
- A. PRECHAL, “Ampliación del permiso de maternidad para las familias monoparentales: TJ, Sala Séptima, S 16 May. 2024. Asunto C-673/22: CCC y Tesorería General de la Seguridad Social”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- A. PRECHAL, “La Directiva sobre despidos colectivos también se aplica en caso de jubilación del empresario: STJ, Sala Segunda, 11 julio 2024. Asunto 196/23: Plamaro”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- G. RACABI, “At will as taking”, *The Yale Law Journal*, 133, 2024, pp. 2257-2304.
- L. RATTI/E. BRAMESHUBER/V. PIETROGIOVANNI (EDS.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages: Context, Commentary and Trajectories*, London, Hart Publishing, 2024.

- R. RAVALLI, “Contract Law and Sustainability of Global Value Chains: Assessing the Proposal for an EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive from a Contract Law Perspective”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 580-590.
- S. ROBIN-OLIVIER, “Fragebogen: Die Europäische Sozialunion”, *EuR*, 2024, 2, pp. 195-210.
- L. RODGERS/O. GOLYNKER, “Working Time Remedies Beyond Brexit: *Chief Constable of the Police Service of Northern Ireland and Another v Agnew and Others*”, *Industrial Law Journal*, 53, 2, June 2024, pp. 268-284 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae007>).
- S. RODIN, “El cambio de titular de una notaría española puede constituir transmisión de empresa: TJ, Sala Cuarta, S 16 Nov, 2023. Asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21: NC”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- A.S. RODRIGUES/M. ROCHA/S. MOURA, “Anticompetitive Agreements in Labour Markets: a Survey of the most Recent Developments in EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 2, March 2024, pp. 141-149 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad068>).
- Y. ROMERO MATUTE, “Reclamación de cantidad por despido de entrenador profesional ¿es una cuestión que puede ser sometida a la vía arbitral? Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 10 de enero de 2024”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- A. SANDERS, “Extending Statutory Protection to Action Short of Dismissal for Participating in Industrial Action: The Supreme Court on the Right to Strike in *Secretary of State for Business and Trade v Mercer*”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 762-783 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae041>).
- L. SANDRINI, “La legge applicabile al lavoro mediante piattaforma digitale, tra armonizzazione materiale e norme di conflitto”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1116-1164.
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf“, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.
- N. SEDACCA, “Migrant Work, Gender and the Hostile Environment: A Human Rights Analysis”, *Industrial Law Journal*, 53, 1, March 2024, pp. 63-93 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad034>).
- A. SHOEMAKER, “The case for a ‘Uniform Invention Assignment Agreement Act’ (UIAAA)”, *Cornell Law Review*, 109, 5, 2024, pp. 1259-1296.
- J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Una reflexión sobre el impacto del Derecho internacional en el *ius laboris* y la progresión hacia un Derecho transnacional y mundial”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 2, enero 2024, pp. 7-27 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/92/133>).
- M. USYNIN, “Modern Slavery in Liner Shipping: An Empirical Analysis of Corporate Statements”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 40, 1, 2024-01, pp. 1-36.
- S. VANDENBROUCKE, “The Evolution of Codes of Conduct to Ensure Labor Rights in Global Supply Chains”, *AJIL*, 118, 2024, pp. 297-302.
- N. VERGARA PRIETO, “Nuevo varapalo a la FIFA, respecto de las consecuencias de las rescisiones contractuales unilaterales por parte de los jugadores, sin justa causa: Sentencia del Tribunal de Justicia 2ª de 4 de octubre de 2024, asunto C-650/22”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- M. WILDERSPIN, “The Contribution of the CJEU to the Notion of Habitual Workplace in the Field of International Transport”, *European Labour Law Journal*, 15, 1, 2024, pp. 137-143.
- I. WILDHABER/I. EBERT, “From Digital Vulnerability to Digital Anxiety: The Situation of Employees in Times of Digitally Permeated Workplaces“, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 469-498.
- C. WYNN-EVANS, “One Man, Two Guvnors: Revisiting the Principle Against Two Employers”, *Industrial Law Journal*, 53, 1, March 2024, pp. 94-115.

- C. WYNN-EVANS, “TUPE’s public–private divide: *Bicknell (1) The British Medical Association (2) v NHS Nottingham and Nottinghamshire Integrated Commissioning Board*”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 796-809.
- A. ZAC ET AL., “Competition policy and the labor share”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 786-819 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jleo/ewad008>).
- R. ZAHN, “The Status of European Works Councils in UK Law Post-Brexit: A Commentary on *EasyJet PLC v EasyJet European Works Council and Olsten (UK) Holdings Limited v Adecco Group European Works Council*”, *Industrial Law Journal*, 53, 4, December 2024, pp. 746-761 (disponible en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae037>).
- M. ZERNIKOW, *Les règles de conflits de lois confrontées au marché intérieur. Étude de droit international privé européen du travail*, Paris, L’harmattan, 2024.

Derechos reales

- R. ARENAS GARCÍA, “Forma de las escrituras sobre derechos reales: aceptación de títulos notariales extranjeros”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 133-156.
- V.J. ASENSIO BORRELLAS, “Prenda de criptomonedas o activos digitales”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 175-198.
- S. BHAT B., “Turbulence in Indian aviation financing sector: time to understand and implement the Cape Town regime in the true spirit”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 1-16.
- D. BIELBY/A. SANGER, “Treasure Hunters Beware! Sovereign Immunity protects States in Salvage Proceedings”, *Cambridge Law Journal*, 83, 3, 2024, pp. 397-400.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El foro especial del art. 7.4 del Reglamento Bruselas I bis y la restitución de bienes culturales”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 10-25 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.3.2024.2.DOMINGUEZ.pdf>).
- R. CARO GÁNDARA, “Las garantías mobiliarias en Derecho internacional privado uniforme”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 113-137 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/374>).
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La propiedad de los restos del R.M.S. Titanic. Análisis de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 274-314 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8913/6880>).
- J.M. CARRUTHERS, “Looking at cultural objects through a private international law lens”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 557-581 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/387>).
- L. CASINI, *Advanced Introduction to Cultural Heritage Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. CAVALLER VERGÉS, “En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 113-130 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8416/6490>).
- P.O. COSIALLS PERPINYÀ, “Los conflictos de leyes en materia de derechos constituidos sobre aeronaves en Derecho interregional”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem*

- in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 267-287 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/383>).
- G.CUNIBERTI, “Rethinking conflict mobile: applying the law of COMI to rights *in rem*”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 477-490 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/370>).
- R.S. DAVIS/G.C. SHAFFER/T. KUNTZ (EDS.), *Transnational Fiduciary Law*, Cambridge, United Kingdom, New York, NY, Cambridge University Press, 2024.
- D. D’ONFRO, “Contract-wrapped property”, *Harvard Law Review*, 137, 6, 2024, pp. 1058-1136.
- A. D’ORNANO, “Sur la restitution des biens culturels”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 828-838.
- A. DURÁN AYAGO, “Contrato de arrendamiento de bungalow en complejo turístico y foro exclusivo: alcance y dudas: Sentencia del Tribunal de Justicia 16 de noviembre de 2023, asunto C-497/22, EM vs. Roompot Service BV”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Derechos reales en el Derecho internacional privado: Incidencias de la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea en la actividad notarial”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 53-78.
- M.D. FABIANI/K.M. BURMON/S.HUFNAGEL, *Cultural Property Crime and the Law: Legal Approaches to Protection, Repatriation, and Countering Illicit Trade*, Oxford, Taylor & Francis Group, 2024.
- S. FERRAZZI, “Proprietary rights over cultural objects in a global world”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 583-597 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/369>).
- P. FINI, “Les dispositions sur le trust du projet de Code de droit international privé à la lumière de la convention de La Haye du 1er juillet 1985”, *Journal du droit international*, 2024, 2, pp. 487-513.
- M. FINKELMEIER, “Qualifikation von Nutzungsersatzansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 206-207.
- M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024 (texto completo del libro en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/book/5>).
- J.M. FONTANELLAS MORELL, “Rights *in rem* in Spanish private international law”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 141-178 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/385>).
- A. FONT I SEGURA, “La ley aplicable a los derechos reales en los conflictos internos de Leyes en España: Algunos desajustes”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 239-266 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/390>).
- M. FONT-MAS, “Reflexiones en torno a la adecuación del foro exclusivo del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 313-347 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/386>).
- M. FONT-MAS/G. GARRIGA SUAU/J.M. FONTANELLAS MORELL, “Marco general de las normas de Derecho internacional privado en materia de derechos reales de la UE”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 39-57 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/368>).

- P. FRANZINA, “What role for overriding mandatory provisions of third countries in conflicts of laws relating to rights *in rem* in moveable non-cultural property?”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 469-476 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/366>).
- H.D. GABRIEL, “The future of the transnational law of security rights: the emergence of security rights in electronic data”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 244-259.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Harmonisation of conflict-of-law rules on rights *in rem*: A guide to the proposal of the European Group for Private International Law (GEDIP)”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 423-441 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/388>).
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El *trust* en el Derecho internacional privado europeo: las normas de Competencia Judicial Internacional”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 367-379 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/391>).
- C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La Sección 10 de los Acuerdos Artemisa (sobre los recursos naturales del espacio, la luna y demás cuerpos celestes)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 859-873 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8947/6823>).
- I. HEREDIA CERVANTES, “Garantías reales y reestructuración en el sistema español de insolvencia internacional”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 179-195 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/379>).
- J. HO, *New Property in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- B. HOOPS, “Property Law and (More Than One Notion of) Sustainability: A New Field”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 259-275.
- H. IBAZETA VILLA, “Incoación expropiatoria del palacio de los Álava-Esquivel desde el Derecho español y el Derecho internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 806-843 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8448/6513>).
- J.D. JANER TORRENS, “Acceso a la vivienda, gentrificación e imposición de restricciones a la adquisición de inmuebles por parte de residentes no españoles: su posible justificación por razones legítimas de interés público y la compatibilidad con el Derecho de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 78, 2024, pp. 103-138 (disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-08/40556rdce7804janer-torrens.pdf>).
- E. JAYME, “Kunstrecht als Teil der Rechtskultur”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1043-1052.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “El papel del notariado en la aplicación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 79-104.
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Constitución de garantías sobre criptoactivos”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 695-716 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/392>).
- H. JING, “Trust Law in Macao: An Organisational Law Account”, *European Business Organization Law Review*, 25, 3, 2024, pp. 625-653.
- M. JULIÀ BARCELÓ, “La restitución de bienes culturales en el mercado interior europeo: el deber de

- cooperación y el uso de las TIC”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 113-142 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2713/2909>).
- J. KAISTO, “Emission Allowances and Carbon Credits as Property: A Finnish Perspective”, *European Property Law Journal*, 12, 2, 2024, pp. 148-210.
- E.-M. KIENINGER, “A European regulation for international property law”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 403-421 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/362>).
- I. KUNDA, “Jurisdiction over actions for the recovery of cultural objects under Article 7(4) of the regulation (EU) 1215/2012”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 543-555 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/365>).
- M.E. LAUROBA LACASA, “Panorama de derechos reales en los Estados miembros de la UE: Una transformación continua y discreta”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 17-52.
- S. LAVAL, “Perspectives internationales de la réforme du droit français des sûretés”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 247-256.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Soberanía estatal, inmuebles transfronterizos y litigación internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1052-1066 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8960/6845>).
- L. LUSZNAT, “Causal and Abstract Systems for the Transfer of Corporeal Movable Property – The (Un-) Importance of the Distinction in Light of Other Legal Mechanisms to Protect Transferees in Good Faith”, *European Property Law Journal*, 12, 2, 2024, pp. 280-300.
- T. LYUBARSKAYA/G. SHASHERO, “Property”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 105-118.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La aplicación de la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, a las garantías hipotecarias en España sujetas a préstamos extranjeros”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 197-209 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/381>).
- D. MARÍN CONSARNAU, “Rights in rem and property disputes in family relationships”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 381-400 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/389>).
- R. MIQUEL SALA, “Bienes culturales en Derecho interregional español”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 599-630 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/373>).
- H. MUIR WATT, “La restitution internationale d’œuvres d’art spoliées”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 703-716.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La necesaria protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural en Derecho internacional privado español: Especial atención al caso *Cassirer*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1186-1216 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8969/6852>).
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Alternative solutions to *lex rei sitae* as the law applicable to real estate in border areas”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 527-540 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/384>).

- I. OTABOR-OLUBOR, “From red tape to red carpet: the Unidroit Cape Town Convention and MAC Protocol’s Adventure in Africa”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 379-411.
- G. PALAO MORENO, “Registros de la propiedad en línea y circulación transfronteriza de documentos digitales en la Unión Europea”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 633-653 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/375>).
- C. PARRA RODRÍGUEZ, “El tratamiento de los derechos reales mobiliarios ante los tribunales”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 349-365 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/364>).
- A. PATRÃO, “Choice of law in land security rights – an impossible solution?”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 443-468 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/393>).
- M. PERTEGÁS SENDER, “International property law and territorially”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 221-236.
- I. PRETELLI, “Apparent conflicts in the characterisation of cross-border transfers of rights *in rem* and concealed substantive connecting factors for jurisdiction over immovable assets”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 291-311 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/378>).
- E. PSYCHOGIOPOULOU/S. SCHOENMAEKERS, *European Union Economic Law and Culture: Towards a European Culturally Corrected Market Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. RIAZANTSEV, “Non-compensable regulation and regulatory expropriation: where is the line?”, *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 205-232.
- L. ROBB/L. BELLAMY, “Are digital blockchain assets property?: Australian property law and technology regulation”, *Monash University Law Review*, 50, 1, 2024, pp. 157-187.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “La adquisición de obras de arte en subastas: aspectos de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1285-1298 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8975/6844>).
- E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La restitución del oro de Crimea: del conflicto geopolítico al conflicto de leyes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1299-1310 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8976/6839>).
- C. ROSE, “The Progressive Development of International Law on the Return of Stolen Assets: Mapping the Paths Forward”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 701-726 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae042>).
- J. RUMSTADT, *Dinglichkeit im europäischen Kollisionsrecht: Anwendungsbereich für ein vereinheitlichtes internationales “Sachenrecht”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. SANGER, “The Cape Town Convention and Private Enforcement of Property Rights in Public International Law”, *Cape Town Convention Journal*, 9, 1, 2024, pp. 18-35.
- H. SCHACK, *Kunst und Recht: Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- J. SCHENK, “Drafting an EU choice-of-law rule for property rights in means of transport: Something old, something new”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 491-507 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/361>).

- E. SCHICK/S. NOYER, “Eigentumserwerb nach Vertragsstatut? Eine kritische Bestandsaufnahme des geltenden französischen internationalen Sachenrechts im Lichte des Gesetzentwurfs 2022”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 160-166.
- Á. SERRANO DE NICOLÁS, “Derechos reales y aspectos de delimitación ‘ratione materiae’ desde la perspectiva notarial de los reglamentos de la UE de DIPR: Cuestiones de derechos reales o personales”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 105-132.
- Á. SERRANO DE NICOLÁS, “Los derechos reales en los Derechos civiles coexistentes en España”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 211-238 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/371>).
- C.L. SIMMONS, “The Final Frontier: Creditors’ Recovery of Assets in Outer Space”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 10, 2024, pp. 22-51.
- H. SIMÓN MORENO, “Rights in rem In Europe: A Comparative Perspective”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 59-87 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/380>).
- O. SPINEANU MATEL, “Contrato que tiene por objeto la cesión del uso de corta duración de un bungalow situado en un complejo vacacional celebrado entre un particular y un profesional del turismo que explota dicho complejo: TJ, Sala Cuarta, S 16 Nov. 2023. Asunto C-497/22: EM vs. Roompot Service BV”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- M. STANIVUKOVIC, “Property Rights of Individuals after Changes of Territorial Sovereignty”, *Recueil des cours*, tome 441, 2024, pp. 9-351.
- T. SZABADOS, “Internationalprivatrechtliche Aspekte der Restitution von Kulturgütern”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Koloniale Kontinuitäten im internationalen Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2024, pp. 293-318.
- T. TAJTI (THAYTHY), “The efficient enforcement challenge of secured transactions law reforms in civil law systems - self-help repossession, strict foreclosure, and other methods for the acceleration of enforcement of security interests”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 139-188.
- K. TAKAHASHI, “Conflict of Laws in the Proprietary Restitution of Blockchain-based Crypto-Assets”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 38-47.
- B. VAN HOUTERT, “An EU conflict-of-laws approach to proprietary aspects of intellectual property rights”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 509-525 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/363>).
- L. VAN VLIET/J. VAN DER WEIDE, “Die Krim-Schätze”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 113-124.
- I. VIVAS TESÓN, “El senior cohousing como solución habitacional y existencial: de Dinamarca a España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1498-1508 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8989/6801>).
- L.A. WHITLEY, “How Secure Are Cannabis Creditors?”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 9, 2024, pp. 34-59.
- C.A. WHYTOCK, “Choice of law for property issues: The third Restatement’s approach in comparative perspective”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 89-112 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/376>).
- N. ZAMBRANA TÉVAR, “Bienes culturales e ‘interest analysis’: Una victoria para España ante los tribunales de California (Cassirer v Thyssen-Bornemisza Collection Fund)”, *Cuadernos de Derecho*

Transnacional CDT, 16, 1, 2024, pp. 962-972 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8459/6549>).

Propiedad intelectual e industrial

- M. ABOY/A. LATH/T. MINNSEN/K. LIDDELL, “The sufficiency of disclosure of AI inventions”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 834-840 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae063>).
- T.A. ADEKOLA, *Regional Cooperation, Intellectual Property Law and Access to Medicines: A Holistic Approach for Least Developed Countries*, Abingdon, Oxon (UK), New York, NY, Routledge, 2024.
- O. AJANI OLATUNJI, “Regional Approach to Boosting Local Pharmaceutical Manufacturing Capacity: A Critique of the East African Community Pharmaceutical Manufacturing Plan of Action”, *GRUR International*, 73, 11, November 2024, pp. 1036-1049 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae131>).
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Reutilización de productos textiles vs. infracción de un derecho de marca. Estrategias materiales y de litigación transfronteriza”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 46-94 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8414/6487>).
- A. ARORA ET AL., “When does patent protection spur cumulative research within firms?”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 694-728.
- N. ASLANI, *Hashtags and Trade Marks: A Comparative Legal Approach*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- S. ATILLA, “Dealing with AI-generated works: lessons from the CDPA section 9(3)”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 1, January 2024, pp. 43-54 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad102>).
- R.M. BALLARDINI/R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN/T. NOKELAINEN, “Legal incentives for innovations in the emotional AI domain: a carrot and stick approach?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 658-667 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae041>).
- A. BARIS, “AI covers: legal notes on audio mining and voice cloning”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 571-576 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae029>).
- M. BARTELS, “A Balancing Act: Data Protection Compliance of Artificial Intelligence”, *GRUR International*, 73, 6, June 2024, pp. 526-537.
- P.H.D. BATISTA, “The WIPO IGC Chair’s Draft on IP and Genetic Resources—Reasons for concern”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 328–336 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae015>).
- D. BELDIMAN (ED.), *Design Law: Global Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- C. BENINI, “Limiti della giurisdizione italiana rispetto ad azioni relative ad un disegno internazionale: Nota all’ordinanza n. 13504/2023 della Corte di Cassazione italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 671-683 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8441/6505>).
- N. BINCTIN/C.A. NARD, “Brexit and the Legal Legitimacy of the Unitary Patent Court”, *GRUR International*, 73, 3, March 2024, pp. 191-197.
- R. BINDER/T. VESTING (HRSG.), *Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht: Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*, 5ª ed., München, C. H. Beck, 2024.
- M. BLAKENEY, *The Protection of Geographical Indications: Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- E. BONADIO/M. CONTARDI/N. LUCCHI, “Geographical Indications Between the Old World and the New World, and the Impact of Migration”, *GRUR International*, 73, 1, January 2024, pp. 3-17 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad122>).

- O. BORGOGNO/G. COLANGELO, “European Commission’s Draft Regulation on SEPs: An IP Finance Assessment”, *GRUR International*, 73, 11, November 2024, pp. 1067-1070.
- L. BRANCUSI, “A multi-perspective view on visibility in EU design law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 648-657.
- L. CABALLERO TRENADO, “Derecho de la competencia y propiedad intelectual. La protección de los derechos autorales justifica restricciones a la libre prestación de servicios: STJ marzo 2024, as. C-10/22: Liberi editori e autori y Jamendo”, *La Ley Unión Europea*, nº 125, 2024.
- S. CHAEN, “Cross-Border Trade Secret Infringement and Private International Law”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (Eds.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 84-92.
- T. CHARMEIL, “Enforceability of trade mark rights in Metaverse: where virtual worlds meet legal realities”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 860-873.
- D.D. CHIAMPI OHLY, “Trademark Protection Versus Parodic Use in Commerce: A Comparative Analysis of the US Approach Post *Jack Daniel’s Properties v. VIP Products* and the German Likelihood of Confusion Analysis”, *GRUR International*, 73, 3, March 2024, pp. 198-209.
- G. CIFRODELLI, “Can you patent the sun? Towards a sui generis inclusive right to manage the relationship between intellectual property and Commons”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 705-716 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae044>).
- C. COELLO MARTÍN/F. GONZÁLEZ BOTIJA, “A vueltas con el concepto de explotación vitícola y la protección de las indicaciones de calidad vitivinícola (STJ 5ª 23 noviembre 2023, as. C-354/22, Weingut A y Land Rheinland-Pfalz)”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- G. COLANGELO/E. PIERUCCI, “Patent law and economics: open issues in technology standards”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (Eds.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 483-496.
- T. COOK/BIRD & BIRD, “Round-up of English patent litigation 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 318-327.
- J. COSTEIRA, “McDonald’s pierde la marca de la Unión Europea Big Mac para designar productos de aves de corral: TG, Sala Sexta, S 5 Jun. 2024. Asunto T-58/23: Supermac’s/EUIPO — McDonald’s International Property (BIG MAC)”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- G. CUI/X. WANG, “Commentary on the Latest Revisions to the Detailed Rules for the Implementation of the Chinese Patent Law”, *GRUR International*, 73, 6, June 2024, pp. 538-549.
- M.-J. CURRIE/S. TORRES/J. EVELEIGH/M. KLEYN, “The interplay between antitrust law and intellectual property law in South Africa: a critical analysis of the OECD Recommendation on intellectual property rights and competition”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 551-556.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El ámbito de aplicación y los beneficiarios de la legislación de propiedad intelectual tras la sentencia *Kwantum* STJ 24 octubre 2024, as. C-227/23: *Kwantum Nederland y Kwantum België*”, *La Ley Unión Europea*, nº 131, 2024.
- E. DERCLAYE, “Is Copyright Harmonisation in the EU Achieved in Practice and If Not, What Can We Do About It?”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 605-606.
- E. DE ROSIA/J. EGBERT/T. LEE, “Triangulating the Likelihood of Confusion: Linguistics and Consumer Surveys”, *Brigham Young University Law Review*, 50, 1, 2024, pp. 1-47.
- I. DIMITRAKOPOULOS, “Divergences in the recent case-law of the General Court of the European Union in the field of IP”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 483-492 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae043>).
- P. DINEV, “Patenting artificial intelligence: the High Court’s decision in *Emotional Perception*”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 287-290.
- G. DORE/G. PRIORA, “The Spectre of Re-Fencing Off the Public Domain: Italian Copyright and Cultural Heritage Legal Scenarios”, *GRUR International*, 73, 11, November 2024, pp. 1050-1066.
- G. DORE/P. TURAN, “Correction to: When Copyright Meets Digital Cultural Heritage: Picturing an EU Right to Culture in Freedom of Panorama and Reproduction of Public Domain Art”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2024-04, 55, 4, pp. 668-669.

- T.W. DORNIS/S. STOBER, *Urheberrecht und Training generativer KI-Modelle: technologische und juristische Grundlagen*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- F. DOS SANTOS, *Innovation in Africa: Levelling the Playing Field to Promote Technology Transfer*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- J. DREXL, “Responses of Intellectual Property and Competition Law to the Challenges of Climate Change”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 715-716.
- J. DREXL/D. HARHOFF/B. CONDE GALLEGO/P.R. SLOWINSKI, “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 6 February 2024 on the Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Standard Essential Patents”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 647-665 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae058>).
- I. DUHANIC, “The Artistic Use Defence in Trademark Dilution Cases – *Hermès*’ Legal Setback in Its Attempt to Prevent Others from Using Its Iconic Birkin Handbag”, *GRUR International*, 73, 5, May 2024, pp. 421-427.
- G. EFFRAIMIDIS/D. WERNER/K. BOUSHIE, “Determination of FRAND royalty rates: an examination of prominent SEP cases”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 1, January 2024, pp. 64-75.
- P. EL KHOURY, “Unfair competition in the Arab world: a remedy completing IP limits?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 2, February 2024, pp. 162-169.
- I. ERDEM ARI, “Blockchain as a database—proposal for a new test for the criterion of ‘independence’ in the legal definition of a database for the purposes of copyright and the sui generis right”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 521-540 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae034>).
- M. FAFET, “Introducing a droit de suite through NFTs in Japan: legal hurdles”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 908-916 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae087>).
- A. FERGUSON, “Trade secrets at risk - the protection against expropriation of a trade secret”, *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 337-374.
- M. FERRANTE, “Round-up of China trade marks in 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 303-309.
- M. FERRANTE, “Punitive damages under the Chinese Civil Code in the context of damages for trade mark infringement: the award that dares to speak its name”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 623-628.
- M. FILLER, “The devil is in the divisional: an analysis of divisional patents, deadlines, declarations and suggestions for future practice”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 725-733 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae046>).
- A. FOLLIARD-MONGUIRAL/D. ROGERS, “Round-up of European Union trade marks in 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 291-302.
- J. FRITZ, “The notion of ‘authorship’ under EU law—who can be an author and what makes one an author? An analysis of the legislative framework and case law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 552-556 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae022>).
- G. GABRIEL-PIZARRO, “Mirroring the American Bankruptcy Code? IP Licences in the European Insolvency Harmonisation Project”, *GRUR International*, 73, 2, February 2024, pp. 128-138.
- G. GABRIEL-PIZARRO, “El impacto de la calificación en el tratamiento de las licencias sobre propiedad intelectual e industrial en los procedimientos de insolvencia europeos”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 157-196.
- M. GALEA, “Inspiration or infringement? Social media ‘viral’ trends: a case study on TikTok”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 541-546 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae038>).
- P. GANEA, “A Detailed Examination of China’s Amended Patent Act Implementing Regulations and Patent Examination Guidelines”, *GRUR International*, 73, 10, October 2024, pp. 928-947.
- Á. GARCÍA VIDAL, “La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*,

- 16, 2, 2024, pp. 699-711 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8938/6876>).
- C. GEIGER/B.J. JÜTTE, “Copyright as an Access Right: Concretizing Positive Obligations for Rightholders to Ensure the Exercise of User Rights”, *GRUR International*, 73, 11, November 2024, pp. 1019-1035 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae130>).
- S. GEIREGAT, “Trading Repaired and Refurbished Goods: How Sustainable is EU Exhaustion of Trade Marks?”, *GRUR International*, 73, 4, April 2024, pp. 287-298 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad124>).
- G. GHIDINI/R. PISELLI, “A Regulatory Governance Perspective on IP and Access to Medicines – A Fresh Look Into the TRIPS Agreement”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 817-823.
- C. GOMMERS/W. LEPPINK/M. SCHNEIDER, “Round-up of European enforcement case law 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 467-475.
- A. GUADAMUZ, “A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs”, *GRUR International*, 73, 2, February 2024, pp. 111-127 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad140>).
- H. HAMANN, “Nutzungsvorbehalte für KI-Training in der Rechtsgeschäftslehre der Maschinenkommunikation”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 2, 2024, pp. 113-168 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/nutzungsvorbehalte-fuer-ki-training-in-der-rechtsgeschaeftslehre-der-maschinenkommunikation-101628zge-2024-0012/>).
- S. HARIDI/V. DADWAL, “The Protection of Intangible Property during Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, Pages 227-239.
- H. HÄRKÖNEN, “Fashion and Authors’ Moral Rights”, *GRUR International*, 73, 5, May 2024, pp. 406-420 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae050>).
- H. HARTWIG, “Germany: the House of Birkenstock—rise and fall under copyright law?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 770-778.
- H. HARTWIG/O. NILGEN, “Comments of the GRUR Committee for Design Law on the Request for a Preliminary Ruling in Case C-211/24 – LEGO A/S v. Pozitív Energiaforrás Kft”, *GRUR International*, 73, 12, December 2024, pp. 1150-1156.
- T. HE, “AI Originality Revisited: Can We Prompt Copyright over AI-Generated Pictures?”, *GRUR International*, 73, 4, April 2024, pp. 299-307.
- C. HEINZE, “Verteilungsfragen im Weltgesundheitssystem aus der Perspektive des Privatrechts — Der Zugang zu patentgeschützten Arzneimitteln nach dem TRIPS-Übereinkommen als Ausdruck kolonialer Kontinuitäten?”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Koloniale Kontinuitäten im internationalen Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2024, pp. 215-243.
- D. HELLER/L. LEITZINGER/U. WALZ, “Intellectual Property as Business Loan Collateral: A Taxonomy of Institutional and Economic Determinants”, *GRUR International*, 73, 5, May 2024, pp. 379-392 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae043>).
- U. HILDEBRANDT, *Trade Mark Law in Europe*, 4^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- F. HOFMANN/B. RAUE, “Injunctions and damages for patent infringement under the UPCA in light of the principle of proportionality—Part I: injunctions”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 577-589.
- F. HOFMANN/B. RAUE, “Injunctions and damages for patent infringement under the UPCA in light of the principle of proportionality—Part II: damages”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 668-676.
- F. HOFFMANN ET AL., “Opinion of GRUR on the European Commission’s Proposal for a Regulation on Standard-Essential Patents (COM (2023) 232)”, *GRUR International*, 73, 1, January 2024, pp. 45-59.
- J. HOWELLS/R.D. KATZNELSON, “Freedom to Operate analysis as competitive necessity—the Selden automobile patent case revisited”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 493-507 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae018>).

- G.J.H. HUANG/S. HUANG, “Navigating Inventiveness Assessment in Taiwan: Insights from Recent Court Decisions”, *GRUR International*, 73, 12, December 2024, pp. 1157-1166.
- J. HUANG, “The rise of data property rights in China: how does it compare with the EU data act and what does it mean for digital trade with China?”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 462-479 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae032>).
- G. HUMPHREYS/N. MALOVIC/S. MARTIN, “Round-up of non-traditional EU trade mark decisions 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 393-406.
- V. IAIA, “Eco-Patents at the Crossroads Between Technological Neutrality and Environmental Sensitivity”, *GRUR International*, 73, 4, April 2024, pp. 308-322.
- M. ILESIC, “Indicación de la explotación vitícola que lleva a cabo la vinificación en el caso de arrendamiento de viñedos y del lagar en otra explotación vitícola: TJ, Sala Quinta, S 23 Nov. 2023. Asunto: C-354/22: Weingut A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- S. JACQUES/M. FLYNN, “Protecting Human Creativity in AI-Generated Music with the Introduction of an AI-Royalty Fund”, *GRUR International*, 73, 12, December 2024, pp. 1137-1149 (disponible en <https://doi.org/10.1093/grurint/ikae134>).
- R. JANAL, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Immaterialgüterrecht in den Jahren 2022 und 2023”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 165-175.
- G. JENKINS, “Creative reuse and artistic communication on platforms”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 1, 2024, pp. 4-37 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/creative-reuse-and-artistic-communication-on-platforms-101628zge-2024-0003/>).
- D. JONGSMA, “Modalities of Fundamental Rights balancing in EU copyright law: understanding the use and abuse of the EU Charter and the concept of ‘fair balance’”, *European Law Review*, 49, 2024, pp. 256-275.
- K. KAESLING, “Einheit und die Vielfalt der Rechtsquellen des EU-Patents”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 3, 2024, pp. 330-386 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/einheit-und-die-vielfalt-der-rechtsquellen-des-eu-patents-101628zge-2024-0020/>).
- J. KALPOKIENĖ, Law, *Human Creativity and Generative Artificial Intelligence: Regulatory Options*, Oxford, Taylor & Francis Group, 2024.
- O. KANEVSKAIA, “The saga of copyrighted standards: a perspective on access to regulation”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 330-348.
- R.K. KARIMABADY, “The Feasibility of Harmonizing International Copyright for the Music Industry”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 31, 1, 2024, pp. 157-182.
- E. KARIMOV, “Disclosure of Origin in European Biotechnology Patent Law: A Social Network Analysis Perspective”, *GRUR International*, 73, 6, June 2024, pp. 510-525.
- A. KATO, “COVID-19 and Compulsory Licensing”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 198-208.
- N. KESSLER/C. PALZER, “Separated, united or a bit of both? Infringement and validity at the Unified Patent Court”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 779-783.
- H. KIM, “Re-examining the compatibility of US fair use with Korean copyright law: challenges and suggestions for Korean fair use”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 677-689.
- D. KIM ET AL., “New Genomic Techniques and Intellectual Property Law: Challenges and Solutions for the Plant Breeding Sector – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition: Munich, 8 January 2024”, *GRUR International*, 73, 4, April 2024, pp. 323-339 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae017>).
- O. KOKOULINA, “On FRAND as a Means of Information Access”, *GRUR International*, 73, 5, May 2024, pp. 393-405.
- J. KOO, “The EU Right of Communication to the Public: From Liability to Responsibility”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55, 9, 2024, pp. 1414-1436.

- A. KYRYLENKO, “Of Geographical Indications and Wars: What the Specifications Tell Us about the Impact of Military Conflicts on French Protected Designations of Origin”, *GRUR International*, 73, 3, March 2024, pp. 210-216.
- S. KLOPSCHINSKI/M.-R. MCGUIRE, *Research Handbook on Intellectual Property Rights and Arbitration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- N. KOUTRAS/N. SELVADURAI (EDS.), *Recreating Creativity, Reinventing Inventiveness: AI and Intellectual Property Law*, Abingdon, Routledge, 2024.
- J.C. LAI/R. GELDENHUYS/M. KHAJEH TABARI/M. SUMMERFIELD, “Female patent attorneys and movements around the profession: achieving non-gendered decision-making”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 596-617 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae040>).
- E. LASKOWSKA-LITAK, “When worlds collide: copyright law, technology, and legislative drama”, en B. BROŻEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 160-173.
- M. LASTIRI SANTIAGO, “Metaverse in the world of trademark law”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 390-406.
- C. LAWSON/F. HUMPHRIES/M. ROURKE, “Challenging the existing order of knowledge sharing governance with digital sequence information on genetic resources”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 337-357 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad129>).
- A. LAZARI, “La protección de los derechos digitales: Una cuestión identitaria europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 295-318 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8425/6523>).
- M. LEISTNER/S. BERNS, “The UPC CoA’s first substantive order—central issues clarified, but on a high level”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 764-769.
- G. LENARCZYK/T. MINNSEN/M. ABOY, “The nature, scope and validity of patent pledges”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 805-808 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae066>).
- D. LIEBENAU, “Bilderjurisprudenz und Urheberrecht”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 2, 2024, p. 169-211 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/bilderjurisprudenz-und-urheberrecht-101628zge-2024-0013/>).
- C. LIM SAW/S. ZHENG WEN CHAN, “The subsistence and enforcement of copyright and trade mark rights in the metaverse”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 371-384.
- J. LÓPEZ RICHART, “Público nuevo, viejos problemas: Reflexiones en torno al concepto de comunicación al público: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2024, as. C-135/23: Gesellschaft für musikalische Aufführungs-und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- I. LORENZO-REGO, “Towards patient welfare-centred pharmaceutical patents—a sustainable perspective”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 250-255.
- L. LUNDSTEDT, “The law applicable to the right of priority from a European perspective”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, pp. 364-390 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2377402#d1e124>).
- J. MAATZ, “Deanthropozentrierte Rechtssubjektivität”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 4, 2024, pp. 425-448 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/deanthropozentrierte-rechtssubjektivitaet-101628zge-2024-0026/>).
- H. MACDONALD, “Ownership and objectivity: Judging varieties for plant breeder’s rights in Australia”, *University of New South Wales Law Journal*, 47, 1, 2024, pp. 247-281.
- T.E. MACDONALD, “A Tale of two Tiktok Titans: Equitable Copyright in the Age of Social Media Platforms”, *Boston College Law Review*, 65, 6, 2024, pp. 2045-2083.
- C.R. MACEDO/D.P. GOLDBERG/T. HART/Y. XU, “Round-up of United States copyright cases 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 476-482.
- C.R. MACEDO/D.P. GOLDBERG/T. HART/J.ZIPPER, “LQO realigns US design patent law on obviousness with KSR”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 750-753.

- C.R. MACEDO/D.P. GOLDBERG/T. HART/J.ZIPPER, “US Supreme Court holds that copyright law’s discovery rule does not impose a 3-year limit on infringement damages”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 802-804.
- C.R. MACEDO/D.P. GOLDBERG/J. JACOBSON, “*Vidal v Elster*: US Supreme Court confirms constitutionality of Lanham Act prohibition on registration of trade marks comprising names of living people without their consent”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 798-801.
- M. MANTEGHI, “Overcoming Barriers to Text and Data Mining in the Era of ChatGPT: The Proposed Data Act as a Game-Changer”, *GRUR International*, 73, 1, January 2024, pp. 34-44 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad098>).
- C. MARONERO/A. BICHLMAYR, “Flipping the paradigm of weak patent rights: from theories to evidence”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 256-277.
- T. MAST, “Platform Law as EU Law”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 607-616.
- A.-K. MAYRHOFER, “Die Haftung des Verwenders von KI-Systemen auf der ‘zweiten Stufe’”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 4, 2024, pp. 490-515 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/die-haftung-des-verwenders-von-ki-systemen-auf-der-zweiten-stufe-101628zge-2024-0028/>).
- D. MEALE, “Round-up of UK trade mark disputes 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 432-438.
- P. MEIER-BECK, “The Assessment of Patent Validity by the Unified Patent Court”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 666-676.
- A. METZGER/C. KUSCH, “Innovation Policy Beyond Patents: A Case Study on the Development of Climate-Friendly Fertilizers”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 742-750 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae075>).
- P. MEZEI/H. TRAVIS/A. POGÁCSÁS, *Harmonizing Intellectual Property Law for a Trans-Atlantic Knowledge Economy*, Boston, Brill, 2024.
- A. MOCANU, “Portfolios, pools and public intervention—IP strategies for a greener future?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 896-907.
- D. MOURA VICENTE, “Competência internacional em matéria de titularidade de direitos intelectuais”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 109-121.
- D. MOURA VICENTE, “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras: desenvolvimentos recentes”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 219-237.
- D. MOURA VICENTE, “Propriedade intelectual, conflitos de leis e princípio de coerência”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 239-253.
- M. MÜLLER, “Issues in patenting ‘artificial intelligence’ from an EPO perspective”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 234-249.
- V. MÜTTER, “Cross-checking the recitals: the exclusion of ‘the mere provision of physical facilities’ from the right of communication to the public in recent CJEU case law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 590-595 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae037>).
- M. MURAI, “The Current Situation of Japanese Copyright Law Regarding Internet Transmission of Library Materials – The Amendment to the Copyright Act in 2021”, *GRUR International*, 73, 10, October 2024, pp. 917-927.
- M. NAGATA, “International Aspects of Data Protection Law: A Private International Law Perspective”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 7-16.
- C.B. NCUBE, “Intellectual property norms in the polycrisis—(still) omnipresent, distracting, irrelevant?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 717-724.
- D. NEVEN/G. SIOTIS, “The judgment of the Court of Justice in Perindopril (Servier), case AT.39612: a comment on the KRKA licensing agreement”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 8, December 2024, pp. 557-561.

- C. OKORIE ET AL., “Round-up of IP decisions in Africa 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 310-317.
- D.O. ORIAKHOGBA/E.O. ERHAGBE, “The Copyright Amendment Bill: A New Vista for Fair Remuneration for South African Creators and Performers?”, *GRUR International*, 73, 10, October 2024, pp. 959-966.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Derechos subjetivos vs. intereses generales en la resolución de controversias económicas internacionales: el caso de las marcas y la salud pública”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 249-278.
- F. PERRON-WELCH, “Striking a balance between innovation and tradition in the global patent system”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 747-749 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae064>).
- A. PEUKERT, “Copyright in the Artificial Intelligence Act – A Primer”, *GRUR International*, 73, 6, June 2024, pp. 497-509.
- F. PRIEMEL, *Der internationale Schutz von Sendeunternehmen. Notwendigkeit und Ausgestaltung seiner Aktualisierung in einem WIPO Broadcasting Organizations Treaty*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- E. PSYCHOGIOPOULOU/S. SCHOENMAEKERS (EDS.), *European Union Economic Law and Culture: Towards a European Culturally Corrected Market Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- J. PUKAS, “Haftungszuweisung für Urheberrechtsverletzungen durch generative KI-Systeme”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 1, 2024, pp. 38-69 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/haftungszuweisung-fuer-urheberrechtsverletzungen-durch-generative-ki-systeme-101628zge-2024-0004/>).
- A. RAČKI MARINKOVIĆ, “Liability for AI-related IP infringements in the European Union”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 784-792.
- A. RAHMATIAN, “The Musical Work in Copyright Law”, *GRUR International*, 73, 1, January 2024, pp. 18-33 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad105>).
- M.A. RAPELA, “Protección de variedades vegetales e invenciones biotecnológicas: los desafíos para América Latina”, *Revist@ e-mercatoria*, 23, 2, 2024, pp. 3-65.
- C. SAPPÀ, *Research Handbook on Intellectual Property Rights and Inclusivity*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- D. SAXENA/C. FRISON, “A case for activating producers’ rights in discussions on conservation of biodiversity through Geographical Indications”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 639-647.
- Q.B. SCHÄFER, “Reconsidering the Limits of EU Competition Law on the IP-Competition Interface”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 3, April 2024, pp. 188-196 (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae021>).
- S.M. SCHENK, “Das Schutzhindernis der guten Sitten im gewerblichen Rechtsschutz”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 1, 2024, pp. 71-93 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/das-schutzhindernis-der-guten-sitten-im-gewerblichen-rechtsschutz-101628zge-2024-0005/>).
- L. SCHIRRU/A. ROCHA DE SOUZA/C. CHAMAS, “Building a Text and Data Mining Limitation: The Brazilian Case”, *GRUR International*, 73, 3, March 2024, pp. 217-222.
- J. SCHOVSBO (ED.), *Intellectual Property Rights in Times of Crisis*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. SENFTLEBEN, “Developing Defences for Fashion Upcycling in EU Trademark Law”, *GRUR International*, 73, 2, February 2024, pp. 99-110 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikad131>).
- A. SESING-WAGENPFEIL, “Trainierte KI-Modelle als Vervielfältigungsstücke im Sinne des Urheberrechts”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 2, 2024, pp. 212-268 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/trainierte-ki-modelle-als-vervielfaeltigungsstuecke-im-sinne-des-urheberrechts-101628zge-2024-0014/>).

- K. SHAKHBAZIAN, “The research of the sources of international and national legal regulation in the EU regarding the conclusion of agreements on the transfer of technologies and protection of intellectual property rights”, *Ukrainian Journal of International Law*, 2024, 2, pp. 7-12.
- S. SHISHA, “Commercializing Copyright”, *Boston College Law Review*, 65, 2, 2024, pp. 443-510.
- A. SHOEMAKER, “The case for a ‘Uniform Invention Assignment Agreement Act’ (UIAAA)”, *Cornell Law Review*, 109, 5, 2024, pp. 1259-1296.
- S. SIPETAS, “Authorship and re-equilibration of the dynamics in the fashion industry: can the DSM Directive be the leader of a new regime for designers?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 508-513 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae014>).
- J.L. SOHN/P.R. GUGLIUZZA, “Certifying Questions in Patent Cases”, *Iowa Law Review*, 109, 2, 2024, pp. 791-835.
- D. SONG, “Statute of limitations rules in patent infringement litigation in China”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, June 2024, pp. 521-540.
- G. SPEDICATO, “The Untapped Potential of Patent Law in Deterring Environmentally Unsustainable Innovation”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 751-762.
- M. STIEF, “Fingolimod—(no) injunction before patent grant”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 439-452.
- M. STIEF, “SPC manufacturing and stockpiling waiver—part 1”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 695-704.
- M. STIEF, “The European Research and Bolar Exemptions – Background, Status Quo and a Look at the Agreement on a Unified Patent Court (UPCA) and the EU Commission’s New Draft Directive for the Reform of Pharmaceutical Legislation”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 824-837.
- M. STIEF, “SPC Manufacturing and Stockpiling Waiver—part 2”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 10, October 2024, pp. 754-763.
- M. STIEF, “SPC squatting”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 841-846.
- M. STIEF/A. GELLER, “Does current legislation provide for adequate compensation in cases of unjustified preliminary injunctions? Originator–generic conflicts in the context of patent infringement proceedings”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 1, January 2024, pp. 7-17.
- M. SUTTERER, *Das Kollisionsrecht der kollektiven Rechtswahrnehmung*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- M. SUZUKI, “Intellectual Property and National Security”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 125-138.
- A. SVETLICINI/F. XIE, “The anti-suit injunctions in patent litigation in China: what role for judicial self-restraint?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 9, September 2024, pp. 734-742.
- A. SZTOLDMAN, “Procedural autonomy of national courts acting as EU trade mark courts—how far can the effectiveness of unitary character of EUTMs be ensured?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9, 4, April 2024, pp. 281-287 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad126>).
- S. TEILMANN-LOCK/V. PRIYA KOHLI, “‘Take the Money and Run’: if there is copyright there is art (in Denmark)?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 390-392.
- THE BIRD & BIRD IP TEAM, “Round-up of national decisions on online intermediaries and platforms 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 206-216.
- THE BIRD & BIRD IP TEAM, “Round-up of national decisions on copyright protection of works of applied art 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 217-233.
- THE BIRD & BIRD IP TEAM, “Round-up of fashion-related IP decisions 2023”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 407-431.
- W. TILMANN, “‘Brexit and the Legal Legitimacy of the Unitary Patent Court’ – A Response”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 769-771.
- L. TOCHTERMANN, “35th Sharing Session – On SEPs – Standing Committee on the Law of Patents, WIPO, Geneva”, *GRUR International*, 73, 6, June 2024, pp. 550-552.

- T. TODORSKI, “The concept of ‘due cause’ and its role in safeguarding fundamental rights under EU trade mark law: how should the CJEU rule in *IKEA, C-298/23?*”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 11, November 2024, pp. 809-820 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae071>).
- P.L.C. TORREMANS, *Intellectual property and private international law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2024.
- P. TREACY, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- K. TYAGI, “Copyright, text & data mining and the innovation dimension of generative AI”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 557-570 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae028>).
- H. ULLRICH, “Die Schattenseite des Einheitspatents”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 3, 2024, pp. 293-329 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/die-schattenseite-des-einheitspatents-101628zge-2024-0019/>).
- E.G. VALK, “The CJEU’s Unintelligible Impairment of the Financial Health of EU Performers: Ever-Increasing Suspense in Neighbouring Rights”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 850-857 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae077>).
- L. VALTERE, “The Interface Between Patents and Regulatory Exclusivities and the View on the New EU Proposals Concerning Patent Compulsory Licensing and Regulatory Exclusivities”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 617-630.
- L. VAN DYCKE, “Why Patents on Climate Technologies Must Be Cut Short”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 717-741.
- B. VAN HOUTERT, “An EU conflict-of-laws approach to proprietary aspects of intellectual property rights”, en M. FONT I MAS (Ed.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 509-525 (texto disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/363>).
- M. VÁSQUEZ CALLO-MÜLLER/D.F. ORTEGA SANABRIA/A. MATSUNO REMIGIO, “The WIPO Treaty on Intellectual Property, Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge: Situating a Landmark Development in International Intellectual Property Governance”, *GRUR International*, 73, 12, December 2024, pp. 1128-1136.
- O. VRINS, *Regulation (EU) N° 608/2013 Concerning Customs Enforcement of Intellectual Property Rights*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- Q. WANG, “Creation Is Not Like a Box of Chocolates: Why Is the First Judgment Recognizing Copyrightability of AI-Generated Content Wrong?”, *GRUR International*, 73, 8, August 2024, pp. 772-777.
- T. WEN, “Beijing Internet Court recognizes copyright in AI-generated image”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 3, March 2024, pp. 250-255.
- O. WOZNICA, “Control or Compensation: Distorted Narrative and Aftermath of Article 17 CDSM”, *GRUR International*, 73, 7, July 2024, pp. 631-646 (<https://doi.org/10.1093/grurint/ikae076>).
- G. WÜRTEMBERGER/S. FREISCHEM, “GRUR Taskforce IGC: The WIPO Draft International Legal Instrument Relating to Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources – Overview and Analysis”, *GRUR International*, 73, 2, February 2024, pp. 139-151.
- K. WUNNER, “Same Same But Different: Dreifache Schadensberechnung bei vertragswidriger Datennutzung?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE)*, 16, 4, 2024, pp. 449-488 (<https://www.mohrsiebeck.com/artikel/same-same-but-different-dreifache-schadensberechnung-bei-vertragswidriger-datennutzung-101628zge-2024-0027/>).
- J. WYCZIK, “The rise of the metaverse: tethering effect and intellectual property of crypto tokens”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 358-370 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad124>).
- J. YUVARAJ, “‘It’s Me, Hi, I’m The Problem, It’s Me’: Re-recording as an alternative to statutory copyright reversion”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 884-895 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae091>).

- H. ZHANG/Y. LI, “Opt-Out Implied Licenses in Copyright Law: From Search Engines to GPAI Models”, *GRUR International*, 73, 9, September 2024, pp. 838-849.
- G.M. ZIAJA, “The text and data mining opt-out in Article 4(3) CDSMD: Adequate veto right for rightholders or a suffocating blanket for European artificial intelligence innovations?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 5, May 2024, pp. 453-459 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae025>).
- I. ZIEMELE, “Comunicación al público: Puesta a disposición en pisos de televisores equipados con una antena de interior que permite la captación de señales y la difusión de emisiones: TS, Sala Primera, S 20 Jun. 2024. Asunto C-135/23: Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024,
- P. ZURTH, “Anmerkung zu EuGH v. 23.11.2023 – C-260/22 – Seven.One Entertainment Group GmbH ./ Corint Media GmbH”, *GPR*, 21, 3, 2024, pp. 123-126.

Obligaciones extracontractuales

- H. ABRAHAM, *Tort liability in warfare: States wrongs and civilians rights*, Oxford, Oxford University Press, 2024 (disponible en <https://academic.oup.com/book/58871?login=false>).
- M. ALBA FERNÁNDEZ, “Nuevo hito en el caso *Prestige*: Nota sobre la sentencia de la *High Court of Justice (Commercial Court)* de 6 de octubre de 2023 en el litigio entre el *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited* y el Reino de España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 656-670 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8440/6504>).
- B.L. ALDERMAN/R.D. BLAIR, “The antitrust victims of monopsony”, *Journal of antitrust enforcement*, 12, 1, 2024-03, pp. 29-44.
- H. AMBERGER ET AL. (HRSG.), *Nachhaltigkeit: Wiener Bilanzrechtstage 2024*, Wien, Linde, 2024.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La saga dieselgate: nuevos actores, mismos problemas: Sentencia del Tribunal de Justicia 9ª 22 febrero 2024, asunto C-81/23, MA v FCA Italy SpA and FPT Industrial SpA”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- E. ARISTOVA, *Tort litigation against transnational corporations: the challenge of jurisdiction in English courts*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- E. ARISTOVA/C. HIGHAM/I. HIGHAM/J. SETZER, “Corporate Climate Change Responsibilities under the Oecd Guidelines for Multinational Enterprises”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 2, 2024, pp. 505-525 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FD5CDB9F4E0BD3143EB4CD5E24142B2C/S0020589324000125a.pdf/corporate_climate_change_responsibilities_under_the_oecd_guidelines_for_multinational_enterprises.pdf).
- E. ASSENZA, “Del Derecho internacional ‘blando’ al Derecho nacional: los principios rectores en la legislación nacional obligatoria sobre diligencia debida en materia de derechos humanos”, pp. 65-96 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/95/139>).
- J. BASEDOW, “Von Lieferketten, Kinderarbeit und Standesämtern – Gedanken zu europäischer Moral und globaler Realität”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 761-773.
- J. BASEDOW, “Le principe européen d’effectivité dans les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles”, en S. BRACONNIER/P.-Y. GAUTIER/G. DEMME (EDS.), *Mélanges offerts à Louis Vogel. La vie du droit*, Paris, LGDJ, 2024, pp. 377-387.
- T. BAUERMEISTER, “Menschenrechte und Umweltschutz durch die Hintertür? Die internationalprivatrechtliche Dimension des Schadensersatzanspruchs im Richtlinienvorschlag zur Corporate Sustainability Due Diligence”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 135-152.

- U. BELINTXON MARTIN, “Derecho del transporte internacional por carretera, nuevas tecnologías e inteligencia artificial: desafíos e incertezas en el siglo de la especialización”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 73-106.
- F. BERNER, “Die Eingriffskondiktion im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 471-478.
- A. BERTOLINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: problema, sistema, funzioni*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2024.
- A. BONOMI, “The Law Applicable to the Violation of Personality Rights – Time to Fill the Gap?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 391-405.
- O. BOSKOVIC, “Extraterritoriality and the proposed directive on corporate sustainability due diligence, a recap”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 117-128.
- M. BOUCARON-NARDETTO, “‘Zéro déforestation’: protéger les forêts sous pression: Un exemple d’intégration par le droit des limites planétaires par la réglementation des chaînes de valeur mondiales”, *Journal du droit international*, 151, 4, 2024, pp. 1279-1302.
- M. BOUCARON-NARDETTO, “Une nouvelle ambition européenne: exclure les produits issus de la ‘déforestation importée’ des chaînes de valeur mondiales”, *Revue internationale de droit économique*, 38, 1, 2024, pp. 23-47.
- L. BRILMAYER, “Abortion, Full Faith and Credit, and the ‘Judicial Power’ under Article III: Does Article IV of the U.S. Constitution Require Sister-States Enforcement of Anti-Abortion Damages Awards?”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 44, 3, 2024, pp. 441-499.
- B. BRUNK, “Zivilrechtliche Haftung nach Art. 29 der europäischen Lieferkettenrichtlinie (CSDDD)”, *CRZ – Zeitschrift für Corporate Responsibility & Recht in der Lieferkette*, 2024, pp. 130-138.
- A. BUSER, “Exercising Planetary Jurisdiction: On the Legality and Legitimacy of Unilaterally Mitigating Planetary Ecological Footprints”, *European Journal of International Law*, 35, 4, November 2024, pp. 897-927.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Lesión de derechos de la personalidad en internet y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 161-185 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8907/6863>).
- T. CALVANI/R. JONES, “Why do countries with criminal antitrust sanctions fail to incarcerate price fixers?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12, 3, 2024, pp. 438-478.
- M.V. CAMARERO SUÁREZ, “La defensa de las creencias de grupos vulnerables en el ámbito de las empresas y los derechos humanos”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 123-143 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/233/374>).
- L. CARBALLO PIÑEIRO, “Environmental Litigation in the European Union: All Quiet on the Western Front?”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 129-146.
- P. CARO DE SOUSA, *The private enforcement of competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- L.F. CARRILLO POZO, “La lucha contra el trabajo forzoso en la UE”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 87-121 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/232/372>).
- S. CASSELLA, *Global Risks and International Law: The Case of Climate Change and Pandemics*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2024.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El impacto de la Ley de Inteligencia Artificial en la regulación europea sobre drones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 330-377 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8915/6882>).
- A. CEROFOLINI, “El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas?”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 2, enero 2024, pp. 97-128 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/96/141>).

- B.C. CHEONG, “The doctrine of corporate conscience: navigating the labyrinth of ESG litigation in the quest for sustainability and justice”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 352-361.
- E.M. COBURN, “Supply-chain wage theft as unfair method of competition”, *The Yale Law Journal*, 134, 2, pp. 615-695.
- I. CÓRDOBA MOCHALES, “¿Se necesitan medidas contra el ecopostureo en el mercado asegurador? Análisis de la ‘response to ESAS call for evidence on greenwashing’ de Insurance Europe”, *Revista Española de Seguros*, nº 199, 2024, pp. 547-586.
- C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- A. CRESPO HERNÁNDEZ, “El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 414-429 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8919/6885>).
- P. CSERNE, “Korreferat zu Dieter Schmidtchen”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 175-190.
- E. DACORONIA, “Contractual Liability and Compensation for Moral Harm”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 444-455 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8921/6889>).
- J. DALMASSO, *La réparation du dommage moral dans l'arbitrage international*, Paris La Défense, LGDJ, 2024.
- I. DAS, “Airline insolvencies and environmental concerns: a comparative legal perspective”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 44-63.
- A. DE FRANCESCHI, “Die Reform der außervertraglichen Haftung für Künstliche Intelligenz”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Künstliche Intelligenz - Zurechnung, Vertrag, Verantwortung: Ergebnisse der 38. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Tübingen - Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-116.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Determinación de la indemnización por daños derivados de infracciones del Reglamento General de Protección de Datos: STJ 3ª 11 abril 2024, asunto, C-741/21: juris”, *La Ley Unión Europea*, nº 125, 2024.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Límites a la licitud de los modelos de ‘consentimiento o pago’ en materia de datos personales”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 487-500 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8925/6803>).
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Minimización, licitud del tratamiento, categorías especiales y vías de tutela: novedades en materia de datos personales”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- N. DE SADELEER, “Politique climatique déficiente, droits fondamentaux et responsabilité civile des pouvoirs publics”, en P. NIHOUL (DIR.), *Droit de l'union et contentieux devant les juridictions nationales*, Liège, Anthemis, 2024, pp. 47-80.
- L. DETERMANN, *Determann's Field Guide to Artificial Intelligence Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- A. DICKINSON, “Damage”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 85-108.
- F. DÍEZ ESTELLA, “Una década de la Directiva 2014/104/UE, de acciones de daños *antitrust*, a través de las sentencias del TJUE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 539-551 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8929/6813>).
- C.M. DÍEZ SOTO, “Algunas reflexiones acerca de la respuesta jurisprudencial al *Dieselgate*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 552-570 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8930/6814>).

- Z. DIMOVIC, “Unrevealing the Nexus of AI, Data Protection, Electricity and Liability: Exploring the Influences on Tort Law within EU Private Law”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 211-250.
- S. DOMINELLI, “A New Legal Status for the Environment and Animals, and Private International Law: *Tertium Genus Non Datur?* Some Thoughts on (the Need for) Eco-Centric Approaches in Conflict of Laws”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, LX, 4, ottobre-dicembre 2024, pp. 1165-1183.
- C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “Leyes de policía en la contratación con sistemas de inteligencia artificial”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 107-129.
- J. DRECHSLER, “Deliktsrecht als Vehikel des Unionsprivatrechts: Mercedes-Benz Group (C-100/21)”, *EuZW*, 2024, 8, pp. 357-362.
- M. DUROVIC/E. KAPROU, “The New Concept of Digital Vulnerability and the European Rules on Unfair Commercial Practices”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 127-144.
- T. EGER, “Kritik der deliktsrechtlichen Haftung für Hilfspersonen in Deutschland - Einige Überlegungen aus ökonomischer Sicht”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 191-234.
- M. EHRL, *Der Ehrbare Kaufmann im globalen Wirtschaftsrecht: menschenrechts- und umweltbezogene Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen und ihrer Geschäftsleiter für ihre Lieferketten unter besonderer Berücksichtigung des LkSG*, München, C.H. Beck, 2024.
- Y. EL HAGE, “Cyberdélits: quel est le juge compétent pour ordonner une mesure géolocalisée? (Civ. 1re, 1er févr. 2023, n° 20-15.703, inédit)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 39-53.
- F. ESPOSITO, “Investigating Digital Vulnerability with Theories of Harms: A Methodological Proposal with Three Illustrations”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 53-88.
- A. FACCHINETTI, “Immunità dalle misure di esecuzione, Fondo di ristoro per le vittime del Terzo Reich e diritto di accesso alla giustizia davanti alla Corte Costituzionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 3, luglio-settembre 2024, pp. 810-831.
- D. FAIRGRIEVE/C. BUSCH/E. BÜYÜKSAGIS ET AL., “Product Liability and Online Marketplaces: Comparison and Reform”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 2, 2024, pp. 477-504 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/1CB76B1CD3951B6AF767A71E9BE5D032/S0020589324000046a.pdf/product_liability_and_online_marketplaces_comparison_and_reform.pdf).
- É. FARNOUX, “Compétence juridictionnelle européenne relative au manquement d’une banque à son obligation de vigilance: matérialisation du dommage sur le compte de réception des fonds - Civ. 1^{re}, 14 févr. 2024, n° 22-22.909”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 724-740.
- F. FARRINGTON/M. POESEN, “Applicable Law In Claims For Damage Arising Out Of Unsafe Working Conditions: The Case Of Begum V Maran” (December 19, 2024). University of Edinburgh School of Law | LSG Research Project Papers 2024.13-05 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5064144> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5064144>).
- M. FAURE, “Die *Shell*-Entscheidung der Rechtbank Den Haag vom 26. Mai 2021”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 319-348.
- F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- L. FEDLER, *Exemplary damages nach englischem Recht: historische Entwicklung und aktuelle Bedeutung*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- L. FEI, “A comparative study on public interest considerations in data scraping dispute”, *International Journal of Law in Context*, 20, 4, 2024, pp. 568-580.

- L. FEILER/N. FORGÓ, *KI-VO: EU-Verordnung über Künstliche Intelligenz: Kommentar*, Wien, Verlag Österreich, 2024.
- M. FELEPPA, “Tackling the environmental cost of digital technology: Some reflections on a soft law instrument on sustainability in contracts”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 426-433.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “¿Las normas sobre cuantificación de la indemnización pueden ser normas de policía del Reglamento Roma II? (STJ 5 de septiembre de 2024, asunto C-86/23 – *HUK-CO-BURG-Allgemeine Versicherung II*)”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 319-334.
- S. FLEERACKERS, “Hidden in Plain Sight? Corporate Strategic Litigation in the EU Emissions Trading System”, *German Law Journal*, 25, 6, 2024, pp. 873-892.
- C. FOSSATI, “Circolazione delle sentenze all’interno dell’Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 782-797 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8446/6511>).
- N. FRANK, “Überlegungen zu Best-Practices bei der Einbindung von Gerichtssachverständigen in Kartellschadensersatzverfahren – Erkenntnisse und Vorschläge”, *WuW*, 2024, 5, pp. 263-264.
- L.A. FRANZONI, “Efficient liability law when parties genuinely disagree”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 2, July 2024, pp. 416-433.
- W. FRENZ, “EGMR-Klimaurteil und EU-Umweltgesetzgebung: die EU-RenaturierungsVO”, *Natur + Recht*, 46, 6, 2024, pp. 361-366 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10357-024-4397-9>).
- T. FRIEHE/C. LAM PHAM, “Product liability and firm owners’ delegation to overconfident managers”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 3, November 2024, pp. 648-672.
- F. GALLARATI, “From Intergenerational Theory to Practice: The Rights of Present and Future Generations in Climate Litigation”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 149-170.
- M. GARA ET AL., “Anti-money-laundering oversight and banks’ reporting of suspicious transactions: some empirical evidence”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 40, 2, July 2024, pp. 434-469.
- L.H. GARBELLINI FILHO, “La lucha contra la trata de seres humanos en la cadena de valor: construyendo vías hacia nuevos marcos normativos sobre diligencia debida empresarial”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 2, enero 2024, pp. 129-174 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/97/143>).
- Á. GARCÍA VIDAL, “La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 699-711 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8938/6876>).
- R. GARNETT, “Foreign State Immunity and Harassment of Dissidents”, *Melbourne Journal of International Law*, 24, 2, 2024, pp. 284-306.
- A.M. GARRO, “La ‘Alien Tort Statute’ de los Estados Unidos: avances y retrocesos en la ‘responsabilidad social corporativa’ por violaciones al ‘derecho de gentes’”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 35-86 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/231/370>).
- M. GAVALEC, “Exención de la compensación a los pasajeros en caso de gran retraso o de cancelación de un vuelo por circunstancias extraordinarias: TJ, Sala Octava, S 13 junio 2024. Asunto C-385/23: *Finnair Oyj*”, *La Ley Unión Europea*, n.º 128, 2024.
- O. GÓMEZ FASANELLA/E. DE ESPAÑA VALENZUELA, “La odisea judicial entre London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited y el Reino de España: Una aventura legal que está lejos de concluir”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 798-805 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8447/6512>).
- N. GOÑI URRIZA, “La convivencia entre el Reglamento ‘Roma II’ y el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera en la práctica judicial española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 823-839 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8945/6819>).

- J. GRANGEON, *Le private enforcement en droit européen et américain de la concurrence : la contribution de l'action privée à la mise en oeuvre du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2024.
- M. GRASSI, "Attuazione delle sentenze della Corte EDU e tenuta del giudicato civile in Italia", *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 840-858 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8946/6822>).
- U. GRUŠIĆ, "The Law Governing United Kingdom Government Tort Liability in the 'War On Terror'", *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 1045-1060 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/87F69EC0B08952B3E0B33FB7B807AFCF/S0020589324000344a.pdf/law_governing_united_kingdom_government_tort_liability_in_the_war_on_terror.pdf).
- J. GUNDEL, "Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidungen nach der EU-Blocking-Verordnung – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 12.7.2023, Rs. T-8/21 (IFIC Holding AG/Kommission)", *Europarecht*, 59, 1, 2024, pp.76-86.
- S. HADROWICZ, "Natural Restitution in a Comparative Legal Perspective", *RebelsZ*, 88, 2, 2024, pp. 278-306 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/natural-restitution-in-a-comparative-legal-perspective-101628rebelsz-2024-0030/>).
- J. HARTMANN ET AL. (EDS.), *Civil regulation of autonomous unmanned aircraft systems in Europe*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- M. HEIDEMANN (ED.), *The transformation of private law - principles of contract and tort as European and international law: a liber amicorum for Mads Andenas*, Cham, Springer International, 2024.
- C. HEINICHEN, "Substantiierungslasten im Kartellschadensersatzprozess - Anmerkung zu BGH – Liefer Sperre, WUW1455754, in diesem Heft", *WuW*, 1, p. 30.
- C. HEINZE, "Künstliche Intelligenz und Internationales Privatrecht", en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 161-175.
- K. HELLBERT, *Produkthaftung bei nationalen und internationalen Verträgen*, Wien, facultas, 2024.
- N. HEUSEL/T. HILDEBRAND/A. MATTES, "Empirie schlägt Vermutung: Vorschläge für eine bessere Nutzung ökonomischer Gutachten in Kartellschadensersatzverfahren", *WuW*, 2024, 7-8, pp. 379-387.
- K. HOFFMEISTER ET AL., "The Dawn of Regulated AI: Analyzing the European AI Act and its Global Impact", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 2, 2024, pp. 182-212.
- K. HOFFMEISTER ET AL., "The Legal Significance of Trade and Sustainability Chapters in EU Free Trade Agreements", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 269-304.
- F. HOFMANN/B. RAUE, "Injunctions and damages for patent infringement under the UPCA in light of the principle of proportionality—Part I: injunctions", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 7, July 2024, pp. 577-589.
- F. HOFMANN/B. RAUE, "Injunctions and damages for patent infringement under the UPCA in light of the principle of proportionality—Part II: damages", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 8, August 2024, pp. 668-676.
- L. HONDL, "EuGH: Begriff des immateriellen Schadens der DSGVO", *Computer und Recht*, 2024-05, 40, 5, pp. 304-310.
- L. HORNKOHL, "Collective Actions for Competition Law Violations and DMA Infringements Following the Transposition of the Representative Action Directive (Germany)", *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 311-317 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae008>).
- L. HÜBNER, "Bestimmung des anwendbaren Rechts für Ansprüche gegen Hersteller im sog. Dieselskandal – zugleich ein Beitrag zur Qualifikation der Wissenszurechnung", *IPRax*, 2024, 3, pp. 173-183.
- M. HUNTER-HÉNIN, "La rencontre du droit international privé et du climat: réflexions de méthode au sujet des KlimaSeniorinnen", *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 665-676.
- L. ÍÑIGO ÁLVAREZ, "Conducta empresarial responsable en situaciones de conflicto armado: la noción de

- debida diligencia reforzada en materia de derechos humanos”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 2, enero 2024, pp. 29-45 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/93/135>).
- N. JÄÄSKINEN, “Robo de datos personales registrados en una aplicación de negociación con valores: TJ, Sala Tercera, 20 Jun. 2024. Asuntos. C-182/22 y C-189/22: JU, SO y Scalable Capital GmbH”, *La Ley Unión Europea*, n.º 129, 2024.
- J.H. JANS/H.H.B. VEDDER, *European environmental law: treaty based law*, 5ª ed., Zutphen, Europa Law Publishing, 2024.
- D. JISU LEE, “Sur une nouvelle action en responsabilité contre le Japon à propos de l’affaire des ‘femmes de réconfort’”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 603-606.
- R.M. KAMBLE, “Artificial intelligence and human rights”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 77-86.
- E. KARNER/D. MESSNER-KREUZBAUER (EDS.), *Fault-based and strict liability: Chinese and European perspectives*, Wien, Jan Sramek Verlag, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- H. KELLER/P. GANESAN, “The Use of Scientific Experts in Environmental Cases before the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 997-1021 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5B8B1E7E7CE23862DFA8DA6B26D453C2/S0020589324000356a.pdf/use_of_scientific_experts_in_environmental_cases_before_the_european_court_of_human_rights.pdf).
- C. KERSTING, “El plazo de prescripción de las acciones por daños y perjuicios derivadas de incumplimientos del Derecho de la competencia tras la Sentencia Heureka, Comentario a la STJUE de 18 de abril de 2024, Heureka C 605/21 ECLI:EU:C:2024:324”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1027-1040 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8958/6834>) (también como C. KERSTING, “Die Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen nach Heureka - Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urteil vom 18.04.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 – Heureka”, *WuW*, 2024, 9, pp. 455-462).
- E.-M. KIENINGER, “Zivilrechtliche Haftung als Eingriffsnorm nach der Sorgfaltspflichtenrichtlinie: *Tertium datur!*”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 807-819.
- E.-M. KIENINGER, “Der Green Deal und das Europäische Privatrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 4, pp. 731-737.
- J. KINDL, “Prospects for Concurrent Private Enforcement of the DMA and Article 102 TFEU”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 12.2, 2024, pp. 241-246.
- R. KIRSTEIN, “Korreferat zu Martin Monsch und Alexander Stremitzer”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 289-302.
- G. KLUMPE, “Zur prozessualen Behandlung wettbewerbsökonomischer Gutachten im Kartellschadensersatz”, *WuW*, 2024, 1, pp. 12-19.
- G. KLUMPE/J. PAHA, “Kartellschadensfeststellung und ökonomische Gutachten - Both sides of the story (Teil 1)”, *WuW*, 2024, 9, pp. 447-454.
- G. KLUMPE/J. PAHA, “Kartellschadensfeststellung und ökonomische Gutachten - Both sides of the story (Teil 2)”, *WuW*, 2024, 10, pp. 522-530.
- C. KÖNIG, “Europarechtliche Vorgaben für die Bestimmung der Höhe von Kartellschadensersatzansprüchen”, *WuW*, 2024, 6, pp. 306-312.
- H. KÖTZ, “Korreferat zu Thomas Eger”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 235-242.
- J. KOIVUSALO, “It ain’t over until it’s over: when do infringements of EU competition law end?”, *European Competition Journal*, 2024, 2, pp. 243-273.
- H. KOZIOL, “Hauptprobleme der Entwicklung eines europäischen Deliktsrechts”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1-48.

- M. KRAMME/E. PONHOLZER (HRSG.), *Nachhaltigkeit im Spiegel des Rechts*, Wien, Verlag Österreich, Heidelberg, C.F. Müller, 2024.
- K. KULOVESI/E. RECIO/Y. YAMINEVA (EDS.), *Reducing Emissions of Short-Lived Climate Pollutants: Perspectives on Law and Governance*, Leiden, Brill, 2024.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2024.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Lugar de materialización del daño en materia delictual o cuasidelictual al objeto de determinar el órgano jurisdiccional competente: STJ 9ª 22 febrero. 2024, asunto C-81/23, FCA Italy y FPT Industria”, *La Ley Unión Europea*, nº 125, 2024.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Convenio de La Haya de 1971 versus Reglamento Roma II (artículo 4): ¿atrapados en el tiempo? (nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3ª, núm. 442/2023 de 14 de septiembre)”, *REEI*, nº 47, junio 2024, pp. 485-491 (disponible en <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2829/2621>).
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Accidentes de tráfico transfronterizos y víctimas indirectas: derecho a la indemnización del daño moral y posible consideración de la lex fori como una ley de policía: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2024, asunto C-86/23, HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “¿Son superables los desafíos jurídicos que plantea la aplicación de la IA al sector de la automoción desde la perspectiva del Derecho internacional privado?”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 23-71.
- F.G. LAMBSDORFF/Y. MA, “Irreconcilability and the Role of the CJEU post-Brexit”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 844-859 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8449/6514>).
- H. LANDO, “Sollten Gerichte über Klimapolitik entscheiden? Eine kritische Perspektive auf das Urgenda-Urteil in den Niederlanden”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 349-366.
- P. LANGENBACH, “Deliktische Haftung im Licht der Verhaltensforschung”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 49-80.
- S. LANNIER, “Normas de diligencia debida: implementación para luchar contra la trata de seres humanos”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 167-193 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/235/378>).
- F. LAVAUD/M. CANNERI, “Evidentiary Challenges in the Context of Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 298-312.
- A.P. LIMA MONTEIRO, “Privacy at a crossroads”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PAŁKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 214-221.
- M. LUTSCHOUNIG, “Eingeschränkte Anwendung des lex fori-Prinzips bei internationalen Verkehrsunfällen”, *RabelsZ*, 88, 4, 2024, pp. 760-786 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/eingeschraenkte-anwendung-des-lex-fori-prinzips-bei-internationalen-verkehrsunfaellen-101628abelsz-2024-0061/>).
- P. MACHNIKOWSKI, “The Principles of European Tort Law and Product Liability”, *Journal of European Tort Law*, 15, 1, 2024, pp. 31-43.
- G. MÄSCH, “Kluges aus Karlsruhe oder Unsterbliche Blamage II? – Der BGH und die Qualifikation”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 208-212.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El Derecho internacional privado en la Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas y sostenibilidad”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 131-155.
- M. MALACKA, “AI Legislation, Private International Law and the Protection of Human Rights in the European Union”, *European Studies*, 11, 1, 2024, pp. 122-151.
- S. MANGLIERS, *Ethik und Verantwortung beim autonomen Fahren*, Paderborn, Mentis, Brill Deutschland, 2024.

- T. MARGVELASHVILI, “Charting the Course of DMA’s Private Enforcement: Unveiling the Forum Shopping Challenge”, *European Competition Journal*, 20, 3, 2024, pp. 588-609.
- C. MÁRQUEZ CARRASCO/C. MARULLO/D. SCHÖNFELDER, “Adopción de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: relevancia para España y las empresas españolas”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 3-9 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/229/366>).
- J.M. MARTÍN FABÁ, “El robo de datos personales, por sí mismo, no da lugar a indemnización: Sentencia del Tribunal de Justicia 3ª 20 junio 2024, asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, Scalable Capital”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- D. MARTINY, “Coordination of contractual and tort claims in the European law of jurisdiction”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1099-1113 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8963/6857>).
- S. MAY, *Die Haftung für Sozialaudits in globalen Lieferketten: eine Untersuchung am Beispiel der Textilindustrie*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- H. MECKLENBURG/J. BRINKSCHMIDT, “Kollektivklagen wegen Kartellrechtsverstößen – Paradigmenwechsel durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz?”, *WuW*, 2024, 2, pp. 63-69.
- T.J. MICELI, *Harm and responsibility: the economic factors controlling the extent of civil and criminal liability*, Cham, Palgrave Macmillan, 2024.
- R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 775-791.
- R. MICHAELS/S. ZEH, “Sustainability and Private International Law”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 479-499.
- S. MIGLIORINI, “‘More than Words’: A Legal Approach to the Risks of Commercial Chatbots Powered by Generative Artificial Intelligence”, *European Journal of Risk Regulation*, 15, 3, 2024, pp. 719-736.
- S. MILDE, “Praktische Erfahrung mit Gerichtssachverständigen in Kartellschadensersatzprozessen”, *WuW*, 2024, 10, pp. 531-532.
- S.E. MILNER, “From rancid to reasonable: unfair methods of competition under State little FTC acts”, *The American University Law Review*, 73, 3, 2024-01, pp. 857-928.
- M. MINOIS, “La loi applicable à la prescription de l’action subrogatoire dans le règlement Rome II (CJUE 17 mai 2023, *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d’Autres Infractions (FGTI) c/ Victoria Seguros SA*, aff. C-264/22, Europe 2023. Comm. 270, obs. L. Idot; G. Cuniberti, Règles de la CJUE sur le champ d’application de la lex loci delicti et de la lex subrogationis, disponible sur le blog de l’EAPIL: <https://eapil.org/2023/05/30/cjeu-rules-on-scopes-of-lex-loci-delicti-and-lex-subrogationis/>)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 129-141.
- A. MIRANDA ANGUIA, “Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o greenwashing”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 423-459 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8430/6526>).
- H. MOHAMED, “Clearing clouds of uncertainty - a principled approach to determining what qualifies as an ‘accident’ under the Montreal Convention”, *Revue de droit uniforme*, 29, 3, 2024, pp. 502-523.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “Derecho a la vida privada dentro y fuera de las redes sociales, protección de la ‘moral’ y despido discriminatorio por razón de orientación sexual. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2024, A.K. c. Rusia”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.

- M. MONSCH/A. STREMITZER, “Die Proportionalhaftung bei Verlust einer Chance – Eine rechtsökonomische und rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen, und österreichischen Rechts”, en FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 242-288.
- N. MORAG-LEVINE, “Uniform and Locally Tailored Emissions Standards in American and European Air Pollution Law: The Impact of Historical Regulatory Traditions”, *Columbia Law Review*, 124, 6, 2024, pp. 124-150.
- Y. MORATH, *Die Haftung von Zertifizierungsgesellschaften: eine Untersuchung aus unionsrechtlicher, rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Perspektive*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2024.
- D. MOURA VICENTE, “Familie und das Recht der unerlaubten Handlungen aus der Sicht des internationalen Privatrecht”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 171-187.
- D. MOURA VICENTE, “Problemática internacional da sociedade da informação: suas incidências na competência judiciária”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 205-217.
- D. MOURA VICENTE, “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras: desenvolvimentos recentes”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 219-237.
- G. MÜHLHEUSSER, “Korreferat zu Pascal Langenbach”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 81-88.
- M. MURKO, *Die Pflichten von Unternehmen und ihren Leitungsorganen in der Lieferkette*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2024.
- M. NARAZAKI, “Transboundary Environmental Damage”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 186-197.
- G. NERI-CASTRACANE/D. CANAPA/T. BRANDER, “The Swiss Legislation on Business and Human Rights: A Reform Needed Towards Harmonization with EU Law”, *European Business Organization Law Review*, 25, 4, 2024, pp. 809-841 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-024-00325-6>).
- C. NEVES, *Veículos autónomos, responsabilidade civil e seguro: self driving cars*, Coimbra, Almedina, 2024.
- P. NIHOUL, “Supervisión prudencial de las entidades de crédito Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares: TG, Sala Décima, S 6 Jun. 2024. Asunto T-134/21: Malacalza Investimenti y Malacalza/BCE”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- Y. NISHITANI, “‘Business and Human Rights’ from Global and Asian Perspectives”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 1, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 33-46.
- S. NITSCH, “Microplastics Litigation: eine rechtsvergleichende Orientierung”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 2, pp. 316-345.
- E. OMERović ET AL., “The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: A Fertile Ground for the Protection of the Environment?”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 430-457 (disponible en <https://www.nomos-elibrary.de/de/10.5771/1435-439X-2024-3-430.pdf>).
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Evolución tecnológica, protección de datos de carácter personal y Derecho internacional privado”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 49-64.

- S. ORTIZ-ARCE VIZCARRO, “Nuevos horizontes para la UE en la Directiva Due Diligence: derechos humanos, medio ambiente y rendición de cuentas corporativa en las cadenas de valor”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 145-165 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/234/376>).
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Derechos subjetivos vs. intereses generales en la resolución de controversias económicas internacionales: el caso de las marcas y la salud pública”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 249-278.
- M. PACHOLSKA, “Autonomous weapons”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 392-407.
- R. PALMSTORFER/I. STAUDINGER, “Die VO (EU) 2023/1115 über entwaldungsfreie Lieferketten: Normensschungel im Dienste des Umweltschutzes?”, *EuZW*, 2024, 5, pp. 197-203.
- T. PANTAZI, “The Introduction of Mandatory Corporate Sustainability Reporting in the EU and the Question of Enforcement”, *European Business Organization Law Review*, 25, 3, 2024, pp. 509-532.
- A.M. PARDIECK, “Privacy matters: Data breach litigation in Japan”, *Washington International Law Journal*, 33, 1, 2024, pp. 1-43.
- M. PARICIO MONTESINOS, “Diligencia debida de las empresas en situaciones de posconflicto: el papel de la sociedad civil y las víctimas en el avance de la protección del medio ambiente y los derechos humanos en Colombia”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 2, enero 2024, pp. 47-63 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/94/137>).
- M.Á. PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil del fabricante”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 1, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 191-224.
- C. PASTORINO, “The *Forum Necessitatis* Mechanism in Light of the Proposal for an EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 305-322.
- R. PAUKŠTĖ, “(In)Effective Private Antitrust Enforcement in Lithuania?”, *CoRe: European Competition and Regulatory Law Review*, 8, 2, 2024, pp. 111-117.
- R. PAZOS CASTRO, “El vicio oculto de diseño como circunstancia extraordinaria en el Reglamento (CE) n.º 261/2004 sobre derechos de los pasajeros aéreos: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024. Asuntos C-385/23: Finnair, y C-411/23: D”, *La Ley Unión Europea*, n.º 128, 2024.
- S. PEARI, “Should No Further Books Be Written on the Law of Unjust Enrichment?”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2024, pp. 1-20 (disponible en <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C2D1EB6BB9A852514129C9790138BBCD/S0841820924000109a.pdf/should-no-further-books-be-written-on-the-law-of-unjust-enrichment.pdf>).
- D. PEARI/S. PEARI, “Why the public might doubt the idea of unjust enrichment”, *Alternative Law Journal*, 2024, Vol. 0(0), pp. 1-6 (disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1037969X241299898>).
- J.-P. PEREZ-LEON-ACEVEDO, “Reparations in environmental cases: should the International Criminal Court consider the Inter-American Court of Human Rights’ jurisprudence?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 3, September 2024, pp. 377-403 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae002>).
- J.J. PIERNAS LÓPEZ, “Las medidas de autotutela frente a amenazas cibernéticas en Derecho internacional: Especial referencia a la posible adopción de contramedidas colectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 10-35 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8412/6477>).
- I. PRETELLI, “Conducta empresarial responsable, derechos fundamentales y desarrollo sostenible: comparación crítica de las tendencias legislativas contemporáneas”, *Revista Española de Empresas*

- y *Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024, pp. 11-33 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/230/368>).
- R. RADJAS/S. IREM AKIN, “Strengthening the Efficacy of the CSDDD through Private International Law”, *European Review of Private Law*, 32, 5, 2024, pp. 875-896.
- L. RAJAMANI, “Interpreting the Paris Agreement in its Normative Environment”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 167-200 (disponible en <https://doi.org/10.1093/clp/cuae011>).
- S. RECUENCO PÉREZ, “Litigios sobre difamación por internet. Comentarios a la SAP Madrid 10 febrero 2023: Competencia y Ley aplicable ¿vale el silencio más que mil palabras?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 900-915 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8454/6519>).
- J. REEVES, “Repenser l’intérêt à agir du contentieux climatique à l’aune d’un préjudice global (approche de droit international public)”, *Journal du droit international*, 151, 2, 2024, pp. 417-446 (disponible en <https://hal.science/hal-04808337v1>).
- D.S. REVERON/J.E. SAVAGE, *Security in the Cyber Age: An Introduction to Policy and Technology*, Cambridge, United Kingdom, New York, Cambridge University Press, 2024.
- A.-C. RICHTER, “Herausforderungen beim Private Enforcement des DMA im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes”, *WuW*, 2024, 1, pp. 27-28.
- F. RIELÄNDER, “(Nichts) Neues zum Innenausgleich zwischen Haftpflichtversicherern bei Gespannungfällen unter der Rom I-VO und der Rom II-VO”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 200-205.
- F. RIELÄNDER, “Neues zum ‘Dieselskandal’: (k)ein Klägergerichtsstand für geschädigte Fahrzeugkäufer gegen die Hersteller!?: zugleich Besprechung von EuGH Urt. v. 22.2.2024, C-81/23”, *EuZW*, 2024, 10, pp. 461-467.
- J. RUDALL, *Responsibility for Environmental Damage*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- G. RÜHL, “Cross-Border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 163-180.
- J. RUOHONEN/H. KULLAS, “The Assurance of Corporate Sustainability Reports and the Renewed Role of Certified Auditors”, *European Company and Financial Law Review*, 21, 3, 2024, pp. 442-471.
- B. SABAHI/F. RAHIMI DIZGOVIN, “International Legal Framework Governing Assessment of Damages Caused to Foreign Investors in Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, Pages 240-262.
- G. SALAMÉ/G. KESSLER, “Les difficultés d’interprétation engendrées par les articles 9 et 15 du règlement Bruxelles II bis (CJUE 27 avr. 2023, aff. C-372/22, AJ fam. 2023. 115, obs. A. Boiché; Dr. fam. 2023. Comm. 115, note A. Devers; D. actu. 1er juin 2023, obs. F. Mélin; Europe 2023. Comm. 237, note L. Idot; Procédures 2023. Comm. 211, note C. Nourissat; Gaz. Pal. 18 juill. 2023, p. 53, note I. Rein-Lescastéreyres)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 63-84.
- S. SALJANIN, “Kostendaten in der Kartellschadensschätzung: Der Teufel steckt im Detail”, *WuW*, 2024, 4, pp. 192-200.
- D. SAMARDŽIĆ/L. VELIĆ, “New ESG Obligations for Enterprises in Supply and Value Chains through Corporate Sustainability Due Diligence Acts in the EU and Germany”, *Balkan Yearbook of European and International Law*, vol. 2023, Cham, Springer, 2024, pp. 93-111.
- M.J. SANTOS MORÓN, “Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD (asuntos C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1405-1423 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8983>).
- H.-B. SCHÄFER/F. FAUST, “Die Grenzen der Haftung für reine Vermögensschäden bei Unfällen - Für eine Neubestimmung schützenswerter Interessen von Unfallopfern im deutschen Deliktsrecht”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 89-122.

- P. SCHLIFFKE, “Zur (Un-)Möglichkeit einer ökonomischen Verteidigung gegen das ‘Ob’ eines Kartellschadens nach Lkw III”, *WuW*, 2024, 5, pp. 255-262.
- D. SCHMIDTCHEN, “Verkehrssicherungspflichten zum Schutz von Unbefugten”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 129-174.
- T. SCHREIBER/C. KRÜGER, “Bündelung von Kartellschadensersatzansprüchen mehrerer Marktstufen - Anmerkung zu Gerichtshof ’s-Hertogenbosch, Urteil vom 30.01.2024 – 200.215.345/01, Spannstahlkartell”, *WuW*, 2024, 3, p. 150.
- P. SCHULTESS, *Originär außervertragliche Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden. zugleich ein Beitrag zur rezeptionsorientierten Rechtskreislehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- U. SCHWEIZER, “Korreferat zu Hans-Bernd Schäfer und Florian Faust”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 123-128.
- S. SCHWEMMER, “Globale Nachhaltigkeitsstandards made in Brüssel? Drittstaatliche Unternehmen im CSDD-Richtlinienentwurf“, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 153-168.
- S. SCHWEMMER, “Internationale Zuständigkeit für Cum-Ex-Haftungsklagen gegen Drittstaatsgesellschaften: Divergenzen zwischen EuGVVO und autonomem Zuständigkeitsrecht?”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 130-133.
- M. SERAFIMOVA, “Quantification of Harm in EU Consumer Antitrust Actions for Damages”, *World Competition*, 47, 1, 2024, pp. 109-124.
- M. SHEL BAYA, “Security Exceptions”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 263-283.
- E. SLAUTSKY, “Climate litigation, separation of powers and federalism ‘a la belge’: A commentary of the Belgian climate case: Cour d’appel de Bruxelles 30 November 2023, ‘Klimaatzaak and others v the Belgian State, Wallonia, Flanders and the Brussels Region’”, *European Constitutional Law Review*, 20, 3, 2024, pp. 506-526.
- J.M. SMALLWOOD, *Implementing International Environmental Law and Policy: An Interactive Approach to Environmental Regulation*, Routledge, 2024.
- O. SPINEANU MATEI, “La indemnización del daño moral sufrido por los miembros de la familia de una persona fallecida en un accidente de tráfico debe ser determinada atendiendo a criterios de equidad: STJ, Sala Cuarta, 5 septiembre 2024. Asunto C-86/23: HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- L. STEGEMANN/P. SCHUMACHER, “Immaterielle Schadensersatzansprüche bei Cyber-Angriffen: zugleich Besprechung von EuGH Urt. v. 14.12.2023: C-340/21”, *EuZW*, 2024, 5, pp. 209-213.
- B. STEINBRÜCK/S. TRAUB, “Die EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD) — Verbessertes Schutz für Menschenrechte und Umwelt in Liefer- und Wertschöpfungsketten”, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 78, 18, 2024, pp. 1141-1150.
- S. STEUER, “Europäischer Emissionsrechtshandel: eine Momentaufnahme nach der Reform durch das ‘Fit for 55’-Paket”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 2, pp. 284-315.
- V. STROBEL, “Litigating and Enforcing International Humanitarian Law before German Courts: Public Interest Litigation via Individual Rights as a Vehicle for Access to Justice in Situations of Armed Conflict”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 483-510.
- M. STÜRNER/A. WUDARSKI, “Sorgfaltspflichten in grenzüberschreitenden Lieferketten – Ein deutsch-polnisches Forschungs Panorama”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 821-836.
- G. SUDAREV, “Non-contractual Obligations”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 95-104.
- J. SUDEROW, “Globalización y *Actor sequitur forum rei*: *Alles Shein und nicht Sein*, la protección de los derechos humanos de terceros Estados ante los tribunales europeos y el Reino Unido”, *Cua-*

- dermos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1424-1437 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8984/6812>).
- M. SUTTERER, *Das Kollisionsrecht der kollektiven Rechtswahrnehmung*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- K. SVENDSEN, *Liability and Compensation for Offshore Oil Pollution Damage in the Arctic: Comparing Norwegian and Russian Law*, Boston, Brill, 2024.
- E. SWAN, *Artificial Intelligence Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2024.
- S.C. SYMEONIDES, “The Torts Chapter of the Third Conflicts Restatement: An Introduction”, *RabelsZ*, 88, 1, 2024, pp. 7-59 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/the-torts-chapter-of-the-third-conflicts-restatement-an-introduction-101628rabelsz-2024-0001/>).
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Crisis bancarias: responsabilidad extracontractual del Banco Central Europeo por decisiones de supervisión prudencial de Banca Carige: Sentencia del Tribunal General 10ª 5 de junio de 2024, asunto T-134/21: Malacalza Investimenti y Malacalza/BCE”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La inteligencia artificial en los mercados financieros: beneficios y riesgos”, *La Ley Unión Europea*, nº 129, 2024.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “El ‘consumidor medio’, los sesgos cognitivos y las prácticas comerciales desleales de venta cruzada de préstamos y seguros (STJ 14 noviembre de, as. C-646/22: *Compass Banca SpA*)”, *La Ley Unión Europea*, nº 131, 2024.
- L. THEIMER, “Die unionsrechtliche Zukunft des Schadensersatzes wegen Verletzung einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung”, *RabelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 556-585 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/die-unionsrechtliche-zukunft-des-schadensersatzes-wegen-verletzung-einer-ausschliesslichen-gerichtsstandsvereinbarung-101628rabelsz-2024-0038/>).
- C. THOMALE/S. SCHMID, “Das Private Enforcement der EU-Lieferkettenrichtlinie”, *RabelsZ*, 88, 3, 2024, pp. 425-493 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/das-private-enforcement-der-eu-lieferkettenrichtlinie-101628rabelsz-2024-0046/>).
- A.M. TOBÍO RIVAS, “La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: nuevas tecnologías y modelos de negocio”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 1, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 225-270.
- M. TOKAS, “The concept of the level playing field in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 558-576 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae026>).
- F. TRAIN, “Inconciliabilité entre une sentence étrangère et un jugement étranger, fraude à l’arbitrage et contrôle incident de la sentence (Civ. 1re, 17 mai 2023, Albania BEG c/ Enel S.p.a. e.a., nº 21-18.406, D. 2023. Pan. 1812 et 1827, obs. L. d’Avout; JCP E 30 nov. 2023. Actu. 1345, obs. Ph. Casson; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 17, obs. L. Larribère)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 85-97.
- M.-L. TRAN, *Grenzüberschreitende Klimaklagen. Klimaschutz zwischen privatrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Befugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- V. TRSTENJAK, “Sustainability and the Impact of the Court of Justice of the EU”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 215-223.
- V. ULFBECK, “Climate Change in Tort Law? The New Regulatory and External Effect of Suits against Private Actors”, en A. BECKERS/H.-W. MICKLITZ/R. VALLEJO/P. LETTO-VANAMO (EDS.), *The Foundations of European Transnational Private Law*, London, Hart Publishing, 2024, pp. 345-366.
- M. USYNIN, “Modern Slavery in Liner Shipping: An Empirical Analysis of Corporate Statements”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 40, 1, 2024-01, pp. 1-36.
- A.A.H. VAN HOEK, “Industrial Action in Private International Law”, *European Labour Law Journal*, 15, 1, 2024, pp. 102-122 (disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/20319525241227836>).
- I. VÁSQUEZ TORREBLANCA/P. NEUPERT KAPLAN, “Public Interest Climate Litigation in Latin America Leading the Way in Addressing Climate Change? The New Focus on Ecocentric and Intergenerational Dimensions”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 461-482.

- A. VÁZQUEZ GARCÍA, “La aplicación temporal de las medidas de transposición de la Directiva 2014/104 a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- T. VON DANWITZ, “Reconocimiento en Francia de una condena manifiestamente desproporcionada a un periódico y a uno de sus periodistas por menoscabo de la reputación del Real Madrid: STJ, Gran Sala, 4 octubre 2024. Asunto C-633/22: Real Madrid Club de Fútbol Libertad de expresión”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- G. VON WANGENHEIM, “Der Ersatz von Vorhaltekosten”, en F. FAUST/H.-B. SCHÄFER (HRSG.), *Deutsches Deliktsrecht aus ökonomischer Perspektive: 16. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 303-318.
- G. WAGNER, “Lieferkettenhaftung zwischen Spezialgesetz und Kodifikation”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 837-854.
- M.-P. WELLER/M. PETERSEN WEINER, “Politische Prinzipien des Europäischen Kollisionsrechts am Beispiel der Anknüpfung von Klimaklagen nach Art. 7 Rom II-VO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 371-389.
- C. WENDEHORST, “Die neue Produkthaftungsrichtlinie – ein Beispiel gelungener Modernisierung”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 148-157.
- I. WILDHABER, “Außervertragliche Haftung trotz Blackbox? - Verschiedene mögliche Ansätze für eine Betreiberhaftung”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Künstliche Intelligenz - Zurechnung, Vertrag, Verantwortung: Ergebnisse der 38. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Tübingen - Fachgruppe Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 117-154.
- D. WOCLAW, *Arztvertrag und Arzneimittelanwendung: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und polnischen Recht unter Berücksichtigung des europäischen Arztvertragsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- K. WOESTE, “Nächster Etappensieg für Kartellgeschädigte: BGH erleichtert Schadensschätzung - Anmerkung zu BGH – Lkw-Kartell IV, WUW1467392”, *WuW*, 2024, 11, p. 591.
- B. YIN, “Evolving Antitrust Follow-on Damage Claims in China: Judicial Approaches, Challenges, and the Path Forward: Evolving Antitrust Follow-on Damage Claims in China”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55, 10, 2024, pp. 1654-1688.
- H.M.K. YLI-KANKAHILA, “Solving Investors’ Problems with Access to Evidence in Damages Litigation: Suggestions for a Future Issuer Liability Regime”, *European Business Organization Law Review*, 25, 4, 2024, pp. 695-719 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-024-00323-8>).
- H.M.K. YLI-KANKAHILA, “Can We Transpose Articles 9(1) and 17(2) of the Competition Damages Directive into an Issuer Liability Regime?”, *European Review of Private Law*, 32, 4, 2024, pp. 633-652.
- M. YZQUIERDO TOLSADA, “¿Existen remedios contractuales para obtener el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del contrato?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1522-1533 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8991/6798>).
- A. ZAHAR, *Research Handbook on the Law of the Paris Agreement*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- Y. ZHENG, “Rethinking the ‘Full Reparation’ standard in energy investment arbitration: how to take climate change into account”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 500-520 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae033>).
- I. ZIEMELE, “Los competidores del presunto infractor de la normativa en materia de protección de datos personales pueden impugnar judicialmente esa infracción como práctica comercial desleal prohibida: STJ, Gran Sala, 4 octubre 2024, Asunto C-21/23: Lindenapotheke”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.

J. ZÖCHLING, “Keine Erheblichkeitsschwelle für immaterielle Schäden nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO: Anmerkung zu EuGH v. 4.5.2023, C-300/21: UI ./ Österreichische Post AG”, *GPR*, 2024, 21, 2, pp. 54-57.

Insolencia internacional

- L. ANG, “The case for winding up for inability to pay cryptocurrency debts”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 496-502.
- E. BAILEY/H. GROVES, *Corporate insolvency: law and practice*, 6ª ed., London, LexisNexis, 2024.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Centro principal de actividad del deudor empresario o profesional independiente (STJ 19 septiembre 2024, as. C-501/23, *DL vs Land Berlin* Cronología de decisiones)”, *La Ley Unión Europea*, nº 131, 2024.
- R. BAMFORTH/K. GANDHI, *Arbitration and Insolvency*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- A. BARTOLACELLI/A. LAUDONIO, “A Hazy Passage Between Scylla and Charibdis: Directors’ Liability under the Proposal for an Insolvency Directive”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 429-450.
- L. BENEDETTI, “Third Party Release in Group-Wide Restructuring Proceedings: Comparative Remarks to Support the Application of Such a Rule in the Italian Legal System”, *European Company and Financial Law Review*, 20, 5, 2024, pp. 913-935.
- R. BORK, “Art. 18 EuInsVO und das Schiedsverfahrensrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 661-673.
- R. BORK, “Pre-insolvency frameworks: Developments in the European Union”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 6-22 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1515>).
- R. BORK/M. VEDER/B. SCHUIJLING, *Definition of insolvency: proposals for harmonisation in the European Union*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- A.J. BOYACK, “Just Consumer Financial Protection: Prevention or Cure”, *Bankruptcy Developments Journal*, 41, 1, 2024, pp. 1-60.
- D.G. CARLSON, “Foreclosure Sales as Fraudulent Transfers”, *American University Business Law Review*, 13, 1, 2024, pp. 39-87.
- A.J. CASEY/J.C. MACEY, “Insolvency courts: General principles for systems design”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 23-39 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1511>).
- M.R. CRAIG/R.E. ALBANESE/E. STIER, “Is There a Common-Law Alternative to Chapter 15?”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 8, 2024, pp. 22-61.
- F.L. CRANSHAW, “Reichweite des Entschuldungsregelwerks der Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023/EU”, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 34.8, 2024, pp. 412-418.
- G. CUNIBERTI, “Französischer oberster Gerichtshof schließt Insolvenzverfahren vom Anwendungsbereich der auf Staatsangehörigkeit beruhenden Gerichtsbarkeit aus (Art. 14, C. civ.)”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 511-513.
- G. CUNIBERTI, “Rethinking conflict mobile: applying the law of COMI to rights *in rem*”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 477-490 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/370>).
- G. CUNIBERTI/A. LEANDRO (EDS.), *The European Insolvency Regulation and Implementing Legislations: A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- I. DAS, “Airline insolvencies and environmental concerns: a comparative legal perspective”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 44-63.
- G. DE BAERE, “Los accionistas y acreedores afectados por una resolución del Banco Popular no tenían derecho a una compensación del Fondo Único de Resolución: TG, Sala Tercera ampl., SS 22 Nov. 2023. Asuntos acumulados T-302/20, T-303/20 y T-307/20 Del Valle Ruiz y otros / JUR,

- y en los asuntos T-304/20 Molina Fernández / JUR, T-330/20 ACMO y otros / JUR y T-340/20 Galván Fernández-Guillén / JUR”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- G. DE BAERE, “Documentos relativos a la adopción por la Junta Única de Resolución de un dispositivo de resolución respecto de Banco Popular Español: TG, Sala Octava, S 20 Dic. 2023. Asunto T-496/18: Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)”, *La Ley Unión Europea*, nº 122, 2024.
- M.V. DIPIETRO/M. CASAL, “The Ambiguous Application of § 365 to Chapter 15 Proceedings”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 8, 2024, pp. 20-68.
- K.L. DISANTO/L.E. RIVERA, “Financing Statements: Close enough only counts in Horseshoes”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 5, 2024, pp. 18-19.
- D. DOOLEY, “Getting Fair Value when selling a Financially Distressed Company”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 2, 2024, pp. 12-46.
- M. DUFFY/S. LOMBARD, “A comparative analysis of litigation funding in insolvency claims and in class actions: One coin, two sides?”, *University of New South Wales Law Journal*, 47, 3, 2024, pp. 941-974.
- S.S. ELLINGSÆTER, “Could it Happen in the EU? An Analysis of Loss Distribution between Shareholders and AT1 Bondholders under EU Law”, *Journal of Financial Regulation*, 10, 2, 2024, pp. 194-212.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Las masas activa y pasiva en los concursos secundarios: Sentencia del Tribunal de Justicia 3ª de 18 de abril de 2024: en el ass. C-765/22 y C-772/22: Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España y Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España, asunto Air Berlin”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Los concursos transfronterizos en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en M.J. CASTELLANO/A.B. CAMPUZANO (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, vol. 3, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 1261-1292.
- M. FEHRENBACH, “Im Dickicht der Niederlassungsbegriffe: Die Hauptniederlassung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 EuInsVO 2017”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 134-140.
- H. FLEISCHER, “50 Jahre Herstatt-Zusammenbruch: Ein Bankskandal und seine regulatorische Aufarbeitung (Teil I)”, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2024, pp. 1929-1938.
- H. FLEISCHER, “50 Jahre Herstatt-Zusammenbruch: Ein Bankskandal und seine regulatorische Aufarbeitung (Teil II)”, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2024, pp. 1977-1982.
- S. FOX/C. SYMONS, “Insured Deposit Sweep Programs: Can We Pretend?”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 2, 2024, pp. 24-51.
- G. GABRIEL-PIZARRO, “Mirroring the American Bankruptcy Code? IP Licences in the European Insolvency Harmonisation Project”, *GRUR International*, 73, 2, February 2024, pp. 128-138.
- G. GABRIEL-PIZARRO, “El impacto de la calificación en el tratamiento de las licencias sobre propiedad intelectual e industrial en los procedimientos de insolvencia europeos”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 157-196.
- F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Is EU Insolvency Law consistent?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 647-659.
- P. GAVIN, “Corporate Viability and the Duty to Consider the Interests of Creditors in the United Kingdom and the European Union”, *European Business Law Review*, 35, 5, 2024, pp. 627-650.
- L.C. GAVRILESCU, “Prerequisites for the Recovery of Companies in Economic Difficulty by Concluding Agreements with Relevant Creditors”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13, 1, 2024, pp. 42-54.
- A. GULLO/E. EMRE, “Bank Failure and Corporate Insolvency Law: Similarities and Differences”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 36, 1, 2024, pp. 21-28.
- A. GURREA-MARTÍNEZ, *Reinventing insolvency law in emerging economies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- M. HAENTJENS/I. KOKORIN, “Bank resolution and national insolvency law: the case of group financing”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 36, 1, 2024, pp. 8-15.
- D.P. HANLEY, “Leasing and the Cape Town Convention1”, *Cape Town Convention Journal*, 9, 1, 2024, pp. 60-72.

- J. HELDT, *Die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit und ihre gezielte Beeinflussung durch forum shopping unter der reformierten EuInsVO*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- I. HEREDIA CERVANTES, “Garantías reales y reestructuración en el sistema español de insolvencia internacional”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 179-195 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/379>).
- P. HINTON/A. HUFFMAN, “Mass Torts Gap in Contingent-Liability Valuation Guidance”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 3, 2024, pp. 16-54.
- P. HINTON/A. VARGAS, “Untangling Commingled Fund Flows Tracing Rule Selection and Implementation Issues”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 1, 2024, pp. 70-91.
- H. HIRTE, “The EU Regulation between Company and Insolvency Law”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 361-368.
- J.F. HOFFMANN, “Neuigkeiten zum Verhältnis von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren im Europäischen Insolvenzrecht?”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 356-363.
- I. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la ejecución del laudo Micula en el Reino Unido: Sentencia Tribunal de Justicia 5ª 14 marzo 2024, asunto C-516/22: Comisión Reino Unido”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- A. JAMES/T. KIMBERLEY/A. CAMPBELL, “A New Pre-Incorporation Roadmap to Support the Reduction of Insolvency Numbers?”, *European Business Law Review*, 35, 5, 2024, pp. 677-698.
- R. JOKUBAUSKAS, *Cross-border insolvency proceedings: policies and directives in the European Union*, London, New York, Routledge, 2024.
- K. JÜRIMÄE, “Impugnación del inventario y de la lista de los acreedores presentados por el administrador concursal en procedimiento de insolvencia principal en Alemania y procedimiento de insolvencia secundario en España: TJ, Sala Tercera, S 18 Abr. 2024. Asunto acumulados C-765/22 y C-772/22: Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España y Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- K. JÜRIMÄE, “Procedimientos de insolvencia: Centro de intereses principales de una persona física que ejerce una actividad independiente: STJ, Sala Octava, 19 septiembre 2024. Asunt C-501/23: Finanzamt Wilmersdorf -Actifs d’indépendant-”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- A. KAMALNATH, “The future of corporate insolvency law: A review of technology and AI-powered changes”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 40-54 (disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/iir.1512>).
- M. KELLNER/F. LIEBEL, “Abschlussprüferhaftung: Schaden wegen verzögerter Insolvenzeröffnung”, *Bank-Archiv*, 72, 2, 2024, pp. 148-149.
- C.A. KERN/K. BÖNOLD, “Sperrwirkung durch Stellung eines Insolvenzantrags bei Gerichten in Mitgliedstaaten und Drittstaaten nach der EuInsVO 2017 und InsO”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 298-303.
- C.A. KERN/C. SEAGON/S. HAGHANI (HRSG.), *Aus Theorie und Praxis der Unternehmenstransformation*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- G. KODEK, “New York 2023: Ein neuer Anlauf zur Regelung ausländischer Staateninsolvenz durch nationales Recht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 443-461.
- A. KOR, *Überschuldung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit?: Aussicht auf Fortbestehen zur Widerlegung der Überschuldung*, Berlin, Boston, Walter de Gruyter, 2024.
- J. KÜHRT, *Die Ad-hoc-Publizität in der Krise und Insolvenz des Emittenten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- C. LAMARIS-ADAMIS, “Panel I – Bank Resolution and National Corporate/Insolvency Law”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 36, 1, 2024, pp. 3-7.
- L. LARRIBÈRE, “Concurrence ou coopération? L’articulation des procédures d’insolvabilité principale et secondaire(s) - CJUE 18 avr. 2024, aff. jtes C-765/22 et C-772/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 526-541.

- D. LATELLA, “The Insolvency of Multinational Groups of Companies: From the European Regulation to the New Italian ‘Bankruptcy Code’”, *European Company Case Law*, 2, 3, 2024, pp. 341-356.
- M. LIEBERKNECHT, “Zuständigkeit kraft *perpetuatio fori* unter der EuInsVO 2017”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 140-144.
- A. LINNEMANN, *Die Gestaltung der Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzplan der GmbH*, Berlin, Boston, Walter de Gruyter, 2024.
- P. LIU, “Legislative developments in personal insolvency in China’s mainland: A comparative analysis of regional practices in China’s mainland, Hong Kong, and Taiwan Region”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 473-492 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1553>).
- M. MACKENSEN, “Conference Report: Trends in EU Insolvency Law”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 451-470.
- G. MÄSCH, “Kluges aus Karlsruhe oder Unsterbliche Blamage II? – Der BGH und die Qualifikation”, *IPRax*, 3, 2024, pp. 208-212.
- T. MASTRULLO, “Cross-border Mobility of Insolvent Companies Within the European Union”, *European Company and Financial Law Review*, 21, 3, 2024, pp. 417-441.
- S. MOCK, “Die Belegenheit von Gesellschaftsanteilen im europäischen Insolvenzrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 675-689.
- N. MOLONEY, “Bank Resolution and the European Convention on Human Rights – A Note from the UK”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 36, 1, 2024, pp. 47-51.
- A. NOCILLA, “Canadian cross-border insolvency law and the triumph of ‘modified universalism’: A retrospective”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 399-420 (disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/iir.1549>).
- C. NOWAK/A.E.F. VON PREUSCHEN-VON LEWINSKI, “How to make a SPE resolution strategy work in the EU”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft: ZBB*, 2024-02, 36, 1, pp. 16-20.
- A.B. NYAUDE/C. VAN HEERDEN, “Bank resolution in South Africa: Recent developments”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 182-204 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1524>).
- W. ORGANEK, “Mass Tort Bankruptcy Goes Public”, *Vanderbilt Law Review*, 77, 3, 2024, pp. 723-787.
- F. PAPPALATTERA, “Creditors’ treatment under the new Italian ‘Concordato Preventivo’ and directive (EU) 2019/1023: A comparison with chapter 11”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 361-379.
- R. PAPPU, “The Zombie of COMI: Should We finally Kill it off?”, *The Review of Litigation*, 44, 1, 2024, pp. 165-201.
- C.G. PAULUS, “In Search of what constitutes Insolvency Law”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 369-390.
- C.G. PAULUS/B. WESSELS (EDS.), *EU Insolvency Harmonisation: Article-by-Article Commentary*, München, C.H.Beck, 2024.
- S. PEPELS, “Group concerns and communication and cooperation between practitioners under the European Insolvency Regulation (Part II)”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 296-326 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1525>).
- F. PÉROCHON ET AL., *Entreprises en difficulté*, 12^a ed., Paris La Defense, LGDJ, 2024.
- J. POOL/G. WABL, “The purpose of directors’ duties in the insolvency context: A critical assessment based on empirical data from Austria and Netherlands”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 493-521 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1555>).
- G. PSAROUDAKIS, “Liability Relating to the Duty of Directors to File for Insolvency Proceedings”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 407-420.
- E.M. PUERTA DOMÍNGUEZ, “Factor jurisprudencial y evoluciones en la reglamentación sobre insolvencia transfronteriza de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 533-563 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8434/6503>).
- J. PULGAR EZQUERRA, “The Proposed Second Insolvency Directive”, *European Company Case Law*, 2, 4, 2024, pp. 391-406.

- J. QUIJANO GONZÁLEZ, “El contenido de la propuesta de convenio concursal: los supuestos básicos y las prohibiciones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1267-1284 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8974/6843>).
- M.P. RAM MOHAN/S. MURALIDHAR K, “Conceptualizing ‘systemically important technological institutions’ as too big to fail entities: Moving the insolvency goal post”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 57, 3, 2024, pp. 877-917.
- J. REZNICKOVA/M.D. SOUSA, “Abolishing the ‘Freeze Rule’ for Secured Creditors”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 5, 2024, pp. 20-67.
- G. RITTER, “A principled examination of US bankruptcy law and the accounting for value in conversions between chapters 7 and 13”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 205-226 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1526>).
- C. ROBINSON ET AL., “Predicting repeat consumer bankruptcy: A survival analysis of business-related repeat filings in Australia 2007-2021”, *International Insolvency Review*, 33, 2, pp. 159-181 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1527>).
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “The Emergence of Principles and Best Practices on Digital Assets: Proprietary Rights, and Enforcement”, *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp.1-12.
- A. ROSENBERG/R. HARTOG, “Creditor Considerations in Crypto Cases”, *Bankruptcy Developments Journal*, 40, 3, 2024, pp. 435-454.
- A. SCHMIDT (HRSG.), *EuInsVO: Europäische Insolvenzverordnung mit Restschuldbefreiung und Nachlassinsolvenz in der EU: Kommentar*, 2ª ed., Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2024.
- J. SCHMIDT, “Cross-border conversions, mergers, and divisions of companies subject to insolvency proceedings or preventive restructuring frameworks”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 691-701.
- C. SERRA, “The interaction between US bankruptcy law and European insolvency Laws (some thoughts on the 45th anniversary of the US bankruptcy code)”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 331-347.
- N. SHIKHA/I. KAPSIS, “Bank crisis management and resolution after SVB and Credit Suisse: Perspectives from India and the European Union”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 55-88 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1516>).
- G.W. SHUSTER/B.W. LOVELAND, “Trending: Special Deference to Foreign Insolvency Proceedings Both In and Out of Chapter 15”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 10, 2024, pp. 14-57.
- I. SILVA DE LIMA, “Artificial Intelligence in corporate governance: a few inquiries on the (non-)compliance of directors’ duties from a Portuguese law perspective”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 455-461.
- C.L. SIMMONS, “The Final Frontier: Creditors’ Recovery of Assets in Outer Space”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 10, 2024, pp. 22-51.
- I. SIN/T. LEUNG, “Exclusive jurisdiction clause and insolvency: Another victory for party autonomy?”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 22-27.
- M. SPIOTTA/A. JONATHAN PAGANO, “The Implementation and Transposition of the European Directive 2019/1023 in the Italian Legislative Context”, *European Business Law Review*, 35, 1, 2024, pp. 139-156.
- P. STANCANELLI/A. MENÉNDEZ FERNÁNDEZ, “The respect of Fundamental Rights in the EU bank resolution legal framework”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 36, 1, 2024, pp. 52-58.
- S. STENDER, *Grenzüberschreitende Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens*, Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2024.
- E. STRETEN, *Legal and ethical standards in corporate insolvency*, London, New York, Routledge, 2024.
- R.A. SWICK/L. TAVERAS, “In re Black Press Ltd.: A Black Eye for Corporate Enterprise Group Recognition”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 6, 2024, pp. 22-58.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Resolución de Banco Popular: denegación del derecho de los accionistas y acreedores afectados a una compensación del fondo único de resolución. Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2023”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.

- A.J. TAPIA HERMIDA, “Regulación de las crisis bancarias en la Unión Europea. Jurisprudencia europea reciente: Sentencia TG 20 de diciembre de 2023, asunto T-496/18 y Sentencia TJ 21 de diciembre de 2023, asunto C-340/22”, *La Ley Unión Europea*, n° 122, 2024.
- P.A. ȚĂRU, “Aspects of Comparative Law with Regard to the Business Decision Rule. Particularities of the Liability of the Administrator of the Company Relating to the Liability for the Insolvency of the Company”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13, 3, 2024, pp. 460-470.
- L.B. TANCREDI/R. HOCKENBURY, “A Tale of Two Surety Cases”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 2, 2024, pp. 30-49.
- A. TEHRANI, *Droit européen de l’insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2024.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “La eficacia del *third party release* en supuestos transfronterizos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1438-1448 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8985/6810>).
- U. TRIPATHI, “A critical analysis of India’s pre-pack regime for MSMEs”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 89-110.
- K.Z. TSUI, “*Re Simplicity & Vogue Retailing (HK) Co Ltd* [2023] HKCFI 1443 (HCCW 457/2022, 30 May 2023) (coram Linda Chan J) [case comment]”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 146-156 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1530>).
- H. VALLENDER (HRSG.), *EuInsVO: Kommentar zur Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren*, 3ª ed., Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH & Co. KG, 2024.
- G.J. VELASCO FABRA/J.D. ORTEGA RUEDA, “Auditoría de cuentas: verdad y sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, pp. 1458-1474 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8987/6806>).
- W.Y. WAN, “Public or private gatekeepers in non-consensual debt restructurings in emerging jurisdictions”, *International Insolvency Review*, 33, 1, 2024, pp. 111-140.
- S. WEISS, *Vermögensentzug in der Konzerninsolvenz: Mechanismen und haftungsrechtliche Probleme*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2024.
- L.A. WHITLEY, “How Secure Are Cannabis Creditors?”, *American Bankruptcy Institute Journal*, 43, 9, 2024, pp. 34-59.
- G.A. WIEJAK-ROY/J. LAMOND, “Retail company voluntary arrangements: A dubious remedy?”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 421-447 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1547>).
- A. WONG, “Navigating the evolving seas of cross-border insolvency: The shift towards COMI and the Model Law approach in Hong Kong; *Re Global Brands Group Holding Ltd (In Liquidation)* [2022] 3 HKLRD 316 (Coram Harris J) [case comment]”, *International Insolvency Review*, 33, 3, 2024, pp. 522-532.
- J. WOXHOLTH ET AL., “Competing claims to crypto-assets”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 226-246.
- G. XU/Y. SHI, “China’s crisis management and market exit mechanism for banks—What is the way forward?”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 267-295.
- S. YUXIA ET AL., “An empirical study of micro- and small-enterprise bankruptcy protection under the COVID-19 pandemic: New evidence from China”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 231-262.
- Z. ZHANG, “The bar date over client asset claims in the UK investment bank special administration regime”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 392-432 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae018>).

Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

M. ALBA FERNÁNDEZ, “Nuevo hito en el caso *Prestige*: Nota sobre la sentencia de la *High Court of Justice (Commercial Court)* de 6 de octubre de 2023 en el litigio entre el *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited* y el Reino de España”, *Cuadernos de Derecho*

- Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 656-670 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8440/6504>).
- T. BENS, “Mind the Gaps: Adaptation Mechanisms in the Intra-EU Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 117-134.
- G. CHIAPPONI, *Interfaces between national and EU law: time limits in cross-border civil proceedings and their impact on the free circulation of judgements*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- G. CUNIBERTI, “Time limitations affecting foreign judgments”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 1-7.
- C. FOSSATI, “Circolazione delle sentenze all’interno dell’Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 782-797 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8446/6511>).
- R. GEIMER, “Art. 24 Nr. 5 EuGVVO und die Klage auf Rückforderung des durch Zwangsvollstreckung zu Unrecht Erlangten”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 603-612.
- O. GÓMEZ FASANELLA/E. DE ESPAÑA VALENZUELA, “La odisea judicial entre London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited y el Reino de España: Una aventura legal que está lejos de concluir”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 798-805 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8447/6512>).
- J.J. GUTIÉRREZ ALONSO, “Ejecución de un acto administrativo español en Italia por medio del Reglamento UE 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 874-884 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8948/6824>).
- W. HAU, “Having two bites at the same cherry? – Zur Anerkennungsfähigkeit bündelungslastbasierter Präklusionswirkung”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 41-46.
- P. HUBER/L. BERNARD, “Materielle Einwendungen und parallele (Zwangsvollstreckungs-) Verfahren in der Europäischen Union”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 46-51.
- P. HUBER/M. BOUSSIHAD, “Die Anerkennung der Errichtung eines schiffrechtsrechtlichen Haftungsbeschränkungs fonds durch Mitgliedstaaten und ihre Auswirkungen auf schuldrechtliche Ansprüche”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 463-466.
- F.G. LAMBSDORFF/Y. MA, “Irreconcilability and the Role of the CJEU post-Brexit”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 844-859 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8449/6514>).
- M. LIEBERKNECHT, “Zwangsvollstreckung in das eingefrorene Vermögen sanktionierter Personen: zu EuGH, 11.11.202 : Rs. C-340/20, Bank Sepah ./. Overseas Financial Ltd. & Oaktree Finance Ltd.”, *IPRax*, 2024, 1, pp. 36-41.
- T. LUTZI, “What remains of *H Limited*? Recognition and enforcement of non-EU judgments after Brexit”, *Journal of Private International Law*, 20, 3, 2024, pp. 651-667.
- H. MUIR WATT, “Le retour de l’affaire *Alexandros T* et la ‘quasi-injonction’ anti-suit (CJUE 7 sept. 2023, aff. C-590/21)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 117-128.
- M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El Reglamento 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo veinte años después de su aprobación: una lectura desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1329-1343 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8978/6837>).
- Y. SHAO/L.C. PIÑEIRO/M.Q. MEJIA JR, “A Newcomer to Maritime Law: The Beijing Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 3, pp. 793-810 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/E518EF839BCBB14CF5906FA6A1251C53/S0020589324000186a.pdf/newcomer_to_maritime_law_the_beijing_convention_on_the_international_effects_of_judicial_sales_of_ships.pdf).
- D.-A. SIMOTTA, “Zur internationalen Zuständigkeit für Oppositionsklagen, insbesondere in Unterhalts-

- sachen”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 613-627.
- J. SUQUET CAPDEVILA, “Convenio CMR y Reglamento 1215/2012: acuerdos de elección de foro, litispendencia y reconocimiento de resoluciones judiciales: Sentencia Tribunal de Justicia 1ª 21 de marzo de 2024, as. C-90/22: Gjensidige ADB v Rhenus Logistics UAB, ACC Distribution UAB”, *La Ley Unión Europea*, nº 126, 2024.
- M. TIČIĆ, “Irreconcilable judgments in the EU Regulations: Reforming the ground(s) for refusal of enforcement”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 621-640 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8438/6499>).
- F. TRAIN, “Inconciliabilité entre une sentence étrangère et un jugement étranger, fraude à l’arbitrage et contrôle incident de la sentence (Civ. Ire, 17 mai 2023, Albania BEG c/ Enel S.p.a. e.a., nº 21-18.406, D. 2023. Pan. 1812 et 1827, obs. L. d’Avout; JCP E 30 nov. 2023. Actu. 1345, obs. Ph. Casson; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 17, obs. L. Larribère)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 85-97.
- P. VOLLRATH, “Bestandsschutz mitgliedstaatlicher Staatsverträge im europäischen IPR/IZVR”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 449-456.
- T. VON DANWITZ, “Reconocimiento en Francia de una condena manifiestamente desproporcionada a un periódico y a uno de sus periodistas por menoscabo de la reputación del Real Madrid: STJ, Gran Sala, 4 octubre 2024. Asunto C-633/22: Real Madrid Club de Fútbol Libertad de expresión”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.

Títulos valores y medios de financiación o pago

- S.N. ALI/Z.H. JUMAT (EDS.), *Islamic finance in the digital age*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2024.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “Derechos reales sobre activos digitales y conflicto de leyes”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 669-694 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/372>).
- L. ANG, “The case for winding up for inability to pay cryptocurrency debts”, *Law Quarterly Review*, 140, 2024, pp. 496-502.
- N. AOKI, “Comparative secured transactions law: how and to what extent do global standards affect the reform of Japanese inventory financing law”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 189-203.
- V.J. ASENSIO BORRELLAS, “Prenda de criptomonedas o activos digitales”, en M. FONT I MAS/Á. SERRANO DE NICOLÁS/P. VÁZQUEZ MORAL (EDS.), *Derechos reales en el Derecho internacional privado de la UE: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 175-198.
- E. AVGOULEAS/W. BLAIR, “A critical evaluation of Central Bank Digital Currencies (CBDCs): payments’ final frontier?”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 103-112 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae002>).
- K. BAGCHI, “Depoliticizing money: how the International Monetary Fund transformed central banking”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 166-185 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae009>).
- V. BAVOSO, *Debt Capital Markets: Law, Regulation, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- S.V. BAZINAS, “Digital assets and private law: is there a need for a uniform law?”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 381-389.
- S. BHAT B., “Turbulence in Indian aviation financing sector: time to understand and implement the Cape Town regime in the true spirit”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 1-16.
- B. BERRAHIA, “The Unidroit Principles and the Shari’ah Standards: any room for cooperation?”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 305-323.

- J.-H. BINDER, “Not Equivalent (Yet?): The Current EU Third Country Regime for Credit Institutions and Incoming Changes”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 99-116 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-023-00300-7>).
- A.P. BIRNE, “A digital Euro as a liability of the European Central Bank: what are the implications for its design and distribution?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 2, pp. 407-435.
- M. BRADLEY/I.A. DE LIRA SALVATIERRA/M. GULATI, “Diaspora bonds: patriotism or investment?”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 152-168.
- L.L. BROOME, “A US Perspective on Equivalence”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 49-73.
- E. BUEREN, “Green Finance, insbesondere Green Bonds”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 53, 2, 2024, pp. 397-430.
- D. BUSCH, “The Future of Equivalence in the EU Financial Sector”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 3-23.
- S. CANALES GUTIÉRREZ, “Legal implications of crypto-backed mortgages and pledges: A private international law perspective”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 653-667 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/382>).
- M. CAVALLER VERGÉS, “En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 113-130 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8416/6490>).
- B.C. CHEONG, “The doctrine of corporate conscience: navigating the labyrinth of ESG litigation in the quest for sustainability and justice”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 352-361.
- P. CHIDAMPARAM/D. UPADHYAY, “India’s central counterparty investment policy: pirouetting between the EU and the USA?”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 298-314.
- T. CHIVIZHE, “The Identity of the Beneficiary or Presenter Calling for Payment under Demand Guarantees: A Purposive Approach”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 27, 1, 2024, pp. 1-23.
- S.J. CHOI ET AL., “Obscure contract terms: an inadvertent pricing experiment”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 230-241.
- L.Y. CHOY, “Environmental, Social and Governance Reporting Regulation in Hong Kong: Reforms, Inadequacies, and Proposals”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 280-297.
- T.A. CHRISTOU/T.M. MOSE/J.L. TAYLOR, “Transnational law as an enabler of digital trade”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 339-348.
- A. DARBELLAY, “Third-Country Regime and Equivalence: The Swiss Perspective”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 75-97 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-023-00307-0>).
- D. DILEK, *Das Internationale Privatrecht digitaler Werte: kollisionsrechtliche Interessen bei der Digitalisierung von Vermögenswerten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. D’ORNANO, “Sur un rapport relatif à la révision de la directive sur les services de paiement”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 168-175.
- M. ELAHI NEZHAD/S. RASHIDIAN/C. BOTTA, “Revolutionizing trade finance: leveraging the power of blockchain and AI in electronic letters of credit”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 87-115.
- M. FAFET, “Introducing a droit de suite through NFTs in Japan: legal hurdles”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 908-916 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae087>).
- A. FERREIRA, “Decentralized finance (DeFi): the ultimate regulatory frontier?”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 242-259.
- S. FONTANA-RAINÁ/S. GRUND, “Debt-for-nature swaps: the Belize 2021 Deal and the future of green sovereign finance”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 128-151.

- H.D. GABRIEL, “The future of the transnational law of security rights: the emergence of security rights in electronic data”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 244-259.
- M.J. GILTJES, “The relevance and regulation of microsecond differences in the era of high-frequency trading: private feeds, transaction confirmations and colocation”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 1-21 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmad027>).
- H. GLANDER/D. LÜHMANN/C. KROPF (EDS.), *Offenlegungs-VO. Offenlegungs-Verordnung VO (EU) Nr. 2019/2088: Kommentar*, München, C.H. Beck, 2024.
- U. GRUŠIĆ, “Digital Assets and Online Accounts - Digital Assets in English Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 275-299.
- N. HAAGENSEN, “Boundary objects in complex governance systems: collective action clauses in European sovereign debt governance”, *Journal of European public policy*, 31, 2, 2024, pp. 586-609.
- A. HELD, “The modern property situationship: Is bitcoin better off (left) alone?”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 391-436.
- T. HUANG/W. HE, *Politics Meets Markets: Laws and Regulations of Chinas Financial Markets*, Singapore, Springer Nature Singapore, 2024.
- A.A. JAMAL/H. MOTANI, “Islamic wealth management: prospects, challenges, and the case of Singapore”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 260-279.
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “La tecnología TRD y el derecho: una relación necesaria para la seguridad jurídica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1000-1013 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8956/6832>).
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Constitución de garantías sobre criptoactivos”, en M. FONT I MAS (ED.), *Private International Law on rights in rem in the European Union. Derecho Internacional Privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 695-716 (disponible en <https://marcialpons-openaccess.es/index.php/juridicas/catalog/view/5/7/392>).
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Una primera aproximación a los principios de UNIDROIT sobre activos digitales”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 65-70.
- T. JOHNSON, “Credit instruments to alleviate global food insecurity: focus on crop receipts”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 178-196.
- S. KHANDERIA, “The law applicable to documentary letters of credit in India: A riddle wrapped in an enigma?”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 26-67.
- T. KOSTOULA, “Security rights in crypto-assets: an opportunity for uniform law?”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 434-454.
- T. KREBS, “Electronic bills of lading, transnational and English law: blocking the blockchain?”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 323-338.
- N.P. KURASH ET AL., “The role of the ‘Astana’ International Financial Centre in the capital market”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 86-101.
- J. KWAN, “Initial public offerings and antitrust: selected cases and issues”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 56-64.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Los acuerdos de arbitraje en los contratos de criptoactivos y NFTs y su interacción con la legislación en materia de consumo”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 15-47.
- M. LEHMANN, “Digital Assets in the Conflict of Laws: A Comparative Search for the ‘Ideal Rule’”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 1, 2024, pp. 197-222.
- M. LEHMANN/F. SCHINERL, “The Concept of Financial Instruments: Drawing the Borderline between MiFID and MiCAR”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 330-351 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae017>).
- R. LITTEN, *EU Capital Market Law: The Law of Financial Instruments*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, “Las monedas digitales de los bancos centrales: contexto e implicaciones geo-

- líticas, con especial atención al euro digital”, *Diario LA LEY*, nº 88, Sección Ciberderecho, 17 octubre 2024.
- T.H. LORENZ, *Kapitalmarktrechtliche Abschlussprüferhaftung: Kapitalmarktinformativhaftung, Kollektiver Rechtsschutz und Abschlussprüferregress am Sekundärmarkt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- L. LU, “Regulating ESG rating firms as the gatekeepers for sustainable finance”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 184-206 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae001>).
- J. MADIR (ED.), *FinTech: Law and Regulation*, 3ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- S. MALIK, “Divergent paths: US and UK Courts’ response to the LIBOR/EURIBOR-fixing scandal”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 433-448.
- S. MAN KIM, “Recent Korean Case Law on a Back-to-Back Letter of Credit”, *Global Trade and Customs Journal*, 19, 5, 2024, pp. 293-301.
- A. MINTO, “E-money tokens and coordination issues between the Market in Crypto-assets Regulation (MiCAR) and the payment services legislation (PSD2)”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 362-375.
- T.M.J. MÖLLERS, “Auditors report and the German Capital Markets Model Case Act (*KapMuG*)—legal consequences for EY in the Wirecard scandal”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 22-55.
- F. MÖSLEIN/S. OMLOR (HRSG.), *Kryptoaktien: Erweiterung des eWpG durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2024.
- N. MOLONEY, “Access to the UK Financial Market After the UK Withdrawal from the EU: Disruption, Design, and Diffusion”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 25-47.
- D. MULLIKEN, “‘It’s not just money; you are investing in your identity’: Israel, the Jewish diaspora and the Israel Bonds programme”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 169-183.
- D. MURPHY, “Dislocations in derivatives markets: The causes and consequences of disorderly futures markets in the light of recent episodes in nickel and crude oil”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 315-329.
- P. NEMA, “Arbitrability of cryptocurrency disputes in India”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 513-524.
- H. NEMECZEK, “Third-Country Regime and Equivalence: FinTechs”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 145-165.
- S.T. OMAROVA/G.S. STEELE, “Banking and antitrust”, *The Yale Law Journal*, 133, 4, 2024, pp. 1162-1253.
- S. OMLOR, “Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.2.2024 – C-661/22”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 162-164.
- S. OMLOR/F. MÖSLEIN (HRSG.), *Blockchain und Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- G.A. PAPACONSTANTINOU, *Financial Market Infrastructure and Economic Integration: A WTO, FTAs, and Competition Law Analysis*, London, Hart Publishing, 2024.
- E. PARTITI, “Addressing the Flaws of the Sustainable Finance Disclosure Regulation: Moving from Disclosures to Labelling and Sustainability Due Diligence”, *European Business Organization Law Review*, 25, 2, 2024, pp. 299-332.
- M. PEIHANI, “Can GDP-linked debt be the answer to sovereign debt crises?”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 1, January 2024, pp. 65-85.
- M. PERESTRELO DE OLIVEIRA/A. GARCIA ROLO (EDS.), *Decentralised autonomous organisation (DAO) regulation: principles and perspectives for the future*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- J.-B. POULLE, *EU banking and financial regulation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2024.
- F. RIELÄNDER, “The EU private international law framework for civil disputes concerning credit ratings: Exploring the status quo and prospects of reform”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 68-94 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/17441048.2024.2347723?needAccess=true>).
- L. ROBB/L. BELLAMY, “Are digital blockchain assets property?: Australian property law and technology regulation”, *Monash University Law Review*, 50, 1, 2024, pp. 157-187.

- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “The Emergence of Principles and Best Practices on Digital Assets: Proprietary Rights, and Enforcement”, *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp.1-12.
- A. ROSENBERG/R. HARTOG, “Creditor Considerations in Crypto Cases”, *Bankruptcy Developments Journal*, 40, 3, 2024, pp. 435-454.
- G.M. RUOTOLO, “Non-fungible tokens e diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 393-425.
- S. SCHÄREN, *Europakompatibles Finanzmarktrecht: Interdependenzen zwischen der europäischen Marktzugangsordnung und der Schweizer Finanzmarktregulierung*, Zürich, St. Gallen, Dike Verlag, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2024.
- L. ŠKAPOVÁ, “EIOPA, Unit-linked Insurance and Polish Product Intervention: A Silent Regulatory Revolution?”, *European Business Organization Law Review*, 25, 3, 2024, pp. 571-597.
- A.-J. SMITS/A. GALLE, “Sustainability and Asset Management: finally getting down to business? An empirical-legal study on the compliance of the asset managers of Dutch UCITS with the Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR)”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 376-391 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae013>).
- K. TAKAHASHI, Conflict of Laws in the Proprietary Restitution of Blockchain-based Crypto-Assets”, en D. YOKOMIZO/Y. TÖJÖ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 38-47.
- D. TRAFICANTE, “Blockchain and cryptocurrency”, en B. BROŽEK/O. KANEVSKAIA/P. PALKA (EDS.), *Research handbook on law and technology*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 497-511.
- A. TRIMARCHI, “Dispute resolution in aircraft finance: question and solutions within the international regulatory context”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 64-76.
- A. VAN DEN HURK, “Equivalence and Insurance”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 209-228 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-023-00308-z>).
- S. VAN DE VELDE ET AL., “Euroclear’s digital financial market infrastructure”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 2, April 2024, pp. 113-127.
- R. VEIL (ED.), *Regulating EU Capital Markets Union*, vol. I, *Fundamentals of a European Code*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
- J. VERSTAPPEN/T. VAN ZUIJLEN, “Using Tokenisation in Support of a ‘Superficies Sustainable’: A Dutch Case on LegalTech to Support Sustainability Goals”, en M. SANTOS SILVA ET AL. (EDS.), *Routledge handbook of private law and sustainability*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024 pp. 294-310.
- J. WITTMANN, “Financial market regulation and private law: a new frontier of transnational commercial law”, *Revue de droit uniforme*, 28, 3-4, 2024, pp. 349-363.
- J. WOXHOLTH ET AL., “Competing claims to crypto-assets”, *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 226-246.
- J. WYCZIK, “The rise of the metaverse: tethering effect and intellectual property of crypto tokens”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 4, April 2024, pp. 358-370 (<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad124>).
- B. YÜKSEL RIPLEY, “The law applicable to (digital) transfer of digital assets: the transfer of cryptocurrencies via blockchains”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 123-154.
- B. ZEBREGS/V. DE SÉRIÈRE, “CCPs: EU Equivalence and Regulatory ‘Bazookas’”, *European Business Organization Law Review*, 25, 1, 2024, pp. 117-143 (disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40804-024-00312-x>).
- D.A. ZETZSCHE, *The EU law on crypto-assets: a guide to European FinTech regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- D. ZETZSCHE/J. SINNIG/A. NIKOLAKOPOULOU, “Crypto custody”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 3, July 2024, pp. 207-229, <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae010>.

- Z. ZHANG, “The bar date over client asset claims in the UK investment bank special administration regime”, *Capital Markets Law Journal*, 19, 4, November 2024, pp. 392-432 (disponible en <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmae018>).
- C. ZILIOLO/R. BISMUTH/L. THÉVENOZ (ED.), *International Sanctions: Monetary and Financial Law Perspectives*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2024.

Arbitraje y mediación

- Y. ABE, “Denial of Benefits Clauses and the Limit of Investors’ Procedural Rights in International Investment Arbitration”, en D. YOKOMIZO/Y. TŌJŌ/Y. NAIKI (EDS.), *Changing orders in international economic law*, vol. 2, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024, pp. 127-138.
- M.-H. ABEDIAN/R. EFTEKHAR, “Reasonableness: a guiding light - A probe into the World Court’s landmark judgment on substantive standards of investment protection and its takeaways for investment treaty tribunals”, *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 307-336.
- S. ADELAIE/O. ELUOGU, “Trade openness in developing countries and use of the dispute settlement system of the World Trade Organisation”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 255-272 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad033>).
- A. AL-KHASAWNEH/V. LIBORIO GARRIDO DE SOUSA, “The thorny intersection of personal opinion and arbitrator impartiality: lessons from Crescent Petroleum and other cases”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 537-546.
- G.M. ALVAREZ/C. ALVARADO (EDS.), *Arbitration in Mexico*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024.
- J.M. ALVAREZ CONTRERAS, “The ‘no greater rights’ principle: heading to a new Calvo Clause?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 4, December 2024, pp. 552-572.
- L. ÁLVAREZ MERA, “¿Es correcto motivar con el art. 24 CE una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral?: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- A. AMORÍN FERNÁNDEZ, “La mediación en disputas inversor-Estado: situación actual y nuevos retos”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- A.M. ANDERSON/H. VERBIST (EDS.), *Expedited international arbitration: policies, rules and procedures*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2024.
- G. ARDILA BERMEJO/S. MARTÍNEZ SASTRE/A. RUIZ DE APODACA MARCOS, “Herramientas para la resolución de conflictos de *legal privilege* en el arbitraje internacional: ¿hacia la adopción de directrices armonizadas?”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 21, 2024.
- A. ARZANDEH, “Interpreting Multiple Dispute-Resolution Clauses in Cross-Border Contracts”, *Cambridge Law Journal*, 83, 2, 2024, pp. 244-273.
- R.A. BALES/J.I. GROSS (EDS.), *The Federal Arbitration Act: successes, failures, and a roadmap for reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “El arbitraje y la reforma del Reglamento Bruselas”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- R. BAMFORTH/K. GANDHI, *Arbitration and Insolvency*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. BENEDETTELLI/A. CARLEVARIS/A. CRIVELLARO/M.B. DELI (EDS.), *Arbitration as Balanced Administration of Justice: Essays In Honour of Piero Bernardini*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- W. BEN HAMIDA, “La transparence des contrats et des arbitrages extractifs”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 37-45 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- G. BERRIZBEITIA, “The political economy of arbitration law”, *The Yale Law Journal*, 134, 1, 2024, pp. 266-328.
- S. BEZAT, *The concept of authority in the arbitral paradigm: the legal philosophy of international arbitration, its crisis of authority and the hermeneutical path forward*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2024.

- K. BHUKYA, “Threading between Scylla and Charybdis: developing a framework for arbitrating investor-state tax disputes”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 525-536.
- G. BLANKE, “Arbitration Rules Found to Reinforce Infringement of Article 101 TFEU: Case C-124/21 P *International Skating Union v Commission*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 15, 5, July 2024, pp. 308-310.
- R. BORK, “Art. 18 EuInsVO und das Schiedsverfahrensrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 661-673.
- J.C. BOUÉ, “‘Lying with numbers’ in international arbitration against states”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 5-34.
- J. BOUYSSOU/M.-H. BARTOLI VALLET, “Últimas noticias de París”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- J. BOUYSSOU/M.-H. BARTOLI VALLET, “Presentación de la Cámara Comercial Internacional de la Corte de Apelación de París (CCIP-CA), a través de su nueva competencia exclusiva en materia de arbitraje internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- N. BRAOUDAKIS/R. CRAVEIA/C. BALDON, “Neutralising the ECT Sunset Clause Inter Se”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 347-370.
- S. BREKOULAKIS, “Introducing the special issue: the lasting legacy of the 1996 Arbitration Act”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 1-12 (disponible en <https://doi.org/10.1093/arbint/aiae014>).
- S. BREKOULAKIS/A. HOWARD, “Trust, Contextual Impartiality, and Open-Mindedness in Investor-State Dispute Settlement”, *Current Legal Problems*, 77, 1, 2024, pp. 377-412.
- S. BREKOULAKIS/A. HOWARD, “Contextual Impartiality: A New Approach to Assessing Impartiality in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 74-102.
- W. BRILLAT-CAPELLO, “Adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés locales: les apports du Règlement de La Haye sur l’arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 73-83 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- E. BRÖDERMANN, “Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts – A high-level comparison between 1989 and 2024, with tribute to the Unidroit Principles, the development of arbitration law and to Simplified Global Contracting”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 145-160 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8906/6869>).
- E. BRÖDERMANN, “30 Jahre UNIDROIT Principles – Unifying the Commercial World — Zugleich Ankündigung einer gleichnamigen Konferenz in Hamburg am 6./7.6.2024”, *Internationales Handelsrecht*, 24, 2, 2024, pp. 45-47.
- E. BRÖDERMANN/B. ETGEN, *CIETAC Arbitration Rules 2024: article-by-article commentary*, München, C.H. Beck, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- R. BUCHAN/D. FRANCHINI/N. TSAGOURIAS (EDS.), *The Peaceful Settlement of Inter-State Cyber Disputes*, London, Hart Publishing, 2024.
- S. CALAZA LÓPEZ, “Contra todo pronóstico: tanta digitalización como desconexión de la mediación: ni MASC ni menos”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- R. CANALS VAQUER, “Imperialismo jurisdiccional contra arbitraje de inversiones: ¿está el Tribunal de Justicia conduciendo en sentido contrario?”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- L.J. CAPUTO, “Los terceros frente al laudo arbitral: a propósito de la interesante saga Deva vs. India”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- R. CARVOSSO, “The precariousness of the police powers doctrine in investment arbitration: *Rockhopper v Italy*”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 172-189.
- F. CASAROSA/H.-W. MICKLITZ, “Addressing Vulnerabilities in Online Dispute Resolution”, en C. CREA/A. DE FRANCESCHI (EDS.), *The new shapes of digital vulnerability in European private law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 351-382.

- C. CELLERINO, “The *Rockhopper* Case and the Destiny of ISDS in the EU Energy Sector”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 33-50.
- A. CEMIL YILDIRIM, “The use of technology in case management in international investment arbitration: a realistic approach”, *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 233-250.
- S. CHAIDIN ORTELLS, “Control de laudos en aplicación del derecho europeo de la competencia”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- J. CHAISE, “Arbitration in cross-border data protection disputes”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 4, December 2024, pp. 534-551 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae018>) Final del formulario
- B. CHASTANG REYES, “Arbitraje y Derecho de la Unión Europea ¿qué hay de nuevo en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Mytilinaios?: Sentencia del Tribunal de Justicia 4ª 22 de febrero de 2024, as. acumulados: C-701/21 P y C-739/21 PC-739/21 P: Mytilinaios/DEI y Comisión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- M. CHEVALIER, “International sanctions enacted against Russia as overriding mandatory rules—on which foot should international arbitrators stand?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 144-171.
- I. CHUPRUNOV, “International Commercial Arbitration”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 163-178.
- S. CLAVEL, “Ouvrir l’arbitrage aux communautés locales par le droit privé: Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du *Third Party Beneficiary Principle*”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 59-72 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- S. CLAVEL, “Loi nº 2024-537 du 13 juin 2024: Extension de la compétence de la CCIP-CA en matière d’arbitrage international. Et plus?”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 120-122 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- S. CLAVEL/P. JACOB, “Arbitrage et communautés locales. Introduction”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 6-15 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- M. COMBET, “L’encadrement du recours au Tribunal arbitral du sport en matière de droit européen de la concurrence: note sous CJUE, 21 déc. 2023, ISU, aff. C-124/21 P”, *Journal du droit international*, 2024, 3, pp. 989-1003.
- P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, “Cuestión prejudicial y aspecto externo de la independencia judicial: la influencia del asunto Banco de Santander: Sentencia del Tribunal Justicia 7 de mayo de 2024, as. C-115/22, NADA y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- G. CORDERO-MOSS, “Le rôle du droit international privé dans l’arbitrage”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 94-105 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- B.M. CREMADES, “Arbitraje de inversión frente a las inmunidades del poder”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- R. CUESTA CASTIÑEYRA, “La cláusula paraguas, la cenicienta de los estándares de protección: reflexiones en torno a los laudos en materia de energía renovable dictados contra España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- Z. DAI/Z. LIU, “Drawing the fuzzy line: arbitrability of dissolution-related disputes in China”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 493-512.
- J. DALMASSO, *La réparation du dommage moral dans l’arbitrage international*, Paris La Défense, LGDJ, 2024.
- E. DAVIES/S. NOURY, “Reform of the Arbitration Act 1996: a missed opportunity to entrench diversity?”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 93-114.
- M. DE FONTMICHÉL, “Les mécanismes permettant à un tiers d’intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale”, *Perspectives Contentieuses Internationales PCI*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 16-26.

- D.T. DE GALIZA FERNANDES LUPPI, “Os Appri’s e o novo modelo regulatório do Brasil: Novidades e desafios da cláusula de solução de controvérsias nos Acfi’s”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 174-191 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8419/6493>).
- C. DE MEEÛS, “Investing in Responsible Litigation: Third-Party Funding for Public Interest Litigation”, *Netherlands International Law Review*, 71, 3, 2024, pp. 511-535.
- J. DU/Z. ZHANG, “*AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Ltd v People’s Republic of China*: Unpredictable Jurisdiction under the Restrictive ISDS Mechanism”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 29-41.
- J. DYKE, “*Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain*: Spain Fails to Secure Set Aside of Registration of Intra-EU ICSID Award in the English Commercial Court”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 313-319.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Aplicación de la ley de la sede del arbitraje como rectora del convenio arbitral y efectos en las sanciones impuestas a personas y entidades rusas como consecuencia de la guerra en Ucrania: Sentencia de la Supreme Court (UK) de 23 abril 2024, Asunto UnicreditBank GmbH vs. RusChemAlliance (2024)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La función del árbitro como facilitador del acuerdo transaccional en el arbitraje internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa de las partes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 646-673 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8936/6874>).
- F. FERRARI, “Brèves observations sur l’applicabilité de la CVIM dans l’arbitrage international”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 747-757.
- J. GARCIA OLMEDO, “*Mihaljević v Croatia*: Abuse of Rights and Nationality Planning by Natural Persons”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 42-51.
- E. GARRETT, “Independence and impartiality: Australia’s arbitrator bias test”, *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 135-155 (disponible en <https://doi.org/10.1093/arbint/aiiae004>).
- S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “When the Dragon comes Home to Roost: Chinese Investments in the EU, National Security, and Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 195-220 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad028>).
- Z. GODZIMIRSKA, “The legitimation of international adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 35-53.
- G. GOENECHEA PERMISÁN, “Breve caracterización del contrato entre el árbitro y los litigantes arbitrales: sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 14 de julio de 2023 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- N. GOH/J. NEWTON, “Jurisdictional challenges under section 67 and section 30(1)(b): reflections on procedural irregularity in tribunal constitution”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 81-92.
- M. GÓMEZ JENE, “Anti-arbitration injunction y Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 777-789 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8941/6879>).
- M. GOTSIRIDZE, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 103-120.
- M. GOTSIRIDZE, “Multiple proceedings and abuse of procedure on BRI disputes”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 124-144.
- T. GRANIER, “Die Strabag- und Slot-Entscheidungen des Pariser Berufungsgerichts: erwartete, aber insgesamt weitreichendere Entscheidungen als in der Rechtssache Achmea”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 155-159.
- K. GREENMAN, “Of War and International Investment Law”, *International and Comparative Law Quar-*

- terly*, 73, 3, 2024, pp. 579-607 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/330E452D5AA53F88E9EBE38EB48E14B5/S0020589324000174a.pdf/of_war_and_international_investment_law.pdf).
- D. GUILFOYLE/J. MOSSOP, “The Extent and Legitimacy of the Judicial Function in UNCLOS Dispute Settlement”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 3, 2024, pp. 641-667 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C2EE2C17656D-02C6228E5355604C1CAD/S0020589324000198a.pdf/extent_and_legitimacy_of_the_judicial_function_in_unclos_dispute_settlement.pdf).
- Z. GUNDAY SAKARYA/I. MANFREDONIA, “Extra-Treaty Defenses Available to States in Investment Disputes Arising from Armed Conflicts”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 284-297.
- A. GUNNING, “Has a sufficient case been made for the Law Commission’s proposals in respect of section 67?”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 25-36.
- W. HAMILTON BYRNE, “The influence of legal scholars on the development of international investment law”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 278-296.
- B. HESS, “Implementing Achmea”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 193-196.
- I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “Ejecución de los laudos CIADI en la Unión Europea tras la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Reino Unido (Arrêt de la Cour suprême)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- E. IVANOVA, “Independence and impartiality through the lens of incompatible activities, disqualification and challenge: the ICJ, ITLOS, and inter-State arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 305-350.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES GUTIÉRREZ, “Desestimación de demanda de anulación de un laudo arbitral confirmando el carácter limitado y restringido de las acciones de anulación en nuestro país: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 11 de junio de 2024”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES CHÁFER, “La motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público: Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES CHÁFER, “El procedimiento de ejecución de laudos arbitrales extranjeros como meramente homologador de la resolución en cuestión: Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de noviembre de 2023 y de 19 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES CHÁFER, “Consolidación de la postura favorable al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: Auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia CP 1ª 25 de marzo de 2024”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- P. JACOB, “Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l’arbitrage d’investissement”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 27-36 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- M. JARRETT, “ISDS 2.0: time for a doctrine of precedent?”, *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 41-53 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgad033>).
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Arbitraje sobre controversias de protección de datos en el acuerdo entre los Estados Unidos y la UE”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 21, 2024.
- J.M. JULIÀ INSENSER, “Arbitraje deportivo y defensa de la competencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023, asunto C-124/21P: Unión Internacional de Patinaje vs. Comisión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- J.M. JULIÀ INSENSER, “El arbitraje al servicio del derecho de la competencia: los compromisos en el caso del sistema de pagos móviles de Apple”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 20, 2024.
- B. KASOLOWSKY/C. WENDLER, “Verletzung der Schiedsklausel durch sanktionierte russische Parteien: Positive Feststellung der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 363-366.
- S. KAYA/E. KERVANKIRAN/M. FURKAN AKINCI, “Resolution of IP disputes in Turkey: emerging trends of

- mandatory mediation and specialized courts for IP disputes”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 12, December 2024, pp. 874-883 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpae084>).
- L. KIERDORF, *Das auf internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen anwendbare Recht: Das auf internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen anwendbare Recht nach Art. 25 Brüssel Ia-VO und den Vorschriften des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- S. KLOPSCHINSKI/M.-R. MCGUIRE, *Research Handbook on Intellectual Property Rights and Arbitration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- C. KNOEBEL/S. COLLINS, “Enforcing intra-EU ICSID arbitration awards in a post-*Achmea* world in Europe: could the European Court of Human Rights assist in resolving the deadlock?”, *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 251-276.
- S. KOCH, *Schiedsbindung in Kapitalgesellschaften: Die Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit durch Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftervereinbarung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- H. KRONKE, “Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsklauseln in Zeiten schwindender Rechtsstaatlichkeit”, *IPRax*, 2, 2024, pp. 106-112.
- H. KRONKE, “Die Inkorporierung einer Schiedsklausel der Charterparty in das Konnossement – Neue Fragen an klassischer Schnittstelle”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 721-729.
- H. KRONKE/P. NACIMIENTO/D. OTTO/N.C. PORT (EDS.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 2^a ed., Kluwer Law International, 2024.
- T. KRUGER, “The Private International Law of Mediated Settlement Agreements”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 23-34.
- N. KUPLEWATZKY ET AL., “Upstream Review of intra-EU ICSID Arbitration and its Inherent Consequences”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 3, 2024, pp. 349-370 (disponible en <https://www.nomos-elibrary.de/de/10.5771/1435-439X-2024-3-349.pdf>).
- B. KUŹNIACKI, “The Compatibility of the Substance over Form Doctrine with Tax and Investment Treaties: A Case Study of *Lone Star v the Republic of Korea*”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 139-170.
- A.Y. LAM LEUNG/S.Y. CHING LEUNG, “The temptation of Occam’s Razor: jurisdiction, admissibility and party autonomy”, *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 399-406.
- F. LAVAUD/M. CANNERI, “Evidentiary Challenges in the Context of Armed Conflict”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 298-312.
- N. LAVRANOS/S. CASTAGNA (EDS.), *International Arbitration and EU Law*, 2^a ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- A. LEANDRO, “State Immunity from Execution of International Arbitral Awards: Consent to Arbitration vs Consent to Execution Along the Double-Step Enforcement”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 83-105.
- Y. LIN, “‘China’s Disequilibrium’ in ISDS: an interplay of China’s trade-offs and domestic institutions to investment treaty policy”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 4, December 2024, pp. 573-608.
- Y. LIN, *International and Interregional Enforcement of Arbitral Awards: Procedure and Practice in China*, Singapore, Springer, 2024.
- E. LINDSAY/C. GAMBARINI, “The proposed reform of the English Arbitration Act on arbitrators’ independence and impartiality and the duty of disclosure from a comparative perspective”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 37-66.

- C. LÓPEZ, “Mining in investment arbitration: an analysis of mining companies’ legitimate expectations”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 297-313 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae023>).
- N. LOZADA/D. TALERO, “Electronic enforcement in the digital era: Themis without a sword”, *Revue de droit uniforme*, 29, 2, 2024, pp. 204-220.
- A. MALATESTA, “Arbitrato e regolamento Bruxelles I-bis: una riforma necessaria”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 39-57.
- M.L. MARCEDDU, “EU and UN Proposals for Reforming Investor-State Arbitration”, en E.-U. PETERSMANN/A. STEINBACH (EDS.), *Constitutionalism and transnational governance failures*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024, pp. 336-361.
- D. MARCOS FRANCISCO, “El futuro de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Unión Europea y su incidencia en el sistema arbitral de consumo español”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 21, 2024.
- J.-M. MARCOUX, “Banning oil and gas activities under international investment law: a problem of indeterminacy”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 351-364 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae005>).
- J.-M. MARCOUX ET AL., “Discourses of ISDS reform: a comparison of UNCITRAL Working Group III and ICSID processes”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 314-335 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae017>).
- C. MARGIOTTA BROGLIO/F. ORTINO, “Treaty interpretation, multilingualism, and the WTO dispute settlement system: towards the comparative translation paradigm?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 4, December 2024, pp. 487-505 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae016>).
- D. MARTINY, “Schiedsvereinbarungen über die Beendigung eines Alleinvertriebsvertrages in Belgien (zu Hof van Cassatie van België, 7.4.2023 – C.21.0325.N)”, *IPRax*, 2024, 2, pp. 151-154.
- J.F. MERINO MERCHÁN, “Posible vicio de ilegalidad y concurrencia ‘ultra vires’ del arbitraje configurado en el Reglamento del Mercado Oficial de Opciones y Futuros Financieros en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- I. MICHOU, “La prise en compte des intérêts des communautés locales: réflexions à partir de la sentence Spentex Netherlands B.V. c/ République d’Ouzbékistan CIRDI nº ARB/13/26”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 55-58 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- N. MINELLA, “The conundrum of costs allocation in international investment arbitrations: a proposed practical solution to enhance predictability of costs decisions”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 473-492.
- S. MOOLLAN/R. PRICE/O. BROWNE, “Which law should govern the ‘arbitrability’ of a dispute in England?”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 445-460.
- L. MORENO BLESÁ, “El estado actual del arbitraje de inversiones en el ordenamiento español a propósito de las energías renovables”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 279-302.
- J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1144-1166 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8966/6860>).
- J. DE D. MORONTA ALMÁNZAR, “Novedades en las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los conflictos de intereses en arbitraje internacional en su versión 2024”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- D. MOURA VICENTE, “A arbitragem em Portugal. Uma década após a nova LAV: Algumas reflexões”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 257-283.
- D. MOURA VICENTE, “Sentença arbitral”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 285-302.
- D. MOURA VICENTE, “Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Over-

- view”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 303-319.
- D. MOURA VICENTE, “El arbitraje en las relaciones luso-españolas: la jurisprudencia española reciente”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 321-338.
- D. MOURA VICENTE, “Arbitragem, competência judiciária e reconhecimento de sentenças: Reflexões à luz do Regulamento de Bruxelas I-bis”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 339-355.
- D. MOURA VICENTE, “A arbitragem de investimentos na intersecção do Direito da União Europeia, do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 357-397.
- D. MOURA VICENTE, “Sanções económicas e arbitragem internacional”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 399-416.
- D. MOURA VICENTE, “Da composição amigável na resolução extrajudicial de litígios”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaio*s, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 417-426.
- F. MUNNÉ CATARINA, “Los riesgos del convenio arbitral”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- P. NEMA, “Arbitrability of cryptocurrency disputes in India”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 513-524.
- V.C. NGONO, “Libres propos sur l’internationalité dans l’arbitrage OHADA”, *Revue de droit uniforme*, 29, 1, 2024, pp. 116-138.
- M. NICKEL, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- M. NIOCHE, “Protéger les communautés locales dans l’arbitrage par le devoir de vigilance”, *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 46-54.
- L. NOTTAGE, “Australia’s Ambivalence Again Around Investor-State Arbitration: Comparisons with Europe and Implications for Asia”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 320-346 (disponible en <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siae029>).
- S.U. NWEKE-EZE, “The participation of foreign counsel in Nigeria-seated arbitration proceedings”, *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 547-552.
- I. ÖNAY, “Interpretation of the Scope of International Commercial Arbitration Agreements: A Comparison of Swiss and Turkish Case Law: Interpretation of the Scope of International Commercial Arbitration Agreements: A Comparison of Swiss and Turkish Case Law”, *European Business Organization Law Review*, 25, 4, 2024, pp. 843-870.
- Y. OKUDA, “Recent Developments of Japanese Laws on ADR – A Perspective of International Civil Procedure Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 13-22.
- M. ONG, “From Aspiration to Public Policy: Imprinting UNGP-Aligned Footprints of Corporate Responsibility and Accountability into the Shifting Sands of International Arbitration Practice”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 408-438.
- H. ORTNER/M. HACKL, “Rule of Law and International Commercial Arbitration”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 486-516.
- J.M.L. PACAS CASTRO, “Schiedsgerichtliche Exklusivität versus staatlicher Kontrollvorbehalt: Die ICSID-Konvention im Visier des BGH”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 1, 2024, pp. 40-58.
- J. PAINE, “Control Mechanisms in Multilateral Investment Tribunals: Navigating Procedural Multilateralism and Substantive Bilateralism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 4, 2024, pp. 819-851 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/AAE3D25D48CC5DAF34E5B0203D0DD701/S0020589324000368a.pdf/control_mechanisms_in_multilateral_investment_tribunals_navigating_procedural_multilateralism_and_substantive_bilateralism.pdf).
- J. PASSER, “Criterio de independencia para solicitar una cuestión prejudicial por parte de la Comisión nacional de arbitraje en materia de lucha contra el dopaje en el ámbito del deporte de Austria: TJ, Gran Sala, S 7 May. 2024. Asunto C- 115/22: NADA y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.

- S. PEARSON-WENGER, *Good faith in international commercial arbitration: its application by arbitral tribunals to the parties' contract and the arbitration agreement*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer International, 2024.
- T. PELIKAN, *Schiedszusagen im europäischen und deutschen Kartellrecht: Die effektive Einbindung von Schiedsgerichten in Fusionskontroll- sowie Kartell- und Missbrauchsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- P. PERALES VISCASILLAS, "El arbitraje internacional de seguro y reaseguro: taxonomía de las disputas más frecuentes en materia de seguro y reaseguro susceptibles de resolución mediante arbitraje internacional", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- J. PÉREZ FONT, "Anti-arbitration injunctions en el Derecho inglés", *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1227-1240 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8971/6849>).
- J.-B. RACINE, "Arbitrage et communautés locales. Propos conclusifs", *Perspectives Contentieuses Internationales (PCI)*, vol. 1, Décembre 2024, pp. 84-93 (disponible en <https://www.dante.uvsq.fr/revue-perspectives-contentieuses-internationales-pci>).
- L.G. RADICATI DI BROZOLO/F. PONZANO, "How to assess the *res judicata* effects of international arbitral awards: giving concreteness to an autonomous approach", *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 409-444.
- C. REIBETANZ, "Mediation and Private International Law", en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 251-270.
- A. REINISCH, "The Rule of Law in International Investment Law and Arbitration as Reflected in the Work of the ILA", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 27, 4, 2024, pp. 463-485.
- R. REN, "The Dichotomy between Jurisdiction and Admissibility in International Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 2, 2024, pp. 417-446 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C0B93FC7C31161274E46C-4DE13DE764D/S0020589324000022a.pdf/dichotomy_between_jurisdiction_and_admissibility_in_international_arbitration.pdf).
- E.L. RENSMANN, *Wirtschaftssanktionen und internationale Handelsschiedsverfahren: internationaler Gerechtigkeitspluralismus im transnationalen Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- M. RIAZANTSEV, "Non-compensable regulation and regulatory expropriation: where is the line?", *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 205-232.
- Y. ROMERO MATUTE, "El intrincado debate en el caso Semenya contra Suiza: el arbitraje internacional deportivo en el centro de la controversia", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- Y. ROMERO MATUTE, "Reclamación de cantidad por despido de entrenador profesional ¿es una cuestión que puede ser sometida a la vía arbitral? Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 10 de enero de 2024", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- Y. ROVNOV, "Article 17.6(ii) of the WTO Anti-Dumping Agreement: Waiting for Chekhov's Gun to Go Off", *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 106-123.
- P. RUIZ SÁNCHEZ, *El orden público en el arbitraje en España*, Madrid, Dykinson, 2024.
- F.X. SÁNCHEZ MORAGAS, "Los problemas de identidad, del arbitraje de consumo y su reubicación como ADR, ante la aparición de los nuevos métodos adecuados de solución de controversias", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- E. SANJUÁN Y MUÑOZ, "Fallos de mercado, afectación contractual y sometimiento a los métodos de solución de conflictos en el Reglamento P2B", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- C. SANTAOLALLA MONTOYA, "Resolución de disputas 'crypto' a través del arbitraje: el caso de Binance ante la Cámara Internacional de Arbitraje de Honk Kong (HKIAC)", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 18, 2024.
- K. SATISH/H. SATISH, "A 'withdrawal' syndrome: counsel resignations in international arbitrations", *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 383-398.
- H. SCHACK, "Auswirkungen eines Gläubiger- oder Schuldnerwechsels auf die internationale Zuständigkeit, insbesondere auf Gerichtsstands und Schiedsvereinbarungen", en C. VON BAR/O.L.

- KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 569-580.
- N. SEQUEIRA/B. LOVE, "Translation and Interpretation in ICSID Proceedings", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 17-28.
- F. SHAHLAEI, "The collision between human rights and arbitration: the game of inconsistencies at the Court of Arbitration for Sport", *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 169-204.
- K. SHOKALO, "Awarding costs where there is no arbitral jurisdiction on the merits: the making and enforcement of negative cost awards", *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 119-133.
- T. SILATCHOM/G. ARMEL, "Arbitrage OHADA et éthique", *Revue de droit uniforme*, 28, 2, 2024, pp. 163-177.
- J.A. SOTO PINEDA, "Contexto del (in)cumplimiento, el (no) reconocimiento y la (no) ejecución de laudos arbitrales de inversión", en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Economía digital y guerras comerciales: ¿poniendo nuevas puertas al campo?*, Madrid, Dykinson, 2024, pp. 303-329.
- B. STEINBRÜCK, "Keine Bindungswirkung der abweisenden Entscheidung in einem Aufhebungsverfahren im ausländischen Ursprungsstaat des Schiedsspruchs", *IPRax*, 2024, 5, pp. 366-374.
- B. STEINBRÜCK/J.F. KRAHÉ, "Isolated court determinations on the admissibility of arbitration: a case study of the German Federal Court of Justice's recent decision on intra-EU ICSID proceedings", *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 375-382.
- T. ST JOHN ET AL., "Bargaining in the Shadow of Awards", *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 603-622 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/cha053>).
- N. STRAIN ET AL., "Compliance politics and international investment disputes: a new dataset", *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 70-92 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae004>).
- W. SUN, "A New Test Toward Consistency in International Investment Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 121-138.
- N. TAMBLYN, "Arbitration and the right to a fair trial", *Arbitration International*, 40, 4, December 2024, pp. 461-472.
- P. TENT ALONSO, "César, Pompeya y un par de árbitros chinos: Autos Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 20 de noviembre de 2023 y 14 de febrero de 2024", *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 19, 2024.
- J.Y. TEO, "Transnational *res judicata* in international commercial disputes and potential influences for BRI dispute resolution", *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 437-472.
- N. TERAMURA/L. TRAKMAN, "Confidentiality and privacy of arbitration in the digital era: pies in the sky?", *Arbitration International*, 40, 3, September 2024, pp. 277-306 (disponible en <https://doi.org/10.1093/arbint/aiae017>).
- C. TEVENDALE/A. AGNIHOTRI, "Arbitrator resignations: the Law Commission's proposed reforms", *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 67-80.
- K. THORN/C. REIBETANZ, "Die Stellung der Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union", en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 705-720.
- I. TORTEROLA/F. SHARIPOV, "The 2022 ICSID Arbitration Rules: Modernizing International Investment Dispute Resolution", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 52-60.
- F. TRAIN, "Inconciliabilité entre une sentence étrangère et un jugement étranger, fraude à l'arbitrage et contrôle incident de la sentence (Civ. Ire, 17 mai 2023, Albania BEG c/ Enel S.p.a. e.a., nº 21-18.406, D. 2023. Pan. 1812 et 1827, obs. L. d'Avout; JCP E 30 nov. 2023. Actu. 1345, obs. Ph. Casson; D. actu. 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques; Gaz. Pal. 31 oct. 2023, p. 17, obs. L. Larribère)", *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 85-97.
- T. TRAXLER, "Pro-Claimant bias in arbitrator selection", *Journal of International Economic Law*, 27, 1, March 2024, pp. 54-69.
- M. TREIN, "The Duty of Arbitrators to Raise Suspected Corruption or to Investigate Poorly Particularized Allegations of Corruption", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 2, Spring 2024, pp. 371-390.

- K.Z. TSUI, “*Re Simplicity & Vogue Retailing (HK) Co Ltd* [2023] HKCFI 1443 (HCCW 457/2022, 30 May 2023) (coram Linda Chan J) [case comment]”, *International Insolvency Review*, 33, 2, 2024, pp. 146-156 (disponible en <https://doi.org/10.1002/iir.1530>).
- C.E. TUO, “Decisioni arbitrali e giudizi interni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 58-82.
- J.J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF, “Law reform: the institutional perspective”, *Arbitration International*, 40, 1, March 2024, pp. 13-24.
- B. VAN ZELST/N. MASUMY, “The Concept of Arbitrability under the New York Convention: The Quest for Comprehensive Reform”, *Journal of International Arbitration*, 41, 3, 2024, pp. 345-370.
- R. VÁSQUEZ URRRA, “Alternativas de un inversionista extranjero para la solución de diferencias en el sistema de concesiones de Chile”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n° 18, 2024.
- J.P. VILLABLANCA GUTIÉRREZ, “The use of MFN clauses in investment arbitration: the problem of importation”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 3, September 2024, pp. 424-439.
- P. VOLLRATH, “Bestandsschutz mitgliedstaatlicher Staatsverträge im europäischen IPR/IZVR”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 449-456.
- W. WURMNEST/S. LANGENHAGEN, “Die Nachprüfung kartellrechtlicher Schiedssprüche am Maßstab des Ordre public”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 731-745.
- D. XIE, *Transnational due process and article V(1)(b) of the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024.
- Y. YAN, “Corruption and the (Un)Clean Hands Doctrine in Investor-State Arbitration: Definitional and Reciprocity Challenges”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 39, 1, Winter 2024, pp. 61-73.
- S.D. YATES, “New international commercial courts: a delocalized approach”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 1, March 2024, pp. 54-72 (disponible en <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad024>).
- A. YISMAW DEMAMU, “A framework of African Continental Free Trade Area dispute settlement mechanism: legal challenges”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 3, September 2024, pp. 440-456.
- C. YU, “International adjudication as interactional law-making: the incorporation of fair and equitable treatment elements in investment treaties”, *Journal of International Economic Law*, 27, 2, June 2024, pp. 259-277 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae022>).
- N. ZAMIR/N. KAPLAN, “To reason or not to reason: arbitral awards - the conflict between conciseness and the duty to provide reasons under national laws and international rules”, *Arbitration International*, 40, 2, June 2024, pp. 157-168.
- Y. ZHAO/H. CHEN, “Enhancing access to digital justice: digital governance of dispute resolution and dispute prevention in online commercial activities”, *Journal of International Dispute Settlement*, 15, 2, June 2024, pp. 273-304.
- Y. ZHENG, “Rethinking the ‘Full Reparation’ standard in energy investment arbitration: how to take climate change into account”, *Journal of International Economic Law*, 27, 3, September 2024, pp. 500-520 (<https://doi.org/10.1093/jiel/jgae033>).
- P. ŽIVKOVIĆ, “International Commercial Arbitration: Law Applicable to Merits and ‘Creeping’ Judicial Substantive Review”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 181-198.

Derecho de familia internacional

- M.Z. ABBASI/S.A. CHEEMA, *Family laws in Pakistan*, 2ª ed., Karachi, Oxford University Press, 2024.
- F. AIWANGER, “*Ius Sanguinis* Reloaded. Familienrechtliche Vorfragen im neuen Staatsangehörigkeitsrecht”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2024, pp. 1521-1525.
- A. ALBORS-LLORENS, “Family Members and the Citizens’ Rights Directive: Broadening the Scope of the

- Principle of Effective Judicial Protection”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 130-150.
- M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2024.
- A. ANNONI, “Protezione complementare e tutela del diritto alla vita privata e familiare prima e dopo il decreto-legge n. 20/2023”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 2, 2024, pp. 463-489.
- D. ARCHAR, “What Makes the Family Special?”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 37-55.
- S. BARBOU DES PLACES, “Who Counts as a Family Member? On the Importance of ‘Doing Family’ in EU Law”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 56-75.
- K. BOELE-WOELKI/F. FERRAND/C.G. BEILFUSS/M. JÄNTERÄ-JAREBORG/N. LOWE/D. MARTINY ET AL., *The principles of European family law revisited*, Cambridge, Intersentia, 2024.
- M. BOGDAN, “The Status of Family Member as a Pre-condition of the Free Movement in the EU”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 118-129.
- M. BROSCHE, “Party Autonomy in International Family Law: Choice of Law and Choice of Court as a Solution to the Challenges of Cross-Border Families”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 299-316.
- C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024.
- J. CARBONE/C. HUNTINGTON, “Fatherhood, Family Law, and The Crisis of Boys and Men”, *Columbia Law Review*, 124, 7, 2024, pp. 2153-2237.
- D. CARRIZO AGUADO, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024.
- J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- M. CSÖNDES, “A Fragmented Private International Family Law: Interactions and Intersections of International, European and National Norms”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 265-282.
- K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- K. DUDEN/D. WIEDEMANN, “Concluding Remarks: Changing Families, Changing Family Law”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 339-352.
- A. DURÁN AYAGO, “Problemas de dispersión jurisdiccional del pleito en el Derecho internacional privado europeo de familia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 571-586 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8931/6818>).
- D. ENGELCKE, “The application of the Byzantine Family Code in the Greek Orthodox Courts in Jordan today: constructing gender relations”, en F. SCHULZE (ED.), *Between Morocco and Indonesia and beyond, Essays in honour of Irene Schneider*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2024, pp. 139-158.
- D. FLOREA/N. GALES, “The Impact of Cross-Border Mobility on the Family”, *European Journal of Law and Public Administration*, 11, 2, 2024, pp. 32-39.
- R. GARNETT, “Foreign State Immunity and Harassment of Dissidents”, *Melbourne Journal of International Law*, 24, 2, 2024, pp. 284-306.
- P. GERBER/J.H. ELMOLLA, “Does International Human Rights Law recognize Sibling Rights?”, *The George Washington International Law Review*, 55, 2, 2024, pp. 199-240.
- C. GONZALEZ BEILFUSS, “The contribution of the Court of Justice of the European Union to international family law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 330-347.

- L.-L. GOUDARZI-GEREKE, *Schiitisches Familienrecht zwischen Frauenrechten und Konfessionalismus: eine kontextuelle Rechtsvergleichung mit Fokus auf Irak, Bahrain und Afghanistan (2000-2021)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. GRECO, “The scientific border: DNA testing for family reunification”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 57, 4, 2024, pp. 1219-1249.
- K. GRIFFITHS, “A functional approach to defining family in the High Court”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 3, 2024, pp. 476-478.
- V. GRIFO, “Postmigrantisches Internationales Privatrecht: Identitätsjurisprudenz im Internationalen Familienrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 29-46.
- X. GROUSSOT/G.T. PETURSSON/A. LOXA, “The Fundament of the Fundamentals? Family Rights and the EU Charter of Fundamental Rights”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 99-117.
- D. HARVEY, “The Best Interests of the Child Need Not Necessarily be a Primary Consideration: ECJ 22 June 2023, Case C-459/20, X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d’un enfant mineur néerlandais)”, *European Constitutional Law Review*, 20, 4, 2024, pp. 569-592.
- R. HAUSMANN, *Internationales und Europäisches Familienrecht: EU-Verordnungen (Brüssel IIb-VO, EuGüVO, EuPartVO, EuSchutzMVO, EuUntVO, Rom III-VO) und Staatsverträge (ErwSÜ, Eu-SorgeRÜ, HAdoptÜ, HKÜ, HKUntÜ, HKUntVÜ, HUntÜ, HUntVÜ, HUP, HUÜ 2007, KSÜ, LugÜ 2007, MSA, UNUntGÜ) mit AdÜbAG, AdVermiG, AdWirkG, AUG, EGBGB, ErwSÜAG, EuGewSchVG, FamFG, IntFamRVG, IntGüRVG, ZPO, 3ª ed.*, München, C.H. Beck, 2024.
- S. HAZELDEAN, “Illegitimate families”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 59, 1, 2024, pp. 157-199.
- A. HEENAN, *Autonomy, Care and Family Law*, Oxford, Hart Publishing, 2024.
- D. HODSON, “Encouraging out-of-court resolution in cross-border family disputes”, en J.M. CARRUTHERS/ B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 284-305.
- E. JAYME, “Betrachtungen zur lusitanischen Rechtsfamilie mit besonderem Bezug zu Ländern in Afrika”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 333-338.
- P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- M. KEYES, “Feminist approaches to private international law”, en X. KRAMER/L. CARBALLO PIÑEIRO (EDS.), *Research Methods in Private International Law: A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024, pp. 265-285.
- T. KRUGER, “Fragmentation of European private international law: family matters”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 169-194.
- A. LAQUER ESTIN, “The contribution of the United States Supreme Court to international family law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 348-362.
- R. LEGENDRE, “Recognition and Enforcement in International Family Law: A Legal Patchwork or Systems Made to Measure?”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 283-298.
- B.W.M. LINDSAY, “The contribution of the UK Supreme Court to international family law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 306-329.
- N. LIPARI/S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024.
- E. LÓPEZ BARBA, “¿Novedades en el Derecho de familia de los extranjeros en España? Un nuevo derecho ‘de familias’ también para los extranjeros en España”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el*

- Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 337-360 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- A. MARGARIA/D. LIMA, “Who is family law for? Exploring legal approaches to family diversity”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 147-149.
- M.I. MERINO DÍAZ, “Habemus Directiva europea en la lucha contra la trata de seres humanos: Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “¿Tienen derecho las familias monoparentales a que se les amplíe dieciséis semanas el permiso de maternidad?: Sentencia del Tribunal de Justicia 7ª 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- R. MORTENSEN/S. MCKIBBIN, “Family provision across borders”, *The Sydney Law Review*, 46, 1, 2024, pp. 27-53.
- M.-L. ÖBERG, “One Big Happy ‘European Family’? An External Perspective”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 76-98.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (COORD.), *Derecho internacional privado: personas y familia*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2024.
- N. PALAZZO, “The EU Family: Surviving Ideological Familism in Times of Illiberalism”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 227-248.
- G. PIZZOLANTE, “Alcune riflessioni in tema di violenza domestica correlata alla libera circolazione e al diritto di soggiorno dei coniugi o dei partner extra UE”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 322-348 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.15.PIZZOLANTE.pdf>).
- J.P. RAMACIOTTI/J. SHAW, “‘The Transient Foreigner’: Restrictions on Citizenship Acquisition in Chile and Colombia for Those said to be ‘Passing Through’”, *International and Comparative Law Quarterly*, 73, 1, 2024, pp. 177-208 (disponible en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8F8F77B42CC7BECF40B1F97B945E8867/S0020589323000477a.pdf/transient_foreignier_restrictions_on_citizenship_acquisition_in_chile_and_colombia_for_those_said_to_be_passing_through.pdf).
- S. RODRÍGUEZ LLAMAS, “Desafíos y oportunidades de la Directiva (UE)2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, en la protección civil contra la violencia contra las mujeres”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- A. RÖTHEL, “Rechtsgeschäftliche Geschlechterklauseln konventionswidrig! Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 5. Juli 2022”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2024, pp. 208-221.
- L.S. ROSSI, “Un menor no acompañado al que se ha reconocido el estatuto de refugiado tiene derecho a la reagrupación aunque haya alcanzado la mayoría de edad: STJ, Gran Sala, S 30 Ene. 2024. Asunto 560/20: Landeshauptmann von Wien”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- L.S. ROSSI, “The interaction between the directive 2003/86 and the Charter of fundamental rights of the European Union in the family reunification of a third country national”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 25-40 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.2.ROSSI.pdf>).
- V. RUIZ ABOU-NIGM/M.M. ALBORNOZ, “International family law and the UN Sustainable Development Goals 2030”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 363-384.
- K. SCHEIWE, “Caring, law, and solidarity - on the need for reorientation”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae016.

- J.M. SCHERPE, “Epilogue to the Family in EU Law: Is There a European Family Law?”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 249-262.
- A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. SCHULZ, “Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR – Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB”, *IPRax*, 1, 2024, pp. 28-32.
- E. SERRANO CABALLERO, “El derecho a la reagrupación familiar en la Unión Europea de refugiados menores no acompañados que han alcanzado su mayoría de edad (STJ GS 30 enero 2024, as. C-560/20 / Landeshauptmann von Wien)”, *La Ley Unión Europea*, nº 123, 2024.
- M. SPATTI, “Violenza contro le donne e appartenenza a ‘un determinato gruppo sociale’ nella determinazione dello status di rifugiato. Riflessioni a margine della sentenza WS (C-621/21) della Corte di giustizia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 375-390 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.17.SPATTI.pdf>).
- B. STJEPANOVIĆ, “Harmonization of Family Law in the EU with Special Reference to the Marriage Contract”, *Balkan Social Science Review*, 23, 2024, pp. 149-167.
- M.P. STRASSER/L.M. KOHM/T.M. WASHINGTON, *Family law from multiple perspectives: cases and commentary*, 3ª ed., Eagan, MN, West Academic, 2024.
- A. TRYFONIDOU, “What Is a ‘Family’ in EU Law? Do EU Policies Sufficiently Address Family Diversity and Its Consequences?”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 19-36.
- A. TRYFONIDOU/M.-L. ÖBERG, “Introduction”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 1-18.
- J.M. VELASCO RETAMOSÁ, “Igualdad de género, relaciones familiares y Derecho internacional privado: algunas reflexiones”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 255-266.
- N.E. VIGANO MARTÍNEZ, “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el marco del derecho de asilo europeo y español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 641-654 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8439/6498>).
- B. VILA RAMOS, “Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar”, *Estudios de Deusto*, 72, 1, 2024, pp. 403-434.
- A. WYSOCKA, “A Look into the Future: The Harmonization of Substantive Family Law in Europe”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 317-338.

Persona física

- S. ADROHER BIOSCA, “Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 36-45 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8413/6486>).
- R. ARENAS GARCÍA, “La excepción de interés nacional en el DIPR español actual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 101-112 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8903/6853>).
- C. ASHFORD/A. MAINE (EDS.), *Gender, sexuality and law: a textbook*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024.
- M. BALBONI/B. KORCARI, “Il problema dei c.d. apolidi de facto e della loro tutela”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 113-126 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8904/6868>).
- N. BARTELS, “Der gewöhnliche Aufenthalt in Grenzgängerfällen”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F.

- KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 55-80.
- M. BOGDAN, “The Status of Family Member as a Pre-condition of the Free Movement in the EU”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 118-129.
- A. BONOMI, “The Law Applicable to the Violation of Personality Rights – Time to Fill the Gap?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 391-405.
- C. BRUNOLD, *Transactions of Minors in English and German Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- J. BUSCHMANN, *Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts schutzbedürftiger Erwachsener im internationalen Erb- und Betreuungsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Lesión de derechos de la personalidad en internet y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 161-185 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8907/6863>).
- S. CARREA, “The Criterion of Habitual Residence in EU Private International Law: Old and New Questions”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 51-86.
- I. CHUPRUNOV, “Persons”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 53-68.
- J. CROON-GESTEFELD, “Der gewöhnliche Aufenthalt an Demenz erkrankter Personen”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 184-192.
- M. DEL P. DIAGO DIAGO, “La protección de personas adultas en situaciones transfronterizas e internas: en busca del tiempo perdido”, *De Lege Ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Granada*, pp. 65-94 (disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/delegeferenda/article/view/30485/28065>).
- S. DEURING, “Die Geschlechtszugehörigkeit im Internationalen Privatrecht – Bemerkungen zum neuen Art. 7a EGBGB”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 433-439.
- I. DIKOVSKA, “Personal Status of War-Related Migrants. What Is Relevant to Determine the Applicable Law?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, 7, 1, 2024, pp. 10-25.
- A. DI STASI, “Cittadinanza italiana under evolution e cittadinanza europea under stress: vecchie o nuove ‘frontiere’ mobili?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 513-523 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8927/6808>).
- S. DUFFY, “Gender Identity: A Comparative European Perspective”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 137-156.
- A. DURÁN AYAGO, “De cómo la ciudadanía europea va perfilando el Derecho de Nacionalidad de los Estados miembros de la Unión. A propósito de la STJUE de 5 de septiembre de 2023, asunto C-689/21, X”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 775-781 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8445/6510>).
- A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Pamplona, Aranzadi, 2024.
- B. ESZTEGAR, “Doppel- und Mehrfachstaatsbürgerschaften im österreichischen Recht”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 159-169.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Sexo, identidad de género y orientación sexual en el contrato de trabajo transfronterizo”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 173-199 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- O. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Sistemas biométricos y control de flujos migratorios. El género como obstáculo a la movilidad transfronteriza”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

- (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 153-172 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- M. FERRI, “Il sindacato della corte di giustizia in materia di cittadinanza nazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 179-201.
- A. FIORINI, “Judicial Subjectivism in Determining the Habitual Residence of Newborns: Wrong Questions and Questionable Answers in *Pope v Lunday*”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 217-238.
- P. FRANZINA/T. KRUGER, “The International Protection of Adults after Brexit”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae017 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae017>).
- I. GALLALA-ARNDT, “Das internationale Personalstatut arabischer Länder: Sinnbild einer gemeinsamen Rechtskultur?”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 73-100.
- S.L. GÖSSL, “Zur Zukunft des Personalstatuts – Einige Gedanken aus Perspektive der feministischen Rechtswissenschaft”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 193-207.
- S.L. GÖSSL, “Gender, identity and private international law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 72-88.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, “Implicaciones de la Ley 8/2021 de 2 de junio sobre discapacidad en supuestos de Derecho internacional privado”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 217-249.
- J.A. GONZÁLEZ VEGA, “La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 25-50 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- L.-L. GOUDARZI-GEREKE, “Zur Einführung (teilweise) schiitischer Personalstatutsgesetze in Bahrain (2017) und Kuwait (2019)”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 247-268.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “Los poderes de representación de personas vulnerables y el Derecho internacional privado: algunas reflexiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 885-897 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8949/6825>).
- G. HALIS KASAP, “Defending Privacy Across Borders: Public Interest Litigation in the Fight Against Data Exploitation”, *Netherlands International Law Review*, 71, 2024, pp. 427-460.
- A.F. HAMMOND/P. BATARIWAH, “An Assessment of the Doctrine of Commorientes and Its Implications for the Devolution of Testate and Intestate Property in Ghana”, *Journal of African Law*, 68, 2, 2024, pp. 263-281.
- D. HARVEY, “The Best Interests of the Child Need Not Necessarily be a Primary Consideration: ECJ 22 June 2023, Case C-459/20, X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d’un enfant mineur néerlandais)”, *European Constitutional Law Review*, 20, 4, 2024, pp. 569-592.
- HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention*, The Hague, 2024 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/7a7c613f-7b3a-4e3d-b5ad-e3bb09840b70.pdf>).
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El sexo de la persona física en Derecho internacional privado: evolución histórica y respuesta normativa (Primera parte)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 898-931 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8950/6826>).

- C. HILLGRUBER, “Aktuelle Reformvorhaben im Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrecht”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 13-38.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 985-999 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8955/6831>).
- A. KRIZNIK, “How Does the EU Legal Order Ensure the Protection of the ‘Right To Say Goodbye’ to a Deceased Person?”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 271-304.
- Á. LARA AGUADO, “Identidad personal, sexual y de género en situaciones transfronterizas: Algunos desafíos de la era digital”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 79-121 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- J. MARQUES FERREIRA, *A nacionalidade como conexão nas relações plurilocalizadas: em especial no direito internacional privado europeu*, Coimbra, Almedina, 2024.
- G. MARRERO GONZÁLEZ, “La ausencia de inscripción del nacimiento y su afectación al disfrute del derecho al respeto de la vida privada ex artículo 8 del CEDH”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 35-46 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/303/421>).
- R. MIQUEL SALA, “Identidad de género y tercer género en Alemania: Novedades y desafíos tras la nueva ley de autodeterminación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 123-151 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- D. MOURA VICENTE, “Aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na Internet?”, en Id., *Direito internacional privado: Ensaaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 191-203.
- D. MOURA VICENTE, “Problemática internacional da sociedade da informação: suas incidências na competência judiciária”, en Id., *Direito internacional privado: Ensaaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 205-217.
- D. MOURA VICENTE, “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras: desenvolvimentos recentes”, en Id., *Direito internacional privado: Ensaaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 219-237.
- K. NÄKKI/A. MÄKI-PETÄJÄ-LEINONEN/K. ERVASTI/E. SOLJE, “Evaluating the need for legal guardianship in people with dementia: gaining insight into professionals’ assessment criteria”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae005 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae005>).
- N. NORD, “L’officier de l’état civil et le droit étranger. Analyse critique et prospective d’une défaillance française”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 5-22.
- N. NORD, “The ICCS’s Contribution to the Portability of Names”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 229-239.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Aspectos internacionales de la autodeterminación de género”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 51-78 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- M. OROZCO HERMOSO, “‘Normalización’ de la intervención del Tribunal de Justicia en materia de nacionalidad y consolidación del enfoque sobre los requisitos de procedimiento (STJ 25 de abril de 2024, asuntos acumulados C–684/22 a C–686/22, *Stadt Duisburg*)”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 296-318.
- É. PATAUT, “Perte de nationalité en Europe: la consolidation du contrôle de proportionnalité”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 427-438.

- M. PFEIFFER, “Habitual residence and nationality as personal law connecting factors in European private international law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 53-71.
- T. PFEIFFER, “Das Statut der nachträglichen Genehmigung: Zum IPR der Vertretung ohne Vertretungsmacht”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 203-210.
- W. PINTENS, “Der freie Verkehr von Personenstandsunterlagen – Ein Vergleich zwischen den CIEC-Übereinkommen Nr. 16 und 34 und der EU-Verordnung 2016/1191”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 133-148.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 291-315 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- G. ROSSOLILLO, “The Recognition of Names between EU Law and Human Rights Law – Recent Developments”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 217-228.
- B. RÜTTE, “Rechte, Loyalität, Werte. Staatsangehörigkeit als Grundlage von Bürgerrechten und Bürgerpflichten”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 39-66.
- A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- H. VAN LOON, “New Perspectives for the CIEC/ICCS and its Work”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 1-12.
- B. VERSCHRAEGEN, “What’s in a name? – Zur rechtlichen Bedeutung von Adelsprädikaten”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1113-1128.
- C. VON BAR, “Rechtsfähigkeiten”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 877-890.
- J. VON HEIN, “Staatsangehörigkeit und alternative Anknüpfungsmerkmale im Internationalen Privatrecht”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 67-104.
- B. VON RÜTTE, “Rechte, Loyalität, Werte. Staatsangehörigkeit als Grundlage von Bürgerrechten und Bürgerpflichten”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 39-66.
- A.D. WARD, “From Past to Future – The Emergence and Development of Advance Choices”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 23-49.
- F. WEBER, “Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit – auf dem Weg zur europäischen Staatlichkeit?”, en M. FRIEHE (HRSG.), *Zuwanderung und Zugehörigkeit: Entwicklungen im Migrations- und Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, pp. 105-127.

Matrimonio y parejas de hecho

- N. ALI/Z. IQBAL/N. KHADAM, “Forced Marriages in Times of Armed Conflict: An Implicit Paradox of Modern Slavery under International Humanitarian Law”, *Journal of Human Rights Practice*, 16, 3, 2024, pp. 934-944.
- A. ANCITE-JEPIFÁNOVA, *The concept of marriages of convenience in EU free movement law: EU and UK perspectives*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2024.
- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Uniones registradas en el Reglamento 2016/1104: caracterización, naturaleza y efectos del Registro desde la perspectiva del sistema español”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ

- (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 187-215.
- M.C. BARUFFI, “Free Movement of Same-Sex Spouses in the EU”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 157-168.
- B. BISKUP, “The received view about the right to marry: A critique”, *Human Rights Law Review*, 24, 2, 2024, pp. 1-14.
- S. BOCK, “Mankowskis Unvollendeter: Sind Mehrehen mit Auslandsbezug wirklich und stets strafbar nach deutschem Recht?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1003-1016.
- M. BOGDAN, “Swedish Rules on Non-recognition of Foreign Child Marriages”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 51-59.
- C. BUDZIKIEWICZ/D. COESTER-WALTJEN/S.L. GÖSSL/B. HEIDERHOFF/R. MICHAELS/N. YASSARI, “Das Gesetz zum Schutz Minderjähriger bei Auslandsehen. Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 5.4.2024”, *FamRZ*, 2024, pp. 908-918.
- J.M. CARRUTHERS/F.A. BELTON, “Child, early and forced marriage: protecting rights and freedoms in the international context”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 193-215.
- L. CLAYTON-HELM, “Marriage and cohabitation in private international law: regulating *de jure* and *de facto* relationships”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 172-192.
- D.L. CROWE-URBANIAK, “State obligation to recognise and protect same-sex relationships”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 1, 2024, pp. 130-132.
- R. EFFINOWICZ, “Anerkennung und Schutz gleichgeschlechtlicher Beziehungen”, en J. KASPAR/O. SCHÖN (EDS.), *Einführung in das japanische Recht*, 2, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 105-118.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 617-632 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8934/6872>).
- M. FALLON/S. FRANCO, “Early Marriage in Belgian Case Law – The Ever-Lasting Virtue of the Functional Approach of the Public Policy Exception”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 61-79.
- M. GARCÍA ROMERO, “La erradicación del matrimonio infantil y forzado: Análisis de los instrumentos europeos vinculantes y la legislación nacional”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- A. GMEHLING, *Der Ort der Eheschließung im deutschen Kollisionsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Reform des Eheschließungskollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- E. GOOSSENS, “New Models for Family Solidarity between Unmarried Partners”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 59-74.
- R. HANDELMANN/R. SCHMITZ, “‘Wir haben nach deutschem Recht geheiratet...’ - internationales Familienrecht in der Grenzgängerrealität”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 49-54.
- S. HAZELDEAN, “Illegitimate families”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 59, 1, 2024, pp. 157-199.
- F. HEINDLER, “Wirksame Eheschließung zweier afghanischer Staatsbürger als Vorfrage bei Behandlung eines Antrags auf einvernehmliche Scheidung durch österreichische Gerichte”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 411-414.
- E.G. HOSEMANN, *Der Preis der Verführung: die gesetzliche Schadensersatzklage wegen Ehebruchs in England zwischen 1857 und 1970*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- I.E. LÁZARO GONZÁLEZ, “El matrimonio infantil en España. Una visión desde el derecho internacional privado para esta forma de violencia contra las niñas”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA

- CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 411-448.
- Y. LIU, “Recognition of Family Status and Same-Sex Partners – A Chinese Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 123-155.
- J.M. LORENZO VILLAVERDE, “Same-Sex Couples and EU Private International Law after Coman”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 157-176.
- S. MARINO/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 403-422 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8429/6485>).
- M.I. MERINO DÍAZ, “Habemus Directiva europea en la lucha contra la trata de seres humanos: Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- R. MORTENSEN/K. REEVES, “The common law marriage in Australian private international law”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 249-279 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2377406?scroll=top&needAccess=true#d1e153>).
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Los matrimonios internacionales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- N. PALAZZO, “Functional recognition and polyamory: glitters and hard truths in the O’Neill judgment”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 187-207.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: La identidad nacional como límite ¿lícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 259-288 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- R. PROBERT/S. THOMPSON, *Research Handbook on Marriage, Cohabitation and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- M. RIZZUTI/G. PAILLI, “L’unione di coppie del medesimo sesso in Italia: Un problema ancora aperto”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 233-258 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- S. RODRÍGUEZ LLAMAS, “Desafíos y oportunidades de la Directiva (UE)2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, en la protección civil contra la violencia contra las mujeres”, *La Ley Unión Europea*, nº 130, 2024.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Parejas de hecho y pensión de viudedad española en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1390-1404 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8981/6817>).
- N. SCHROTH, *Spezial-Kollisionsnormen im internationalen Eheschließungsrecht. Eine vergleichende Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- A. SIVAGANESAN, *Zwangsheirat: Hintergründe und Rechtsfolgen in ausgesuchten Ländern*, Zürich, Genf, Schulthess, 2024.
- T.L. WAERSTAD, “Human Rights Protection in Family Reunification Law and the Recognition of Child Marriages”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 3-22.
- G. WILLEMS, “All Paths Lead to Equality? Same-Sex Couples and Rainbow Families under European Law”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 151-180.
- N. YASSARI, “Early Marriages in German Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 81-103.

M. ZUBAIR ABBASI, “Non-Qualifying Ceremonies: Relevance of Foreign Law in Overseas Marriages”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 4, 2024, pp. 652-655.

Efectos personales del matrimonio. Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- S. ARNOLD/S. LAIMER (HRSG.), *Internationales Ehe- und Partnergüterrecht*, 2ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2024.
- I.A. CALVO VIDAL, “El cambio retroactivo de la ley aplicable en los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 750-763 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8443/6506>).
- I.A. CALVO VIDAL, *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Barcelona, Bosch, 2024.
- D. CARRIZO AGUADO, “La autonomía de la voluntad conflictual en la relación interconyugal transfronteriza: Especial referencia a los negocios familiares”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 349-364.
- D. CARRIZO AGUADO, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024.
- D. DAMASCELLI, “Determining the Applicable Law in Matrimonial Property Regimes”, *RabelsZ*, 88, 2, 2024, pp. 307-324 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/en/article/determining-the-applicable-law-in-matrimonial-property-regimes-101628rabelsz-2024-0032/>).
- H. DE HARO SANCHES/A.C.S. PACHECO DANILOVIC, “Cross-border planning for Brazilian families”, *Trusts & trustees*, 30, 9, 2024, pp. 597-605.
- S. DEURING/A. SPICKHOFF, “‘Schlüsselgewalt’ und Ehegattenvertretung im Internationalen Privatrecht”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 225-243.
- I. ESPÍÑEIRA SOTO, “La práctica notarial en materia de regímenes económicos matrimoniales con elemento extranjero”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 99-130.
- J.O. FLINDT, “Verfahrensentcheidende Vorfrage oder vorfrageähnliche Hauptfrage? Zur Qualifikation eines sachenrechtlichen Rückforderungsanspruchs im Rahmen des ehelichen Revokationsrechts”, *IPRax*, 2024, 6, pp. 466-471.
- E. FREUND, *Die Annexzuständigkeiten für Scheidungsfolgesachen im Familienverfahrensrecht der Europäischen Union: eine verordnungsübergreifende Untersuchung der Zuständigkeiten nach Artt. 3 lit. c, 4 Abs. 1 lit. c sublit. i EuUnthVO, Art. 5 EuGüVO sowie Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2024.
- L. GARCÍA-ÁLVAREZ, “Plurinacionalidad y régimen económico matrimonial”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 307-348.
- J. GASTÉ, “Le domicile commun n’est qu’une présomption simple pour déterminer le régime matrimonial d’un couple marié avant le 1^{er} septembre 1992 (Civ. 1re, 20 sept. 2023, n° 21-23.661)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 147-154.
- B. HEIDERHOFF, “Vermögensrechtliche Folgen faktischer Lebensgemeinschaften im IPR”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 209-223.
- M. KAYE/L. SARMA/B. FEHLBERG, “Prenuptial agreements: Lawyers’ Reflections on the Influence of Family”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 4, 2024, pp. 491-512.

- G. KESSLER, “Reasonable Expectations of Unmarried Cohabitants”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 109-122.
- K. KROLL-LUDWIGS, “Die Brautgabe als Herausforderung des Kollisionsrechts”, *GPR*, 21, 4, 2024, pp. 133-142.
- M.B. MCKENNA/M. ARVIDSSON, “Gendering Public and Private International Law: Transversal Legal Histories of the State, Market, and the Family through Women’s Private Property Rights”, *AJIL*, 118, 2024, pp. 12-17.
- D. RAMAN, “Enforceability of mahr under a shari‘a law-based contract in New Zealand: a comparison with United Kingdom, Australia, and Canada”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae020 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae020>).
- A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El régimen patrimonial, de matrimonios y parejas de hecho registradas, en el Derecho internacional privado europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 3, Madrid, EDISOFER, S.L., 2024, pp. 287-368.
- R. RUEDA VALDIVIA, “Reglamento (UE) 2016/1103 y su impacto en la regulación de los regímenes económicos matrimoniales en DIPr. español: Especial referencia a su repercusión en competencia internacional y ley aplicable”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 207-306.
- F. SANTANA NAVARRO, “Los regímenes matrimoniales en el sistema español. Especial referencia al régimen primario”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 19-57.
- H. THIJIS/A.-L. VERBEKE, “Default property rules for same-gender marriages: equivalence over equality?”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae003.
- I. VIARENGO, “Matrimonial and family property regimes in the cross-border European context”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 261-283.
- H. WU TANG, “Broken kinship: family property disputes and the common intention constructive trust in Singapore”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae012.
- A. YBARRA BORES, “Los efectos patrimoniales del matrimonio en el sistema inglés”, en A. RODRÍGUEZ BENOT/C. HORNERO MÉNDEZ (DIRS.) / D. CARRIZO AGUADO (COORD.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 59-98.
- A. YBARRA BORES, “Derecho inglés, competencia judicial internacional y Ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1509-1521 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8990/6800>).

Crisis matrimoniales

- G. AEBY ET AL., “Gender (in)equality in divorce in Switzerland: Lawyers’ formal-egalitarian vs. compensatory interpretations”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 4, 2024, pp. 513-533.
- M. BARBA, “Le juge conciliateur statuant sur la loi applicable au divorce - Civ. 1^{re}, 23 mai 2024, n° 22-17.049”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 813-824.
- G. BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, “When migration meets private international law: issues of private international law in divorce actions of Syrian migrants under temporary protection before the Turkish courts”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 214-247.
- M. BROSCHE, “Party Autonomy in International Family Law: Choice of Law and Choice of Court as

- a Solution to the Challenges of Cross-Border Families”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 299-316.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (VII): Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, Madrid, Aranzadi, 2024.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, “Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-ter”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 257-273 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8912/6871>).
- M.D. CERVILLA GARZÓN, “El repudio en los Códigos de familia de Túnez, Marruecos, Argelia, Emiratos Árabes Unidos y Jordania”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 131-152 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8417/6491>).
- A. DUTTA, “Private Divorces and Brussels IIb: Three Questions for the New Article 65(1)”, en J. BORG-BARTHET/K. TRIMMINGS/B. YÜKSEL RIPLEY/P. ŽIVKOVIĆ (EDS.), *From theory to practice in private international law: Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitcher*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2024, pp. 239-248.
- S. EL OUAZZANI CHAHDI, “El reconocimiento del divorcio marroquí en España. El método comparado como alternativa”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 267-284 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “El reconocimiento transfronterizo de medidas civiles de protección de las víctimas tras la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, *La Ley Unión Europea*, nº 127, 2024.
- D. FIERRO RODRÍGUEZ, “La eficacia de la kafala marroquí ante notario y su conformidad con el orden público español. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 16 de enero de 2024”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 71-85 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/266/427>).
- E. FREUND, *Die Annexzuständigkeiten für Scheidungsfolgesachen im Familienverfahrensrecht der Europäischen Union: eine verordnungsübergreifende Untersuchung der Zuständigkeiten nach Artt. 3 lit. c, 4 Abs. 1 lit. c sublit. i EuUnthVO, Art. 5 EuGüVO sowie Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2024.
- N. GHAURI, “Muslim Women’s Experiences of Islamic Evaluative Mediation within Shari’a Councils in England and Wales in relation to obtaining Divorce as Victims of Domestic Abuse”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 4, 2024, pp. 534-555.
- F. HEINDLER, “Wirksame Eheschließung zweier afghanischer Staatsbürger als Vorfrage bei Behandlung eines Antrags auf einvernehmliche Scheidung durch österreichische Gerichte”, *IPRax*, 2024, 5, pp. 411-414.
- R. LEGENDRE, “La notion de résidence dans le règlement Bruxelles II bis: nouvelles précisions sur le *forum actoris* - CJUE 6 juill. 2023, aff. C-462/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 795-804.
- N. LOWE/C. HONORATI/M. HELLNER, *Brussels II-ter: Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- D. MOURA VICENTE, “A família através das fronteiras: reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de rapto de crianças”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 123-140.
- M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “Dissolution of adult relationships and the cross-border dimension”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 238-260.

- M. NÍ SHÚILLEABHÁIN/K. TRIMMINGS, “The Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations 1970: an effective mechanism for regulating divorce as between the UK and the EU post-Brexit?”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae019 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae019>).
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Los matrimonios internacionales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- P. QUINZÁ REDONDO, “The Recognition of Non-Judicial Divorces in Europe”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 23-38.
- D. RAMAN, “Enforceability of mahr under a shari‘a law-based contract in New Zealand: a comparison with United Kingdom, Australia, and Canada”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae020 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae020>).
- B. RENTSCH, “Säkularität als Strukturprinzip des EU-Scheidungskollisionsrechts”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 81-108.
- J. DE LOS Á. TOLEDO LARREA, “El Derecho Internacional Privado y su incidencia en la protección jurídica de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial referencia al Reglamento 2019/1111”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 421-438 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- L. VAIGÉ, “Violence as National Heritage? The EU and CoE Strategies on Violence against Women and Domestic Violence”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 241-264.
- C. VOITHOFER, “Emancipatory Potential of Maintenance and Matrimonial Property after Divorce: Reflections Based on the Concept of Relational Autonomy”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 39-58.
- M. WEBER, “Ehescheidung mit Auslandsbezug: Zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen nach der Brüssel IIb-VO”, en E. GITSCHTHALER/J. PIERER/B. ZÖCHLING-JUD (HRSG.), *Festschrift Constanze Fischer-Czermak*, Wien, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2024, pp. 885-894.

Filiación natural

- M.D. ADAM MUÑOZ, “Las resoluciones sobre filiación y las relaciones paternofiliales dictadas por las autoridades españolas y su incidencia en los ordenamientos jurídico español y marroquí: una perspectiva de género”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 285-315 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- L. ANTHONIOZ, “The Personal Relativity of Public Policy on Transnational Surrogacy in Switzerland – A Proposal”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 611-636.
- G. BIAGIONI, “La circolazione delle decisioni e degli atti pubblici nella proposta di regolamento in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 94-116 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.6.BIAGIONI.pdf>).
- C. BIDAUD, “L’ambiguïté de la notion de ‘reconnaissance’ confrontée à la proposition de règlement de l’Union européenne relative à la filiation”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 3, pp. 415-426.

- I. BOONE/M. VONK, *The Right to Identity and Access to Information on Genetic Origin and Parentage*, Cambridge, Intersentia, 2024.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Zur Schaffung eines europäischen Elternschaftszertifikats”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 245-257.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Auf dem Weg zu einer europäischen Abstammungsverordnung?: Licht und Schatten im Vorschlag der Europäischen Kommission”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht: ZEuP*, 2024, 2, pp. 253-258.
- C. BUDZIKIEWICZ/K. DUDEN/A. DUTTA/T. HELM/C. MAYER, *The Marburg Group’s comments on the European Commission’s Parenthood Proposal*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- N. CAMMU, “How does social law (not) assess surrogacy as female reproductive labour? The Netherlands as a case study”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae023 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae023>).
- B. CAMPUZANO DÍAZ, “La filiación en el DIPr de la UE: entre la situación actual y las perspectivas de cambio”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 51-76 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- B. CAMPUZANO DÍAZ, “Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos *Pancharevo y Rzecznik*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 241-256 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8911/6870>).
- L. CARPANETO, “Legal parentage and private international law: the establishment, contestation and recognition of children’s legal parentage”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 12-31.
- L.F. CARRILLO POZO, “La gestación por sustitución y el futuro reglamento europeo sobre filiación. Una perspectiva española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 185-192 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/3315/2923>).
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el Derecho internacional privado español: El caso de Ana García Obregón”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 44, 2024, pp. 125-173 (disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-07/40505dpyc4404castellanosruiz.pdf>).
- M. CASTILLO-DAUDÍ/J.-M. SÁNCHEZ-PATRÓN, “La maternidad subrogada y el interés superior del niño: de la venta a la adopción en el ámbito europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 40, 2024, pp. 199-240, disponible en <https://doi.org/10.15581/010.40.199-240>).
- G. CONTALDI, “Presentazione della raccolta di studi sulla proposta di regolamento europeo in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 20-25 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.2.CONTALDI.pdf>).
- L. DAVIS, “The evolution of birth registration in England and Wales and its place in contemporary law and society”, *Modern Law Review*, 87, 2, 2024, pp. 317-342.
- K. DUDEN, “Parenthood and the principle of recognition: What is there to recognize?”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 379-395 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- P. DUNNE/A. BROWN, “Trans Parenthood in the UK: The ‘Unanswered Questions’ of the McConnell Litigation”, *Cambridge Law Journal*, 83, 3, 2024, pp. 490-518.
- A. DURÁN AYAGO, “Principio de reconocimiento mutuo y filiación: una propuesta para avanzar en la libre circulación de personas y familias”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 147-162.
- T. EL HAJ, “I rapporti tra la disciplina contenuta nella proposta di regolamento in materia di filiazione

- e gli ordinamenti dei paesi terzi”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 163-175 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.9.EL-HAJ.pdf>).
- S. HAZELDEAN, “Illegitimate families”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 59, 1, 2024, pp. 157-199.
- K. HORSEY, “Two unsuccessful bites at the legal parenthood cherry - really in the child’s best interests?”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 3, 2024, pp. 479-482.
- E.A. EMILIOZZI, “La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sul diritto di famiglia italiano”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 138-162 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.8.EMILIOZZI.pdf>).
- O. FERACI, “Lo spazio di operatività dell’ordine pubblico nella proposta di regolamento in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 117-137 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.7.FERACI.pdf>).
- M. GARDEÑES SANTIAGO, “El reconocimiento de la filiación entre Estados miembros de la UE a la luz de la reciente propuesta de Reglamento europeo: Nota introductoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 171-173 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/2947/2919>).
- C. GRIECO, “La disciplina della legge applicabile nella proposta di regolamento in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 69-93 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.5.GRIECO.pdf>).
- M. GUZMÁN ZAPATER, “La aplicación temporal de la norma de conflicto en materia de filiación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 28, 2024, pp. 169-184.
- E. JACKSON, “Sex and the erasure of legal parenthood: P v Q and F (Child: Legal Parenthood) [2024] EWCA Civ 878”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 4, 2024, pp. 643-645.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “Gestación subrogada, adopción y mención registral del lugar de nacimiento (Comentario a la STS (Civil) núm. 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024)”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, n° 1, 2° semestre 2024, pp. 87-92 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/306/429>).
- L. KLEVER, “Die grenzüberschreitende Leihmutterchaft im österreichischen Recht Kollisionsrecht und verfahrensrechtliche Anerkennung”, en E. GITSCHTHALER/J. PIERER/B. ZÖCHLING-JUD (HRSG.), *Festschrift Constanze Fischer-Czermak*, Wien, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2024, pp. 317-328.
- E. KNEEBONE/K. HAMMARBERG/K. BEILBY, “Surrogates’, intended parents’, and professionals’ perspectives on ways to improve access to surrogacy in Australia”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae009 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae009>).
- Á. LARA AGUADO, “Derecho a la identidad y a la vida privada de los menores nacidos por gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y en las proyectadas normativas reguladoras de la filiación”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 163-253.
- D. LIMA, “Three Models for Regulating Multiple Parenthood: A Comparative Perspective”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 95-112.
- D. LIMA, “Legal parenthood in surrogacy: shifting the focus to the surrogate’s negative intention”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 245-266.
- M. LINDGREN, “Disciplined parents and autonomous children: information sharing as governing device in Swedish identity-release gamete donation”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebad029 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebad029>).
- Y. LIU, “Recognition of Family Status and Same-Sex Partners – A Chinese Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 123-155.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 386-402 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8428/6484>).

- Y. LUO, “Regulating surrogacy intermediaries: a comparative analysis of regulatory approaches and implications in the Chinese context”, *International Journal of Law in Context*, 20, 4, 2024, pp. 514-528.
- A. MARGARIA, “Trans(forming) Fatherhood? European Legal Approaches to ‘Seahorse Fatherhood’”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 177-194.
- A. MARGARIA, “Surrogacy before European Courts: The Gender of Legal Fictions”, en M.-L. ÖBERG/A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 181-208.
- A. MARGARIA, “Registering births: What’s care got to do with it?”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 226-244.
- S. MARINAI, “La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sulla libertà di circolazione delle persone nell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 26-45 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.3.MARINAI.pdf>).
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “La disciplina della giurisdizione nella proposta di regolamento europeo in materia di filiazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 46-68 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.4.MARONGIU.BUONAIUTI.pdf>).
- J. MEEUSEN, “Lessons Drawn from the Commission’s Parenthood Proposal for Further EU Initiatives on Personal Identity and Status Continuity”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 169-215.
- M.I. MERINO DÍAZ, “Habemus Directiva europea en la lucha contra la trata de seres humanos: Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.
- D. MILER, “The applicable law in the draft regulation on parenthood: A legal analysis of the proposal’s consequences”, *European Law Review*, 49, 5, 2024, pp. 506-523.
- H. MOTA, “O reconhecimento em Portugal do estabelecimento da filiação no estrangeiro. Filiação no estrangeiro. O caso da filiação sócio-afectiva multiparental brasileira”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 359-378 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- C. NARDOCCI, “Intended or new parenthood? The child’s best interest: Italy and the European Court of Human Rights”, *ERA-Forum*, 25, 1, 2024, pp. 109-126.
- C. NYE, “GTB v Spain: The Right to Birth Registration under the European Convention on Human Rights”, *Statelessness & Citizenship Review*, 6, 2, 2024, pp. 247-253.
- E. O’CALLAGHAN, “Surrogate Born Children’s Access to Information About Their Origins”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebab009 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebab>).
- C. O’CONNELL, “‘Credulous or the naïve?’ The Irish Department of Health’s response to commercial surrogacy”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae014.
- M. OLDENBURGER, “Die Anerkennung im Ausland durchgeführter Leihmutterchaften”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 25- 48.
- J. PARRA BENÍTEZ, *La filiación en el Derecho de familia*, 2ª ed., Bogotá, Leyer, 2024.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “La competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento de filiación: de los criterios razonables a los claramente exorbitantes”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Y el Reglamento de filiación lo hizo: primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de la residencia habitual en menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1241-1253 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8972/6847>).

- I. PRETELLI, “Identity and Civil Status of Children Conceived through Cross-Border Procreation Contracts – Perspectives on Filiation and the Best Interests of the Child”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 241-273.
- A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Una propuesta de reglamento (UE) para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros: ampliar el objeto de reconocimiento y reducir los motivos de orden público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 76, 2, 2024, pp. 175-184 (disponible en <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/3313/2921>).
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 291-315 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- K.A. ROKAS, “Surrogacy and Assisted Reproduction: A Challenge for Family Law and for Private International Law Methodology”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 75-94.
- F. SALERNO, “Conclusioni”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 176-190 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2.2024.10.SALERNO.pdf>).
- R. SCOTT, “New reproductive technologies and genetic relatedness”, *Modern Law Review*, 87, 2, 2024, pp. 280-316.
- C. SURAL EFEÇINAR/B. BAŞOĞLU, “Surrogacy in Türkiye”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 557-570.
- K. TRIMMINGS/S. SHAKARGY/C. AHMAD (EDS.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2024.
- A. TRYFONIDOU, “The cross-border legal recognition of parenthood under European law: current law and future prospects”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 267-285.
- S.J. TURNBULL-DUGARTE, “Fine for Adam & Eve but not Adam & Steve? Homonegativity bias, parasocial contact, and public support for surrogacy”, *Journal of European Public Policy*, 31, 2, 2024, pp. 374-402.
- P. TWARDUCH, “Regulating International Filiation Law at the EU Level: Comments on Applicable Law under the European Commission’s Proposal”, *European Review of Private Law*, 32, 2, 2024, pp. 259-290.
- F. VAN LEEUWEN, “Epistemic Blind Spots, Misconceptions and Stereotypes: The Home Birth Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 35, 1, February 2024, pp. 153-174 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae002>).
- A.J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario LA LEY*, nº 10594, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 octubre 2024.
- M.B. VANSADIA, “International Fertility Tourism: The Need for Uniform Laws to Protect Surrogates and Babies”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 31, 1, 2024, pp. 227-245
- C. VIDAL FERNÁNDEZ, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Salas de lo Civil y de lo Social) sobre la gestación subrogada”, *Diario LA LEY*, nº 10599, Sección Dossier, 30 octubre 2024.
- N. VIGANO MARTÍNEZ, “La co-maternidad en España y su reconocimiento en el Derecho Italiano. A propósito de la propuesta de reglamento (UE) sobre filiación”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 341-357 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- A. WUDARSKI, “Das Rechtskonzept der Vaterschaftsvermutung auf dem Prüfstand – Rechtsvergleichende Betrachtung”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 921-934.
- D. ZANNONI, “Are We Opening Pandora’s Box? Clones, Human Spare Parts and International Law”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 679-699.
- P. ZOUAE LARA, “La filiación de menores nacidos por gestación por sustitución: Situación actual en España y perspectivas de futuro”, *Revista de Derecho Civil*, 11, 3, 2024, pp. 243-291.

Adopción internacional

- A. BOTTHOF, “Die Anerkennung im Ausland durchgeführter Adoptionen”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 9-24.
- J. DEKLERCK, “Domestic Adoption as an Alternative Care Instrument: A Case Law Analysis of the European Court of Human Rights”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 171-210.
- A. DURÁN AYAGO, “Adopción internacional, orientación sexual e identidad de género. Perspectiva desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 317-340 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- S. HAZELDEAN, “Illegitimate families”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 59, 1, 2024, pp. 157-199.
- E. HIPCHEN (ED.), *The Routledge critical adoption studies reader*, New York, London, Routledge, 2024.
- R. LEGENDRE, “À propos de l’inopposabilité de l’article 370-3 du code civil à un jugement d’adoption étranger - Civ. Ire 11 mai 2023, n° 21-24.178”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 2, pp. 291-287.
- M.I. MERINO DÍAZ, “Habemus Directiva europea en la lucha contra la trata de seres humanos: Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- O. MOMOH, “Intercountry adoption: preventing and addressing illicit practices”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 32-52.
- H. MOTA, “O reconhecimento em Portugal do estabelecimento da filiação no estrangeiro. Filiação no estrangeiro. O caso da filiação sócio-afectiva multiparental brasileira”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 359-378 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- J. REINHARDT/R. KEMPER/C. GRÜNENWALD, *Adoptionsrecht: AdVermiG, AdÜbAG, AdWirkG, BGB, EGBGB, FamFG*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2024.
- L. SALIGMAN, “Subsidiarity and the Best Interests of the Child”, *Chicago Journal of International Law*, 25, 1, 2024, pp. 259-300.
- M.J. SÁNCHEZCANO, “Errores y aciertos en la aplicación de la ley reguladora de la constitución de la adopción internacional de mayores de edad ante las autoridades españolas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 916-923 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8455/6520>).
- C. VON BARY, “When Filiation Fails: Adoption as a Fallback Mechanism for Modern Family Forms?”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 113-136.

Protección de menores

- M.Á. ABELLÁN-LÓPEZ/G. PARDO-BENEYTO, “Children’s participation matters: a step towards institutional and legal innovation in Spain”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae011.
- A. ARNOLD/C. BUDZIKIEWICZ, “Die Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für die Verantwortungsgemeinschaft - Eine kritische Analyse”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F.

- KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 187-207.
- A. BARNETT/M. KAYE/M. WEINER, “The 2024 Forum on Domestic Violence and the Hague Abduction Convention”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae021.
- M.C. BARUFFI, “International child abduction, migration and asylum: what happens when child abduction, migration and asylum collide?”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 153-171.
- J. BASEDOW, “Von Lieferketten, Kinderarbeit und Standesämtern – Gedanken zu europäischer Moral und globaler Realität”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 761-773.
- C. BAYARDI MARTINEZ/A. ROUSSET SIRI, “Restitución internacional de menores: lecciones de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Córdoba vs. Paraguay”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 65-70 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/305/425>).
- A. BELTRAME DE MOURA/F. LEAL, “El papel de las autoridades brasileñas en la lucha contra la sustracción internacional de niños”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 317-334 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- A. BELTRAME DE MOURA/C. LERIN, “The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 95-112 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8415/6489>).
- O. BOBRZYŃSKA/M. PILICH, “Cases of cross-border child abduction in times of populism: a Polish perspective”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 154-182.
- C. BRIÈRE, “Le renvoi du litige au juge de l’État dans lequel l’enfant a été illicitement déplacé”, *Journal du droit international*, 151, 1, 2024, pp. 201-216.
- C. BRUNOLD, *Transactions of Minors in English and German Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (VII): Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, Madrid, Aranzadi, 2024.
- A.J. CALZADO LLAMAS, “Análisis de la jurisprudencia sobre el procedimiento de restitución de menores y su regulación en la LEC”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 137-176 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- E. CANO BAZAGA, “Los mecanismos de solución de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental y la comprobación de la competencia judicial internacional. Perspectiva española”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 79-106 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- G. CARNEY, *International parental child abduction and the law: the case of Japan*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: custodia no ejercida de hecho y traslado consentido del menor de un país a otro en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y en la jurisprudencia española”, *Revista de Dreptul familiei*, 2024-1, pp. 90-140.
- L.F. CARRILLO POZO, “Competencia para la modificación del régimen de visitas y estancias. Comen-

- tario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala Novena) de 27 abril 2023, asunto C 372/22”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 764-774 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8444/6509>).
- K. CASLA/L. BARKER, “Protection and Assistance to the Family: Interpreting and Applying Article 10 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights from Learnt and Lived Experiences”, *Journal of Human Rights Practice*, 16, 2, 2024, pp. 489-511.
- O. CERAN, *Cross-Border Child Relocation in the EU: The Dynamics of Europeanisation*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia 2024.
- C. CHALAS, “L’articulation des articles 10 et 15 du règlement Bruxelles II bis: l’illicéité de la résidence habituelle acquise par l’enfant dans l’État membre de refuge n’empêche pas le transfert de compétence vers une juridiction ‘mieux placée’ de cet État (CJUE 13 juill. 2023, TT c/ AK, aff. C-87/22)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 98-116.
- M. CHECA MARTÍNEZ, “Cooperación judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental con el Reino Unido y Gibraltar después del Brexit”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 243-265 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- D. COESTER-WALTJEN, “Ein Entführungsfall mit zwei streitenden Elternteilen auf einem acht Jahre währenden Dauerlauf durch die Gerichte”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 213-219.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Violencia de género y sustracción internacional de menores a la luz de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 371-410.
- D. DE CASTRO BEZERRA, *Sequestro de crianças e Convenção de Haia: a violência doméstica como hipótese de execução de seu retorno ao país de origem*, Londrina/PR, Thoth Editora, 2024.
- A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “O Conceito de Rapto Internacional de Crianças. Comentário à decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178]”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 924-929 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8456/6521>).
- A. DURÁN AYAGO, “Mediación en procesos de responsabilidad parental”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 219-240 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- R. EL AMRAOUI, “Zwischen *child’s best interest* und *pluralisme culturel* - die *Kafala*, kleiner Bruder der Adoption?”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 125-142.
- M. ELÓSEGUI ITXASO, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la tutela de la administración y la separación de los menores de sus padres biológicos en casos de abandono y/o maltrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 602-616 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8933/6821>).
- S.H.E. ERBERSDOBLER, *Kindeswohl und Kindeswille: eine am kindlichen Selbstbestimmungsrecht orientierte Untersuchung des Kindeswohlbegriffs*, Baden-Baden, Nomos, Bern, Stämpfli, München, C.H. Beck, 2024.
- G. FERENC LENDVAI, “Sharenting as a regulatory paradox – a comprehensive overview of the conceptualization and regulation of sharenting”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae013 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae013>).
- E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Interés del menor, igualdad y ejercicio de la autonomía de la voluntad en los litigios internacionales sobre responsabilidad parental”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 15-61.

- A. FESTA, “La protezione temporanea dei minori in fuga dall’Ucraina: teoria e pratica di un istituto all prova della sua prima applicazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 263-289 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.3.2024.12.FESTA.pdf>).
- C. FRATEA, “Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 290-316 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.3.2024.13.FRATEA.pdf>).
- E. FREUND, *Die Annexzuständigkeiten für Scheidungsfolgesachen im Familienverfahrensrecht der Europäischen Union: eine verordnungsübergreifende Untersuchung der Zuständigkeiten nach Artt. 3 lit. c, 4 Abs. 1 lit. c sublit. i EuUnthVO, Art. 5 EuGüVO sowie Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2024.
- T. GARBER, “Zur internationalen Zuständigkeit für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung im Fall eines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes nach der Brüssel IIb-VO”, en E. GITSCHTHALER/J. PIERER/B. ZÖCHLING-JUD (HRSG.), *Festschrift Constanze Fischer-Czermak*, Wien, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2024, pp. 207-218.
- T. GARBER/M. NEUMAYR, “Zur internationalen Zuständigkeit in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung bei grenzüberschreitender Doppelresidenz”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 629-643.
- C. GONZÁLEZ CARRASCO, “El interés superior del menor en la ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 107-161.
- D. HARVEY, “The Best Interests of the Child Need Not Necessarily be a Primary Consideration: ECJ 22 June 2023, Case C-459/20, X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d’un enfant mineur néerlandais)”, *European Constitutional Law Review*, 20, 4, 2024, pp. 569-592.
- S. HAZELDEAN, “Illegitimate families”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 59, 1, 2024, pp. 157-199.
- B. HEIDERHOFF, “Schnittstellen zwischen Migrations- und Familienrecht - insbesondere aktuelle Fragen bei unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 109-138.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Ámbito y condiciones de aplicación en la práctica del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 932-948 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8951/6827>).
- I. HLADÍKOVÁ, “Renvoi de l’affaire à une autre juridiction sous l’angle de l’arrêt de la Cour de justice C-87/22 relatif à l’article 16 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants”, *GPR*, 21.2, 2024, pp. 85-87.
- K.J. HOOD KC, “Parental responsibility: cross-border recognition and enforcement of decisions and agreements in family matters involving children: problems of policy and practice”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 89-108.
- F. HUMBERT, *World trade, child labour, and transnational constitutionalism: the case for a new legal humanism*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024.
- F. JOOSTEN, “Queering children’s rights: a critical queer analysis of the UNCRC”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 2, 2024, pp. 208-225.
- T. KOIVULA, “What makes a father: differentiation of unmarried and divorced fathers in the context of custody under the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae002 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae002>).

- E. LAMBIASE, “Il principio dei *bests interests of the child* alla prova delle procedure speciali e del trattamento del minore straniero non accompagnato”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 317-341 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.3.2024.14.LAMBIASE.pdf>).
- R. LAMONT, “Protection of children at risk in a cross-border context: problems of policy and practice”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 109-129.
- R. LAMONT, “The Abused and Neglected Child in the EU Family: Risk, Borders, and Public Law Child Protection”, en M.-L. ÖBERG/ A. TRYFONIDOU (EDS.), *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 209-226.
- R. LEGENDRE, “La notion de résidence dans le règlement Bruxelles II bis: nouvelles précisions sur le *forum actoris* - CJUE 6 juill. 2023, aff. C-462/22”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 4, pp. 795-804.
- N. LOWE/C. HONORATI/M. HELLNER, *Brussels II-ter: Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024.
- L. LUSZNAT, “The Brussels IIb Regulation – Most significant changes compared to its predecessor and enhancement of the 1980 Hague Convention on International Child Abduction”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 129-153 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2338625?scroll=top&needAccess=true>).
- N. MARCHAL ESCALONA, “El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, n° 32, junio-noviembre 2024, Buenos Aires, Argentina, pp. 101-123 (disponible en https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/29255/MARCHAL_ESCALONA_El_impacto_de_la_violencia_intrafamiliar.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- D. MARRANI, “Povertà, tratta di esseri umani e protezione dei minori in fuga dal conflitto in Ucraina”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 342-362 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.3.2024.15.MARRANI.pdf>).
- P. MARTÍN RÍOS, “El derecho del menor a ser oído y su articulación en el Derecho procesal español. Especial referencia al procedimiento de restitución o retorno”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 109-135 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- N. MASSAGER (COORD.), *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*, Bruxelles, Larcier Intersentia, 2024.
- R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 775-791.
- O. MOMOH, “The Challenges of the Hague Convention on International Child Abduction: Cases Involving Domestic and Family Violence”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 217-240.
- D. MOURA VICENTE, “A família através das fronteiras: reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de rapto de crianças”, en ID., *Direito internacional privado: Ensaíos*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 123-140.
- B. MUSSEVA/N. RUSINOVA, “Execution Measures Related to EU Procedural Regulations and Brussels IIbis in Bulgaria”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 593-609.
- S. MUSTASAARI, “Cross-Border Child Protection Cases between Finland and Central-Eastern European States including Russia”, en K. DUDEN/D. WIEDEMANN (ED.), *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 195-216.

- I. OTAEGUI AIZPURUA, “Cuestiones de Derecho internacional privado en la ley 2/2024 de 15 de febrero, de infancia y adolescencia de la comunidad autónoma del País Vasco”, *AEDIPr*, t. XXIV, 2024, pp. 273-295.
- L.I. PADILLA ESPINOSA, “El derecho de la infancia migrante no acompañada a reunirse con sus familiares en situaciones fronterizas”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 381-400 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- G. PIGNATARO, “Il tutore volontario dei minori migranti: una figura nuova ma poco attrattiva”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 96-129 (disponible en <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.1.2024.5.PIGNATARO.pdf>).
- E. PIZARRO MORENO, “Civil meanings of child abduction. Analysis of a real case with two parties: Spain (European Union) and Russia Federation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 886-899 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8453/6518>).
- L.D. RATH BOŞÇA/F. MIRAGLIA, “Roots and Dreams: The Child’s Right to Grow up in his Family”, *Agora international journal of juridical sciences*, 18, 2, 2024, pp. 149-157.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU, “*Forum non conveniens* y sustracción internacional de menores (sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 4ª), de 13 de julio de 2023 en el asunto C-87/22, T.T.)”, *REEI*, nº 47, junio 2024, pp. 493-498 (disponible en <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2829/2621>).
- M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento 2019/1111: propuestas de lege ferenda”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 197-218 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- G.P. ROMANO, “European family courts and inter-country (arbitration?): courts to deal with cross-border custody disputes”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 195-220.
- C. RUEDA FERNÁNDEZ, “Menores refugiados, una aproximación a las medidas de protección: del Reglamento Dublín al Reglamento Bruselas, pasando por Ucrania”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 361-379 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- C. RÜSING, “Zuständigkeitsübertragung nach Art. 15 EuEheVO 2003 und Art. 12, 13 EuEheVO 2019 in Fällen von Kindesentführungen”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 287-293.
- C. RUIZ SUTIL, “Custodia/vista, violencia contra las mujeres y la salvaguardia del interés superior de los niños y las niñas en situaciones privadas internacionales”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 397-439 (texto completo del libro disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=991740&orden=0&info=open_link_libro).
- R. RUOPPO, “La designazione del tutore dei minori ucraini rifugiati in Italia e il best interest of the child”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 216-225.
- R. SCHUZ, “International child relocation after relationship breakdown”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 130-152.
- L.I. SERRANO SÁNCHEZ, “Reconocimiento y ejecución de medidas europeas provisionales y cautelares de protección del menor-víctima como mecanismo de prevención”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á.

- ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 63-106.
- E. TERRIZZI, “Diritto internazionale privato e protezione dei minori: riflessioni a margine della riforma della volontaria giurisdizione”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 106-135.
- K. TRIMMINGS/T. LE XUAN/K. KALAITSOGLU, “The 1996 Hague convention on international child protection in the UK post-Brexit: focus on jurisdiction and recognition and enforcement”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae018 (disponible en <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae018>).
- H. VITERBO/Y. IOFFE, “No Refuge from Childhood: How Child Protection Harms Refugees”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 647-678 (disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chae055>).
- C. VON BARY, “Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der EU”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 161-186.
- M. WALACHOWSKA, “Problems related to the procedure of minors’ returning decisions, with reference to Polish law”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 177-194 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- M. WINTER, “Reibungspunkte zwischen dem HKÜ und dem Ausländerrecht”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 139-160.
- N. YASSARI, “Beyond Kafāla: How Parentless Children Are Placed in New Homes in Muslim Jurisdictions”, en S. ARNOLD/B. HEIDERHOFF (EDS.), *Children in Migration and International Family Law*, Cham, Springer, 2024, pp. 207-223.
- C.M. ZAMORA GÓMEZ, “Protección de menores víctimas de matrimonios forzados en el derecho migratorio de la Unión Europea. Especial referencia al derecho de reagrupación familiar”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 401-420 (disponible el texto de la obra completa en <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/162181/Derecho%20de%20familia%20internacional%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

Alimentos

- E. BILAND, “Child support and income inequalities: a cross-continental comparison from welfare design to judicial implementation”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae004.
- E. FREUND, *Die Annexzuständigkeiten für Scheidungsfolgesachen im Familienverfahrensrecht der Europäischen Union: eine verordnungsübergreifende Untersuchung der Zuständigkeiten nach Artt. 3 lit. c, 4 Abs. 1 lit. c sublit. i EuUnthVO, Art. 5 EuGüVO sowie Art. 12 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2024.
- N. MARCHAL ESCALONA, “¿Tienen competencia (internacional e interna) los tribunales españoles para modificar una decisión de alimentos en los supuestos transfronterizos?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 860-867 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8450/6515>).
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Litispendencia y conexidad en el Reglamento (CE) 4/2009: en torno a la identidad de partes y de objeto en materia de obligaciones alimenticias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2024, as. C-381/23: ZO y JS”, *La Ley Unión Europea*, nº 128, 2024.

- A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Los matrimonios internacionales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- M. REN TAN, “Eschewing the discretionary court-based approach to child maintenance in Singapore: towards a consistent and predictable legal framework”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae008.
- L.S. ROSSI, “Situaciones de litispendencia y conexidad en el Reglamento (CE) n° 4/2009 sobre materia de obligaciones de alimentos: TJ, Sala Novena, S 6 Jun. 2024. Asunto C-381/23: ZO y JS”, *La Ley Unión Europea*, n° 128, 2024.
- D.-A. SIMOTTA, “Zur internationalen Zuständigkeit für Oppositionsklagen, insbesondere in Unterhalts-sachen”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 613-627.
- L. WALKER, “Family maintenance and private international law”, en J.M. CARRUTHERS/B.W.M.LINDSAY (EDS.), *Research handbook on international family law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 216-237.

Sucesión mortis causa

- G.M. AGRELLI, “Decisions on the European Succession Regulation in Italy”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 455-465.
- P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La *professio iuris* sucesoria cuestionada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 127-144 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8905/6861>).
- D. BRAUN, “Zum Spannungsverhältnis zwischen der EU-ErbVO und bestehenden internationalen Übereinkommen der Mitgliedstaaten: Anmerkung zu EuGH v. 12.10.2023, C-21/22: OP gegen Notariusz Justyna Gawlica”, *GPR*, 2024, 1, pp. 20-23.
- C. BRIÈRE, “La prévalence d’un accord bilatéral sur le règlement successions, note sous CJUE 12 octobre 2023, Aff. C-21/22”, *Journal du droit international*, 151, 2, 2024, pp. 599-609.
- I.A. CALVO VIDAL, *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Barcelona, Bosch, 2024.
- L.F. CARRILLO POZO, “Cláusulas estatutarias sobre transmisión *post mortem* de acciones y participaciones y Derecho de sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 315-329 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8914/6881>).
- D. CARRIZO AGUADO, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 4, Madrid, EDISOFER, S.L., 2024, pp. 499-640.
- L. DE NEGRI, “Decisions on the European Succession Regulation in Hungary”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 451-454.
- S. DÍAZ ALABART, “El maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 524-538 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8928/6811>).
- M. DRVENTIĆ BARIŠIN, “Decisions on the European Succession Regulation in Croatia”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 381-393.
- M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Cambio de vecindad civil en el sistema plurilegislativo español: ¿Dónde queda la voluntad testamentaria?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 587-601 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8932/6820>).
- B. ELBALTI, “The Applicable Law in Succession Matters in the MENA Arab Jurisdictions”, *RebelsZ*, 88, 4, 2024, pp. 734-759 (disponible en <https://www.mohrsiebeck.com/artikel/the-applicable-law-in-succession-matters-in-the-mena-arab-jurisdictions-101628rebelsz-2024-0057/>).
- X. FAVRIE, “Les possibilités de recours à une *professio iuris* restreintes en présence de conventions internationales préexistantes au règlement (CJUE 12 oct. 2023, aff. C-21/22; F. Mélin, Loi applicable

- aux successions internationales et jeu de l'autonomie de la volonté, D. actu. 23 oct. 2023; D. Boulanger, La professio juris successorale limitée par un accord bilatéral, JCP N 10 nov. 2023, n° 45; A. Devers, Choix de la loi applicable en matière de successions, Dr. fam. janv. 2024, n° 1. Comm. 12”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 155-163.
- B. FERNANDES, *Os pactos sucessórios no regulamento europeu das sucessões: sobre a qualificação como sucessório de um pacto para efeitos da aplicação do Regulamento (UE) No. 650/2012 do Parlamento europeu e do Conselho*, Coimbra, Almedina, 2024.
- J. M. FONTANELLAS MORELL, “Los principios subyacentes al Reglamento de sucesiones. A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2023 (C-21/22: OP)”, *REEI*, n° 47, junio 2024, pp. 463-475 (disponible en <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2829/2621>).
- W. GIERL/A. KÖHLER/L. KROISS/H. WILSCH (HRSG.), *Internationales Erbrecht: EuErbVO, IntErbRVG, DurchfVO: Länderberichte*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, MANZ, 2024.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Decisions on the European Succession Regulation in Spain”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 521-547.
- B.S. GÜNEŞ, “Turkish Private International Law of Succession Revisited in the Light of the European Succession Regulation and Recent Developments in Swiss Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 637-659.
- M. GUZMÁN PECES, “Cuestiones incidentales y conexidad en la propuesta de reglamento europeo en materia de filiación: especial referencia al ámbito sucesorio”, en ANA FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones: IV Foro europeo de Derecho internacional privado*, Madrid, Aranzadi, 2024, pp. 163-185.
- A.F. HAMMOND/P. BATARIWAH, “An Assessment of the Doctrine of Commorientes and Its Implications for the Devolution of Testate and Intestate Property in Ghana”, *Journal of African Law*, 68, 2, 2024, pp. 263-281.
- E. JÚDOVÁ, “Decisions on the European Succession Regulation in Slovakia”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 493-502.
- O. KAMENSKAIA, “Succession (Inheritance) Law”, en A. ASOSKOV/D. LEVINA/M. KARAYANIDI (EDS.), *Private International Law in Russia*, Oxford, Hart Publishing, 2024, pp. 119-132.
- T. KUCHARSKI, “The Legal Position of the Trustee and the Terms of Succession to Familial Fideicommissa in Light of the Litigation surrounding the Radziwiłł Princes’ Entailed Estates during the Interwar Period”, *International Comparative Jurisprudence*, 10, 1, 2024, pp. 1-15.
- D. LOOSCHELDERS, “Fristwahrende Wirkung einer Ausschlagung der Erbschaft vor den Gerichten am gewöhnlichen Aufenthalt des Erben”, *IPRax*, 2024, 4, pp. 293-298.
- S. MACK, “Die Achtung des Fremden und der erbrechtliche *ordre public*: Ein Vergleich der Rechtsprechung zum deutschen und österreichischen Pflichtteilsrecht”, en F. HEINDLER/M. MELCHER (HRSG.), *Die Achtung des Fremden: Leerformel oder Leitprinzip im Internationalen Privatrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 95-116.
- F. MAOLI, “Party Autonomy in Succession Matters and the Interplay between EU PIL and International Conventions: Some Reflection on the CJEU’s Decision In *OP*”, en B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (EDS.), *EU (and) private international law: societal changes and legal challenges*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, pp. 131-148.
- R.M. MOURA RAMOS, “Reserva hereditária e ordem pública internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1167-1175 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8967/6859>).
- D. OTTO, “Die Reform des portugiesischen Erbrechts in Goa und deren interlokal- und internationalprivatrechtliche Auswirkungen”, en H. ELLIESIE/B. MENHOFER/D. OTTO (HRSG.), *Festschrift zu Ehren des 90. Geburtstags von Prof. Omaia Elwan*, Baden-Baden, Ergon Verlag, 2024, pp. 339-354.
- K. PACULA, “Decisions on the European Succession Regulation in Poland”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 467-477.
- C.(H.) PAMBOUKIS, “Specific challenges in international succession law”, en M.M. FOGT (ED.), *Private international law in an era of change*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 237-253.

- A. PATRÃO, “Decisions on the European Succession Regulation in Portugal”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 479-491.
- G. PAYAN, “Règlement (UE) n° 650/2012 ‘Successions internationales’: choix de la loi applicable par un ressortissant d’un État”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2024, n° 2, pp. 188-191.
- J. PAZDAN, “Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Erklärung zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft vom kollisionsrechtlichen Gesichtspunkt”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 259-268.
- M. PAZDAN, “Delineation of the Regulation No 650/2012 and the Bilateral Convention of 1993 between Poland and Ukraine”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 1089-1101.
- M. PFEIFFER, “Decisions on the European Succession Regulation in the Czech Republic”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 399-403.
- T. PFEIFFER, “Interne Weiterverweisung bei Wahl des Rechts eines Mehrrechtsstaates nach der Erbrechtsverordnung”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 289-296.
- N. POGORELČNIK VOGRINC/F. DOUGAN, “Decisions on the European Succession Regulation in Slovenia”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 503-520.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “El certificado sucesorio extranjero como título para la liquidación en España de una herencia transfronteriza (a propósito de la resolución de la DGSJFP de 25 de junio de 2024, BOE n.º 172, de 17 de julio de 2024)”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, n° 1, 2º semestre 2024, pp. 47-63 (disponible en <https://revistas.colex.es/index.php/rdip/article/view/304/423>).
- A. RÖTHEL/A. DIEMKE, “Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen und das Dogma von der unbeschränkbaren Testierfreiheit, Anmerkung zu BGH, 28. November 2023 – X ZR 11/21”, *JZ*, 2024, pp. 516-520.
- K. ROKAS, “Decisions on the European Succession Regulation in Cyprus”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 395-398.
- K.A. ROKAS, “Decisions on the European Succession Regulation in Greece”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 443-449.
- C. RUDOLF, “EuErbVO: Rechtswahl auch bei vorrangigen Abkommen mit Drittstaaten?: Überlegungen aus Anlass der Entscheidung EuGH C-21/22, OP”, *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2024, pp. 26-33.
- J.P. SCHMIDT, “Länderbericht Großbritannien: England und Wales”, en R. HAUSMANN (ED.), *Internationales Erbrecht*, München, C.H. Beck, 2024, 128. Lf.
- J.P. SCHMIDT/L. KOTTKE, “Decisions on the European Succession Regulation in Germany”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 405-442.
- K. SIEHR, “Verstößt ein ausländisches Erbstatut ohne bedarfsunabhängigen Pflichtteilschutz naher Angehöriger gegen den *ordre public* des Forumstaates? – Zu den Art. 21, 22 und 35 EuErbVO”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 269-288.
- S. STAVREVA, “Decisions on the European Succession Regulation in Bulgaria”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 371-379.
- M.H. TEN WOLDE, “The partial choice of applicable law made prior to 17 August 2015 and Article 83 (2) Succession Regulation – Did the ECJ intend a change of rationale in case C-277/20 (UM)?”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 297-305.
- M. UITZ, “Decisions on the European Succession Regulation in Austria”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 347-369.
- L. VAIGE, “Decisions on the European Succession Regulation in Sweden”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 549-556.

- D. VESHI ET AL., “Albanian (International) Succession Law and the EU Legislation”, *European Review of Private Law*, 32, 1, 2024, pp. 135-150.
- J. VON HEIN, “Vermögensübertragungen außerhalb des Erbrechts im Common Law – Eine rechtsvergleichende Skizze”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (Eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 907-920.
- M. WEBER/J. WEBER, *Die Testamentsvollstreckung: mit internationalen Bezügen*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2024.
- C. WENDLAND, “Will substitutes in EU private international law: deathbed gifts and contracts for the benefit of a third party upon death”, *Journal of Private International Law*, 20, 2, 2024, pp. 302-327 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2024.2382491#d1e198>).
- M.E. ZABALO ESCUDERO, “El usufructo de viudedad aragonés en el escenario de los conflictos de leyes internacionales e internos”, *REDI*, 76, 1, pp. 271-281 (disponible en <https://doi.org/10.36151/REDI.76.1.11>).
- R. ZIMMERMANN, *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*, Madrid, Aranzadi, 2024.
- R. ZIMMERMANN, “Normalmente demasiada, y a veces muy poca... protección familiar obligatoria a través de la herencia forzosa (legítima). Una apreciación crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 50, 3, pp. 127-147 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4910171>).
- B. ZÖCHLING-JUD, “Internationales Einheitsrecht und Erbrecht: Das Washingtoner Übereinkommen über ein einheitliches Recht für die Form eines internationalen Testaments”, en E. GITSCHTHALER/J. PIERER/B. ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Festschrift Constanze Fischer-Czermak*, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2024, pp. 969-980.

Cuando el menor reside fuera de la UE: algunas cuestiones problemáticas. (Observaciones a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de septiembre de 2024)

When the minor resides outside the EU: some problematic issues. (Notes to the order of the Court of Appeal of Valencia of 23th September 2024)

LUIS F. CARRILLO POZO

Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Almería

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:02.06.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9907

Resumen: Cuando en un litigio se discuten cuestiones de responsabilidad parental relativas a un menor residente en un Estado no miembro de la UE y se ponen en funcionamiento normas de competencia judicial internacional distintas a las del Reglamento 2019/1111, surgen zonas de fricción entre este y al Convenio de La Haya de 1996 (*v. gr.*, la proyección en el tiempo de la cláusula de sumisión en favor de un tribunal de un EM cuando hay cambio de residencia), problemas de implementación derivados del hecho simple de que la LEC no piensa en términos de litigación internacional (*v. gr.*, cuando el demandante es el ministerio fiscal) o de funcionamiento de la LOPJ (el juego de los foros residuales). A estas cuestiones se presta atención en las siguientes páginas.

Palabras clave: Competencia judicial internacional. Competencias residuales. Residencia habitual del menor en Estado tercero.

Abstract: When a dispute involves issues of parental responsibility relating to a child resident in a non-EU Member State and international jurisdiction rules other than those of Regulation 2019/1111 are applied, areas of conflict arise between the latter and the 1996 Hague Convention (e. g., the temporal projection of the prorogation clause in favor of a Member State's court when there is a change of residence), implementation problems that arise from the simple fact that the LEC is not conceived in terms of international litigation (e. g., when the plaintiff is the public prosecutor) or the functioning of the LOPJ (residual forums). These issues are addressed in the following pages.

Keywords: International jurisdiction. Residual competencies. Habitual residence of the child in a third State.

Sumario: I. Planteamiento. II. La controversia. III. Reconstruyendo el sistema. 1. Dos procedimientos. 2. Transferencia de la residencia a Reino Unido. 3. La aplicación de las normas sobre competencias residuales. IV. A modo de recapitulación: cuatro dudas y un empecinamiento.

I. Planteamiento

1. La lectura de las bases de datos muestra que se dictan resoluciones que afrontan controversias en materia de competencia judicial internacional sobre responsabilidad parental que, siendo material-

mente iguales, llegan a respuestas diferentes. Distintas normativas, distinto nivel de confianza recíproca, distintas soluciones. El punto de partida sigue siendo, es claro, que los órganos judiciales del Estado de residencia habitual del niño son los que se encuentran en mejores condiciones para entrar a conocer de los litigios que les conciernen, que son los que por razón de proximidad pueden dar la respuesta más ajustada a sus intereses; pero no deja de ser chocante que el resultado de la convivencia de tres sistemas diferentes para dar respuesta al asunto “extensión de la jurisdicción sobre los residentes en otros Estados” sea la asunción por nuestros tribunales -con mal criterio- del conocimiento de cuestiones relativas a la guarda, custodia, visitas,... sobre niños que viven en un país con el que no se mantiene relación de cooperación judicial (o sea, se tolera el dictado de resoluciones con las alas amputadas), al tiempo que -con buen criterio- no se tolera algo similar en relación con países con los que existe comunidad de valores y confianza recíproca.

2. El auto que paso a comentar¹ ilustra alguno de los grandes temas de la competencia judicial internacional en la materia, y en ese sentido sirve como excusa para abordar cuestiones como la articulación de los procesos para la modificación de medidas, la residencia del menor en un Estado que no pertenece a la UE, la prórroga de la competencia o el juego de los foros residuales. Insisto en que no son temas tratados por esta resolución, sino que quedan en sus márgenes. La palabra excusa es consciente.

3. Por lo demás, no pasa de ser una anécdota el discreto caos de fuentes que van desfilando por sus fundamentos jurídicos, intranscendente al final en la medida en que emerge una respuesta correcta entre esa marea de referencias a los dos reglamentos Bruselas II², el Acuerdo de retirada del Reino Unido (cuyo art. 67 se convierte en una norma del RBII bis), el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 (CLH en lo sucesivo) y la LOPJ. Si los profesionales del Derecho encuentran dificultades en el manejo del método internacionalprivatístico es, seguramente, culpa nuestra.

II. La controversia

4. Los hechos son los habituales en casos de divorcio: pasados cuatro años desde la sentencia de disolución, se inicia un procedimiento de modificación de medidas, cuestionando el régimen de guarda y custodia establecido en ella (STS de 18 mayo 2022³). Es importante reseñar que ya en el momento del dictado de la primera resolución (9 marzo 2020) el menor y su madre vivían en Gran Bretaña, donde residían también en el momento en el que se sustancia el asunto ante la AP⁴. Se combatía la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre y el régimen de visitas en favor del padre que implicaba desplazamientos a Nottingham los fines de semana alternos, cuyo coste sería en parte financiado por aquélla. Sea como fuere, en este segundo procedimiento el tribunal de primera instancia se declara incompetente, en aplicación del art. 36 LEC, e invocando el art. 29.2 RBII bis⁵. La Audiencia desestima el recurso, en base al art. 5 del Convenio de La Haya (competencia de los tribunales de residencia habitual del menor) y de un aluvión de argumentos confusos y desordenados, como apunté.

En la medida en que las alegaciones del recurrente reproducen errores recurrentes, nos servirán para abordar situaciones usuales, recordar las soluciones en la materia y, fundamentalmente, indagar en torno a hipótesis relacionadas.

¹ ECLI:ES:APV:2024:1192A.

² Siendo indiscutido que el menor afectado residía en Reino Unido, Bruselas II no pinta nada. Pero si el reglamento fuera aplicable, habría que recordar que el auto de primera instancia es de 11 de abril de 2024, de modo que es imposible que la demanda fuera anterior a 1 de agosto de 2022, que es cuando el RBII bis deja de ser aplicado, salvo que se interprete el art. 100 del RBII ter en el sentido de que la demanda de modificación de medidas no es más que una vicisitud del proceso de divorcio, lo que evidentemente no es correcto ni es sugerido por la AP en ningún momento.

³ ECLI:ES:TS:2022:1946.

⁴ La SAP Valencia de 1 junio 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2248) ofrece otro relato, a tenor del cual la familia habría vivido en Reino Unido, y el padre había regresado a España. En cuanto al asunto competencia judicial, no tiene demasiada importancia.

⁵ Recuérdese que regulaba la competencia territorial en lo tocante a solicitud del *exequatur*.

III. Reconstruyendo el sistema

1. Dos procedimientos

5. «...no resulta posible ni razonable postular un fuero para el conocimiento de los procesos de divorcio, otro distinto para los efectos y medidas del divorcio que afecten a los menores, y mucho menos otro diferente para la ejecución de las medidas acordadas (...) [E]l único Tribunal competente para conocer de la modificación de las medidas acordadas en un proceso de separación o divorcio es el mismo que las adoptó (art. 775 LEC)».

En estas frases del escrito de recurso se condensa una comprensión bastante distorsionada de los procesos de familia con elementos internacionales. Ni los tribunales del divorcio atraen en todo caso la competencia para la responsabilidad parental ni el art. 775 LEC es una norma de competencia judicial internacional: i) en la medida en que para estas cuestiones se parte de la competencia de los tribunales de la residencia habitual del menor, es diáfano que no siempre se alineará perfectamente con las normas del art. 3 RBII ter/22 *quater* LOPJ (y tampoco es excluible la falta de alineamiento con las reglas del reglamento 4/2009⁶). Lo que vale para un proceso interno (art. 103 CC) no necesariamente vale para el internacional⁷. No deja de ser paradójico, en este sentido, que en un entorno de cooperación no tan desarrollado como la UE, el art. 10 del Convenio de La Haya de 1996 ofrezca un instrumento útil de consolidación que no tiene parangón en el Reglamento europeo, donde no se ha recogido la fructífera experiencia ajena, se ha descartado la filosofía tuitiva (chovinista, si se quiere decir con mayor propiedad) del viejo art. 12.4 RBII bis y se ha confiado todo a la esperanza de que los cónyuges alcancen un acuerdo válido de prorrogación de la competencia, en los términos del art. 10⁸; ii) cuando las claves de competencia en relación con el menor sean las de la LOPJ, será arduo imaginar un solo caso en el que el tribunal de la crisis matrimonial no pueda conocer de la responsabilidad parental, dada su generosidad (volveré sobre este tema *infra*), sin necesidad de enzarzarse en negociar una compleja cláusula de sumisión⁹; iii) como la idea es acumular pretensiones vinculadas, el órgano judicial que conozca de la demanda de divorcio deja de tener competencia en cuestiones de menores cuando se extinga el procedimiento “principal”; esto lo dicen las normas prealudidas (arts. 10.2 CLH y 10.3 RB II ter), y lo ha reiterado el TJUE¹⁰. La dispersión es cuestionable cuando se está tramitando un proceso matrimonial, pero en supuestos de modificación de medidas, en los que se hablará de prevalentemente de menores, parece lo más natural; iv) adviértase no obstante que el propio art. 10.3 RBII ter admite el pacto en contra, lo que implica que el tribunal designado puede seguir conociendo de la responsabilidad parental sin ese límite temporal (en el bien entendido de que en la normativa procesal española no cabe un acuerdo de atribución de competencia exclusiva de los del art. 10.1.b, con lo que, de alguna manera, estamos especulando en el éter)¹¹; pues bien, es obvio que en si una situación como la contemplada aquí se diera en la

⁶ Es difícil de asumir a veces: Sentencia de la AP León de 6 septiembre 2017 (ECLI: ES:APLE:2017:857): no es admisible a su juicio dejar desprotegido al menor no adoptando medida alguna en relación con la responsabilidad parental y alimentos, “incluso aunque no resida en territorio español”.

⁷ *V. gr.*, para un asunto relativo al Derecho búlgaro, con previsiones parecidas a las españolas, auto del TJUE de 16 enero 2018, asunto C-604/17, ECLI:EU:C:2018:10. Que es lógico que conozca el mismo tribunal es indiscutible, y por ello no es descabellado un pronunciamiento como la STS de 10 julio 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4133) en el sentido de que, al amparo del art. 12 RBII bis, se puede presumir que la adopción por el tribunal del art. 3 RBII bis de medidas respecto al niño es beneficioso, correspondiendo la prueba en contra a quien se oponga a ello.

Este tema está bien expuesto en B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del reglamento (UE) 2019/1111”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2020, pp. 12 ss. Ulteriores referencias en É. PATAUT/E. GALLANT, “Comentario al art. 12”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 151. En este mismo comentario pueden verse las referencias a los trabajos de la Conferencia de La Haya y la voluntad de restringir la acumulación.

⁸ Acuerdo que, téngase presente, no excluye la competencia de un tribunal distinto al elegido (apartado 4), lo que en un entorno de conflictividad no es muy halagüeño.

⁹ No deja de ser chocante que el resultado que no se permite mediante un ejercicio normal de la autonomía de las partes se va a poder alcanzar -usualmente- gracias al art. 22 *quater* LOPJ.

¹⁰ Así en la innecesaria sentencia de 1 octubre 2014, asunto C 436/13, ECLI:EU:C:2014:2246.

¹¹ Y más etéreo aun si tenemos en cuenta que el pacto alcanzado antes de acudir a los tribunales no genera una competencia

actualidad (es decir, sumisión -válida- indefinida a un tribunal -español si se desea como mero ejemplo teórico- y traslado de la residencia del menor a un Estado parte del CLH 1996), el acuerdo perdería inmediatamente su eficacia, dado el tenor del propio art. 97 RBII ter: de un lado, la preferencia del foro de la residencia habitual es absoluta, y, de otro, el párrafo 2 no dice nada sobre presunta prevalencia del tribunal de un EM designado en virtud del art. 10 RBII ter, sino que si algo se deriva de él es la intangibilidad de las soluciones del CLH¹²; v) el apelante en el presente caso se equivoca al atribuir al art. 775 LEC un alcance que no le corresponde, siendo como es una simple norma de competencia funcional, pensada para un procedimiento diferente, y que tendrá dificultades para entrar en juego sólo cuando se inste la modificación en nuestro foro y el juez que haya dictado la primera resolución en la materia no sea español, supuesto en el que en buena lógica no quedará más remedio que acudir a los criterios generales de competencia territorial del art. 769 LEC¹³; vi) el encaje del proceso de modificación de medidas del art. 775 LEC instado por el ministerio fiscal con las normas de competencia judicial internacional merece un apunte específico: si es éste el que toma la iniciativa y actúa como parte (no representa ni informa, sino que es él propiamente el actor), se podría dar la situación absurda de que, residiendo el menor en un Estado tercero y siendo inaplicable tanto el CLH como el RBII ter, el único elemento que conecte el litigio con la jurisdicción española sea su presencia, art. 22 *quater* LOPJ (indudablemente, no se puede negar que el MF español ostenta nacionalidad y residencia españolas); parece razonable, en consecuencia, redefinir el alcance del foro de competencia y excluir la posibilidad de que el tribunal español conozca de la demanda de modificación en base a un criterio tan tenue, teniendo en cuenta además que si toma esa iniciativa es porque está actuando en defensa de los intereses del menor, en torno a cuya figura debe definirse el sistema de competencia judicial.

2. Transferencia de la residencia a Reino Unido

6. El principio de *perpetuatio iurisdictionis* contenido en el RBII ter asegura la continuidad de la respuesta afirmativa a la cuestión de la competencia judicial internacional. Recuérdese que el art. 67 del Acuerdo de retirada de Reino Unido preveía que las normas de competencia del RBII bis fueran aplicadas a toda acción intentada antes del final del periodo transitorio, a los procesos o acciones relacionadas con tales procesos judiciales en casos de litispendencia y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final de tal período. Las demandas de modificación de medidas se vinculan a los procesos de divorcio, es claro, pero no entran en el concepto estricto de procesos relacionados retenido en el Acuerdo, por lo tanto, ni constituyen actos de ejecución. Valga esta obviedad para descartar cualquier pretensión de aplicar las normas procesales del sistema Bruselas a las acciones que hunden sus raíces en un litigio (este sí) incluido por el mentado Acuerdo en el ámbito de aplicación de las normas europeas. Puede resultar llamativo que sea más fácil -desde este punto de vista- ejecutar una resolución obsoleta que iniciar un procedimiento para adecuarla a la realidad actual.

exclusiva, con lo que se puede hacer caso omiso de lo que en él se diga cuando al actor le plazca, incluyendo una vicisitud como el cambio de residencia.

¹² En caso de traslado a un Estado con el que no exista convenio la respuesta no es tan clara, en la medida en que en el art. 10 RBII ter se parte de la base de que se habla de un menor no residente en España (ni siquiera es necesario que viva en un EM), de suerte que no chirría con los fundamentos del sistema la posibilidad de pronunciarse sobre un ciudadano residente en cualquier país del mundo (el principio de base es susceptible de modulación, es claro, y no es posible basar una decisión exclusivamente en él cuando una norma terminante parece llevar a conclusiones diferentes). No habría, pues, razones para excluir el mantenimiento de la validez del pacto, cierto, aunque reiterando su debilidad. Sea como fuere, en las hipótesis normales la LOPJ ofrecerá suficientes bases alternativas para asumir competencia. Otra historia es la eficacia de las resoluciones que se dicten en este panorama.

¹³ Cfr. P. PEITEADO MARISCAL, *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, Madrid, 2019, pp. 367 ss. Una tipología de alto valor ilustrativo de supuestos de problemas de funcionamiento de las reglas de competencia judicial en los litigios sobre modificación de medidas en B. UREÑA CARAZO, "Competencia judicial internacional y modificación de medidas: pautas para su determinación", en *La ley Derecho de familia*, nº 17, 2018.

7. En la misma línea, y justamente porque se trata de procedimientos diferentes, no hay interferencia alguna de la doctrina sentada en la STJ de 14 de julio de 2022¹⁴ (o sea, pérdida de la competencia judicial en casos de transferencia de la residencia a un Estado parte del CLH durante el desarrollo del proceso). De todas formas, es diáfano que, si el traslado se produce estando pendiente la resolución en segunda instancia, no se pierde la competencia para resolver en apelación. Es una obviedad, claro, que viene a colación por la exigencia de congruencia: *tantum devolutum quantum appellatum*. Evidentemente, sólo se puede apelar lo que se contiene en la sentencia de instancia. Piénsese ahora en la siguiente hipótesis: sentencia del juez de primera instancia que se pronuncia sobre los elementos típicos de un proceso matrimonial (disolución del vínculo, guarda, custodia, visitas, alimentos, pensión compensatoria y uso de la vivienda familiar); el titular de la guarda y custodia tiene atribuido el derecho a fijar libremente su domicilio, incluyendo un país extranjero; se apela exclusivamente por la cuantía de los pagos; después de interpuesto el recurso ante la AP, se produce el desplazamiento a otro país de la residencia del titular de la custodia y de los menores¹⁵. ¿Qué puede hacer el otro progenitor? Aun siendo importante ese cambio (con innegable incidencia también en las consecuencias económicas impugnadas), la cuestión de la responsabilidad parental no puede ser debatida en esta fase del proceso (art. 401 LEC), lo que evidentemente es congruente con el mantenimiento del contradictorio y el carácter revisor de la apelación, pero no deja de ser ilógico en términos de economía procesal, en la medida en que la resolución nacerá vieja: la normativa rituarial no ofrece mecanismos flexibilizadores. Sólo se podrá intentar que esos hechos nuevos sean tomados en consideración para la resolución del litigio. Se abren en definitiva las siguientes posibilidades: a) si el traslado ha sido a un EM, se puede interponer una demanda (con objetivo limitado, sólo visitas) conforme a lo previsto en el art. 8 RBII ter¹⁶. Dicho en negativo, la modificación del pronunciamiento sobre guarda y custodia exige un nuevo proceso ante el tribunal de la residencia habitual actual (salvo corrección *ex* art. 13 RBII ter); b) si el traslado ha sido a un Estado parte del CLH 1996, no queda sino interponer nueva demanda, sin limitación en cuanto a lo debatible, ante los tribunales de la nueva residencia habitual; c) en caso de transferencia a un tercer Estado, quedan expeditos los foros de la LOPJ, para litigar de todo y desde cero; d) todo lo cual no empece para incorporar al proceso en curso aquel hecho nuevo (art. 286 LEC)¹⁷, imprescindible para decidir sobre el objeto estricto de la apelación, y sin posibilidad de confundir la iniciativa probatoria del tribunal *ex* art. 752 LEC (para la hipótesis considerada, párrafo 3 en particular) con la alteración del objeto del proceso. En cualquier caso, la ductilidad del sistema para responder con celeridad a situaciones sobrevenidas parece bastante mejorable. En presencia de circunstancias como las de la hipótesis considerada, lo más rápido es desistir de la acción (con el obstáculo de la indisponibilidad, art. 751 LEC) y recomenzar con una demanda de mayor alcance objetivo.

3. La aplicación de las normas sobre competencias residuales

8. «...hay que unir la expresa previsión en ambos reglamentos [Bruselas II bis y ter] de la llamada “competencia residual” (...). Aplicado lo anterior al supuesto de autos, y además de la expresa previsión del art. 775 LEC, resulta que en materia de competencia internacional el art. 22 *quarter (sic)* de la LOPJ, en su apartado c.-), establece la competencia de los tribunales españoles en materia de separación y divorcio y sus modificaciones...».

¹⁴ Asunto C-572/21; ECLI:EU:C:2022:562.

¹⁵ Incluso en el caso en que se hubiera impugnado el pronunciamiento sobre responsabilidad parental, cabría la ejecución provisional, art. 774.5 LEC.

¹⁶ Con la advertencia de que, en la práctica, se esconde a veces detrás de una solicitud de modificación del régimen de visitas un verdadero cambio del régimen de custodia (cuando suponen compartir el tiempo con el menor afectado). Habría que plantearse si en este caso la demanda presentada al amparo del art. 8 no debería ser reconducida al 7, con el consiguiente control de la competencia y abstención.

¹⁷ La STS de 9 febrero 2010 (ECLI:ES:TS:2010:746) deja claro que la aportación de hechos nuevos tiene un alcance limitado, con fines complementarios o interpretativos, no siendo idóneos para alterar los términos del debate. Por lo demás, el art. 286 LEC se refiere literalmente sólo a la primera instancia, pero no cabe duda de que nada precluye su utilización en apelación. Lo único claro es que no se pueden aportar hechos nuevos en casación (STS de 16 octubre 2023, ECLI:ES:TS:2023:4200).

Sin perjuicio de que en un caso como el del auto comentado los tribunales españoles fueran competentes para conocer de la demanda de divorcio (nacionalidad común de los cónyuges, residencia del actor en España), no parece que el pronunciamiento emanado en aplicación del art. 3 RBII ter pueda ser modificado por alteración sobrevenida de circunstancias¹⁸. Por lo que se me alcanza, en occidente, una vez disuelto, el vínculo no sufre demasiadas alteraciones. Lo más parecido sería la conversión de separación en divorcio, pero esto tampoco comporta modificación de medidas definitivas. Lo que entra en ese concepto es el cambio del régimen de guarda y custodia, visitas y consecuencias patrimoniales de una crisis de pareja, cuya disciplina de competencia judicial internacional reside en otras disposiciones especialmente concebidas, como es sabido. La invocación del art. 775 LEC, pues, está fuera de lugar.

9. El elemento clave es la residencia habitual del menor, es claro, y esto nos lleva al siguiente punto que podría ser controvertido: iter procesal a seguir cuando se construye la demanda asumiendo que el menor vive en España y el tribunal, a la vista de las pruebas aportadas¹⁹, llega a la conclusión de que reside en un Estado que ni pertenece a la UE ni es parte del CLH²⁰. Las hipótesis fáciles son aquellas en las que el debate se centra en dilucidar si se reside en un EM u otro, o si es en España o en un Estado vinculado al Convenio: son situaciones en las que un texto pactado prevé el control de oficio de la competencia, cubiertas sin problemas por el art. 36 LEC, que se ventilan siguiendo sin más las indicaciones legales, y donde la conclusión a la que se llega es de sí o de no (asunción o rechazo del conocimiento del asunto²¹), sin ulteriores desarrollos²². O sea, se afirma la propia competencia porque el menor reside en nuestro país o se rechaza porque lo hace en otro Estado vinculado con España de un modo u otro. Pero cuando un menor no vive en un EM ni en un Estado parte del CLH entran en juego las normas de la LOPJ, trámite los arts. 14 RBII ter y 5 CLH²³, y ahí aparecen criterios de competencia subsidiarios definidos en torno a las condiciones personales del actor, lo que genera una nueva variable en el desenvolvimiento del proceso²⁴. Piénsese, por ejemplo, en la demanda en la que se asume que el niño vive en España, y el juez el foro, a la vista de los hechos alegados y probados contenidos en ella concluye que reside en Andorra (que, recuérdese, no es parte del CLH), pero que por razón de la nacionalidad o de la residencia del actor es competente. No constituye ninguna anomalía esa conclusión, en la medida en que el tribunal está vinculado exclusivamente por las alegaciones sobre las que se sustenta el *petitum* (art. 218 LEC), no las de contenido procesal (en particular, se resolverá conforme a las normas que sean aplicables, aunque no hayan sido correctamente citadas o alegadas), de forma que no puede abstenerse de conocer (art. 22 *octies* LOPJ). Tan cierto es que no es anómalo como que todo el debate se ha presen-

¹⁸ Cfr. É. PATAUT/E. GALLANT, “Comentario al art. 12”, *op. cit.*, p. 159.

¹⁹ En esta materia el tribunal puede practicar prueba de oficio, como se sabe, y no veo razón alguna para que no lo haga también para dilucidar sus dudas en cuanto al domicilio de los interesados (o la nacionalidad, claro), a efectos de competencia judicial internacional o de lo que sea menester. Otra opinión en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, 2024, pp. 116 ss.

²⁰ La hipótesis es similar a aquella en la que se asume que existe un pacto de prórroga del art. 10 RBII ter y el tribunal rechaza su validez en base a la no concurrencia de alguna de las condiciones que ahí se recogen. Trasládese a ella, *mutatis mutandis*, lo que se dirá de inmediato.

²¹ A salvo siempre la entrada en juego *a posteriori* del *quasi forum non conveniens*, que presupone que hay un tribunal competente por ser el de la residencia del menor.

²² Es verdad que en ninguna norma del CLH se dice explícitamente que el tribunal deba controlar de oficio su competencia, pero la imperatividad de los foros previstos en él no admite otra solución. De hecho, es esta la forma de razonar de los tribunales españoles, que se declaran incompetentes cuando el menor reside en otro Estado parte. Puede verse una recopilación de la jurisprudencia patria próxima a la prodigalidad en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico...*, *op. cit.*, vol. IV, pp. 284 ss.

²³ No creo correcto afirmar que la referencia a las leyes estatales contenida en el reglamento incluya tanto la normativa de origen autónomo como convencional, como si la aplicación de un convenio se tuviera que hacer no por su propia imperatividad sino porque el legislador europeo lo hubiera tolerado. Otra opinión en F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, p. 147.

²⁴ Advuértase además que con buen sentido la sentencia del TJUE de 1 agosto 2022 (asunto C-501/20; ECLI:EU:C:2022:619) no excluye ningún criterio de competencia residual: la delegación al legislador autónomo es, pues, incondicionada. Una presentación en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, en *CDT*, 2023, pp. 264-265

tado y desarrollado en torno a lo aducido por la demanda, y es sobre ello sobre lo que se habrá litigado y en su caso interpuesto declinatoria, cuya eventual desestimación, por otra parte, no cierra el paso a un control posterior –“tan pronto como sea advertida”, dice la norma, o sea, en cualquier momento- de la competencia, que en el caso analizado no tiene por qué llevar a declararse incompetente sino a “emigrar” de un foro a otro²⁵. Ese cambio de foro de competencia relevante no es la hipótesis contemplada en el art. 38 LEC, de manera que no está prevista la audiencia de las partes ni del ministerio fiscal. De esta forma, pues, no será hasta la sentencia cuando el demandado pueda comprobar las razones por las que el juez ha afirmado su propia competencia, sin haber podido alegar nada al respecto: el concepto de residencia habitual es evanescente²⁶, y -en la situación contemplada- se habrá argumentado en torno a la del menor (al fin y al cabo, es el criterio alegado en la demanda), y se habrá dado una respuesta sobre este punto, pero no se habrá debatido en torno a las circunstancias personales del actor²⁷. El resultado es algo paradójico: la LEC pretende que en la medida de lo posible los temas procesales se ventilen al principio del litigio, pero éste, sin embargo, queda reenviado a la apelación y sólo a ella (por descontado que no cabe en este caso instar la nulidad de actuaciones, porque no se ha violado ningún derecho fundamental del art. 53.2 CE). Dicho de otra forma: se puede debatir de todos los elementos configuradores de la controversia en dos instancias, pero de este -precisamente- no.

No creo que exista previsión legal alguna que permita abrir un trámite de información a las partes y demás intervinientes, de modo que puedan alegar lo que a su derecho convenga. Habrá que instrumentarlo al margen de lo expresamente regulado en la LEC, al amparo del principio del interés del menor (se supone que va en su beneficio el conocimiento del litigio por el tribunal que se halle mejor situado²⁸), hallando cobertura en la doctrina del TC: dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se debe ofrecer una amplia ocasión de realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como de aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado²⁹, quedando la tramitación de dichos procesos presidida por un criterio de flexibilidad procedimental³⁰ y ampliadas las facultades del juez³¹. En definitiva, por medio de providencia se podrá comunicar a las partes las conclusiones sobre residencia habitual del menor (y en su caso del actor) a las que se ha llegado, e invitar a realizar alegaciones, aportando las oportunas pruebas, sin perjuicio de las que se decreten de oficio.

²⁵ Recuérdese que en la audiencia previa no se vuelve a hablar de jurisdicción y competencia, art. 416.2 LEC.

²⁶ Valga un ejemplo extremo, ilustrativo de las incertidumbres inherentes al criterio, el de la SAP Murcia de 31 enero 2013 (ECLI:ES:APMU:2013:275): un niño residente en Bolivia con su abuela es a juicio de la Audiencia residente en España, porque la estancia en tan impresionante país andino no es definitiva, ya que la vivienda familiar se encuentra en nuestro territorio.

Saber si un menor reside en España o no a veces depende de elementos de prueba ajenos a sus vicisitudes personales (y a las de sus padres). Por ejemplo, si vive en un país tercero pero ha sido trasladado sin consentimiento del otro progenitor, tiene residencia habitual en nuestro territorio y por lo tanto se puede asumir competencia judicial (para un caso relativo a Brasil, AAP Barcelona de 16 octubre 2024, ECLI:ES:APB:2024:11816A). es sabido que la prueba de la concurrencia o no del consentimiento es harto problemática.

²⁷ El AAP Sevilla de 22 octubre 2024 (ECLI:ES:APSE:2024:1136A) resuelve el caso de una solicitud de medidas provisionales previas dirigidas a impedir que abandonara territorio español. Como la AP dudaba sobre cuál era su residencia (durante un año estuvo yendo y viniendo Reikiavik y al final termina marchándose), se declara competente por la doble vía o del art. 7 o la del 14 del RBII ter. Si esta situación se plantea en segunda instancia, ¿han tenido las partes oportunidad de alegar y debatir sobre las circunstancias de hecho en las que se funda la asunción del órgano? ¿Van a tenerla? De hecho, al final del proceso siguen sin saber por qué es competente el foro español.

²⁸ Que es endeble este engarce, no tengo duda. Pero quien primero ha asociado interés del menor y correcta atribución de la competencia judicial es el TJUE, y a su doctrina hemos de rendir pleitesía. Por lo demás, la STS de 11 marzo 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1436) recuerda que la determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser objeto de revisión en casación, de modo que cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés se podrá reexaminar las circunstancias más adecuadas para su protección. Incidiendo en el control de la motivación de las medidas adoptadas, STC 28/2024 de 27 febrero (ECLI:ES:TC:2024:28).

²⁹ SSTC 124/2002, de 20 mayo (ECLI:ES:TC:2002:124); 114/1997, de 16 junio (ECLI:ES:TC:1997:114); STC 298/1993, de 18 octubre (ECLI:ES:TC:199:298); 187/1996, de 25 noviembre (ECLI:ES:TC:1996:187); 178/2020 de 14 diciembre (ECLI:ES:TC:2020:178); 75/2005, de 4 abril (ECLI:ES:TC:2005:75); 58/2008, de 28 abril (ECLI:ES:TC:2008:58); 65/2016, de 11 abril (ECLI:ES:TC:2016:65).

³⁰ STC 65/2016, *cit.*

³¹ STC 4/2001, de 15 enero (ECLI:ES:TC:2001:4).

10. Otra historia distinta es que se eleve el tiro y se discuta la misma existencia de ciertos criterios de competencia judicial internacional como poco cuestionables³². Porque cuando se abre esta puerta se está invocando no sólo el art. 22 *quater* LOPJ, sino también el foro de necesidad (y -por supuesto- el domicilio del demandado), que, por muy extraño que resulte en la medida en que su entrada en juego es difícilmente imaginable visto el tenor de aquella norma, nada excluye que haya de ser verificado en todo caso³³. No es discutible que esa norma de la LOPJ lleve a excesos difícilmente homologables a la luz de la filosofía subyacente de las restantes normas de competencia vigentes en esta materia en el ordenamiento patrio³⁴, pero por muy alejado que se encuentre el caso, nulas las expectativas de efectividad³⁵, rechazable la desconfianza en la idoneidad de las jurisdicciones de Estados terceros o criticable la falta de coherencia del sistema, si concurre uno de los criterios previstos en la norma, el juez español no puede incorporar condiciones no escritas y mucho menos abstenerse³⁶. No existe el *forum non conveniens* en nuestro Derecho. Habrá que asumir que la remisión que hace el art. 14 tan citado es tanto un salto a lo desconocido como un ejercicio de confianza en el legislador nacional, y que el español no tiene por qué inspirarse en el principio de proximidad (y no lo ha hecho)³⁷.

IV. A modo de recapitulación: cuatro dudas y un empecinamiento

A lo largo de las páginas anteriores he querido poner de relieve los problemas de adaptación de la normativa procesal autónoma a las de fuente internacional. Probablemente sea imposible resolverlos con

³² Los sistemas de nuestro entorno muestran generosidad similar, diseñando foros basados en la nacionalidad del menor o de los progenitores, o atrayendo competencia para responsabilidad parental por el hecho de tenerla para la crisis matrimonial, o habilitando simplemente el *forum necessitatis*: vid. A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37, 2007, pp. 92 ss.

³³ Por eso mismo se plantea si, estando previsto el *forum necessitatis*, tiene sentido el reclamo de otros foros residuales: cfr. A. NUYTS, “Study..., op. cit.”, p. 151.

³⁴ No tiene sentido que la sola nacionalidad de un sujeto residente en nuestro país pueda no bastar para atribuir competencia a un tribunal español en un proceso de divorcio (el suyo) y sin embargo sí que baste para que conozca de las visitas a un menor residente a miles de kilómetros de España.

³⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52, noviembre 2020, haciéndose eco, por lo demás, de la crítica a la eficacia de las medidas formulada por T. DE BOER, “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, en *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33(1), 10-19, p. 14.

El problema de la falta de efectividad es aun más claro cuando se trata de la ejecución de medidas, porque el art. 769.3 LEC no está ajustado a los foros de competencia judicial internacional. Por ello es lógico que el AAP Valencia de 17 julio 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1057A), tratándose de una demanda ejecutiva sobre ejercicio del derecho de visitas a un niño residente en Gran Bretaña, afirma que «...se trata de una solución pragmática. Los juzgados españoles no pueden prestar una auténtica tutela cuando se trata de resolver sobre cuestiones como las que se identifican en el propio escrito de demanda ejecutiva». Diga lo que diga la ley, no se puede desarrollar un proceso ejecutivo en España teniendo en cuenta exclusivamente los foros de competencia judicial internacional. Otra historia es cómo se fundamenta jurídicamente una decisión de abstención: el comodín del interés del menor es una opción intelectualmente bastante triste, pero la realidad es tozuda, y no se puede ejecutar nada si no tenemos al niño dentro de nuestro territorio.

³⁶ Otra opinión en A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental”, en *CDT*, 2022, p. 380. A su juicio, el art. 2 LOPJM serviría de cobertura para un control caso por caso del nivel de proximidad y del grado de adecuación del foro alegado al interés del menor. No termino de ver cómo esa conclusión se anuda a esa premisa, habiendo normas clarísimas en la LOPJ. Las normas dicen lo que dicen, y en el ámbito procesal no suele dejarse demasiado margen de interpretación. En este sentido, tampoco alcanzo a vislumbrar ni cómo se interpreta *restrictivamente* el art. 14 RBII ter (es lo que defienden A. LIMANTÉ/I. KUNDA, aclarando que consiste en no aplicarlo cuando el menor reside en un EM, sea refugiado o desplazado o haya existido prórroga de competencia: es decir, están defendiendo su aplicación... cuando resulte aplicable: “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters”, en C. HONORATI (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, 2017, p. 90; ideas del mismo tipo en X. OBERGOZO MIGUEL, “Competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda relativa a la potestad parental sobre un menor residente en un Estado no miembro de la UE (SAP Barcelona 2 de noviembre de 2020)”, en *CDT*, 2021, p. 852) ni qué significa decidir y tratar los casos con perspectiva de género (A. DURÁN AYAGO, “¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020”, en *CDT*, 2021, p. 829).

³⁷ Además de la jurisprudencia citada *supra*, clarísima en este sentido la STJUE de 17 octubre 2018, asunto C 393/18 PPU en su considerando 57 (ECLI:EU:C:2018:835).

normas y sea mejor dejar su solución a una sana discrecionalidad judicial, con el único límite de respetar la igualdad de armas. En particular, se trata de poner de manifiesto ciertas dudas de funcionamiento:

1. El difícil encaje del criterio residencia o nacionalidad del demandante recogido en el art. 22 *quater* LOPJ y el art. 775 LEC cuando la modificación es instada por el ministerio fiscal: es imprescindible restringir el uso de esos foros a los titulares de la responsabilidad parental.

2. Los acuerdos atributivos de competencia del art. 10.1.b.i RBII ter carecen de eficacia real para asegurarse de que el conocimiento de todas las controversias vinculadas a una crisis familiar sea centralizado de forma duradera. En caso de traslado de la residencia a un Estado parte del CLH se desvanecen de forma inmediata.

3. Las normas de competencia judicial internacional ponen límites al ámbito de materias susceptibles de ser conocidas por los tribunales, siendo imposible a día de hoy disponer de algún instrumento procesal para que en apelación se puedan tener en cuenta los hechos nuevos verificados después de la sentencia de primera instancia.

4. Los foros de competencia residuales están previstos en la norma y no pueden ser obviados sólo porque a juicio del operador jurídico no satisfagan exigencias procesales básicas. En todo caso, habiendo sido construidos sobre conceptos de contenido no siempre diáfano, es imprescindible informar a los litigantes sobre cuál de ellos es el que el tribunal considera aplicable en el caso, y ofrecerles la posibilidad de realizar alegaciones al respecto.

Y un empecinamiento: ¿Por qué no se condena en costas al actor? Admitamos -con todas las reservas del mundo- que en los procesos de familia no se deben imponer, ya sea porque siempre hay dudas de hecho (en fin...) ya porque el proceso es obligatorio para las partes³⁸. Pero cuando de lo que se habla (como en el presente caso) no es de cuestiones de fondo -discutibles- sino de concurrencia o no de un criterio de competencia judicial internacional, y se da la gozosa circunstancia de que no existen dudas sobre dónde vive el menor afectado (otra cosa sería si el objeto del litigio fuera la determinación de la residencia habitual), no hay razones para no imponerlas. Es lo que correspondía a nuestro demandante imprudente o mal aconsejado, y lo que se deriva del art. 394 LEC. Dicho en general: no hay motivos para no aplicar las reglas usuales en materia de costas cuando se discuta sobre competencia judicial internacional, sea cual sea la materia litigiosa, y salvo cumplida demostración de la subsistencia de incertidumbres y/o dudas³⁹.

³⁸ Basta echar un vistazo a las resoluciones de los juzgados de familia para constatar esta realidad y la prevalencia de la fórmula alusiva a “la naturaleza de las pretensiones deducidas” (así en el presente auto). La sección 12 de la AP de Barcelona es, no obstante, un ejemplo de rigor en este panorama dominado por la inercia.

³⁹ Lo que confina la no imposición a los casos en los que la asunción de competencia dependa de valoraciones discrecionales como la concurrencia del interés del menor o la vinculación suficiente. Conceptos como la nacionalidad o la residencia no deben generar demasiados problemas de puesta en funcionamiento.

Modificación en la inscripción de nacimiento del lugar donde se produjo en Kiev mediante gestación por sustitución por el del domicilio de los padres en Barcelona: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2024

Change in birth registration from place of birth in Kyiv through surrogacy to the place of residence of the parents in Barcelona: regarding the Judgment of the Supreme Court 17th September 2024

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

Profesora Titular interina de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 29.08.2025 / Aceptado: 09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9908

Resumen: En el presente asunto lo que solicitaron los padres comitentes o de intención es el traslado al Registro Civil de Barcelona de la inscripción de nacimiento de su hijo y que se inscribiera como lugar de nacimiento del menor, no el lugar en el que había nacido en el extranjero, Kiev, sino el del domicilio de los padres, Barcelona.

Aunque en las instancias inferiores se hace especial mención a que el niño había nacido mediante gestación por sustitución, lo cierto es que no tiene, en principio, una transcendencia real para el caso en cuestión, tal y como viene a destacar el Tribunal Supremo en el fallo emitido en su Sentencia de 17 de septiembre de 2024. Si bien, sí que tiene relevancia, en el sentido de que con esta sentencia se están dando ciertos efectos a los contratos de gestación por sustitución, aquéllos menos dañinos para la estructura básica y la cohesión de la sociedad española, hablando en términos de orden público atenuado.

Sin embargo, ya se habían producido con anterioridad, los efectos más importantes en relación con el contrato de gestación por sustitución realizado en Ucrania, que son el reconocimiento de la filiación en España a favor de los padres comitentes, que se trata de manera extensa en el trabajo. En este sentido, ha sido una oportunidad perdida para el Tribunal Supremo de entrar a valorar la legalidad de los contratos de gestación por sustitución, concretamente aquellos celebrados en Ucrania, como sí ha hecho en sentencias anteriores.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, filiación, Derecho internacional privado, orden público internacional, interés superior del menor.

Abstract: In this case, the intended parents requested the transfer of their child's birth registration to the Barcelona Civil Registry and that the child's place of birth be registered not in the place where he was born abroad, Kyiv, but in the parents' residence, Barcelona.

Although the lower courts make special mention of the child's birth through surrogacy, this does not, in principle, have any real significance for the case at hand, as the Supreme Court emphasized in

its judgment of 17th September 2024. However, it is relevant in the sense that this judgment is giving certain effects to surrogacy contracts, those that are less harmful to the basic structure and cohesion of Spanish society, speaking in terms of attenuated public order.

However, the most significant effects regarding surrogacy contracts concluded in Ukraine had already occurred previously: the recognition of parentage in Spain in favor of the commissioning parents, which is discussed extensively in the paper. In this sense, it was a missed opportunity for the Supreme Court to assess the legality of surrogacy contracts, specifically those concluded in Ukraine, as it has done in previous judgements.

Key words: surrogacy, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, parentage, Private international law, international public policy, interests of the child.

Sumario: I. Antecedentes de la STS de 17 de septiembre de 2024. II. Análisis de la STS de 17 de septiembre de 2024. 1. Inaplicación por analogía de normas previstas para adopciones internacionales a un caso de gestación por sustitución, en virtud del art. 4 CC. A) Reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución establecida en una certificación de nacimiento ucraniana. B) La excepción del orden público internacional español en el asunto planteado. C) Estimación de la demanda. 2. Vulneración del derecho del niño al honor, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo con el art. 18 CE. III. Conclusiones.

1. Antecedentes de la sts de 17 de septiembre de 2024

1. Aunque en las sentencias dictadas por instancias inferiores en el asunto referido, se hace especial mención a que el niño nació mediante gestación por sustitución, lo cierto es que no tiene, en principio, una transcendencia real para el caso en cuestión, tal y como viene a destacar el Tribunal Supremo en el fallo emitido en su Sentencia de 17 de septiembre de 2024¹. Si bien, como se podrá comprobar en las conclusiones, sí que tiene relevancia, en el sentido de que con esta sentencia se están dando ciertos efectos a los contratos de gestación por sustitución, aquéllos menos dañinos para la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Sin embargo, ya se habían producido con anterioridad, los efectos más importantes en materia de gestación por sustitución, que son el reconocimiento de la filiación en España a favor de los padres comitentes y la inscripción de dicha filiación en el registro correspondiente, es decir, habían sido reconocidos los denominados efectos nucleares de los contratos de gestación por sustitución.

El niño nació mediante gestación por sustitución en el año 2017, obviamente en el extranjero, porque no es posible que un procedimiento de reproducción asistida de este tipo se realice de forma legal en España, en virtud del art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)². De forma que, en virtud de su art. 10.2, sólo la madre gestante puede ser considerada la madre legal del menor, quedando para el padre biológico la posibilidad de reclamar la filiación paterna conforme a las reglas generales, en virtud del art. 10.3 de la mencionada Ley. Efectivamente, tras el nacimiento del niño en Kiev (Ucrania), se inscribió en el Registro Civil consular español de la mencionada ciudad, por un lado, la filiación biológica paterna respecto del padre comitente; y, por otro lado, la filiación biológica materna a favor de la madre gestante. Posteriormente, ya en España, es cuando se inscribió en el Registro Civil central la filiación adoptiva materna respecto de la madre comitente³.

2. Pues bien, lo que solicitaron los padres comitentes o de intención es el traslado al Registro Civil de Barcelona de la inscripción de nacimiento de su hijo y que se inscribiera como lugar de nacimiento

¹ STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006.

³ FD I (Antecedente del caso I) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

del menor, no el lugar en el que había nacido en el extranjero, Kiev, sino el del domicilio de los padres, Barcelona. Sin embargo, el Registro Civil de Barcelona dictó acuerdo de calificación de 4 de junio de 2019, en el que se denegó que Barcelona constara como lugar de nacimiento del menor, acordándose proceder a la nueva inscripción de nacimiento del menor adoptado, haciendo constar como lugar de nacimiento el real, Kiev⁴.

Así que los demandantes recurrieron esta decisión ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que también rechazó el cambio del lugar del nacimiento del menor al del domicilio de los padres comitentes, por los mismos motivos que el Registro Civil en cuestión denegó dicha modificación⁵.

3. Es importante señalar las razones por las que la DGSJFP no accedió a las pretensiones de los padres comitentes ya que, sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo realizó una interpretación diferente de las mismas normas, que son las siguientes.

Cuando se trata de la inscripción de la filiación en relación con niños adoptados, en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior (o la ausencia de filiación) del adoptado –art. 46 de la antigua Ley del Registro Civil (LRC)–, con ninguna relevancia jurídica, y la nueva filiación adoptiva con plenitud de efectos jurídicos⁶; lo cual puede llevar a confusiones y a que se dé publicidad a datos que afectan a la intimidad familiar. Por ello, la Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999, de acuerdo con el mecanismo previsto por el art. 307 del Reglamento del Registro Civil (RRC), autorizó, con carácter general, que el registro de la filiación adoptiva se realizara a través de una inscripción principal de nacimiento que recogiera únicamente los datos relacionados con la adopción⁷. Uno de los datos especialmente sensibles, porque revela de forma clara que se trata de una filiación adoptiva, puede ser la relativa al lugar del nacimiento, sobre todo, si éste se encuentra en un país remoto, por lo que la publicidad de este dato debe limitarse. Derivado de lo anterior y del incremento de las adopciones internacionales, la Instrucción de la DGRN de 1 de julio de 2004 autorizó a que, en la nueva inscripción de nacimiento y adopción en la que figuraban únicamente los datos del nacimiento y del nacido y de las circunstancias de los progenitores adoptivos, constara como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes y no el lugar real de nacimiento⁸; eso sí, siempre que así fuera solicitado por los adoptantes.

Con posterioridad, lo anteriormente señalado se vino a recoger en el párrafo 1.º del art. 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil (LRC), –arriba mencionada–, que fue modificado por la Disposición final segunda de la Ley 15/2005, de 6 de julio, al añadir un párrafo en el que se establecía que en caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado⁹. Además, dicha reforma legal fue objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modificaron los arts. 77 y 307 del Reglamento del Registro

⁴ A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 4.

⁵ Resolución de 21 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (JUR\2022\312788).

⁶ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, BOE núm. 151, 10 junio 1957. Esta es la antigua Ley del Registro Civil, la que señalaba en su art. 46 que la adopción, entre otros hechos inscribibles, se anotarán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Se debe señalar que, actualmente, está en vigor desde el 30 de abril de 2021, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, 22 julio 2011).

⁷ Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción, BOE núm. 52, 2 marzo 1999; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

⁸ Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, BOE núm. 161, 5 julio 2004.

⁹ El art. 20.1º. de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, 10 junio 1957) establece de forma literal: “Las inscripciones principales con sus asientos marginales serán trasladadas, a petición de las personas que tengan interés cualificado en ello, en los casos siguientes: Primero. Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16”. Vid. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163, 9 julio 2005.

Civil (RRC)¹⁰. En cuanto al art. 77, se añadió un nuevo párrafo con el objetivo de omitir los datos de la filiación originaria en la nueva inscripción de nacimiento practicada como consecuencia del traslado de la inscripción para los casos de adopción¹¹.

No obstante, la DGSJFP aclaró que, si bien los arts. 77 y 307 RRC son aplicables a todas las adopciones, ya sean nacionales o internacionales, la posibilidad de modificar el lugar de nacimiento del adoptado por el del domicilio de los padres adoptantes solo es posible en los casos de las adopciones internacionales, rechazando así la solicitud de los padres comitentes¹².

4. A continuación, los padres comitentes recurrieron, tanto en primera, como en segunda instancia, tras el rechazo de su solicitud también en primera instancia¹³. Sin embargo, fueron ambos tribunales los que alegaron como motivo de denegación que los contratos de gestación por sustitución estaban prohibidos en nuestro ordenamiento, aunque esta circunstancia, en mi opinión, no tenía una relación directa con la petición realizada por los demandantes.

Así, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque no había semejanza entre la adopción internacional y la gestación por sustitución, ya que no es que no esté regulada –como sucede en otros ordenamientos– sino que está prohibida en nuestro ordenamiento, aunque en mi opinión, la solicitud de los demandantes tampoco pretende tal equiparación¹⁴. Dicho tribunal, después de hacer mención expresa a determinados párrafos de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la materia, concretamente de los años 2014 y 2022, aclara que una vez establecidas las relaciones de filiación, el acceso al Registro Civil debe realizarse de conformidad con la legislación vigente¹⁵. Por ello, la posible modificación del lugar de nacimiento del niño debe ser interpretada de manera restrictiva por tratarse de una excepción al principio de fe pública registral, de forma que debe reservarse exclusivamente para las adopciones internacionales¹⁶.

La Audiencia Provincial también desestimó el recurso siguiendo esta misma línea argumental. Así, el tribunal vuelve a señalar que los contratos de gestación por sustitución son nulos en nuestro ordenamiento, de forma que cuando los niños nacen mediante gestación por sustitución la filiación está prohibida por la ley y no puede tener efectos en España; así que, si nacen en el extranjero de forma válida, su reconocimiento atentaría contra el orden público español¹⁷. Si bien este argumento es totalmente incongruente, porque en el presente asunto este aspecto no es objeto de disyuntiva alguna; es más, la filiación a favor de los padres comitentes sí que ha quedado establecida por los medios permitidos por la Ley española, de forma que tiene plenos efectos jurídicos, tal y como se refleja en la inscripción de la filiación a su favor en el Registro Civil español¹⁸.

¹⁰ Vid. Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 175, 23 julio 2005; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

¹¹ El párrafo añadido en el art. 77 del Reglamento del Registro Civil es el siguiente: “(...) En caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de estos. En las nuevas inscripciones a las que refiere este artículo se hará referencia a la antigua”.

¹² FD I (Antecedente del caso III) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹³ SAP Barcelona núm. 398/2023 de 29 de junio (JUR\2023\317400) (ECLI:ES:APB:2023:6734). Sentencia que fue dictada tras apelar la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona de 23 de noviembre de 2022.

¹⁴ En cualquier caso, lo cierto es que los contratos de gestación por sustitución no están prohibidos como tales, sino que son nulos de pleno derecho, en virtud del art. 10.1 LTRHA.

¹⁵ Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ\28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹⁶ FD I (Antecedente del caso IV) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹⁷ FD I (Antecedente del caso V) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹⁸ En relación a los efectos jurídicos de la gestación por sustitución se volverá más adelante, pero efectivamente el reconocimiento o la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes se trata de un efecto jurídico nuclear, ni mucho menos periférico, como pudiera ser el reconocimiento de la prestación de paternidad. Vid., en relación a la distinción entre los efectos jurídicos nucleares y periféricos de ciertas figuras jurídicas prohibidas en nuestro ordenamiento, pero que una vez que

La Audiencia Provincial, contestando a las pretensiones de los demandantes, señaló, además, que el precepto previsto para adopciones no puede utilizarse por analogía a los casos de gestación por sustitución, en virtud del art. 4 CC. Éste establece que para que sea de aplicación tiene que existir un supuesto no regulado por la ley, de forma que no sea posible de ninguna manera hacer constar el lugar de nacimiento del niño en la inscripción realizada en el Registro Civil. Sin embargo, la gestación por sustitución no se trata de un supuesto no regulado en el ordenamiento jurídico español, puesto que sí que lo está, sólo que se ha establecido su prohibición –aquí el tribunal se refiere a que los contratos de gestación por sustitución son nulos, para ser más exactos–, por lo que no podría recurrirse al art. 4 CC y proceder a la aplicación por analogía de un precepto previsto para las adopciones¹⁹.

5. A continuación, los padres comitentes interpusieron recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que, en contra de lo establecido en las instancias inferiores, fue admitida por el Tribunal Supremo.

II. Análisis de la STS de 17 de septiembre de 2024

6. En cuanto a los motivos utilizados en el recurso de casación fueron dos, ambos admitidos por el Tribunal Supremo²⁰: el no haber realizado una aplicación por analogía –de conformidad con el art. 4 CC– de los arts. 16.3 y 20.1º. de la Ley del Registro Civil, previstos para adopciones internacionales, a un supuesto de gestación por sustitución; y la vulneración del derecho del niño al honor, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo con el art. 18 CE (Constitución Española)²¹.

El Tribunal Supremo señala que se van a responder de manera conjunta ambas cuestiones por estar relacionadas y efectivamente es así, porque el segundo motivo por el que se plantea el recurso de casación se fundamenta en el primero, de forma que si el primer motivo es admitido el segundo motivo no ha lugar. Sin embargo, se van a separar ambos motivos, aunque –como ya adelanto– el segundo motivo se queda prácticamente sin contenido al ser aceptado el primero como válido por el Tribunal Supremo.

1. Inaplicación por analogía de normas previstas para adopciones internacionales a un caso de gestación por sustitución, en virtud del art. 4 CC

7. Los padres comitentes en su recurso argumentaron que la sentencia infringía el art. 4 CC por no aplicar por analogía los arts. 16.3 y 20.1º. de la Ley del Registro Civil, que permite, en el traslado de los expedientes, la modificación del lugar en el que el niño ha nacido en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil cuando se trata de menores nacidos en el extranjero y que posteriormente son adoptados en territorio español²².

se realizan de forma válida en el extranjero deben reconocerse en el ordenamiento español ciertos efectos, siendo este es el caso de la poligamia, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 94-126.

¹⁹ FD I (Antecedente del caso V) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

²⁰ FD II (Motivos primero y segundo: apartados 1 y 2) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

²¹ Constitución Española, BOE núm. 311, 29 diciembre 1978.

²² El art. 16.3 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, 10 junio 1957) establece exactamente: “*En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado*”. Este párrafo fue añadido por la Disposición adicional séptima de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE núm. 277, de 19 noviembre 2005), que vino a adicionar tres párrafos nuevos al art. 16 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.

En su opinión, se cumplían los requisitos de identidad de hecho y de derecho entre ambos supuestos, esto es la adopción internacional y la gestación por sustitución. La analogía de hecho se concreta en que se trata de casos de menores nacidos en el extranjero y que, con el objetivo de proteger su intimidad, se permite modificar el lugar de nacimiento en el caso de la adopción cuando a través del mismo es posible saber que el menor no es hijo biológico de los progenitores registrales. Mencionan al respecto, la Resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 2005 que calificó como acción perjudicial para el interés del menor que se dé publicidad a la “*circunstancia reveladora*” de la filiación adoptiva, “*especialmente cuando éste ha acaecido en un país remoto*”. Así que, la decisión de la DGRN se fundamenta en la necesidad de “*preservar, en interés del menor, que se conozca dicha filiación o cualquier otra circunstancia de la que pueda ésta deducirse*”²³.

En este sentido, destacan los demandantes, de manera acertada que es el lugar de nacimiento en el extranjero, y no el hecho de que se trate de una adopción internacional, lo que determina que nos encontremos ante una de las circunstancias reveladoras de una filiación adoptiva, que inspira la Instrucción²⁴. Se refieren a la Instrucción de la DGRN de 1 de julio de 2004, que como ya se ha señalado anteriormente, autorizó a que, si los padres adoptivos así lo solicitaban, constara como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes y no el lugar real de nacimiento en un país extranjero²⁵.

8. Efectivamente, estamos de acuerdo con el Tribunal Supremo, en que el hecho de que el menor haya nacido mediante gestación por sustitución no tiene en el objeto de este recurso la importancia que las sentencias de instancia le atribuyen²⁶. Ahora bien, no se puede estar de acuerdo con que la filiación del menor no haya sido fijada con base en el contrato de gestación por sustitución, porque el menor nació en Ucrania mediante dicha técnica de reproducción asistida²⁷. Si bien es cierto, que teniendo cuenta la complejidad normativa de los contratos de gestación por sustitución, pues existen diferencias sustanciales entre Estados –donde es posible que no se regule expresamente, se prohíba o se regule de forma altruista u onerosa–, obviamente este caso difiere de los asuntos anteriores resueltos por el Tribunal Supremo, en los que se rechazó el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, tal y como constaba en el certificado de nacimiento extranjero: Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014, famoso caso de los “niños de California” y Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, caso de menor nacido en México²⁸.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, como bien señala el Tribunal Supremo, la filiación paterna se basa en el vínculo biológico existente entre el menor y su padre, y por lo que respecta a la filiación materna deriva de la adopción. No obstante, el Tribunal Supremo no entra a valorar que el menor nació en Ucrania, uno de los países en los que durante un tiempo parecía ofrecer seguridad jurídica a todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución, pero que posteriormente se vio envuelto en una serie de cambios normativos y acontecimientos, que obligaron a las autoridades españolas a intervenir y desaconsejar a las parejas a acudir a Ucrania para ver cumplido su deseo de ser padre. En la actualidad, el hecho de que Ucrania esté en guerra debería haber paralizado la realización de estos

²³ Resolución-circular de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de adopciones internacionales, BOE núm. 308, 26 diciembre 2005.

²⁴ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 1. Planteamiento) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

²⁵ Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, BOE núm. 161, 5 julio 2004.

²⁶ SAP Barcelona núm. 398/2023 de 29 de junio (JUR\2023\317400) (ECLI:ES:APB:2023:6734). Sentencia que fue dictada tras apelar la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona de 23 de noviembre de 2022.

²⁷ Estoy completamente de acuerdo con la conclusión de A.-J. VELA SÁNCHEZ: “*Ahora bien, a mi juicio, lo más relevante de esta Sentencia es que, por fin, la Sala Primera del Tribunal Supremo parece acoger, naturalmente, sin condena y sin reproche alguno, el convenio gestacional como figura generadora de filiación jurídica, aunque sea indirectamente, esto es, tanto de paternidad como de maternidad*” (A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1^a Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 3).

²⁸ Sin embargo, en ambos casos, sí que les daba la posibilidad a los padres comitentes, en el caso de no existir vínculos biológicos con ninguno ellos, de proceder a la adopción. *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

tratamientos, pero la realidad es que era uno de los destinos preferidos por las parejas españolas, porque el coste de dicho proceso era mucho menor que cualquier Estado de Estados Unidos. Pero, eso sí, en el momento en el que se llevó a cabo el procedimiento de gestación por sustitución en Ucrania, se recurrió a los modos de determinación de la filiación paterna y materna permitidos en nuestro ordenamiento jurídico y que, según el Tribunal Supremo, “*respetan la dignidad del menor*”²⁹.

Con esto pretendo subrayar que, al margen de que efectivamente ya ha quedado establecida la filiación legalmente con anterioridad y que no es el objeto del recurso, podría haber hecho observaciones similares a la realizadas en sus sentencias precedentes –y que también realizan las instancias inferiores en el presente asunto–, manifestando que los contratos son contratos nulos en nuestro ordenamiento, de forma que: “*Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad*”³⁰. Luego, en mi opinión, el Tribunal Supremo goza de cierta esquizofrenia en relación con los contratos de gestación por sustitución, aunque estoy de acuerdo en el fallo de la sentencia.

Como el Tribunal Supremo no lo realiza, se abordará cuál es la normativa aplicable al reconocimiento de la filiación establecida en un certificado de nacimiento ucraniano y la posible activación de la cláusula del orden público español.

A) Reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución establecida en una certificación de nacimiento ucraniana

9 En primer lugar, se debe señalar que cuando se pretende la inscripción de la filiación establecida en el extranjero en el Registro civil español, las posibles soluciones son diferentes en función de la documentación aportada por parte de los solicitantes. Así pues, el procedimiento a seguir es distinto si los padres comitentes poseen una sentencia extranjera que decide sobre cuestiones de filiación –tutela por reconocimiento–; que si éstos aportan únicamente la certificación registral o documento público de nacimiento en el extranjero –tutela declarativa–.

En cuanto a la tutela declarativa debe recurrirse a la normativa conflictual para identificar un ordenamiento nacional aplicable a la filiación. Mientras que con la tutela por reconocimiento lo que se persigue es que el acceso al Registro civil español se produzca después del reconocimiento en España de la sentencia extranjera³¹. La distinción entre ambos tipos de tutela no ha sido siempre puesto de manifiesto de forma tan clara por parte de la DGRN³².

10. Cuando la filiación consta en un Registro extranjero y se pretende que conste, también en el mismo sentido, en el Registro civil español es aplicable el Capítulo VI de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), así como la Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, y el art. 81 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC)³³. En todos estos preceptos se exige que se practique un “control de legalidad” de la filiación determinada en el ex-

²⁹ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 3. Decisión de la sala) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

³⁰ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153). En esta misma línea se manifiesta en la STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

³¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1864-1865; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, p. 75.

³² Es a raíz de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuando la DGRN advierte de ambos tipos de tutela en una resolución inmediatamente posterior a dicha Instrucción. (J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 96-101). *Vid.* Resolución de la DGRN núm. 1/2011 de 3 mayo (JUR\2012\107637).

³³ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, 3 julio 2015; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

tranjero, ya que se requiere que el documento público extranjero tenga “*fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”.

Así pues, la filiación que consta en el documento registral extranjero debe ser válida con arreglo a la Ley estatal designada por las normas españolas de DIPr., es decir, por el art. 9.4.I CC; tal y como señalan el art. 60 LCJIMC y el apartado 1.c) de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. De manera, que esto puede implicar la necesidad de observar una Ley extranjera³⁴. Efectivamente, se tendría que proceder a determinar la ley aplicable a la filiación, que presenta ciertas particularidades en relación a si se trata de determinar la filiación *ex novo*, cuando se trata de un niño nacido mediante gestación por sustitución.

En cualquier caso, si la ley aplicable a la filiación en virtud del art. 9.4.I CC es la ley extranjera, la invocación de los arts. 10.1 y 10.2 Ley 14/2006 resultaría improcedente, siempre a salvo de su consideración como normas de policía contractual y orden público interno. Si bien, esta tesis legeforista, en virtud de la cual los tribunales españoles recurren a la ley sustantiva española con independencia de que en la relación jurídica exista un elemento extranjero, también se ha seguido en materia de gestación por sustitución³⁵.

11. También, la nueva Ley del Registro Civil (NLRC) del 2011, pero que no ha entrado en vigor hasta el 30 de abril de 2021, ha procedido a distinguir entre tutela declarativa y tutela por reconocimiento y su distinto tratamiento por el Derecho Internacional Privado (DIPr)³⁶.

Así, en el art. 98 NLRC se establece que en relación con las certificaciones de Registros extranjeros se acude al enfoque conflictual para la aplicación de las normas materiales designadas por las normas de conflicto. Por lo tanto, no sólo se exige que la inscripción de la certificación registral extranjera no sea manifiestamente contraria al orden público español; sino que el hecho o acto contenido en dicha certificación sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de DIPr. Sin olvidar que se debe cumplir además, con los requisitos de que la certificación haya sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación del Estado extranjero; y que el Registro extranjero tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española³⁷.

12. No obstante, es preferible que se aporte como documento para la inscripción en el Registro civil español una resolución judicial. Por ello, el art. 98.2 NLRC señala que en el caso de que la certificación constituya un mero reflejo registral de una resolución judicial previa, dicha sentencia será el título que tenga acceso al Registro. Sin embargo, deberá reconocerse dicha resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 NLRC³⁸.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1865; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, p. 75.

³⁵ Esta es una de las tres diferentes tesis mantenidas por las autoridades españolas sobre los efectos legales en España de la filiación legalmente acreditada en otro Estado en relación con los menores nacidos en dicho país en virtud de gestación por sustitución. Las otras dos tesis son: la tesis legeforista y la tesis de la exigencia de la resolución judicial extranjera. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n.º 2, octubre 2015, pp. 54-66; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1878-1887; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 89-99.

³⁶ Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011), está en vigor desde el 30 de abril de 2021. *Vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 99; P.-J. FEMENÍA LÓPEZ, *La determinación de la filiación “en interés del menor”*: “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, Dykinson, Madrid, 2019, p. 186.

³⁷ Art. 98.1 Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011).

³⁸ Art. 98.2 Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011).

Efectivamente, como señala J.-M. DÍAZ FRAILE, este apartado 2 del art. 98 se inspira en la ya derogada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la que se exige la resolución extranjera en la que conste la filiación, para que dicha filiación pueda ser inscrita en el Registro Civil español³⁹. Así pues, fue a raíz de dicha Instrucción, cuando la DGRN empezó a adoptar una posición activa dictando previamente una “*diligencia para mejor proveer*” en la que solicitaba a los padres comitentes la aportación de la resolución judicial extranjera, que inicialmente no habían aportado en el Consulado⁴⁰.

Pero nadie se esperaba un giro en los acontecimientos de esta magnitud, pues a raíz de la última Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no es posible el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero de un niño nacido mediante gestación por sustitución; y, por lo tanto, tampoco es posible su inscripción en el Registro Civil español, por el procedimiento establecido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁴¹. No es suficiente pues, que los padres comitentes aporten una resolución administrativa o judicial extranjera que valide el contrato de gestación por sustitución, que es la vía que ha sido utilizada por miles de padres comitentes para poder ver cumplido su deseo de tener hijos y que llevaban a cabo este tipo de contratos, precisamente en Estados donde se emitía sentencia o resolución judicial, junto con el certificado de nacimiento del menor, siendo este el caso de California o Minnesota, entre otros⁴².

³⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

⁴⁰ J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 96-97. *Vid.*, entre otras resoluciones de la DGRN, Resolución de la DGRN núm. 1/2011 de 3 mayo (JUR\2012\107637); Resolución de la DGRN núm. 4/2011 de 6 mayo (JUR\2012\110698); Resolución de la DGRN núm. 3/2011 de 9 junio (JUR\2012\151439); Resolución de la DGRN núm. 4/2011 de 23 septiembre (JUR\2012\168313).

⁴¹ Se debe puntualizar, que se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso. Sin embargo, tal y como establece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “*procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*”, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial, que consistirá en acreditar varios extremos: (a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 249; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 87; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 916; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 163; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 62; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1880; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, p. 95).

⁴² La estructura federal de Estados Unidos permite que convivan Estados que no permiten la realización de los contratos de gestación por sustitución, como el de Arizona, Indiana o Nueva York, con otros que reconocen y regulan esta figura, como sucede con los Estados de California, Minnesota, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, New Hampshire o Distrito de Columbia; junto a otros que, aunque disponen de una ley, establecen algunas restricciones, como es el caso de Arkansas, Florida, Illinois, Dakota del Norte, Texas, Utah o Virginia Occidental (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 48; M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, p. 196; M.-J. REYES LÓPEZ, “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”, en F. LLEDÓ YAGÜE/ M.-P. FERRER VANRRELL/ I. BENÍTEZ ORTÚZAR/ C. OCHOA MARIETA/ O. MONJE BALMASEDA (dirs.)/ A. GUTIÉRREZ

A partir de la nueva Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025, solo se podrá formalizar la inscripción siguiendo los cauces habituales de determinación de la filiación, es decir, por vínculo biológico o por adopción, como ha venido sucediendo cuando el país en el que se realizaba el contrato de gestación por sustitución era un país en el que las autoridades no emitían resolución judicial, como es el caso de Ucrania⁴³. En este sentido, este cambio radical en el sistema registral español, va a provocar que cientos de padres que en este momento estén inmersos en sus correspondientes procedimientos de gestación por sustitución consideren, y con razón, que se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva⁴⁴. En cualquier caso, siempre les queda a los padres comitentes la posibilidad de optar por el procedimiento más tedioso, del reconocimiento de la filiación establecida en el certificado de nacimiento extranjero, explicado anteriormente, y que, en el caso de que el proceso de gestación por sustitución se realice en Ucrania adquiere en la práctica características propias, como se verá a continuación.

13. La gestación por sustitución en Ucrania no está limitada exclusivamente a sus nacionales, sino que, de conformidad con las Reglas ucranianas para el Registro Civil del 18 de octubre del 2000, los padres comitentes extranjeros una vez que el niño ha nacido, pueden solicitar un registro de nacimiento en la Oficina de Registro ucraniana, de forma, que con dicho documento es posible el retorno a su país de origen con el niño nacido mediante gestación por sustitución. No obstante, determinadas clínicas o agencias encargadas de facilitar el proceso de gestación y todos sus trámites, señalan que, a menudo es más conveniente acercarse a la Oficina Consular del país de origen de los padres y obtener el pasaporte del niño; por lo general, esto es posible cuando la gestación por sustitución es legal en el propio país y los padres pueden demostrar que están genéticamente relacionados con el niño⁴⁵.

Ahora bien, sólo es admisible para su inscripción en el Registro Civil español la certificación registral ucraniana en la que figure el padre biológico, y en lugar de la madre comitente, el nombre de la mujer ucraniana que dio a luz. Después, en España, la esposa tiene que proceder a adoptar al hijo de su marido previo consentimiento de la gestante. No obstante, aunque los españoles venían formalizando contratos de gestación de sustitución válidos bajo la legislación ucraniana, la crisis en relación a dichos contratos estalló el 29 de agosto de 2018, cuando el Consulado español en Kiev, a través de su Comunicado núm. 114, informó de la paralización de los expedientes sobre la inscripción de menores nacidos a través de un proceso de gestación por sustitución⁴⁶.

Así en dicho escrito se señalaba que: “*La Embajada de España en Kiev atenderá de manera individualizada a la treintena de familias españolas que se encuentran en Ucrania para informarles sobre la legislación vigente, las alternativas legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible*”⁴⁷. El Consulado de España en Kiev empezó a estudiar los expedientes de los bebés nacidos por gestación por sustitución en Ucrania, después de que una treintena de familias españolas se encontrasen bloqueadas en la capital ucraniana sin poder obtener el pasaporte español para los niños nacidos allí mediante esta

BARRENGOIA (coord.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 134-135).

⁴³ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

⁴⁴ Vid. A.-J. VELA SÁNCHEZ, “Análisis atónito de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 10746, 2025, pp. 1 y ss.

⁴⁵ Vid. Página web de la agencia de intermediación en los contratos de gestación por sustitución *World center of baby*, disponible en línea en <https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (consultado el 3 de abril del 2022).

⁴⁶ S. BLANCO, “Veinte familias atrapadas en Kiev con bebés de gestación subrogada”, *El País*, 29 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html#?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019); S. BLANCO, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, *El País*, 30 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html#?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

⁴⁷ A. ORTEGA JIMÉNEZ/ M.-E. COBA COBIELLA/ L.-S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, pp. 1-2.

práctica, que no es legal en España⁴⁸. El comunicado seguía admitiendo que: “*El tratamiento de este tipo de expedientes requiere de un especial cuidado por parte de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev al haber sido informada en los últimos meses de posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores. La Embajada de España en Kiev debe adoptar todas las precauciones necesarias para proteger el interés superior de los menores*”. Por todo ello, en el mismo comunicado se desaconsejaba de forma tajante “*iniciar cualquier proceso de gestación subrogada en este contexto*”⁴⁹.

Esa recomendación es coherente con la información que ya había publicado la propia Embajada en su web, en la que se alertaba de “*estafas y engaños por parte de las denominadas clínicas de reproducción asistida*”, detallando “*irregularidades en el proceso*” y “*abortos inducidos por parte de las clínicas de reproducción asistida a las gestantes a partir de la sexta semana de embarazo, con el objetivo de incrementar los gastos y llevar a cabo otro costoso proceso de inseminación, o el deficiente control médico durante el embarazo de las madres gestantes*”⁵⁰.

Hasta el mes de julio del 2018 se inscribieron en el Registro Consular en Kiev a niños nacidos mediante esta práctica, que se trata generalmente, de un contrato de gestación por sustitución de carácter oneroso, en el que, a cambio de dinero, la madre gestante se queda embarazada de un bebé con el que no tiene vínculo genético alguno y se compromete a entregar al niño a los padres comitentes después del parto. El Ministerio de Asuntos Exteriores negó, en su momento, que la modificación de la normativa europea sobre protección de datos, que vendría a afectar a la toma de muestras de ADN en el Consulado para determinar la relación genética entre el padre y el niño, fuese la causa de la paralización de las inscripciones. “*Ese es un elemento más de los muchos aspectos que se tienen en cuenta en el tratamiento de cada expediente, en los que hay que verificar que se cumple con la legislación española, con la ucraniana y la validez de la documentación presentada*”, dijo un portavoz⁵¹. En todo caso, añade en su Comunicado que: “*El Gobierno tiene la obligación de preservar y proteger los derechos de las mujeres gestantes (o madres biológicas) involucradas en este proceso, independientemente de su nacionalidad, así como de proteger el interés superior del menor nacido*”⁵².

Sin embargo, la paralización del proceso se produjo en el mes de julio de 2018 cuando el Consulado anunció la suspensión del registro de menores nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida bajo el pretexto de la entrada en vigor del Reglamento general de protección de datos⁵³. Hasta ese momento Ucrania era uno de los principales destinos de los cientos de familias españolas que cada año recurrían a la gestación por sustitución, proceso por el que pagaban entre 40.000 y 60.000 euros.

⁴⁸ En relación a la legislación española, se señala en el Comunicado que “*En el caso de la gestación por subrogación, también se debe comprobar el cumplimiento de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el resto del ordenamiento jurídico español, así como las directrices establecidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia, que son de obligado cumplimiento para los Registros Civiles españoles*” (A. ORTEGA JIMÉNEZ/ M.-E. COBA COBIELLA/ L.-S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, pp. 1-2). En cuanto a la regulación española en materia de gestación por sustitución, ésta será abordada en el apartado correspondiente.

⁴⁹ A. ORTEGA JIMÉNEZ/ M.-E. COBA COBIELLA/ L.-S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, pp. 1-2.

⁵⁰ S. BLANCO, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, *El País*, 30 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

⁵¹ S. BLANCO, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, *El País*, 30 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

⁵² A. ORTEGA JIMÉNEZ/ M.-E. COBA COBIELLA/ L.-S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, pp. 1-2.

⁵³ *Vid.* Reglamento UE 2016/679 (DOUE núm. L 119, 4 mayo 2016) sobre protección de datos del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Se trata en todo caso de menos de la mitad, o incluso la tercera parte, de lo que cuesta ese mismo proceso en Estados Unidos. Mientras que, por su parte, las madres gestantes cobraban entre 10.000 y 14.000 euros, tal y como señalan la mayoría de los contratos. Efectivamente, era y es legal la gestación por sustitución para parejas heterosexuales casadas y que puedan acreditar la imposibilidad de tener hijos o que los embarazos son de riesgo. Por eso, según explica el gerente de una de las empresas que en España asesora a los futuros padres, *Go4Baby*, hasta ese momento se tomaban las muestras de ADN para certificar el vínculo genético con el padre biológico, después, se remitían a un laboratorio en España y con los resultados se hacía la inscripción en Kiev. Pero a finales de junio, según el gerente de *Go4Baby*, se notificó de manera verbal a varias agencias españolas que operan en Ucrania que la entrada en vigor de la normativa europea de protección de datos modificaba los requisitos para obtener la prueba genética y que el Consulado no podía hacerse cargo de dicho trámite. En opinión de las familias afectadas, estas trabas burocráticas obedecían a un intento de “*disuadir a la gente para que no recurra a la gestación subrogada por parte del Gobierno socialista*”, contrario a legalizar esta práctica en España⁵⁴.

Pero la complicación no era sólo para los padres comitentes, sino también para los recién nacidos que se encontraban en una situación incierta, así como para las madres gestantes que se enfrentaban a la situación de que no podían o no querían hacerse cargo de los bebés, si los padres comitentes no conseguían regularizar la situación mediante alguna de las alternativas posibles⁵⁵. No obstante, el problema subyacente es que, al tratarse de un contrato de gestación subrogada de carácter oneroso, la parte comercial de dicho contrato no está regulada, lo cual ha incubado un negocio opaco y un proceso poco transparente. De hecho, las autoridades no recogen datos de cuántos bebés nacen en Ucrania mediante gestación por sustitución, aunque las estimaciones de los expertos apuntaban a unos 2.500 al año.

En cualquier caso, ante la incertidumbre de las familias españolas, en Kiev, en el Comunicado se dejó claro que “*La Embajada de España en Kiev está realizando gestiones con las autoridades ucranianas con el fin de estudiar las alternativas existentes*”⁵⁶. Además, el Consulado todavía no había emitido ninguna respuesta negativa a ninguna familia, aunque un portavoz de Exteriores había asegurado por teléfono, horas antes de emitir el Comunicado, que ya han iniciado “*gestiones con las autoridades locales para estudiar alternativas en caso de que se produzca alguna denegación*”.

Según afirmaba el abogado FRANCO ANTONIO ZENNA, que asesoraba a algunas de las familias afectadas, el sistema de inscripción en el registro que había funcionado hasta ahora se basaba en que el padre biológico figuraba en el registro como tal, y en lugar de la madre comitente, aparecía el nombre de la mujer ucraniana que dio a luz. Después, en España, la esposa tenía que proceder a adoptar al hijo de su marido previo consentimiento de la gestante. En definitiva, era como si hubiera nacido un hijo de una relación extramatrimonial del marido. Según el testimonio del abogado FRANCO ANTONIO ZENNA, utilizando sus palabras textuales: “*Así se ha hecho al menos desde hace 7 u 8 años*”⁵⁷.

Pues bien, como a raíz de los problemas señalados por el Consulado español, tampoco era posible obtener el certificado registral de nacimiento en el que constasen como padres, el padre biológico

⁵⁴ S. BLANCO, “Veinte familias atrapadas en Kiev con bebés de gestación subrogada”, *El País*, 29 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html#?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

⁵⁵ S. BLANCO, “El viaje incierto de los vientres de alquiler”, *El País*, 2 septiembre 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/09/01/actualidad/1535813739_232579.html (consultado el 2 de septiembre de 2018); A.-M. ORTIZ, “Una gestante ucraniana: “No pensé en quedarme el bebé; quería el dinero para pagar un piso””, *El mundo*, 6 septiembre 2018, disponible en línea en <http://www.elmundo.es/espana/2018/09/06/5b9040c022601dfb558b4584.html> (consultado el 6 de septiembre de 2018); S. BLANCO, “Vientres ilegales con niños legales”, *El País*, 9 septiembre 2018, disponible en línea en https://elpais.com/sociedad/2018/09/08/actualidad/1536418576_921412.html (consultado el 9 de septiembre de 2018); S. BLANCO, “El “salvaje este” de los vientres de alquiler”, *El País*, 24 septiembre 2018, disponible en línea en https://elpais.com/sociedad/2018/09/22/actualidad/1537636094_278287.html (consultado el 24 de septiembre de 2018).

⁵⁶ A. ORTEGA JIMÉNEZ/ M.-E. COBA COBIELLA/ L.-S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, n.º 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, pp. 1-2.

⁵⁷ S. BLANCO, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, *El País*, 30 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

español y la madre gestante ucraniana, la vía alternativa que parecía más lógica, era la de solicitar un pasaporte ucraniano para que los bebés pudiesen regresar a España y, una vez en España, se iniciase un proceso de filiación *ex novo*⁵⁸. Esto es lo que estaban recomendando los abogados de algunas de las familias afectadas y es lo que un funcionario del Consulado planteó como posible solución, dado que el Estado ucraniano no concede el pasaporte al niño hasta que no esté determinada la filiación⁵⁹. Si bien, además de las familias que ya estaban en Kiev, el problema podía continuar conforme fuesen naciendo niños como resultado de las decenas de contratos de gestación de sustitución ya celebrados y cuyas madres diesen a luz en los próximos meses⁶⁰.

14. Además, a principios del 2020 la pandemia de coronavirus puso de nuevo el foco en Ucrania, debido a que era uno de los principales destinos del mundo para las familias que tienen que recurrir a la gestación por sustitución para ser padres. Como consecuencia del cierre de las fronteras provocada por la COVID-19 decenas de parejas europeas, entre ellas españolas, no pudieron ir a recoger a los niños nacidos por gestación subrogada; concretamente Ucrania había cerrado sus fronteras el 16 de marzo de 2020. Una de las empresas que interviene en dichos procesos de gestación por sustitución informaba que había aproximadamente 100 bebés nacidos durante la cuarentena que estaban esperando a sus familias del extranjero, aunque aclaraban que los niños estaban siendo bien atendidos. Estos hechos se produjeron después de otro escándalo que había terminado hacía unas semanas con la desarticulación de un grupo de personas que se dedicaba a la falsificación de documentos y a la organización de matrimonios ficticios para poder acceder a la gestación por sustitución en Ucrania, que exige que se trate de matrimonios. Por eso, cada vez eran más numerosas las voces de la política ucraniana que pedían al Gobierno que revisase la ley.

Dejando a un lado el problema ya solucionado, el caso es que una veintena de familias españolas y sus bebés estaban en una situación complicada al no poder ser entregados, a raíz de la pandemia; a pesar de que, como se ha señalado anteriormente, el Ministerio de Asuntos Exteriores desaconsejaba acudir a Ucrania por falta de seguridad jurídica y sospechas de mala praxis médica. No obstante, otras muchas parejas de otras nacionalidades se encontraban en la misma situación, de hecho, en Francia el caso había llegado al Consejo de Estado, que decidiría sobre la cuestión en los próximos días. Pero, a diferencia de la delegación española, la Embajada francesa en Kiev sí que estaba dando pasaporte a los niños, con lo cual las parejas francesas podían viajar con los bebés a Francia e iniciar un procedimiento de reconocimiento de los documentos registrales en los que constaba la filiación de los menores o iniciar un juicio de filiación *ex novo* si no era posible obtener dichos documentos a causa de la pandemia⁶¹.

15. Por último, la guerra entre Rusia y Ucrania, iniciada a comienzos del 2022, de nuevo, han dejado al descubierto las costuras de la gestación por sustitución, ya que las condiciones de la guerra colocaron en una situación incierta a los recién nacidos, cuyos padres comitentes no podían ir a recogerlos. Las madres gestantes cuya fecha de parto estaba próxima, también se enfrentaban a dificultades, porque no podían o no querían hacerse cargo de los bebés si los padres comitentes no conseguían llegar hasta Ucrania en el caso de que la guerra se prolongase en el tiempo⁶².

⁵⁸ La posibilidad de iniciar un procedimiento de filiación *ex novo* en el país de origen de los padres comitentes siempre es posible, obviamente. Si bien, teniendo en cuenta que la gestación por sustitución no se permite en España, el reconocimiento de una certificación registral extranjera en la que conste la filiación a favor de al menos uno de los padres comitentes, —que es como se había venido realizando hasta el momento— era un procedimiento más rápido; aunque la madre comitente debía proceder a adoptar al menor, dado que la madre gestante había renunciado a la maternidad.

⁵⁹ P.-J. FEMENÍA LÓPEZ, *La determinación de la filiación “en interés del menor”*: “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, Dykinson, Madrid, 2019, p. 189.

⁶⁰ S. BLANCO, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, *El País*, 30 agosto 2018, disponible en línea en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html?rel=buscador_noticias (consultado el 2 de septiembre de 2019).

⁶¹ M.-R. SAHUQUILLO/ E.-G. SEVILLANO, “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler”, *El País*, 15 mayo 2020, disponible en línea en <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html> (consultado el 20 de mayo de 2020).

⁶² A. PÉREZ, “Operación géminis”: así rescató un grupo de élite americano a Sofía, la prematura española atrapada en

Por eso, las agencias de intermediación como *Gestlife*, que siguen promocionando la celebración de contratos de gestación por sustitución en Ucrania, en su misma página web señalan que, si en el momento de la entrega del niño a los padres comitentes, el país siguiese en guerra, y no fuese posible el desplazamiento a Ucrania, se trasladaría el parto a otros países, como Georgia o Albania, donde nacería el bebé⁶³. Si bien, *Gestlife* hizo esta previsión, que parecía lógica al empezar la guerra entre Rusia y Ucrania, teniendo en cuenta que la guerra no iba a durar mucho, sin embargo, finalmente esta se ha prolongado en el tiempo y no parece que sea un destino seguro para que las parejas españolas puedan acudir a Ucrania con el fin de convertirse en padres.

B) La excepción del orden público internacional español en el asunto planteado

16. Pues bien, la pregunta es si tras lo señalado anteriormente, es posible que la certificación registral ucraniana no sea considerada válida, de forma que se imposibilite la inscripción de la filiación del menor en el Registro Civil español.

Como se ha señalado antes, el art. 98.1 de la nueva Ley del Registro Civil, que es la normativa que regula el reconocimiento de certificaciones de nacimiento extranjeras, en su inciso cuarto establece la obligación de respetar el requisito de que “*la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español*”⁶⁴. Al respecto A.-J. VELA SÁNCHEZ señala que la exigencia del respeto de orden público español es difusa⁶⁵. Efectivamente, por un lado, nos encontramos con las dos sentencias del Tribunal Supremo, la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 y la Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, en la que se señala que la gestación por sustitución comercial es contraria al orden público, puesto que, tal y como señala de manera textual esta última decisión, vulnera “*gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte*”, de manera que concluyen que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público español, conforme al art. 10.1 LTRHA⁶⁶.

Sin embargo, por otro lado, tal y como señala A.-J. VELA SÁNCHEZ no puede ser contraria a nuestro orden público la filiación jurídica derivada de un convenio gestacional realizado de forma válida en un país extranjero, puesto que, al menos hasta la fecha en que se dictó la sentencia de autos, se permitía su registro en ciertas condiciones por la antigua DGRN y la actual DGSJFP⁶⁷. Si bien, se debe

Kiev”, *NIUS*, 11 marzo 2022, disponible en línea en https://www.niusdiario.es/internacional/europa/operacion-geminis-rescate-grupo-elite-americano-proyecto-dynamo-sofia-prematura-espanola-atrapada-kiiev_18_3295699686.html (consultado el 1 de abril de 2022); A.-E. KRAMER/ M. VARENIKOVA, “Diecinueve bebés nacidos por gestación subrogada están en un sótano de Kiev al cuidado de niñeras”, *The New York Times*, 14 marzo 2022, disponible en línea en <https://www.nytimes.com/es/2022/03/14/espanol/ucrania-bebes-gestacion-subrogada.html> (consultado el 1 de abril de 2022); L. SÁNCHEZ MELLADO, “Gestantes anónimas”, *El País*, 17 marzo 2022, disponible en línea en <https://elpais.com/opinion/2022-03-17/gestantes-anonimas.html> (consultado el 1 de abril de 2022).

⁶³ Vid. Página web de la agencia de intermediación en los contratos de gestación por sustitución *Gestlife*, disponible en línea en https://www.gestlifesurrogacy.com/?gclid=CjwKCAiAjrArBhAWEiwA2qWdCH8Cwgm-M3VYqIxIWQxZd3L-vQhKAwmKUsu4jwleOkXdLXHD85ljU2RoClvMQAvD_BwE (consultado el 3 de octubre del 2022).

⁶⁴ Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011), está en vigor desde el 30 de abril de 2021.

⁶⁵ Vid. A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 5.

⁶⁶ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ/2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153). En este mismo sentido, FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). Vid. M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 14, nº 2, p. 1044; A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 5.

⁶⁷ A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, pp. 5-6.

puntualizar que en estos supuestos se exigía para su inscripción que existiese una sentencia judicial que respalde la validez del convenio de gestación por sustitución.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este señala que no puede considerarse contrario al orden público interno de un Estado miembro la inscripción de una filiación jurídica derivada de un convenio gestacional, válidamente celebrado en el extranjero, pues debe prevalecer el interés superior del menor⁶⁸. Podría afirmarse que, dado que el orden público europeo estaría conformado por los principios que recogen los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que, en el caso que nos ocupa sería el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” recogido en el art. 8, se podría concluir que dicho orden público europeo formaría parte del orden público internacional de cada Estado⁶⁹.

Tampoco, el Tribunal Supremo, como ya he señalado, en el presente asunto ha hecho observación alguna en relación a la filiación establecida a raíz de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Ucrania, cuya legislación en la materia no se caracteriza por su transparencia y que podría ser susceptible de atentar contra el orden público español, por no poder garantizarse los derechos de la madre gestante y que el niño no es objeto de tráfico ilegal de personas. Sin embargo, para no abordar la temática el Tribunal Supremo señala: “*La filiación del menor no ha sido fijada con base en el contrato de gestación subrogada (...). En el presente caso, la filiación paterna se basa en el vínculo biológico existente entre el menor y su padre y la filiación materna deriva de la adopción*”⁷⁰. Aunque efectivamente es así, dicha filiación se ha establecido de acuerdo con las formas previstas por la legislación española, el niño ha nacido mediante gestación por sustitución, eso es innegable. Así que, el Tribunal Supremo podría haber realizado algún apunte en relación a dichos contratos, pero se ha limitado a constatar al recurso que planteaban los demandantes sobre el cambio en la inscripción de nacimiento.

17. En relación con el orden público, ciertos autores consideran que debería en todo caso aplicarse la doctrina del orden público atenuado reconociendo y permitiendo la inscripción de la filiación de los nacidos por este procedimiento, por respetar el interés superior del menor y, teniendo en cuenta el carácter primordial de éste, en colisión con otros intereses⁷¹. Sin embargo, tampoco el orden público atenuado va a permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de un niño nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero de forma válida.

Para entender el orden público atenuado se debe distinguir entre los efectos jurídicos nucleares y los efectos jurídicos periféricos de ciertas figuras jurídicas prohibidas en nuestro ordenamiento, pero que una vez que se realizan de forma válida en el extranjero deben reconocerse en el ordenamiento español

⁶⁸ Vid., entre otras, STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda nº P16-2018-001); STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217). Vid. A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, pp. 6-7.

⁶⁹ M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 1001-1002; A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 7.

⁷⁰ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 3. Decisión de la sala) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁷¹ En este sentido, J.-C. JIMÉNEZ MANCHA afirma de manera literal: “*Por ello, en aras de preservar el interés superior del menor y, habida cuenta el carácter primordial de este, en colisión con otros intereses, debería en todo caso aplicarse la doctrina del orden público atenuado reconociendo y permitiendo la inscripción de la filiación de los nacidos por este procedimiento*” (J.-C. JIMÉNEZ MANCHA, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (1153/2022)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, volumen 14º, Dykinson, Madrid, 2022, p. 173). Vid., también en apoyo de esta tesis, la cita 10 A.-J. VELA SÁNCHEZ, “La STS (1ª Civil) de 17 de septiembre de 2024, ¿un punto de inflexión en la postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo condenatoria de la gestación por sustitución?”, *Diario La Ley*, nº 10594, 2024, p. 15.

ciertos efectos, siendo este es el caso de la poligamia o de los contratos de gestación por sustitución, por ejemplo⁷². Dentro de los efectos jurídicos nucleares se encuentran aquellos que dañan la estructura básica y la cohesión de la sociedad española y, por eso, el orden público internacional impedirá estos efectos. Sin embargo, el orden público atenuado permitirá otros efectos jurídicos periféricos derivados de la realización de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, puesto que admitir incidentalmente estos efectos jurídicos periféricos no dañan la cohesión de la sociedad española⁷³.

En el caso objeto de la sentencia, ya se habían producido con anterioridad, los efectos más importantes en materia de gestación por sustitución, que son el reconocimiento de la filiación en España a favor de los padres comitentes y la inscripción de dicha filiación en el registro correspondiente, es decir, habían sido reconocidos los efectos nucleares de los contratos de gestación por sustitución. En este sentido, es importante destacar que la inscripción de la filiación no es un efecto periférico como pudiera ser el reconocimiento de la prestación de paternidad, o en el presente asunto, la modificación del lugar de nacimiento real de un niño en un país remoto por el del domicilio de los padres –que es el objeto del recurso realizado por los padres–. Por lo que, en principio, si el Tribunal Supremo tuviera en cuenta la doctrina del orden público atenuado debería permitir ese cambio en la inscripción de nacimiento del niño en el Registro Civil, si bien este argumento no ha sido empleado por el Alto Tribunal.

18. Por último, en relación a un supuesto sobre un contrato de gestación por sustitución similar al de la Sentencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente también el Tribunal Constitucional⁷⁴. En este asunto, debe pronunciarse sobre la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania y la esposa del padre del menor, cuya filiación biológica ya había sido determinada en el año 2016, cuando nace el menor, que tuvo lugar el 8 de noviembre. No se trataba pues, de un supuesto de denegación de inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de un menor basado en certificaciones de un registro extranjero, ni tampoco de una denegación de inscripción de las relaciones de filiación declaradas por un tribunal extranjero. En este sentido, el menor figuraba inscrito en el Registro Civil español como hijo del padre biológico español y de la gestante. Por lo que la demandante de amparo promovió la creación del vínculo adoptivo con el menor, utilizando la vía privilegiada del art. 176.2.2 CC para el cónyuge o la persona unida por análoga relación de afectividad al padre biológico del adoptando.

En Ucrania, lo habitual es que en los certificados de nacimiento consten los padres comitentes, porque como ya se ha señalado la gestación por sustitución está legalizada, así que cuando la mujer gestante renuncia a la maternidad, en el certificado de nacimiento ésta no aparece. Sin embargo, como en España no son reconocidos los certificados de nacimiento en los que aparece la mujer gestante, porque por el principio de “*mater semper certa est*” sólo la mujer gestante es la madre legal del menor, es necesario que se determine la filiación biológica del padre mediante un test de ADN, de forma que para que sea susceptible de ser reconocido en el certificado de nacimiento debe constar el padre biológico y la mujer gestante. Posteriormente, en España se procede a la adopción por parte de la esposa del padre biológico, tal y como se ha hecho en el presente caso. Si bien, en el presente asunto sobre los documentos aportados había cierta confusión, porque en unos aparecían como padres legales los padres comitentes y en otros el padre biológico y la mujer gestante.

Se debe destacar como curiosidad que estando pendiente de resolución el recurso de apelación de este caso, devino firme el Auto núm. 265/2018, de 21 de junio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, en el que se acordaba la adopción del segundo hijo menor del esposo por parte de la demandante de amparo, el cual también había nacido en Ucrania mediante gestación por sustitución, el día 9 de agosto de 2017. Sin embargo, en el caso del segundo menor, el Ministerio Fiscal no recurrió

⁷² Si bien, la poligamia es la figura que más se utiliza como ejemplo para entender el funcionamiento del orden público atenuado. Vid. M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 94-126.

⁷³ Vid. M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 94-126.

⁷⁴ STC núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024, BOE núm. 82, 3 abril 2024.

el auto en apelación, aunque se opuso a la constitución de la adopción en la instancia, de modo que la adopción quedó firme y fue inscrita en el Registro Civil central⁷⁵. Esto implica que, habiendo nacido los dos niños en las mismas circunstancias con un año de diferencia, uno sí que fue adoptado en firme sin tener que recurrir al Tribunal Constitucional y el otro no, lo cual no deja de ser paradójico.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional falló a favor de la demandante, al señalar que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE, pues su fundamentación no cumplió con las exigencias constitucionales de motivación por la insuficiencia en la argumentación, sin rigor lógico esperable de una resolución judicial, sobre todo estando en juego la construcción de la identidad del menor (art. 10.1 CE), así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente (art. 39 CE)⁷⁶. Así que la madre comitente pudo finalmente legalizar la filiación adoptiva que, por otro lado, ya se venía materializando desde que nació el menor.

Además de la importancia que tiene el fallo de la sentencia, pues el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un contrato de gestación por sustitución, me parece especialmente importante el voto particular que formula la magistrada DOÑA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, y más concretamente con la siguiente aseveración: “*Y, en este caso, hubiera sido oportuno que el Tribunal Constitucional estableciese los argumentos básicos para extraer del ordenamiento constitucional la definición del orden público en los supuestos de control de la gestación por sustitución materializada fuera de nuestras fronteras, intentando un equilibrio de los valores constitucionales en juego*”⁷⁷. No puedo estar más de acuerdo con esta conclusión en relación al orden público a la que llega la magistrada en su voto particular.

C) Estimación de la demanda

19. Una vez aclarado que el objeto del recurso no es el reconocimiento de la filiación establecida en el certificado de nacimiento ucraniano, pues esta ya ha sido reconocida con anterioridad, se pasa a analizar por qué la demanda fue estimada finalmente por el Tribunal Supremo. Como el Alto Tribunal señala de manera acertada, las circunstancias relevantes en el presente caso son que la filiación materna del menor es adoptiva y el hecho de que conste Kiev como lugar de nacimiento en el Registro Civil –con el que los padres comitentes no tienen ningún vínculo–, pone de manifiesto que la filiación materna no es biológica y que, con toda probabilidad, el niño ha nacido mediante un proceso de gestación por sustitución⁷⁸.

Como consecuencia de lo anterior, la cuestión a resolver es si es acertada la aplicación analógica al supuesto planteado de los preceptos de la Ley y del Reglamento del Registro Civil que permiten, en el caso de una adopción internacional, la modificación del lugar del nacimiento por el lugar del domicilio de los padres; y, en caso de que la respuesta fuera negativa, si el hecho de que no se realizara dicho cambio vulneraría el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor –esta última cuestión se resolverá en el apartado siguiente de forma breve por estar muy relacionadas ambas disyuntivas–.

20. En primer lugar, el Tribunal Supremo procede a contestar al argumento utilizado por la Audiencia Provincial de Barcelona para rechazar la modificación del lugar de nacimiento del menor de que el art. 4 CC sólo puede aplicarse en caso de que el supuesto no esté regulado por la ley, pues la gestación por sustitución sí que está regulada, así que no podría recurrirse al art. 4 CC y proceder a la aplicación por analogía a la gestación por sustitución de un precepto previsto para las adopciones⁷⁹. El Tribunal Su-

⁷⁵ Antecedente II STC núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024, BOE núm. 82, 3 abril 2024.

⁷⁶ FD VI STC núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024, BOE núm. 82, 3 abril 2024. *Vid.* A.-J. VELA SÁNCHEZ, “Tribunal Constitucional español y Convenio de gestación por sustitución: A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero”, *Diario La Ley*, nº 10507, 2024, pp. 1 y ss.

⁷⁷ Voto particular magistrada DOÑA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN STC núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024, BOE núm. 82, 3 abril 2024.

⁷⁸ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 3. Decisión de la sala) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁷⁹ FD I (Antecedente del caso V) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842)

premo menciona jurisprudencia propia anterior en la que señala que para que haya analogía no se exige la falta absoluta de una norma, sino “*la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia*”, de forma que la aplicación del método analógico se debe condicionar a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre ambos supuestos –en nuestro caso, la adopción internacional y la gestación por sustitución–, “*debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SSTS 20 de febrero de 1998; 13 de junio de 2003; 18 de mayo 2006; 22 de junio 2007, entre otras)*”⁸⁰.

Para el Tribunal Supremo, la laguna legal consistiría en que la normativa únicamente permite para los casos de las adopciones internacionales, la modificación de la mención registral del lugar de nacimiento del menor por haber nacido en un “país remoto”, porque reflejar el dato real en la inscripción pone de manifiesto el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias del origen del menor. Por lo que la regulación no contempla la posibilidad de aplicar dicha previsión a otros supuestos en los que tales circunstancias también concurren, como pudieran ser los casos de gestación por sustitución, donde tales circunstancias también concurren⁸¹.

En este caso, los preceptos cuya aplicación analógica postularon los recurrentes, por la similitud entre la situación regulada y la no regulada, son los arts. 16.3 y 20.1º. de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, dado que en virtud de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la NLRC no entró en vigor hasta el 30 de abril de 2021⁸². En ambos preceptos, se permite, en el traslado de los expedientes, la modificación del lugar de nacimiento en la inscripción en el Registro Civil cuando se trata de menores nacidos en el extranjero y que posteriormente son adoptados en territorio español; y todo ello con el fin de preservar su intimidad, pues mantener el lugar de nacimiento real es revelador de que el menor no es hijo biológico.

21. En este sentido, como señala el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la filiación, y, más concretamente, la identificación del origen del adoptado, forma parte de la intimidad de las personas que, además, en este supuesto sirve también para cumplir el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 CE, que garantiza la protección integral de los hijos, los cuales deben ser iguales ante la ley con independencia de su filiación, ya sea esta biológica o adoptiva. Existen ciertos hechos que pueden suceder a padres, cónyuges o hijos que tienen tal importancia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión afecta directamente a la esfera de su personalidad, por lo que existe un derecho a la intimidad, constitucionalmente protegido⁸³.

Así, por ejemplo, el art. 21.1º. del Reglamento del Registro Civil establece que no se dará publicidad al hecho de que la filiación sea adoptiva o a las circunstancias que descubran dicho tipo de filiación, precisamente por ser el carácter no biológico de la filiación un dato protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar⁸⁴.

Como bien señaló la DGSJFP cuando rechazó la solicitud de los padres comitentes, la Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999, de acuerdo con el mecanismo previsto por el art. 307 del Reglamento del Registro Civil, autorizó, con carácter general, que el registro de la filiación adoptiva se

(ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸⁰ FD II STS (Sala de lo Civil) núm. 514/2012, de 20 julio de 2012 (RJ\2012\8030).

⁸¹ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 4) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸² En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la regla del art. 4.1 CC es instrumental, por lo que además de establecer que se ha infringido dicho precepto, tiene que acompañarse de la norma que debería haberse aplicado “*dada la semejanza entre las situaciones, regulada y no regulada*” (FD V STS (Sala de lo Civil) núm. 416/2011, de 16 de junio de 2011 (RJ\2011\4246)). *Vid.* FD II (Motivos primero y segundo: apartado 4) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸³ Tal y como recogen las sentencias del Tribunal Constitucional, STC núm. 197/1991, de 17 de octubre de 1991 (RTC\1991\197) y STC núm. 134/1999, de 15 de julio de 1999 (RTC\1999\134). *Vid.* FD II (Motivos primero y segundo: apartado 5) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸⁴ El art. 21.1º. del Reglamento del Registro Civil señala de manera literal: “*No se dará publicidad sin autorización especial: 1.º De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes*” (Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958).

realizara a través de una inscripción principal de nacimiento que recogiera únicamente los datos relacionados con la adopción, pues hasta ese momento se mantenían los datos de la filiación (o ausencia de la filiación) y en una anotación marginal se añadían los datos relativos a la adopción (art. 46 LRC), lo cual podía llevar a confusiones y a que se diese publicidad a datos que afectaban a la intimidad familiar⁸⁵. En un momento posterior, el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio reformó el art. 77 del Reglamento del Registro Civil, al que se remite también el art. 307, con el objetivo de omitir los datos de la filiación originaria en la nueva inscripción de nacimiento practicada como consecuencia del traslado de la inscripción para los casos de adopción⁸⁶.

22. Uno de los datos considerados especialmente sensibles, porque revela de forma clara que se trata de una filiación adoptiva, puede ser la relativa al lugar del nacimiento, sobre todo, si éste se encuentra en un “país remoto” –aspecto que resaltó la DGSJFP en el rechazo de su solicitud a los demandantes–, así que la publicidad de este dato debe limitarse. Por ello, la Instrucción de la DGRN de 1 de julio de 2004 autorizó a que, siempre que fuera solicitado por los adoptantes, en la nueva inscripción de nacimiento y adopción en la que figuraban únicamente los datos del nacimiento y del nacido y de las circunstancias de los progenitores adoptivos, constara como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes y no el lugar real de nacimiento⁸⁷. De este modo, se reconoce en estos casos una facultad similar a la que el art. 16.2 de la Ley de Registro Civil atribuye a los padres biológicos⁸⁸.

Finalmente, lo anteriormente señalado fue recogido en el art. 20.1º. de la Ley del Registro Civil, al añadir un párrafo en el que se establecía que, en caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. Lo mismo sucedió con el art. 16.3 de la Ley de Registro Civil, ya que se incorporó un tercer apartado y en el último párrafo se abre la posibilidad a que conste el domicilio de los padres como lugar de nacimiento del adoptado.

23. Lo que no deja de sorprender es que es la propia Resolución de la DGSJFP objeto de impugnación la que señala que esta previsión, primero en una Instrucción de la DGRN y después en la propia Ley de Registro Civil, responde a que uno de los datos reveladores de la filiación adoptiva puede ser el lugar del nacimiento, especialmente cuando éste ha tenido lugar en un “país remoto”⁸⁹. Sin embargo, la DGSJFP no dio la transcendencia a este dato que sí que le otorga el Tribunal Supremo en esta sentencia y determinó que, si bien los arts. 77 y 307 RRC son aplicables a todas las adopciones, ya sean nacionales o internacionales, la posibilidad de modificar el lugar de nacimiento del adoptado por el del domicilio de los padres adoptantes solo es posible en los casos de las adopciones internacionales⁹⁰.

Sin embargo, como bien señala el Tribunal Supremo, no es el carácter internacional de las adopciones lo que justifica que, para proteger el derecho a la intimidad personal y familiar del menor, se permita que conste como lugar de nacimiento el del domicilio de sus padres adoptivos, y no el lugar real de nacimiento. El motivo de que se pueda modificar dicho lugar, es porque el nacimiento se ha producido en el extranjero, en un lugar con el que los padres no tienen vinculación alguna, por lo que la publicidad de este dato puede ser indicativa del carácter adoptivo de la filiación. Para el Tribunal Supremo se trata de una cuestión diferente el que la Instrucción de la DGRN de 1 de julio de 2004 y la posterior reforma

⁸⁵ Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción, BOE núm. 52, 2 marzo 1999; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

⁸⁶ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 5) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸⁷ Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, BOE núm. 161, 5 julio 2004.

⁸⁸ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 6) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁸⁹ Resolución de 21 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (JUR\2022\312788).

⁹⁰ FD I (Antecedente del caso III) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

legal introdujeran esta posibilidad solo para los casos de adopciones internacionales porque precisamente el lugar de nacimiento del adoptado se encuentra normalmente en un “país remoto”⁹¹.

En conclusión, la razón jurídica para no dar publicidad a que el nacimiento del menor tuvo lugar en un “país remoto” es la misma en el caso de la adopción internacional que en el caso de la adopción nacional de un niño nacido en el extranjero, en relación al cual se ha determinado la filiación biológica paterna, y posteriormente, en España, el cónyuge del padre lo ha adoptado, y que no es otra que impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos⁹². Como acabamos de comprobar, en su conclusión el Tribunal Supremo no hace alusión alguna a que el menor haya nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero. De modo que, tal y como indicamos al principio de este trabajo, el que el niño haya nacido mediante gestación por sustitución en un país extranjero no tiene ninguna incidencia, ni en el objeto del recurso, ni en la resolución del mismo; pero eso sí, el Tribunal Supremo deja claro que para que la modificación del lugar de nacimiento sea posible, el menor tiene que haber nacido en un “país remoto”.

24. En definitiva, son admitidas las pretensiones de los demandantes, ya que concurren los requisitos del art. 4.1 CC para aplicar analógicamente la previsión contenida en los arts. 16.2 y 20.1º. de la Ley de Registro Civil –la designación del domicilio del adoptante o adoptantes como lugar de nacimiento del menor adoptado en la inscripción de nacimiento del menor– a un supuesto en el que aunque la adopción no es internacional, el lugar de nacimiento del menor también en un “país remoto” con el que los padres no tienen vínculos, sería revelador del carácter adoptivo de la filiación y de las circunstancias del origen del menor⁹³. Estas circunstancias serían que, en el presente caso, como el niño ha nacido en Kiev, al no ocultarse este dato, revelaría que, con toda probabilidad, el niño ha nacido mediante un proceso de gestación por sustitución en Ucrania, lo cual afectaría al ámbito de la intimidad del menor y de su fam

2. Vulneración del derecho del niño al honor, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo con el art. 18 CE

En relación con este segundo motivo, los demandantes alegan vulneración del derecho del menor a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de su personalidad, así como el derecho al honor en virtud del art. 18 CE, en relación con el art. 21 del Reglamento del Registro Civil⁹⁴. En este sentido, la mención del lugar de nacimiento extranjero puede invadir la intimidad personal y familiar, así como atentar contra el libre desarrollo de la personalidad del menor y su derecho al honor, vulnerando así el art. 18 CE⁹⁵.

En los argumentos del primer motivo, el Tribunal Supremo ya puso de manifiesto que la aplicación analógica cumple con las exigencias del art. 18.1 CE, relativo al derecho a la intimidad personal

⁹¹ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 6) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁹² FD II (Motivos primero y segundo: apartado 7) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁹³ A favor de la aplicación analógica de los arts. 16.3 y 20.1º. de la Ley del Registro Civil también se manifiesta el Ministerio Fiscal en su informe, “*la finalidad o significado de la norma (la conveniencia de que la publicidad del lugar de nacimiento, en cuanto circunstancia reveladora de la filiación adoptiva, quede limitada y sujeta a la autorización especial que el artículo 21 del Reglamento establece) resulta extensible al supuesto de autos con el que el supuesto normativo de los preceptos alegados comparte identidad de razón*”. Además, son normas que no están excluidas de la posibilidad de aplicación analógica por el art. 4.2 CC. *Vid.* FD II (Motivos primero y segundo: apartado 7) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁹⁴ El art. 21.1º. del Reglamento del Registro Civil establece de manera literal: “*No se dará publicidad sin autorización especial: 1.º De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes*” (Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958).

⁹⁵ Para fundamentar este segundo motivo, los demandantes invocan la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio de 1999 (RTC\1999\134). *Vid.* FD II (Motivos primero y segundo: apartado 2) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

y familiar del menor –en cuyo ámbito de protección se encuentran la filiación y la circunstancias que rodean al origen del menor adoptado–, del art. 14 CE, sobre no discriminación por razón de nacimiento, y del art. 39.2 CE, en relación a la protección por los poderes públicos de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

26. En conclusión, la publicidad registral del lugar de nacimiento del menor, Kiev, constaría en su documento nacional de identidad o en su pasaporte, lo cual vulneraría el derecho a la intimidad del menor, pues se estaría haciendo público que ha sido adoptado, así como las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles, como es el hecho de haber nacido mediante un procedimiento de gestación por sustitución, lo cual supondría una discriminación respecto de otras filiaciones, en concreto, la adoptiva internacional, que no se encuentra justificada⁹⁶. Esta última afirmación del Tribunal Supremo resulta cuando menos contradictoria, como he señalado ya anteriormente, dado que en otras sentencias sobre reconocimiento de la filiación en relación con contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero anteriores se ha opuesto a su reconocimiento en los términos establecidos en los certificados de nacimiento extranjeros, si bien les ha ofrecido una solución alternativa⁹⁷. Pero sorprende que, en este caso, no haga manifestación alguna en relación a los mismos, como sí que han hecho las instancias inferiores en el presente asunto.

En este sentido, existe una sentencia posterior, pero de una instancia inferior, en concreto de la Audiencia Provincial de Sevilla, que se ha manifestado en sentido equivalente al Tribunal Supremo, basándose en los argumentos utilizados por el Alto Tribunal⁹⁸. En el caso resuelto por la Audiencia Provincial se solicitó la modificación del lugar de nacimiento registrado por el del domicilio de la familia en España, porque el país de origen no tenía ninguna vinculación personal o familiar con el niño. Este cambio fue denegado inicialmente por el Registro Civil y ratificado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Así que, tras la desestimación de la demanda en primera instancia los padres interpusieron un recurso de apelación⁹⁹.

Entre otros argumentos, la Audiencia Provincial destacó que, para el Tribunal Supremo, a efectos de igualdad, no debería existir diferencia de trato entre los menores adoptados internacionalmente y aquellos nacidos por gestación por sustitución en cuanto al derecho a modificar el lugar de nacimiento registrado. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que el trato diferencial podría suponer una forma de discriminación, en violación del artículo 14 CE¹⁰⁰.

Por lo tanto, la Audiencia Provincial de Sevilla revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda de modificación de la mención del lugar del nacimiento de menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución¹⁰¹.

III. Conclusiones

27. En primer lugar, a pesar de que en las sentencias de instancias inferiores se hace especial mención a que el niño ha nacido mediante gestación por sustitución, lo cierto es que no tiene, en principio, una transcendencia real para el caso en cuestión, tal y como se desprende de fallo de la sentencia. Aunque sí que tiene su importancia porque con sentencias como esta se le están dando efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución diferentes a la prestación de paternidad, y que, en sentencias previas, el Tribunal Supremo había denegado por tratarse de contratos nulos de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español.

⁹⁶ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 7) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

⁹⁷ *Id.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁹⁸ SAP núm. 399/2024 de 7 de noviembre (JUR\2024\505832).

⁹⁹ FD I SAP núm. 399/2024 de 7 de noviembre (JUR\2024\505832).

¹⁰⁰ FD I SAP núm. 399/2024 de 7 de noviembre (JUR\2024\505832).

¹⁰¹ Fallo SAP núm. 399/2024 de 7 de noviembre (JUR\2024\505832).

En cualquier caso, el Tribunal Supremo podía haber hecho alguna observación en relación a la filiación establecida a raíz de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Ucrania, país que se ha visto envuelto en varios escándalos en la última década. Aunque efectivamente la filiación paterna se basa en el vínculo biológico existente entre el menor y su padre y la filiación materna deriva de la adopción, es decir, dicha filiación se ha establecido de acuerdo con las formas previstas por la legislación española, el niño ha nacido mediante gestación por sustitución, eso es innegable. Si bien, me parece acertado que se centrara en contestar al objeto de la demanda, considero una oportunidad perdida del Tribunal Supremo de abordar o, al menos, valorar la celebración de los contratos de gestación por sustitución por parte de españoles en Ucrania.

28. Estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia, ya que concurren los requisitos del art. 4.1 CC para aplicar analógicamente la previsión contenida en los arts. 16.2 y 20.1^o. de la Ley de Registro Civil –la designación del domicilio del adoptante o adoptantes como lugar de nacimiento del menor adoptado en la inscripción de nacimiento del menor– a un supuesto en el que aunque la adopción no es internacional, el lugar de nacimiento del menor también en un “país remoto” con el que los padres no tienen vínculos, sería revelador del carácter adoptivo de la filiación y de las circunstancias del origen del menor. Estas circunstancias serían que, en el presente caso, como el niño ha nacido en Kiev, si se diera publicidad a este dato, revelaría que, con toda probabilidad, el niño ha nacido mediante un proceso de gestación por sustitución en Ucrania, lo cual afectaría al ámbito de la intimidad del menor y de su familia, que debe ser protegida.

En este sentido, el Tribunal Supremo, a diferencia de las otras instancias, va más allá en la aplicación estricta de una excepción prevista para las adopciones internacionales, como es el cambio en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil del lugar de nacimiento real del menor por el del domicilio del adoptante o adoptantes y considera que, por analogía entre ambos supuestos, la adopción internacional y la gestación por sustitución, dicha norma se puede aplicar también a esta última. El fundamento principal para esta conclusión es que la justificación de la excepción en los casos de las adopciones internacionales está, no en que la adopción sea internacional, sino en que el menor ha nacido en el extranjero, en un “país remoto”. Por eso, el Tribunal Supremo considera que también puede aplicarse dicha excepción a aquellos casos en que el menor nace en el extranjero, se determina su paternidad biológica, y cuando llega a España es adoptado por el cónyuge del padre biológico, porque el menor ha nacido en un “país remoto”, con escasa o ninguna vinculación con el núcleo familiar. La publicidad de este hecho podría vulnerar el derecho a la intimidad del menor y de su familia, derecho protegido por el art. 18 CE.

29. Este asunto podría ser un ejemplo de aplicación del orden público atenuado. En el caso objeto de la sentencia, ya se habían producido con anterioridad, los efectos más importantes en materia de gestación por sustitución, que son el reconocimiento de la filiación en España a favor de los padres comitentes y la inscripción de dicha filiación en el registro correspondiente, es decir, habían sido reconocidos los efectos nucleares de los contratos de gestación por sustitución. Los efectos jurídicos nucleares son aquellos que dañan la estructura básica y la cohesión de la sociedad española y, por eso, el orden público internacional impedirá estos efectos.

Sin embargo, el orden público atenuado permitirá otros efectos jurídicos periféricos derivados de la realización de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, puesto que admitir incidentalmente estos efectos jurídicos periféricos no dañan la cohesión de la sociedad española. Entre estos efectos periféricos se encontrarían el reconocimiento de la prestación de paternidad, o en el presente asunto, la modificación del lugar de nacimiento real de un niño en un país remoto por el del domicilio de los padres –que es el objeto del recurso realizado por los padres–. Por lo que, en principio, si el Tribunal Supremo tuviera en cuenta la doctrina del orden público atenuado debería permitir ese cambio en la inscripción de nacimiento del niño en el Registro Civil, si bien este argumento no fue utilizado por el Alto Tribunal.

En cualquier caso, la sentencia tiene relevancia porque se están dando, al menos, ciertos efectos a los contratos de gestación por sustitución, aquéllos menos dañinos para la estructura básica y la cohesión de la sociedad española.

30. Por otro lado, con esta sentencia se pone de manifiesto cierta esquizofrenia del Tribunal Supremo, ya que señala que en el momento en el que se llevó a cabo el procedimiento de gestación por sustitución en Ucrania, se recurrió a los modos de determinación de la filiación paterna y materna permitidos en nuestro ordenamiento jurídico y que, según el Tribunal Supremo, “*respetan la dignidad del menor*”¹⁰². Parece obviar sus afirmaciones realizadas en sentencias precedentes, la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 y la Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, en la que se señala que la gestación por sustitución comercial es contraria al orden público¹⁰³.

Sin embargo, como fundamento de la afirmación anterior, en una sentencia posterior a la de autos, en la Sentencia 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, el Tribunal Supremo ha rechazado el *exequatur* de una sentencia extranjera que valida un contrato de gestación sustitución y atribuye la paternidad de los niños a los padres de intención es contrario al orden público¹⁰⁴. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor, y el respeto a su dignidad –que según el Tribunal Supremo en este caso no se respeta–, integran ese orden público que impide el reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras.

En este asunto sí que señala el Tribunal Supremo que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes invierten importantes cantidades de dinero, que en parte se dirige a pagar a la madre gestante, por lo que el consentimiento de dicha mujer ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo. Si bien, no estoy de acuerdo con esta afirmación tan genérica sobre Estados Unidos, porque hay muchas diferencias entre Estados, y entre aquellos que la permiten, algunos son especialmente garantistas en relación con los derechos del niño y de la mujer gestante. En mi opinión, no se puede tratar la gestación por sustitución de manera tan general, sino atendiendo al caso concreto, por lo que se equivoca de nuevo el Tribunal Supremo. En cualquier caso, sorprende más si cabe tras esta sentencia, que el Tribunal Supremo no realizase valoración alguna en la sentencia objeto de análisis, cuando era Ucrania el país de celebración de los contratos de gestación por sustitución.

Siguiendo la estela de su anterior sentencia, se debe mencionar la última resolución del Tribunal Supremo 496/2025, de 25 de marzo de 2025 sobre impugnación de la filiación materna de dos menores nacidos de gestación por sustitución¹⁰⁵. En este caso, los dos niños nacieron en el Estado de Tabasco (México) en el año 2016 como resultado de un contrato de gestación por sustitución celebrado entre el padre comitente, que había aportado el material biológico y la mujer gestante. Los bebés fueron inscritos en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre comitente, que además era el padre biológico. Pero cuando fueron al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción de nacimiento de las menores en los términos en que había sido realizada por las autoridades mejicanas esta fue rechazada, así que estos fueron inscritos como hijos del padre comitente y de la mujer gestante.

Posteriormente, en España, el padre solicitó la impugnación de la filiación materna a favor de la mujer gestante que, aunque fue aprobada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo le enmienda la plana, de forma literal, a la Audiencia Provincial y ha considerado que dicha sentencia es contraria a dicha legislación y a la jurisprudencia que la interpreta. Se debe destacar uno de los motivos en los que se basa el Tribunal Supremo, y es que no entiende qué importancia puede tener el argumento –que ha constituido uno de los fundamentos de la sentencia recurrida–, el hecho de que la madre gestante no aporte sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto, de forma que no tiene trascenden-

¹⁰² FD II (Motivos primero y segundo: apartado 3. Decisión de la sala) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹⁰³ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247) FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹⁰⁴ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

¹⁰⁵ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 496/2025, de 25 de marzo de 2025 (CENDOJ 28079110012025100472) (ECLI:ES:TS:2025:1262).

cia quién aportó el óvulo. Este hecho, no obstante, sí que es relevante, porque teniendo en cuenta que se trata de un supuesto internacional, se debería haber aplicado el art. 9.4 CC que, si llevara a la aplicación de la Ley del Estado de Tabasco, la normativa sobre gestación por sustitución de dicho Estado establece que la mujer gestante no es la madre legal de los menores. Aunque este aspecto ni se plantea en dicho asunto, el efecto es que este rechazo a la impugnación de la maternidad por parte del Tribunal Supremo provoca que se mantengan las discrepancias entre ambos registros, el de Tabasco (México) donde aparecen inscritos como hijos del padre comitente y en España, donde están registrados como hijos del padre comitente y de la mujer gestante, que teniendo en cuenta que ha renunciado a la maternidad y vive en Méjico, no deja de sorprender.

31. Para finalizar, aunque es un hecho producido con posterioridad a la sentencia comentada, pero precisamente a partir de la última jurisprudencia mencionada del Tribunal Supremo, lo que nadie se esperaba es un giro en los acontecimientos de esta magnitud. A raíz de la última Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no es posible el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero de un niño nacido mediante gestación por sustitución; y, por lo tanto, tampoco es posible su inscripción en el Registro Civil español, por el procedimiento establecido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. No es suficiente pues, que los padres comitentes aporten una resolución administrativa o judicial extranjera que valide el contrato de gestación por sustitución, que es la vía que ha sido utilizada por miles de padres comitentes para poder ver cumplido su deseo de tener hijos y que llevaban a cabo este tipo de contratos, precisamente en Estados donde se emitía sentencia o resolución judicial, junto con el certificado de nacimiento del menor, siendo este el caso de California o Minnesota, entre otros.

A partir de la nueva Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025, solo se podrá formalizar la inscripción siguiendo los cauces habituales de determinación de la filiación, es decir, por vínculo biológico o por adopción, como ha venido sucediendo cuando el país en el que se realizaba el contrato de gestación por sustitución era un país en el que las autoridades no emitían resolución judicial, como es el caso de Ucrania¹⁰⁶. En este sentido, este cambio radical en el sistema registral español, va a provocar que cientos de padres que en este momento estén inmersos en sus correspondientes procedimientos de gestación por sustitución consideren, y con razón, que se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, siempre les queda a los padres comitentes la posibilidad de optar por el procedimiento más tedioso, del reconocimiento de la filiación establecida en el certificado de nacimiento extranjero.

La conclusión es que la escasa seguridad jurídica que ya existía en relación a dichos contratos, como es la aportación de una sentencia extranjera que avale el contrato de gestación por sustitución, ya tampoco es suficiente, de forma que su obtención junto con el certificado de nacimiento en el extranjero no ofrece ninguna certeza de que los padres comitentes vean garantizado el reconocimiento de la filiación a su favor. Habrá que estar atentos a los próximos pasos de la DGSJFP, si es que los hay en breve, con la esperanza de que un cambio legislativo dé respuesta a un fenómeno social que hay que atender, más pronto que tarde.

¹⁰⁶ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

Denegación del *exequatur* de la sentencia extranjera sobre filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024

Denial of the *exequatur* of the foreign judgment on the paternity of minors born through surrogacy: Regarding the Judgement of the Supreme Court of 4th December 2024

M.^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

Profesora Titular interina de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 14.09.2025 / Aceptado: 17.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9909

Resumen: En la Sentencia 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, el Tribunal Supremo ha rechazado el *exequatur* de una sentencia extranjera que valida un contrato de gestación por sustitución y que atribuye la paternidad de los niños a los padres comitentes, porque es contrario al orden público. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor, y el respeto a su dignidad, integran ese orden público que impide el reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

En este asunto, el Tribunal Supremo añade que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero y una parte es recibida por la mujer gestante, por lo que el consentimiento antes del parto, ha sido obtenido mediante compensación de algún tipo. En mi opinión, se equivoca el Tribunal Supremo, porque no se puede abordar la gestación por sustitución de manera tan general, sino que ha de atenderse al caso concreto, ya que tal y como señalara el TEDH, en los asuntos *Menesson* y *Labassee*, debe seguirse una concepción restrictiva y específica del orden público internacional.

Palabras clave: Gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, filiación, Derecho internacional privado, orden público internacional, interés superior del menor.

Abstract: In Judgment 1626/2024, of December 4, 2024, the Supreme Court rejected the *exequatur* of a foreign judgment validating a surrogacy contract and attributing paternity of the children to the intended parents, because it is contrary to public policy. The fundamental rights and constitutional principles enshrined in Title I of the Constitution, which include the rights to physical and moral integrity of the surrogate mother and the child, and respect for their dignity, constitute this public policy that prevents the recognition of foreign decisions.

In this case, the Supreme Court adds that in the United States, surrogacy constitutes a huge business in which the intended parents disburse significant amounts of money, a portion of which is received by the surrogate mother. Therefore, consent before birth has been obtained through some form of compensation. In my opinion, the Supreme Court is mistaken, because surrogacy cannot be approached in

such a general way, but rather must be addressed individually. As the ECHR pointed out in the *Menesson* and *Labassee* cases, a restrictive and specific conception of international public order must be followed.

Key words: Surrogacy, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, paternity, Private international law, international public policy, interests of the child.

Sumario: I. Antecedentes de la STS de 4 de diciembre de 2024. II. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. III. Análisis de la STS de 4 de diciembre de 2024. 1. *Exequatur* de la sentencia de Texas sobre filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. 2. La excepción del orden público internacional. 3. El interés superior del menor. IV. Consecuencias: Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución.

∫

I. Antecedentes de la STS de 4 de diciembre de 2024

1. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de diciembre de 2024 se ha pronunciado, en esta ocasión, en relación con el reconocimiento de la filiación establecida en una resolución extranjera, a diferencia de las que había venido dictando en relación con niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, asuntos todos ellos en los que se pretendía el reconocimiento de la filiación recogida en una certificación registral extranjera¹.

2. En el presente caso, el 4 de diciembre de 2019, una pareja de dos hombres celebraron un contrato de gestación por sustitución con una mujer gestante y con el marido de ésta, en el Estado de Texas (Estados Unidos). Se debe destacar que el contrato, aunque constituye un anexo de una de las sentencias extranjeras aportadas con la demanda, no fue adjuntado a la misma.

El Juzgado núm. 73 del Distrito Judicial del condado de Béxar, en Texas, dictó una sentencia el 23 de julio de 2020 que acordó la validez de dicho contrato y que los padres serán los progenitores de “cualquier niño” al que la mujer gestante de a luz; y que, con independencia del centro médico donde nazca “cualquier menor” objeto de esta demanda conceda a los demandantes: “(i) el derecho inmediato de custodia y acceso al menor tras su nacimiento, sujeto a las normativas y protocolos aplicables del hospital; (ii) el derecho de elegir el nombre del menor; y (iii) el derecho de tomar cualquier decisión con respecto a la salud del menor”². Lo cierto es que la terminología utilizada por la sentencia cuando hace referencia al niño o niños objeto del contrato, concretamente “cualquier niño o “cualquier menor”, obliga a reflexionar también sobre la redacción de este tipo de contratos y, en el que, al fin y al cabo, el niño es el objeto de los mismos. De forma que, como efectivamente la gestación por sustitución es un fenómeno social, debería plantearse un debate entre todos los agentes que intervienen en el mismo, sobre el tipo de regulación que debería desarrollarse, respetando siempre por encima de todo, los intereses del menor.

Como resultado del embarazo de la mujer gestante nacieron dos niños, que fueron inscritos en el Registro Civil de Texas. De forma que, además de las dos sentencias, los padres comitentes obtuvieron sendos certificados de nacimiento de los menores en los que los padres comitentes aparecían como sus progenitores, pues la mujer gestante y su marido les habían cedido la custodia de los niños.

3. A continuación, los demandantes presentaron una demanda de *exequatur* en la que solicitaban el reconocimiento de efectos de la sentencia dictada por el Juzgado del condado de Béxar, Texas. Sin

¹ Vid. STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

² FD I STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

embargo, el Juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó la demanda desestimó la solicitud con base en lo dispuesto en los apartados a) y d) del art. 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), que son respectivamente, los motivos de denegación del reconocimiento de vulneración del orden público e inconciabilidad con una resolución dictada en España, respectivamente³. También, fundamentó su rechazo en la prohibición estipulada en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), si bien en dicho precepto no se prohíben los contratos de gestación por sustitución, sino que los declara nulos de pleno derecho⁴. En su opinión, los padres comitentes estaban cometiendo un fraude de ley que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, al iniciar de forma consciente un proceso para ser padres, a través de la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que está prohibido⁵.

Posteriormente, recurrieron la desición del Juzgado de Primera Instancia, pero la Audiencia Provincial de Cádiz en su Auto 122/2023, de 25 de mayo, desestimó de nuevo el recurso, sin imposición de costas⁶. En esta ocasión, el tribunal no apreció vulneración del interés superior del menor, ni de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), puesto que es respetando el orden público donde se podrá ver cumplido el interés superior del menor y no al margen del mismo o contraviniéndolo⁷. Se puede comprobar de nuevo en esta sentencia del Tribunal Supremo, cómo en relación con la gestación por sustitución se enfrentan siempre la excepción del orden público con el principio del interés superior del menor; y de nuevo, como en sentencias anteriores del Alto Tribunal, se puede adelantar que prevalece la excepción del orden público sobre el interés superior del menor, si bien se trataba de asuntos en relación con el reconocimiento de la filiación establecida en certificados de nacimiento extranjeros, no en resoluciones judiciales extranjeras⁸.

4. Efectivamente, hasta la presente Sentencia del Tribunal Supremo y, sobre todo, hasta la nueva Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) de 28 de abril de 2025 era preferible que se aportase una resolución judicial como documento para la inscripción en el Registro civil español, pues no había existido ningún problema con el reconocimiento de dichas resoluciones extranjeras. Así, el art. 98.2 NLRC señala que en el caso de que la certificación constituya un mero reflejo registral de una resolución judicial previa, dicha sentencia será el título que tenga acceso al Registro. Sin embargo, deberá reconocerse dicha resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 NLRC⁹.

Tal y como señala J.-M. DÍAZ FRAILE, este apartado 2 del art. 98 se inspira en la ya derogada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010, en la que se exige la resolución extranjera en la que conste la filiación, para que dicha filiación pueda ser inscrita en el Registro Civil español¹⁰. Así pues, fue a raíz de dicha Instrucción, cuando la DGRN empezó a adoptar una posición activa dictando previamente una “*diligencia para mejor proveer*” en la que solicitaba a los padres comitentes la aportación de la resolución judicial extranjera, que inicialmente no habían aportado en el Consulado¹¹.

³ Arts. 41-61 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015.

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006.

⁵ FD I STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁶ AAP Cádiz núm. 122/2023, de 25 de mayo de 2023 (Rec. 299/2023).

⁷ FD I STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁸ *Id.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁹ Art. 98.2 Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011).

¹⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

¹¹ J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 96-97. *Vid.*, entre otras resoluciones de la DGRN, Resolución de la DGRN núm. 1/2011 de 3 mayo (JUR\2012\107637); Resolución de la DGRN núm. 4/2011 de 6 mayo (JUR\2012\110698); Resolución de la DGRN núm. 3/2011 de 9 junio (JUR\2012\151439); Resolución de la DGRN núm. 4/2011 de 23 septiembre (JUR\2012\168313).

Sin embargo, en el supuesto que está siendo objeto de análisis, como la resolución extranjera derivó de un procedimiento contencioso en Texas, no fue posible recurrir a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 para el reconocimiento de la filiación de los dos menores, de forma que la única opción era optar por el *exequatur* de las sentencias texanas –tal y como hicieron los demandantes–, procedimiento que será abordado en el apartado correspondiente.

No obstante, se va a explicar, en primer lugar, el proceso para el reconocimiento de la filiación contemplado en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, para poder constatar que, en general, contempla los mismos requisitos que los establecidos en el procedimiento de *exequatur* de la sentencia extranjera, aunque con alguna diferencia sustancial entre ambos.

II. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

5. A raíz de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 se exige que los interesados obtengan una sentencia judicial californiana en la que conste la filiación de tales personas en relación con el nacido¹². Dicha sentencia debe presentarse a *exequatur* en España, que se rige por los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, por los arts. 41-61 LCJIMC¹³.

La tesis seguida en este caso por la DGRN, tal y como señalan los profesores A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ es la de la exigencia de la resolución judicial extranjera para la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero¹⁴. De manera que se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso. Sin embargo, si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “*procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*”, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial, que consistirá en acreditar varios extremos: (a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado¹⁵.

¹² Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

¹³ Vid. J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 99; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1880.

¹⁴ Esta es una de las tres diferentes tesis sobre los efectos legales en España de la filiación legalmente acreditada en otro Estado en relación con los menores nacidos en otro país en virtud de gestación por sustitución. Las otras dos tesis son: la de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral, que es la que siguió la DGRN, en la Resolución de 18 de febrero de 2009; y la tesis legeforista que fue seguida por la Audiencia Provincial de Valencia, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 247-262; *Id.*, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 59-66; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1879-1885).

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General

Las razones por las que se exige una resolución judicial del país donde se produce la gestación por sustitución vienen establecidas en la propia Instrucción, pues con dicha exigencia se pretende asegurar: (a) La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, asegurar que el consentimiento prestado se ha hecho libremente, de forma expresa y por escrito desplegando plenos efectos jurídicos—, comprobar que no ha existido violencia, intimidación, engaño o coacción sobre la madre gestante, así como la facultad de revocación de dicho consentimiento; (b) Constatar que no existe simulación del contrato de gestación por sustitución que pueda esconder o encubrir el tráfico internacional de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España¹⁶.

6. Como ya se ha señalado, la propia Instrucción reclama que para proceder al reconocimiento incidental, es necesario que la resolución judicial extranjera se haya dictado en el marco de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, pues de lo contrario, sería de aplicación la legislación española reguladora del procedimiento de *exequatur*¹⁷.

Es el Encargado del Registro Civil, el que debe valorar la necesidad de *exequatur* por homologación judicial previo o de reconocimiento incidental registral. En cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento incidental registral, éste no ha estado exento de críticas, entre las que se deben destacar dos fundamentalmente: (a) La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley. Los arts. 60 LCIMC y los arts. 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento ocurrido en

de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 249; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 87; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 916; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 163; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 62; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1880; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, p. 95.

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 249; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 86; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 916-917; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 62; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, p. 9; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1881; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 95-96.

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 249; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 86; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 916; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 163; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 62; M.-J. CABEZUDO BAJO, “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Dykinson, nº 46, enero-junio 2017, p. 108; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1882.

país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como “título válido” para la inscripción en España; (b) Esta exigencia resulta imposible de cumplir cuando en el Estado en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Por lo tanto, países como Ucrania no disponen en su ordenamiento jurídico de un procedimiento judicial destinado a acreditar la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, así que los españoles que han acudido a estas técnicas en la Ucrania no pueden beneficiarse del mecanismo recogido en la citada Instrucción¹⁸.

Algunos autores civilistas en su mayoría, critican que la DGRN olvida el requisito fundamental exigido por la Ley española y por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el control incidental del reconocimiento de las resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria en España: la conformidad de la filiación mediante gestación por sustitución con la legislación española¹⁹. Según esta doctrina, la DGRN vuelve a inaplicar el art. 23 LRC, siendo nula la Instrucción por infringir el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, pues la DGRN ha optado por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando en opinión de dicha doctrina, de forma grave el sistema de fuentes constitucionalmente establecido²⁰. Además, esta parte de la doctrina considera que la Instrucción es inconstitucional porque atenta contra el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 14 CE); porque una conducta que está prohibida en nuestro ordenamiento, se puede realizar en otros Estados y legalizar en España, pero sólo está a disposición de aquellas personas con medios económicos suficientes para trasladarse a otro Estado y pagar los costes de llevar a cabo la gestación por sustitución²¹. Si bien, esta misma crítica también se podría realizar a las técnicas de reproducción asistida llevadas a cabo de forma válida en España.

Sin embargo, la doctrina compuesta fundamentalmente por internacionalprivatistas señala que lo que sí que resulta extremadamente curioso es que entre los extremos que, según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución

¹⁸ Vid. Resolución DGRN núm. 6/2011, de 6 de mayo (JUR\2012\147776); Resolución DGRN núm. 5/2011, de 23 de septiembre (JUR\2012\168314); Resolución DGRN núm. 2/2011, de 30 de noviembre (JUR\2012\303072). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1884. Vid., para un desarrollo mayor de las críticas a los requisitos exigidos por la Instrucción en cuanto al reconocimiento incidental, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 250-258; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 163-164; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 63-65.

¹⁹ S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de derecho de familia*, núm. 126, 1 septiembre 2012, disponible en línea en http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html (consultado el 7 de septiembre de 2018); S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 917.

²⁰ A.-J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año xxxiii, p. 1; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de derecho de familia*, núm. 126, 1 septiembre 2012, disponible en línea en http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html (consultado el 7 de septiembre de 2018)

²¹ Sin embargo, A.-J. VELA SÁNCHEZ sostiene que “atendiendo a su clarividente Exposición de Motivos y a sus concretas directrices podríamos configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que sus claves serían: 1.ª Fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes; 2.ª Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; 3.ª Irrevocabilidad del consentimiento prestado. 4.ª Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico.” (A.-J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año xxxiii, pp. 9-10).

judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, no se haya incluido el “orden público internacional”²². Aunque la DGRN lo menciona en diferentes motivos de la Instrucción, no lo establece como uno de los requisitos para proceder al reconocimiento de la resolución extranjera²³. Así, por ejemplo, aunque parece absurdo podría suceder que si se solicitara el reconocimiento incidental de una resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase una “filiación múltiple” de un menor, ésta debería ser reconocida en España, pues la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 no ha incluido el orden público internacional como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras²⁴.

7. Cuando se trate de una sentencia judicial dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, será obligatorio lograr el *exequatur* de la resolución extranjera²⁵. También fue objeto de críticas el hecho de que la DGRN hubiera utilizado la palabra *exequatur*, cuando en realidad se estaba haciendo referencia al reconocimiento por homologación, pues con la anterior legislación vigente, los arts 954 y siguientes de la LEC, los preceptos diferenciaban las solicitudes de “reconocimiento” por un lado, y de “ejecución”, por otro lado, de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras²⁶.

²² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 255-254; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, p. 34; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 164; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 64.

²³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 253-254.

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 254; *Id.*, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 64.

²⁵ Con anterioridad, A. QUINONES ESCÁMEZ, utilizando como fundamento el art. 83 RRC (“No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *exequatur*, deberá ser previamente obtenido”), ya abordó la necesidad de acudir al procedimiento de *exequatur* de la sentencia extranjera recogido en ese momento por los arts. 954 y ss. de la LEC (Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, GACETA núm. 36, 05 febrero 1881), a falta de convenios internacionales -aunque fuese una sentencia obtenida por un procedimiento de jurisdicción voluntaria-, como forma de lograr el reconocimiento de dicha sentencia y poder realizar la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, si bien no era el método utilizado por las parejas para lograr la inscripción de la filiación de los menores a su favor (A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 25-29). No es posible en su opinión: “*el que pueda hacerse aquí una suerte de control de *exequatur* incidental al margen del procedimiento exigido por los artículos 955 y siguientes LEC. Como se ha señalado, el reconocimiento de las decisiones judiciales (cabría hablar aquí de la homologación de un acto de jurisdicción voluntaria que trae causa en el contrato de maternidad subrogada) se sujeta –a falta de normas específicas –similares a las del reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional)– a las normas de reconocimiento o de *exequatur*”.*

Sin embargo, este reconocimiento incidental para los procedimientos de jurisdicción voluntaria es el que ha recogido la DGRN en esta Instrucción, tal y como el Tribunal Supremo había ya manifestado en varias sentencias, de 29 de septiembre de 1998 y de 1 de diciembre de 1998, cuando se trataba de una resolución judicial procedente de un acto de jurisdicción voluntaria, como era el caso de la adopción internacional (S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 919). Aunque en estos casos se exigía que el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y sus efectos en España debían atender a lo que determinase la correspondiente norma material (S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de derecho de familia*, núm. 126, 1 septiembre 2012, disponible en línea en http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html (consultado el 7 de septiembre de 2018).

²⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por

Sin embargo, en la actualidad, la normativa que rige el procedimiento de *exequatur*, en defecto de convenios internacionales vigentes para España, está regulado en los arts. 41-61 LCJIMC, y en dichos preceptos por procedimiento de *exequatur* se entiende “*el procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución*”, aunque ambos procedimientos se lleven a cabo de manera diferente²⁷.

III. Análisis de la sts de 4 de diciembre de 2024

8. Cabe destacar del recurso de apelación que los demandantes no lo fundamentaron adecuadamente, ya que, de hecho, en ninguno de los motivos señalados se hace referencia al precepto incumplido, con lo cual resulta complicado para el Tribunal Supremo responder con rigor, ya que desconoce la norma concreta que se ha visto vulnerada. Si los motivos hubieran estado mejor argumentados, quizás el fallo del Tribunal Supremo hubiera podido ser otro, aunque de la jurisprudencia anterior de dicho tribunal en relación con la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, no parece deducirse tal cosa²⁸. No obstante, en relación con otros efectos de la gestación por sustitución, los denominados efectos periféricos, el Tribunal Supremo sí que ha sido más permisivo, siendo este el caso del derecho al permiso de maternidad y a la subsiguiente prestación²⁹; o, incluso, como en una reciente sentencia, el derecho a la modificación del lugar de nacimiento real de un niño en un país remoto por el del domicilio de los padres, cuando es una excepción que estaba prevista para las adopciones internacionales³⁰.

En relación con el tercer motivo: “*Vulneración del principio de no discriminación establecido en la jurisprudencia constitucional*”, efectivamente los demandantes no hicieron alusión alguna al precepto incumplido³¹. Los demandantes señalaron únicamente que se había producido discriminación por razón de nacionalidad pues los menores tenían nacionalidad estadounidense, de forma que la Administración Pública española tiene que poner todos los medios a su alcance para que no sufran discriminación con respecto a su derecho a ser inscritos con nombre y apellidos conforme a su paternidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala que, aunque los niños hubieran tenido nacionalidad española, porque la hubieran adquirido en virtud del art. 17 Código Civil, se les hubiera aplicado igualmente el art. 10 LTRHA, que señala que la filiación de los menores viene determinada por el parto³². En cualquier caso, parece que la respuesta que ofrece el Tribunal Supremo se basa en el supuesto de que los niños hubieran nacido en España, porque luego hace referencia a que es un contrato que si se llevara a cabo en España constituiría un delito, tal y como señala el art. 221.1 del Código Penal. En definitiva, la respuesta que da el Tribunal Supremo es un poco errática, en mi opinión, porque esta situación que plantea, no tiene nada que ver con la solicitud de *exequatur* de la sentencia extranjera requerida por los demandantes.

9. También, en relación con el primer motivo: “*Incongruencia del auto de fecha 10 de junio de 2022 dictado por Juzgado mixto nº 1 de San Roque en procedimiento: exequatur 639/2021*”, se argu-

sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 253.

²⁷ Art. 42 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015.

²⁸ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

²⁹ *Vid.*, entre otras muchas, STS (Sala de lo Social) núm. 953/2016 de 16 noviembre (RJ\2016\6152). En relación con dicha prestación, el Tribunal Supremo considera que la familia como tal existe, así que el contrato de gestación por sustitución puede ser nulo, pero ha desplegado sus efectos, y en particular ha llevado a la inserción del menor en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 88-89).

³⁰ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

³¹ FD IV.1 STS (Sala de lo Civil) núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

³² FD IV.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

menta que el Juzgador de San Roque, señala que “*subyace un fraude de Ley*” en el comportamiento de los demandantes, pero en opinión de los recurrentes no se aporta ninguna prueba³³. Así que estos proceden a exponer por qué su actuación no constituye un fraude de ley.

Pues bien, este primer motivo es rechazado, entre las diversas razones que expone el Tribunal Supremo, porque en el encabezamiento del motivo no se menciona la norma legal infringida, lo cual constituye una causa de inadmisión que, en dicho momento procesal, determina la desestimación del motivo.

Pero, lo más importante, para el caso que nos ocupa, es que la resolución que es objeto del recurso extraordinario es la de la Audiencia Provincial de Cádiz, no la dictada por el Juzgado de Primera Instancia³⁴. Añade el Tribunal Supremo que el motivo señalado por la Audiencia Provincial para no acceder a sus pretensiones es que el reconocimiento de la sentencia extranjera es contrario al orden público, lo que constituye una causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera prevista en el art. 46.1.a) LCJIMC. De forma que este primer motivo alegado no contiene fundamento alguno apto para desvirtuar dicho argumento³⁵.

10. En definitiva, tal y como se deduce, sobre todo, del motivo segundo, el Tribunal Supremo rechaza el reconocimiento de la sentencia texana por vulneración del orden público internacional, que es uno de los motivos de denegación contemplados en el art. 46 LCJIMC, que, a su vez, recoge el procedimiento de *exequatur*³⁶. Para continuar, tal y como se recoge en el motivo cuarto, con un análisis del interés superior del menor, que según los demandantes, se considera vulnerado como consecuencia del no reconocimiento de la filiación según consta en la sentencia extranjera³⁷.

Por ello, se hará en primer lugar, un análisis del procedimiento de *exequatur*; luego, se analizarán concretamente los aspectos del orden público que se verían infringidos si se reconociera la sentencia texana; para finalmente, explicar por qué no considera el Tribunal Supremo que se vulnera el principio del interés superior del menor, a pesar de que no se reconozca dicha sentencia.

1. Exequatur de la sentencia de Texas sobre filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución

11. Ahora bien, es importante destacar, que cuando se trata de un contrato de gestación por sustitución se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso.

Sin embargo, tal y como establece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “*procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*”, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial³⁸.

12. En general, es decir, que no tiene por qué tratarse de un caso de gestación por sustitución, una filiación determinada en el extranjero puede acceder al Registro Civil español previo reconocimien-

³³ FD II.1 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

³⁴ Vid. AAP Cádiz núm. 122/2023, de 25 de mayo de 2023 (Rec. 299/2023).

³⁵ Vid. FD II.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

³⁶ FD III STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

³⁷ FD V STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

³⁸ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

to de la sentencia extranjera en España, en virtud del art. 59 LCJIMC y de los arts. 81-83 RRC³⁹.

Ahora bien, para la obtención del reconocimiento en España de la sentencia extranjera, debe acudir en primer lugar, a los convenios internacionales vigentes en materia de filiación. En defecto de convenio, se procederá al reconocimiento de la sentencia extranjera, a través del cauce establecido por los arts. 41-61 LCJIMC⁴⁰.

13. También, la NLRC en su art. 96.2 establece la normativa que es de aplicación en relación con la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras. Así, se podrá instar dicha inscripción⁴¹:

“1.º Previa superación del trámite del exequatur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*
- d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifestamente incompatible con el orden público español”.*

Se puede observar, cómo se establece una regulación muy similar a la contenida en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁴². Si bien la mencionada Instrucción de la DGRN presenta matices, especialmente en relación con el último requisito, el de la incompatibilidad de la inscripción con el orden público español, como ya se ha señalado antes.

14. Es posible, por tanto, el reconocimiento de una sentencia extranjera que decida sobre cuestiones relativas a la determinación de la filiación, mediante la aplicación de una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiese aplicado un juez español. Las normas de conflicto se aplican para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, pero no para determinar las condiciones que debe reunir una sentencia extranjera para obtener su reconocimiento en España. Por lo tanto, el art. 9.4.I CC regula la ley aplicable a la filiación cuando dicha cuestión se plantee ante las autoridades españolas (proceso declarativo de cognición), pero no es aplicable al reconocimiento en España de sentencias extranjeras en materia de filiación⁴³.

En este mismo sentido, la DGRN ha señalado que cuando se trata del reconocimiento de una relación de filiación que ha sido declarada por una autoridad extranjera, la invocación de los arts. 10.1 y 10.2 LTRHA resultaría improcedente, siempre a salvo de su consideración como normas de policía contractual y de orden público interno⁴⁴.

³⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, 11 diciembre 1958.

⁴⁰ J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 99; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1880.

⁴¹ Art. 96.2 Ley del Registro Civil del 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011).

⁴² J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 100.

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1864.

⁴⁴ Resolución de la DGRN núm. 1/2011 de 3 mayo (JUR\2012\107637). *Vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 99; P.-J. FEMENÍA LÓPEZ, *La determinación de la filiación “en interés del menor”*: “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, Dykinson, Madrid, 2019, p. 184.

Por otro lado, aunque algunos convenios bilaterales vigentes para España exigen un “control de la ley aplicada”, debe señalarse que si el resultado de aplicar una concreta Ley estatal es el mismo que se hubiera alcanzado de haberse aplicado la Ley a la conducen las normas de conflicto españolas, el *exequatur* es posible; por aplicación de la tesis de las equivalencias⁴⁵.

15. No obstante, el procedimiento de *exequatur* realizado por las autoridades en relación con la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución ha generado una jurisprudencia muy variada⁴⁶.

Un ejemplo es el del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón. Se trataba de una mujer que acudió a la gestación por sustitución en California, pero que, en lugar de inscribir a los gemelos en el Consulado, quiso hacerlo directamente en el Registro Civil en España. Ante la denegación de la inscripción, acudió al Juzgado solicitando el reconocimiento por homologación de la sentencia extranjera. Así, el 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pozuelo de Alarcón acordó el *exequatur* de la sentencia dictada por un tribunal de California, donde se reconocía la maternidad en ausencia de paternidad, para así concederle a la solicitante la calidad de madre legal y única progenitora de los gemelos nacidos en el extranjero en virtud de gestación por sustitución⁴⁷. Se sostuvo que en este caso se cumplía con el requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, que era la resolución judicial dictada por un tribunal competente. Pero, además, en este caso el tribunal consideró que proceder a la solicitud de *exequatur* con los efectos que ello comporta, la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución en el Registro Civil como hijos de la solicitante española, “no resulta contrario al orden público al ser el interés de mayor protección el de los menores, a quienes no se puede privar del acceso al Registro Civil Español siendo requisito previo para ese acceso la obtención del *exequatur*”⁴⁸.

16. Por lo tanto, se denegará el reconocimiento de la resolución judicial extranjera si vulnera el orden público internacional español, tal y como señala el art. 46.1 LCJIMC. Así, por ejemplo, se rechazará el reconocimiento en España de un acta judicial ecuatoriana en la que consta la cesión voluntaria, total o parcial, de la patria potestad a un tercero, aunque dicha cesión sea plenamente ajustada al Derecho de Ecuador como Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC)⁴⁹.

No se considera que existe infracción del orden público internacional español cuando de trata de una sentencia extranjera que acredita la filiación paterna, apoyándose en las declaraciones de la madre junto a otros elementos indiciarios y racionales del caso⁵⁰.

En relación precisamente con el orden público internacional, el Auto de Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de diciembre de 2019 tuvo que resolver un recurso de apelación interpuesto contra la inadmisión a trámite *in limine litis* de una demanda de solicitud de reconocimiento de una resolución extranjera sobre un acuerdo de maternidad subrogada por ser considerada contraria al orden público español y porque dichos contratos son considerados nulos de pleno derecho en virtud del art. 10 LTRHA⁵¹. La Audiencia concluye de manera acertada que los órganos jurisdiccionales no podrán escudarse en el orden público internacional para inadmitir a trámite *in limine litis* cualquier demanda de solicitud de re-

⁴⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1864.

⁴⁶ S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 919-920; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 164.

⁴⁷ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*; Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 94-95; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 919-920.

⁴⁸ Auto JPII núm. 1 de Pozuelo de Alarcón, de 25 de junio de 2012 (AC\281\2013).

⁴⁹ Resolución de la DGRN núm. 8/2011 de 14 de septiembre (JUR\2012\198193).

⁵⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1865.

⁵¹ AAP Barcelona núm. 478/2019, de 18 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:10320A).

conocimiento de una resolución extranjera que tenga por objeto un contrato de gestación por sustitución. Por lo tanto, el tribunal deberá tramitar el procedimiento y dictar una sentencia sobre el fondo; o bien, no admitir la demanda, pero fundamentada en la aplicación razonada de una causa legal, de forma que quede garantizado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵².

2. La excepción del orden público internacional

17. En contra de corriente mayoritaria señalada en el apartado anterior en relación con el orden público internacional, el Tribunal Supremo, en la misma línea que las instancias inferiores, considera que el *exequatur* de la sentencia texana vulneraría el orden público, y lo hace cuando procede a responder al motivo segundo del recurso, que hace referencia a “[v]ulneración del principio de desarrollo de la personalidad, art. 10.1 Constitución Española”⁵³. En este sentido, los padres comitentes consideran que, de no inscribirse los niños en el Registro Civil como hijos suyos, les dejaría frente a terceros en una situación de vulnerabilidad y exposición, puesto que sería público que han nacido mediante gestación por sustitución –algo que quieren evitar–, cuando desde que nacieron viven en “relaciones familiares de facto”, si se utiliza la terminología en esta materia de la jurisprudencia europea y del Tribunal Supremo.

18. Sin embargo, el Tribunal Supremo contesta al respecto que, tal y como señala la resolución recurrida, los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15 Constitución Española), y el respeto a su dignidad (art. 10.1 Constitución Española), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras⁵⁴.

En su opinión, como ya señaló en su Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, la gestación por sustitución atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano⁵⁵. Por un lado, priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN)⁵⁶. Por otro lado, atenta también contra la integridad física de la mujer gestante, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir quedarse embarazada. Por último, puede atentar también contra la integridad física y moral del menor, como consecuencia de la falta de control de la idoneidad de los padres de intención, que sí que existe cuando se trata de la adopción.

El Tribunal Supremo, como también hizo en la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 añade que un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia texana entraña una explotación de la mujer y un daño al interés superior del menor⁵⁷. El tribunal norteamericano validó el contrato de gestación por sustitución mediante dos sentencias, dictadas respectivamente antes y después del parto. En la primera sentencia, dictada antes del parto, obligaba a la mujer gestante a renunciar a la maternidad y a entregar inmediatamente el niño a los padres de intención, por lo que la madre no podía retractarse de la decisión tomada antes del parto, con posterioridad al nacimiento del niño.

⁵² S. VILAR GONZÁLEZ, “Exequatur de sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 1207-1211.

⁵³ FD III.1 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁵⁴ FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁵⁵ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁶ Art. 7 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

⁵⁷ FD V.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

También, en la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 y en la Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, se señala que la gestación por sustitución comercial es contraria al orden público⁵⁸. Para mayor abundamiento, en la sentencia de autos, el Tribunal Supremo afirma taxativamente que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, que en parte va a la madre gestante, por lo que el consentimiento antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo⁵⁹. No estoy de acuerdo con esta afirmación tan genérica sobre Estados Unidos, porque hay muchas diferencias entre Estados, y entre aquellos que la permiten, algunos son especialmente garantistas en relación con los derechos del niño y de la mujer gestante, si bien, puede ser que otros tengan legislaciones que atenten contra el orden público internacional español⁶⁰.

19. Señala el Alto Tribunal, al igual que hizo en la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014, que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, donde el grado de atenuación es menor, cuantos mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En ese caso, al igual que en caso que nos ocupa, como el supuesto tiene fuertes vínculos con España –no tienen otra nacionalidad, que hayan residido mucho tiempo en otro país o la vinculación de los demandantes con Texas– porque en el Estado norteamericano sólo se llevó a cabo el contrato de gestación por sustitución, el orden público internacional español no puede “atenuarse”. Si bien, el Tribunal Supremo está confundiendo el orden público internacional “atenuado” con el orden público internacional de “proximidad”⁶¹.

Efectivamente, el Tribunal Supremo en dicha sentencia del 2014 ya manifestó que la inscripción que se realizó de los menores en California no iba a poder desplegar sus efectos en España puesto que era contraria al orden público internacional español “*por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, más concretamente la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección de la infancia*”⁶².

20. En apoyo de esta conclusión, señala el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia

⁵⁸ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁹

⁶⁰ La estructura federal de Estados Unidos permite que convivan Estados que no permiten la realización de los contratos de gestación por sustitución, como el de Arizona, Indiana o Nueva York, con otros que reconocen y regulan esta figura, como sucede con los Estados de California, Minnesota, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, New Hampshire o Distrito de Columbia; junto a otros que, aunque disponen de una ley, establecen algunas restricciones, como es el caso de Arkansas, Florida, Illinois, Dakota del Norte, Texas, Utah o Virginia Occidental (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 48; M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, p. 196; M.-J. REYES LÓPEZ, “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”, en F. LLEDÓ YAGÜE/ M.-P. FERRER VANRRELL/ I. BENÍTEZ ORTÚZAR/ C. OCHOA MARIETA/ O. MONJE BALMASEDA (dirs.)/ A. GUTIÉRREZ BARRENGOIA (coord.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 134-135).

⁶¹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 19-20. *Vid.* en relación con el orden público internacional de proximidad, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 91. También, A. QUIÑONES ESCÁMEZ confunde o quizás mezcla el orden público internacional atenuado –que distingue efectos nucleares de periféricos– con el de proximidad (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 19).

⁶² FD III.10 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 161-162.

en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declara: “[La Unión Europea] Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima (...) en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”⁶³. Si bien en relación a este último aspecto sobre las mujeres vulnerables, cabe esperar que en los países en los que se dicta una sentencia que valide el contrato de gestación por sustitución se están respetando los derechos de la madre gestante y del niño. Pero si efectivamente esto no es así, se debe activar la cláusula de orden público, pero solo en ese supuesto específico. Si bien, en el caso concreto planteado, que es de lo que se trata de resolver –no de realizar aseveraciones generales para todos los supuestos–, especialmente, cuando se trata de los controvertidos contratos de gestación por sustitución, no se señala nada en relación a que gestante sea una mujer vulnerable, ni una circunstancia similar. Luego esta Resolución no ha lugar en el presente asunto, máxime cuando existen resoluciones posteriores del Parlamento Europeo que no siguen la misma corriente doctrinal⁶⁴.

Por ello, se debe destacar algo que se le olvida al Tribunal Supremo, en relación al concepto de orden público, y es que el TEDH ya señaló en los asuntos *Menesson* y *Labassee* –asuntos a los que se refiere de manera extensa al abordar el principio del interés superior del menor– que es partidario de una concepción restrictiva y específica del orden público internacional: restrictiva en el sentido de que sólo se podrá denegar la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes si se prueba que el menor ha sido objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con ánimo de lucro o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios por una situación de pobreza, entre otros; y específica, porque las circunstancias anteriores sólo pueden valorarse en el caso concreto, pues en toda intervención de orden público los datos del caso son relevantes⁶⁵.

Sin embargo, el Tribunal Supremo viene a mencionar la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, –porque el recurrente alude a la exposición de motivos de dicha norma en el primer motivo de su recurso–, que señala que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres⁶⁶. Añade que se promoverá el conocimiento de que son contratos ilegales y nulos de pleno derecho, de la misma forma que las administraciones instarán la declaración de ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución. Para el Tribunal Supremo, estas novedades legislativas no hacen más que confirmar que la gestación por sustitución es contraria al orden público español⁶⁷. Pero de nuevo, se trata de un concepto de orden público genérico, desvinculado del país en el que se ha llevado a cabo la gestación por sustitución y de si efectivamente se han respetado los derechos

⁶³ Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)) ((DOUE núm. C 399/19, 24 noviembre 2017), disponible en línea en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0470> (consultado el 7 de mayo de 2025).

⁶⁴ *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2025, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2024 (2024/2081(INI)), disponible en línea en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-10-2025-0059_ES.html (consultado el 15 de mayo de 2025).

⁶⁵ STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908), apartados 63 y 82; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905), apartados 60-61. *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n.º 2, octubre 2014, pp. 169-173; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n.º 2, octubre 2015, pp. 94-95; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Volumen IV, Derecho de Familia Internacional II, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 108-109.

⁶⁶ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 51, 1 marzo 2023.

⁶⁷ FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

de la madre gestante y del menor, como pudiera ser el caso de Reino Unido, que contempla la gestación por sustitución altruista y una serie de requisitos muy estrictos para que a los padres comitentes se les conceda la *parental order*, es decir una orden paternal, que establezca la filiación, concedida por los jueces. Aunque de dicha Ley Orgánica 1/2023 sí que hay un aspecto destacable y que se venía solicitando por parte de los agentes sociales que es la criminalización de las agencias de gestación por sustitución, que son las que de verdad se lucran con los contratos de gestación por sustitución, al aprovecharse de los deseos de los padres comitentes de tener un hijo, y que se publicitan en Internet abiertamente, sin ningún tipo de control⁶⁸.

21. Por otro lado, en respuesta a uno de los argumentos de los padres comitentes, el Tribunal Supremo señala que con el rechazo del *exequatur* de la sentencia extranjera no se está vulnerando el art. 8 del CEDH, ya que este precepto no protege el derecho a fundar una familia –como pretenden los recurrentes–, sino que lo que recoge es el derecho al respeto a la vida familiar y este no ampara el simple deseo de fundar una familia, tal y como se desprende del asunto *Paradiso Campanelli*⁶⁹. Añade al respecto que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por comprensible que sea, no puede realizarse perjudicando los derechos de otras personas⁷⁰. Si bien en dicho Informe no sólo se plantea la opción de prohibir la gestación por sustitución, sino que se analizan otras posibilidades, pero aunque se decanten por esta última, es un Informe de un organismo sin ninguna fuerza vinculante en términos jurídicos⁷¹.

También destaca el Tribunal Supremo que los considerandos introductorios y el art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 exigen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño, y no haberse obtenido mediante pago o compensación de ninguna clase⁷². Añade al respecto que, en el caso objeto de este recurso, ya la primera sentencia del tribunal de Texas, dictada antes del parto, obligaba a la mujer gestante a entregar inmediatamente al niño a los padres comitentes, por lo que la madre no podía retractarse de su decisión de entregar al niño. Efectivamente, los únicos aspectos del contrato de gestación por sustitución celebrado en Texas que chocarían frontalmente con los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española, es el de que la mujer no pueda retractarse de su decisión de entregar al niño después de su nacimiento; junto con el de que el contrato sea oneroso y no altruista, si bien en relación a los pagos recibidos por la mujer gestante y su marido no se señala nada concreto en la sentencia, pues no se aportó el contrato de gestación por sustitución en la demanda.

Teniendo en cuenta que la gestación por sustitución se permite en Texas, en los Estados Unidos donde se permiten dichos contratos se deja libertad a los contratantes para pactar en el contrato las condiciones que estimen oportunas, siempre que estén de acuerdo los contratantes. Si bien en el caso concreto de Texas, su Código de Familia señala que el contrato debe ser un acuerdo legalmente aprobado por los tribunales y debe incluir la voluntad voluntaria y clara de la gestante y los padres comitentes. Todas las partes deben firmar el contrato al menos 14 días antes de la transferencia de embriones, y el contrato debe

⁶⁸ A modo de ejemplo, citar la página web de la agencia de intermediación en los contratos de gestación por sustitución *Gestlife*, disponible en línea en <https://www.gestlifesurrogacy.com/garantias-en-gestacion-subrogada-o-maternidad-subrogada.php> (consultado el 3 de octubre de 2022).

⁶⁹ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, *Paradiso Campanelli*, 25358/12 (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartado 141.

⁷⁰ C. GIL MEMBRADO, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en F. LLEDÓ YAGÜE/ M.-P. FERRER VANRRELL/ I. BENÍTEZ ORTÚZAR/ C. OCHOA MARIETA/ O. MONJE BALMASEDA (dirs.)/ A. GUTIÉRREZ BARRENGOA (coord.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 501.

⁷¹ *Vid.* C. GIL MEMBRADO, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en F. LLEDÓ YAGÜE/ M.-P. FERRER VANRRELL/ I. BENÍTEZ ORTÚZAR/ C. OCHOA MARIETA/ O. MONJE BALMASEDA (dirs.)/ A. GUTIÉRREZ BARRENGOA (coord.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 491-505.

⁷² Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, BOE núm. 182, 1 agosto 1995.

cubrir la responsabilidad de los gastos del embarazo y las consecuencias del incumplimiento del acuerdo⁷³. Según las agencias de intermediación que llevan a cabo procesos de gestación por sustitución en Texas, el costo total promedio del proceso completo suele oscilar entre los 140000 y los 160000 dólares, pero desconocemos si los padres comitentes del supuesto planteado lo han realizado a través de una agencia de intermediación y qué parte corresponde a gastos médicos, qué cantidad se destina a la compensación a la madre gestante por el embarazo y si se ha pagado otra cantidad adicional a la madre gestante⁷⁴. Por lo tanto, parece que, en este caso concreto, dado que se permite el contrato de gestación oneroso y que se pueda acordar cualquier cláusula en el contrato, pudiera darse el caso de que los padres comitentes hubieran recibido una cantidad adicional, además de la compensación por el tiempo en el que la mujer gestante no puede trabajar por estar embarazada; y también que se pactara la entrega del bebé nada más nacer los niños, sin darle la posibilidad a la mujer gestante de arrepentirse con posterioridad al parto, porque es lo que se suele acordar en los contratos de gestación por sustitución onerosos. Por lo que, si estos hechos se verificaran, efectivamente, se debería activar la cláusula del orden público español. Si bien este análisis no lo hace el Tribunal Supremo, ni por asomo, y, son suposiciones que realizamos porque tampoco disponemos del contrato de gestación por sustitución verdadero firmado por las partes.

En definitiva, se debe analizar el caso concreto, con los datos reales del supuesto para poder dar una respuesta acertada a los casos que se plantean actualmente en relación con la gestación por sustitución y que son una realidad en la sociedad actual, le guste o no al Tribunal Supremo. Pero lo que no se puede producir, en ningún caso –como parece sostener con sus argumentos el Tribunal Supremo en esta sentencia–, es un rechazo generalizado al *exequatur* de todas las sentencias extranjeras en las que se establezca la filiación de un niño nacido mediante gestación por sustitución, porque existen países como es el caso del Reino Unido en el que el tipo de gestación por sustitución que se contempla es la altruista, en principio, y la mujer gestante tiene la posibilidad de no renunciar a la patria potestad sobre el menor hasta seis semanas después del nacimiento del niño⁷⁵.

22. Por último, en la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo destacó que la técnica jurídica que se debe utilizar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, puesto que existe ya una decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California, en ese asunto del 2014, cuando se inscribió el nacimiento de los niños y se determinó una filiación a favor de los padres comitentes, de acuerdo con las leyes californianas. La cuestión a resolver, según señala el Tribunal Supremo en dicha Sentencia del 2014, y vuelve a destacar en el presente asunto, es si esa decisión extranjera, ya sea de California o de Texas puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto, la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes, en el sistema jurídico español⁷⁶. Si bien,

⁷³ Vid. Chapter 160. Uniform Parentage Act. Texas Family Code, disponible en línea en <https://statutes.capitol.texas.gov/docs/sdocs/familycode.pdf> (consultado el 12 de septiembre de 2025).

⁷⁴ Vid. Página web de la agencia de intermediación en los contratos de gestación por sustitución *Pinnacle Fertility*, disponible en línea en <https://www.pinnaclefertility.com/es/blog/surrogacy-in-texas/#heading-3> (consultado el 3 de octubre de 2022).

⁷⁵ En principio, en el Reino Unido, están permitidos únicamente los pagos a la madre gestante por los gastos necesarios en que se incurra por el embarazo y por las molestias que se le pudiese causar. De forma, que la madre gestante no puede recibir ningún beneficio o dinero, u otros pagos que no sean aquellos derivados de los “gastos razonables” en que haya incurrido. Pero no existe ninguna guía que indique qué conceptos deben estar incluidos en “gastos razonables”. Por lo que, el enfoque de los tribunales, en principio, es que cualquier pago que sea descrito como compensación –u otros términos similares– se encontraría fuera del concepto de “gastos razonables”; mientras que los gastos en que incurra la madre gestante y su familia, tales como la ropa, los gastos de viaje o las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del contrato de gestación por sustitución, sí estarían dentro de dicho concepto de “gastos razonables”. Si bien, en opinión de algunos autores, existe la percepción de que las cantidades pagadas en la actualidad como “gastos” implican en realidad un pago por los servicios (M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, pp. 167-170). Para un desarrollo mayor de la gestación por sustitución en el Reino Unido, vid. M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, ISSN 1578-3138, n.º 19-20, 2019-2020, pp. 327-361.

⁷⁶ FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR/2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879). Vid. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n.º 2, octubre 2014, p. 15; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá

en ese caso del 2014 como finalmente no se aportaron las sentencias judiciales —pues también se trataba de dos niños—, se procedió a analizar el reconocimiento de la filiación establecida en sendas certificaciones registrales extranjeras.

Efectivamente, el Tribunal Supremo alude a dicha sentencia para justificar su decisión de rechazar el *exequatur* de la sentencia texana y ofrece las mismas soluciones a los padres comitentes en lo que a la determinación de la filiación se refiere. Sin embargo, se trata de distintos tipos de tutela: por un lado, se encuentra la tutela declarativa cuando se aporta certificación registral extranjera donde consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes; y, por otro lado, se halla la tutela por reconocimiento, cuando se adjunta además una sentencia judicial extranjera. Ambos tienen un distinto tratamiento por el DIPr. y, de hecho, la tutela por reconocimiento ya ha sido abordada de manera extensa en el presente trabajo porque la demanda de los padres comitentes es el *exequatur* de la sentencia texana.

Sin embargo, en la Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, a la que también se refiere el Tribunal Supremo en el presente asunto, se trataba de un supuesto diferente, en el que los recurrentes presentaron una demanda de filiación *ex novo*, alegando posesión de estado, porque en el país en el que se había llevado el contrato de gestación por sustitución, México (Tabasco), los tribunales no habían emitido una sentencia judicial que pudiera ser susceptible de ser reconocida⁷⁷.

Pues bien, lo destacable, es que tanto en la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, arriba señalada, como en el presente asunto, la solución en cuanto a la determinación de la filiación es la misma: el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la filiación que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor, que consiste, primero en la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los padres de intención; y segundo, proceder a la adopción para lograr la protección de los vínculos familiares que ya existen “de facto” entre los menores y sus padres⁷⁸. Sin embargo, aprecia el Tribunal Supremo que no consta que los menores estén integrados con los demandantes en un núcleo familiar estable. Aunque no se ha aportado ninguna prueba por los recurrentes, ni a favor, ni en contra, el propio desistimiento del recurso formulado por uno de los demandantes, así como las circunstancias puestas de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su informe, podrían introducir serias dudas sobre si de verdad forman un núcleo familiar “de facto”⁷⁹.

En cualquier caso, no deja de sorprender, cómo la solución que ofrece el Tribunal Supremo es la misma a pesar de tratarse de casos diferentes. Pero, sobre todo, es reseñable que, en todos los asuntos anteriores a la sentencia de autos, en los que se solicitaba el *exequatur* de una sentencia extranjera en la que constaba la filiación de los menores a favor de los padres comitentes se había estado concediendo sin problema, como se ha demostrado con los ejemplos señalados en el apartado sobre el *exequatur* de la sentencia texana. Es más, aquellas sentencias que resulten de un procedimiento de jurisdicción voluntaria han podido ser reconocidas por el procedimiento establecido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Si bien se debe puntualizar que tampoco es posible el reconocimiento de ninguna sentencia, ya derive ésta de un acto de jurisdicción voluntaria o de un procedimiento contencioso, desde la redacción de la reciente Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025⁸⁰.

del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n.º 2, octubre 2015, p. 67-69; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1889.

⁷⁷ Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁷⁸ FD III.3 STS (Sala de lo Civil) núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879). Vid., en este mismo sentido, FD V.12 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁷⁹ FD III.3 STS (Sala de lo Civil) núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁸⁰ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

3. El interés superior del menor

23. En relación con el cuarto y último motivo del recurso, se alude a “*El principio superior de protección de los menores*”. Señalan los recurrentes al respecto que la sentencia extranjera no respeta el interés de los menores e invoca varias sentencias del TEDH en las que se declara que “*la imposibilidad general y absoluta de obtener un reconocimiento de la relación entre un niño nacido mediante subrogación en el extranjero y la madre de intención*” tiene un “*impacto negativo*” sobre el menor⁸¹.

24. De nuevo señala el Tribunal Supremo que se incurre en la causa de inadmisión consistente en no citar el precepto legal vulnerado⁸².

A continuación, señala que teniendo en cuenta lo establecido sobre los contratos de gestación por sustitución al tratar la excepción del orden público, se debe realizar una ponderación de la que derive la solución que menos perjudique a los menores, pero siempre siguiendo los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico español.

En este sentido, las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, casos *Menesson* y *Labassee*, fueron analizadas en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, que desestimó la demanda por incidente de nulidad de actuaciones respecto de la Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014⁸³. En dicho Auto, el Tribunal Supremo puso de manifiesto las importantes diferencias existentes entre los casos objeto de las sentencias del TEDH y la Sentencia de 6 de febrero de 2014, que se pasan a señalar de manera literal, tal y como se recogen en el Auto⁸⁴.

Según el Auto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, a diferencia de lo ocurrido con las sentencias del TEDH, casos *Menesson* y *Labassee*, no se había producido una vulneración del derecho a la identidad, ni del derecho al respeto de la vida privada de los menores, reconocido en el art. 8 del CEDH, por su no inscripción en el Registro Civil⁸⁵.

El Tribunal Supremo señala que en los casos *Menesson* y *Labassee*, lo que lleva al TEDH a considerar vulnerado el art. 8 del CEDH, en su aspecto de derecho a la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés, considerando que existe un fraude a la ley, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), y especialmente, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica. Según el TEDH, el que los tribunales franceses protejan intereses legítimos como la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás (tanto del niño como de la madre gestante, según el ordenamiento jurídico francés), provoca que no se cumpla con el interés superior del menor, que trae consigo una incertidumbre que afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y de heredar como hijo, por lo que “*el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del CEDH*”⁸⁶.

Entiende el Alto Tribunal que en las sentencias europeas se planteaba un supuesto distinto al que se dio en España, puesto que las resoluciones de nuestro país permitían la determinación de la filiación paterna de los padres comitentes, si efectivamente habían aportado el material genético, así como la adopción o acogimiento por parte del otro cónyuge, si se verificaba que de los padres comitentes y los niños

⁸¹ FD V.1 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁸² FD V.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁸³ *Id.* STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905).

⁸⁴ Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141). En el auto, el TS también estableció la improcedencia de la vulneración de los tres derechos fundamentales alegada por los recurrentes, al señalar la ausencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la igualdad sin discriminación y del derecho a la intimidad familiar.

⁸⁵ Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

⁸⁶ FD. VI.9 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

formaban un núcleo familiar “de facto”; lo que no fue permitido por los tribunales franceses⁸⁷. También se reconocía la nacionalidad española de los menores, así como todos los derechos sucesorios correspondientes, a diferencia de los supuestos franceses⁸⁸. Esto no es del todo cierto, porque es necesario que la filiación esté correctamente determinada para poder adquirir derechos sucesorios, luego una filiación incorrecta perjudica los derechos de los menores nacidos mediante gestación por sustitución frente a los que no.

Dentro del interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y el derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que incluye el derecho a la identidad según la jurisprudencia, tiene gran importancia la determinación de la filiación del menor y su integración en un determinado núcleo familiar “de facto”⁸⁹.

25. Como ha declarado el Tribunal Supremo en anteriores sentencias sobre esta materia, la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe realizarse de acuerdo con los intereses y criterios de los padres comitentes, sino teniendo en cuenta los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenios internacionales sobre el estado civil y la infancia⁹⁰.

Añade al respecto señala como ya hizo en anteriores sentencias en relación a dicho principio: *“El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”*⁹¹.

Para el Tribunal Supremo, como ya señala en sentencias anteriores, la protección de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, que como bien señala es oneroso –centrándose en Texas, no de Estados Unidos–, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer gestante, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar “de facto” en que estén integrados los menores⁹².

El interés superior del menor apreciado en concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general⁹³. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo– tales derechos resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial, ya que, con el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución.

No obstante, una de las soluciones es perseguir a las agencias de intermediación –y no a los padres–; empresas que, efectivamente, a través de sus anuncios sí que vienen a denigrar tanto a la madre gestante como al niño, lo cual también pone de manifiesto el Tribunal Supremo⁹⁴. Se ha avanzado en este sentido con la Ley Orgánica 1/2023 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del

⁸⁷ FD. VI.10 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

⁸⁸ FD. VI.10 Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141).

⁸⁹ Vid. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, BOE núm. 15, de 17 enero 1996.

⁹⁰ FD V.2 STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

⁹¹ Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 45/2022, de 27 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:243); STS (Sala de lo Civil) núm. 558/2022, de 11 de julio de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:3002).

⁹² FD V.12 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁹³ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la Cour de Cassation francesa al TEDH (Demande nº P16-2018-001). Vid. STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 197, 202 y 203; STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), apartado 65.

⁹⁴ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

embarazo. Pero, en cualquier caso, no se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

Sin embargo, se debe destacar el voto particular del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 que considera que los niños están creciendo en un entorno familiar, con independencia de la nulidad del contrato y que, en este sentido, no están recibiendo una protección especial. Esto provoca una serie de consecuencias que son: (a) Se genera y seguirá generando incertidumbre jurídica mientras no se de respuesta a su solicitud de inscripción; (b) El modelo de protección actual tiene el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente; (c) Cuando se está admitiendo la gestación por sustitución a través de circulares o instrucciones de la DGRN, que convierten la excepción de orden público en una cuestión formal. Si bien, es cierto, que esta última conclusión ya no es correcta, con motivo de la nueva Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025⁹⁵.

Además, tampoco se cumple con uno de los aspectos fundamentales del Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 que señala que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que haber un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y los padres comitentes, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. Se debe puntualizar al respecto que la solución ofrecida por el Tribunal Supremo no se caracteriza por que sea ni ágil, ni rápida. Esto debería respetarse de modo que el niño no se encuentre durante un largo periodo en una situación de inseguridad jurídica⁹⁶.

IV. Consecuencias: instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025 sobre sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución

26. En el presente asunto, el Tribunal Supremo rechaza el *exequatur* de la sentencia texana que valida un contrato de gestación por sustitución y que atribuye la paternidad de los niños a los padres comitentes, por ser considerado contrario al orden público. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor, y el respeto a su dignidad, integran ese orden público que impide el reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

En esta misma línea se manifiesta en su jurisprudencia anterior, concretamente en la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 y en la Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022, al manifestar que los contratos son nulos en nuestro ordenamiento, de forma que: “*Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad*”⁹⁷.

27. En este asunto, el Tribunal Supremo añade que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero y una parte es recibida por la mujer gestante, por lo que el consentimiento antes del parto, ha sido obtenido mediante compensación de algún tipo.

En mi opinión, se equivoca el Tribunal Supremo, porque no se puede abordar la gestación por sustitución de manera tan general, sino que ha de atenderse al caso concreto, ya que tal y como señalara el TEDH, en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, debe seguirse una concepción restrictiva y específica del orden público internacional.

⁹⁵ Vid. Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ2015\141).

⁹⁶ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001), apartado 54.

⁹⁷ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153). En esta misma línea se manifiesta en la STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

Efectivamente, los únicos aspectos del contrato de gestación por sustitución celebrado en Texas que chocarían frontalmente con los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española, es el de que la mujer no pueda retractarse de su decisión de entregar al niño después de su nacimiento; junto con el de que el contrato sea oneroso y no altruista, si bien en relación a los pagos recibidos por la mujer gestante y su marido no se señala nada concreto en la sentencia, pues no se aportó el contrato de gestación por sustitución en la demanda. Por lo que, si estos hechos se verificaran, efectivamente, se debería activar la cláusula del orden público español, pero estos datos no se han podido obtener de los hechos expuestos en la sentencia.

Por lo tanto, se debe analizar el caso concreto, con los datos reales del supuesto para poder dar una respuesta acertada a los casos que se plantean actualmente en relación con la gestación por sustitución y que son una realidad en la sociedad actual, le guste o no al Tribunal Supremo. Pero lo que no se puede producir, en ningún caso –como parece sostener con sus argumentos el Tribunal Supremo en esta sentencia–, es un rechazo generalizado al *exequatur* de todas las sentencias extranjeras en las que se establezca la filiación de un niño nacido mediante gestación por sustitución, porque existen países como es el caso del Reino Unido en el que el tipo de gestación por sustitución que se contempla es la altruista, en principio, y la mujer gestante tiene la posibilidad de no renunciar a la patria potestad sobre el menor hasta seis semanas después del nacimiento del niño.

En mi opinión, de la Ley Orgánica 1/2023 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el único aspecto destacable y que se venía solicitando por parte de los agentes sociales es la criminalización de las agencias de gestación por sustitución, que son las que de verdad se lucran con los contratos de gestación por sustitución, al aprovecharse de los deseos de los padres comitentes de tener un hijo, y que se publicitan en Internet abiertamente, sin ningún tipo de control.

28. En cuanto al respeto del interés superior del menor, el Tribunal Supremo no considera que deba prevalecer sobre la excepción del orden público internacional.

Para el Tribunal Supremo, la protección de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, que como bien señala es oneroso, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer gestante, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar “de facto” en que estén integrados los menores⁹⁸.

El interés superior del menor apreciado en concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH, también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general. Si bien no tiene en cuenta otro aspecto importante con el que concluye dicho Dictamen el TEDH y es que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que haber un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y los padres comitentes, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. Se debe puntualizar al respecto que la solución ofrecida por el Tribunal Supremo no se caracteriza por que sea ni ágil, ni rápida.

29. Siguiendo la estela de la sentencia de autos, se debe mencionar la última resolución del Tribunal Supremo 496/2025, de 25 de marzo de 2025 sobre impugnación de la filiación materna de dos menores nacidos de gestación por sustitución⁹⁹. En este caso, los dos niños nacieron en el Estado de Tabasco (México) en el año 2016 como resultado de un contrato de gestación por sustitución celebrado entre el padre comitente, que había aportado el material biológico y la mujer gestante. Los bebés fueron inscritos en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre comitente, que además era el padre biológico. Pero cuando fueron al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción de nacimiento de las menores en los términos en que había sido realizada por las autoridades mejicanas esta fue rechazada, así que estos fueron inscritos como hijos del padre comitente y de la mujer gestante.

⁹⁸ FD V.12 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁹⁹ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 496/2025, de 25 de marzo de 2025 (CENDOJ 28079110012025100472) (ECLI:ES:TS:2025:1262).

Posteriormente, en España, el padre solicitó la impugnación de la filiación materna a favor de la mujer gestante que, aunque fue aprobada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo le enmienda la plana, de forma literal, a la Audiencia Provincial y ha considerado que dicha sentencia es contraria a dicha legislación y a la jurisprudencia que la interpreta. Se debe destacar uno de los motivos en los que se basa el Tribunal Supremo, y es que no entiende qué trascendencia puede tener el argumento –que ha constituido uno de los fundamentos de la sentencia recurrida–, el hecho de que la madre gestante no aporte sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto, de forma que no tiene trascendencia quién aportó el óvulo.

El efecto en el rechazo a la impugnación de la maternidad por parte del Tribunal Supremo es mucho peor que en su jurisprudencia anterior, porque provoca que se mantengan las discrepancias entre ambos registros, el de Tabasco (México) donde aparecen inscritos como hijos del padre comitente y el de España, donde están registrados como hijos del padre comitente y de la mujer gestante, que no parece lógico teniendo en cuenta que ha renunciado a la maternidad y vive en Méjico. En mi opinión sí que se vería afectado el derecho a una identidad única, que se encontraría protegido por el derecho a la vida privada, recogido en el art. 8 del TEDH, “derecho a la vida privada y familiar”.

30. Sin embargo, ha habido un cambio de tendencia en su posición sobre los contratos de gestación por sustitución por parte del Tribunal Supremo en su Sentencia 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024, en la que éste decidió aceptar la petición de los demenadantes de modificar el lugar en el que el niño había nacido, Kiev, en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil, por el lugar del domicilio de los padres, Barcelona, posibilidad que únicamente estaba previsto en nuestro ordenamiento para los casos de adopciones internacionales¹⁰⁰.

Pues bien, en nuestra opinión el Tribunal Supremo acierta con su fallo en esta la sentencia, pero se trataba de determinar un efecto periférico de la gestación por sustitución, no tiene que decidir sobre el efecto nuclear que era la determinación de la filiación, pues ya se había realizado con anterioridad. Pues bien, lo que sorprende es su referencia al contrato de gestación por sustitución realizado en dicho país, ya que señala que en el momento en el que se llevó a cabo el procedimiento de gestación por sustitución en Ucrania, se recurrió a los modos de determinación de la filiación paterna y materna permitidos en ordenamiento jurídico y español que, según el Tribunal Supremo, “*respetan la dignidad del menor*”¹⁰¹. En esta sentencia el Tribunal Supremo no consideró que el contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Ucrania atentaba contra el orden público internacional español, cuando la modalidad de contrato que se contempla es la onerosa, por no hablar de la poca transparencia de la normativa y de los escándalos en los que se vieron envueltos los centros hospitalarios en los que se realizaban dichas técnicas de fecundación.

31. En cualquier caso, volviendo al asunto de la sentencia, no deja de sorprender, cómo la solución que ofrece el Tribunal Supremo es la misma a pesar de tratarse de casos diferentes a los del 2014 y 2022. Pero, sobre todo, es reseñable que, en todos los asuntos anteriores a la sentencia de autos, en los que se solicitaba el *exequatur* de una sentencia extranjera en la que constaba la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, se había estado concediendo sin problema, como se ha demostrado con los ejemplos señalados en el apartado sobre el *exequatur* de la sentencia texana.

Es más, aquellas sentencias que resulten de un procedimiento de jurisdicción voluntaria han podido ser reconocidas por el procedimiento establecido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Si bien se debe puntualizar que tampoco es posible el reconocimiento de ninguna sentencia, ya derive ésta de un acto de jurisdicción voluntaria o de un procedimiento contencioso, desde la redacción de la reciente Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025¹⁰².

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹⁰¹ FD II (Motivos primero y segundo: apartado 3. Decisión de la sala) STS (Sala de lo Civil) núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024 (JUR\2024\291842) (ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹⁰² Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

32. Para cumplir con ese rechazo generalizado que el Tribunal Supremo ya vaticina en el fallo de esta sentencia, a partir de la última Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no es posible el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero de un niño nacido mediante gestación por sustitución¹⁰³. Por lo tanto, no es posible su inscripción en el Registro Civil español, por el procedimiento establecido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuando se trata de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria; pero tampoco si este es un procedimiento contencioso, como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de diciembre de 2024¹⁰⁴.

No es suficiente pues, que los padres comitentes aporten una resolución administrativa o judicial extranjera que valide el contrato de gestación por sustitución, que es la vía que ha sido utilizada por miles de padres comitentes para poder ver cumplido su deseo de tener hijos y que llevaban a cabo este tipo de contratos, precisamente en Estados donde se emitía sentencia o resolución judicial, junto con el certificado de nacimiento del menor, siendo este el caso de California o Minnesota, entre otros¹⁰⁵.

33. A partir de la nueva Instrucción de la DGSJFP de 28 de abril de 2025, solo se podrá formalizar la inscripción siguiendo los cauces habituales de determinación de la filiación, es decir, por vínculo biológico o por adopción, como ya adelantó el Tribunal Supremo en la sentencia de autos y como ha venido sucediendo cuando el país en el que se realizaba el contrato de gestación por sustitución era un país en el que las autoridades no emitían resolución judicial, como es el caso de Ucrania¹⁰⁶. En este sentido, este cambio radical en el sistema registral español, va a provocar que cientos de padres que en este momento estén inmersos en sus correspondientes procedimientos de gestación por sustitución consideren, y con razón, que se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva¹⁰⁷.

34. Por último, señalar que sorprende el momento temporal en el que se ha desarrollado la nueva Instrucción de la DGSJFP, cuando países como Francia acaban de desarrollar una normativa que permite el reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, siempre que se aporte la resolución dictada por autoridades del país en el que se ha llevado a cabo dicho proceso.

¹⁰³ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

¹⁰⁴ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024 (JUR\2024\451378) (CENDOJ 28079119912024100022) (ECLI:ES:TS:2024:5879).

¹⁰⁵ La estructura federal de Estados Unidos permite que convivan Estados que no permiten la realización de los contratos de gestación por sustitución, como el de Arizona, Indiana o Nueva York, con otros que reconocen y regulan esta figura, como sucede con los Estados de California, Minnesota, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, New Hampshire o Distrito de Columbia; junto a otros que, aunque disponen de una ley, establecen algunas restricciones, como es el caso de Arkansas, Florida, Illinois, Dakota del Norte, Texas, Utah o Virginia Occidental (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 48; M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, p. 196; M.-J. REYES LÓPEZ, “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”, en F. LLEDÓ YAGÜE/ M.-P. FERRER VANRELL/ I. BENÍTEZ ORTÚZAR/ C. OCHOA MARIETA/ O. MONJE BALMASEDA (dirs.)/ A. GUTIÉRREZ BARRENGOIA (coord.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 134-135).

¹⁰⁶ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 105, 1 mayo 2025.

¹⁰⁷ *Vid.* A.-J. VELA SÁNCHEZ, “Análisis atónito de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 10746, 2025, pp. 1 y ss.

Comentário ao acórdão do TJUE de 12 de outubro de 2023,
Processo C21/22, *OP* sendo interveniente *Notariusz Justyna
Gawlica*, ECLI:EU:C:2023:766

Comentario sobre la sentencia del TJUE de 12 de octubre de
2023, asunto C-21/22, *OP* con la intervención de *Notariusz
Justyna Gawlica*, ECLI:EU:C:2023:766

ELSA DIAS OLIVEIRA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa^a

ORCID ID: 0000-0001-6584-5096

Recibido:30.06.2025/Aceptado:27.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9910

Resumo: É apresentado um comentário ao acórdão do TJUE de 12 de outubro de 2023, Processo C21/22, *OP* sendo interveniente *Notariusz Justyna Gawlica*, em que são suscitadas questões que respeitam à escolha da lei aplicável para regular a sucessão por morte de uma cidadã ucraniana com residência habitual na Polónia. São apreciadas duas questões principais: uma respeitante à interpretação e aplicação do art. 22.º do Regulamento 650/2012 e outra relativa à articulação entre este Regulamento e uma Convenção celebrada entre a República da Polónia e a Ucrânia, de 1993.

Palavras-chave: sucessões por morte; lei aplicável; escolha da lei; articulação entre fontes internacionais.

Resumen: Se presenta un comentario sobre la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C 21/22, *OP*, en el que interviene *Notariusz Justyna Gawlica*, en la que se plantean cuestiones relativas a la elección de la ley aplicable para regular la sucesión por fallecimiento de una ciudadana ucraniana con residencia habitual en Polonia. Se examinan dos cuestiones principales: una relativa a la interpretación y aplicación del artículo 22 del Reglamento 650/2012 y otra relativa a la articulación entre dicho Reglamento y un Convenio celebrado entre la República de Polonia y Ucrania en 1993.

Palabras clave: sucesiones por causa de muerte; ley aplicable; elección de la ley; articulación entre fuentes internacionales.

Sumario: I. Síntese do caso e questões suscitadas. II. Autonomia da vontade das partes. III. O concurso entre o Regulamento 650/2012 e outras Convenções. IV. Conclusão

I. Síntese do caso e questões suscitadas

1. O presente comentário é feito ao acórdão de 12 de outubro de 2023, do TJUE, *OP* sendo interveniente *Notariusz Justyna Gawlica*¹. Em causa estava a pretensão de uma cidadã ucraniana – com residência na Polónia e coproprietária de um imóvel sito neste país –, de escolher a lei ucraniana para re-

¹ Processo C21/22, ECLI:EU:C:2023:766.

gular a sua sucessão por morte. O notário, com cartório sito na Polónia, onde a cidadã ucraniana pretendia fazer o testamento autêntico com a escolha de lei, recusou-se a lavrá-lo. Invocou como fundamentos da recusa dois argumentos principais: o de que o art. 22.º do Regulamento 650/2012², compreendido à luz do considerando (18), apenas admitia a escolha da lei da nacionalidade de Estados-Membros da UE e ainda o de que existia uma Convenção entre a República da Polónia e a Ucrânia, de 1993, em vigor, e que, de acordo com o seu art. 37.º, em matéria de sucessão por morte de bens imóveis, era aplicável a lei do país contratante em cujo território esses bens estavam localizados³. Para sustentar este segundo argumento, foi ainda invocado o art. 75.º, n.º 1, do Regulamento 650/2012, de acordo com o qual é dada primazia às convenções internacionais de que um Estado-Membro seja parte à data da adoção do Regulamento e que respeite às matérias por ele reguladas⁴.

A cidadã ucraniana, também em síntese, alegou que o art. 22.º do Regulamento 650/2012 permite a escolha da lei da nacionalidade para regular a sucessão e sustentou que o seu art. 75.º, n.º 1, visa preservar a conformidade deste instrumento com as obrigações decorrentes das Convenções celebradas entre Estados-Membros e Estados terceiros. Daqui retirou que, não estando preceituada a escolha da lei na referida Convenção entre a República da Polónia e a Ucrânia, a aplicação do art. 22.º, n.º 1, do Regulamento não seria incompatível com esta⁵.

2. Neste contexto, as questões colocadas ao TJUE foram as seguintes:

“1) Deve o artigo 22.º [do Regulamento n.º 650/2012] ser interpretado no sentido de que uma pessoa que não é nacional da União Europeia está habilitada a escolher a lei nacional como lei que regulará toda a sucessão?

2) Deve o artigo 75.º, em conjugação com o artigo 22.º do [referido regulamento], ser interpretado no sentido de que, quando uma convenção bilateral entre um Estado-Membro e um [Estado]terceiro não regula a escolha da lei aplicável em matéria sucessória, mas designa a lei aplicável à sucessão, um nacional desse [Estado que] resida num Estado-Membro vinculado por essa convenção bilateral pode escolher a lei aplicável?”.

3. O TJUE, em síntese, decidiu que, à luz do art. 22.º do Regulamento 650/2012, o nacional de um Estado não membro da UE pode escolher a lei do país da sua nacionalidade para regular a sua sucessão por morte, afastando, por isso, o primeiro argumento invocado pelo Notário. Todavia, entendeu também que, de acordo com o art. 75.º do mesmo Regulamento, da aplicação da Convenção bilateral acima indicada pode resultar o afastamento da possibilidade de escolha da *lex successionis*, conforme preceituado no art. 22.º do Regulamento, por aquele instrumento não prever essa escolha.

4. No presente comentário, incidir-se-á a atenção em três aspetos que se entendem centrais neste acórdão: 1) a autonomia da vontade, 2) o concurso entre o Regulamento 650/2012 e outras Convenções e 3) o princípio da unidade da sucessão.

II. Autonomia da vontade das partes

5. Nos termos do art. 22.º, n.º 1, do Regulamento 650/2012, admite-se que uma pessoa possa escolher como *lex successionis* a lei do Estado da sua nacionalidade, quer no momento da escolha, quer no do óbito. Mais se especificando que os plurinacionais podem, no momento da escolha, optar pela

² Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (doravante Regulamento 650/2012), publicado no JOUE L 201, de 27/7/2012, pp. 107 ss.

³ De acordo com a mesma disposição, “[a] qualificação dos bens que fazem parte da herança como bens móveis ou como bens imóveis é regulada pela lei da parte contratante em cujo território se encontrem os bens”.

⁴ Pontos 12 e 13 do acórdão.

⁵ Ponto 14 do acórdão.

lei de qualquer um dos Estados das suas nacionalidades. Também no considerando (38) se encontra expressa referência à possibilidade de os cidadãos escolherem a lei do Estado da sua nacionalidade, sem restrições em função de a sua nacionalidade ser ou não de Estados-Membros.

Daqui resulta que a possibilidade de escolha da lei da nacionalidade não está limitada aos cidadãos de Estados-Membros da UE⁶. A letra da lei vai neste sentido e não se encontram razões que indiquem em contrário. O próprio Regulamento, no seu art. 20.º determina a aplicação da lei designada pelas suas normas, ainda que não seja a lei de um Estado-Membro⁷. Não se condiciona, pois, a aplicação do Regulamento 650/2012 nem, em concreto, a possibilidade de escolha da lei da nacionalidade, ao facto de as pessoas relevantes no âmbito da sucessão serem nacionais ou residentes habitualmente em Estados-Membros da UE. Para além disso, é expressamente referido no considerando (57) do Regulamento 650/2012 a possibilidade de ser designada a lei de um Estado terceiro para regular a sucessão por morte. No último período deste considerando exclui-se expressamente o reenvio se tiver sido escolhida a lei de um Estado terceiro⁸. No mesmo sentido determina o art. 34.º, n.ºs 1 e 2.

6. Tem também sido invocado como argumento a favor da possibilidade de escolha da lei da nacionalidade de um Estado não membro da UE o facto de os arts. 5.º e 6.º do Regulamento 650/2012 condicionarem a sua aplicação aos casos em que a lei escolhida pelo falecido para regular a sua sucessão, em conformidade com o art. 22.º, é a lei de um Estado-Membro. Daqui resulta que pode haver uma outra escolha: a da lei de um Estado terceiro, de que o falecido também poderá ser nacional⁹.

7. Do exposto resulta que, à luz do art. 22.º, n.º 1, do Regulamento 650/2012, os nacionais de Estados terceiros podem escolher a lei da sua nacionalidade para regular a respetiva sucessão por morte.

III. O concurso entre o Regulamento 650/2012 e outras Convenções

1. Considerações gerais

8. A segunda questão colocada ao TJUE prende-se com o concurso da aplicação do Regulamento com a de uma Convenção bilateral entre a República da Polónia e a Ucrânia, de 1993, em vigor, e que determina que a sucessão dos bens imobiliários é regulada pela lei da situação dos imóveis. Não se admite, nesta Convenção, a possibilidade de escolher a lei da nacionalidade para regular a sucessão. Assim, este preceito da Convenção bilateral conduz, no caso em apreço, à aplicação da lei material polaca, por ser neste Estado que o imóvel se encontrava localizado.

9. Para determinar se há primazia da referida Convenção bilateral sobre o Regulamento 650/2012, releva, em especial, o art. 75.º deste instrumento. Aí se determina, sob a epígrafe “[r]elações com convenções internacionais existentes”, que o Regulamento não prejudica a aplicação de convenções internacionais de que um Estado-Membro – como é o caso da Polónia – já seja parte à data da adoção do Regulamento e que regule as matérias por aquele também regidas. Ora, no caso em análise, a Convenção previamente celebrada entre a Polónia e a Ucrânia regula também matéria sucessória, logo, daqui resulta a primazia da sua aplicação¹⁰.

⁶ A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, A. Bonomi, Article 22, 2.ª edição, colaboração de I. Pretelli e A. Öztürk, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 333; P. MANKOWSKI, “Dual and Multiple Nationals, Stateless Persons”, *General principles of European Private International Law*, Ed. S. Leible, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, pp. 189-210, p. 199; I. VIARENGO, “Applicable Law: Choice of Law”, *EU Cross-Border Succession Law*, Ed. S. Bariatti, I. Viarengo e F. C. Villata, Edward Elgar, UK, USA, 2022, pp. 134-149, pp. 140 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2024, p. 192.

⁷ Esta é uma orientação comum a vários regulamentos europeus que regulam os conflitos de leis. Cfr. E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia*, cit., pp. 71 ss., em especial, com referência ao acórdão em comentário, nota 154.

⁸ Cfr. ponto 21 do acórdão.

⁹ Cfr. ponto 22 do acórdão.

¹⁰ Cfr. ponto 26 do acórdão. *Vide*, a este respeito, o acórdão do TJUE de 4 de maio de 2010, Proc. C-533/08, *TNT Express*

É usual os Regulamentos sobre conflitos de leis incluírem uma norma sobre a sua relação com outros instrumentos internacionais que já vinculavam os Estados-Membros antes da adoção daqueles¹¹. Atente-se, a este respeito, v.g., no art. 25.º do Regulamento Roma I¹², art. 28.º do Regulamento Roma II¹³, art. 19.º do Regulamento 1259/2010¹⁴, etc.

Em termos mais amplos, haverá que ter presente o art. 351.º TFUE¹⁵, nos termos do qual – apesar de se partir de um princípio de que as disposições dos Tratados da UE não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 ou, relativamente aos Estados que aderiram posteriormente à UE, antes da respetiva adesão –, se determina que, se se verificar que estas convenções são incompatíveis com os Tratados, os Estados-Membros deverão tomar as necessárias diligências para eliminar essas incompatibilidades. Importa, por isso, verificar se a Convenção bilateral em vigor entre a República da Polónia e a Ucrânia, ou os efeitos que resultam da sua aplicação, apresentam alguma incompatibilidade com os Tratados da UE¹⁶.

2. A escolha da lei da nacionalidade e o princípio da unidade da sucessão

10. É neste contexto que se analisaram, no acórdão, os objetivos visados pelo Regulamento 650/2012. Foi sublinhada a finalidade do regime consagrado neste diploma de suprimir os entraves à livre circulação de pessoas no âmbito de sucessões com incidência transfronteiriça¹⁷.

11. A possibilidade de escolha da lei da nacionalidade não foi considerada um princípio subjacente ao Regulamento¹⁸. Na verdade, a regra geral, preceituada no art. 21.º, determina a aplicação da lei da residência habitual do *de cuius*, constituindo a escolha da lei da nacionalidade uma sua derrogação. Acresce que quer a aplicação da lei da nacionalidade, quer da residência habitual garante a previsibili-

Nederland BV contra *AXA Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2010:243 (doravante designado acórdão *TNT Express Nederland*), que, a propósito do art. 71.º do Regulamento 44/2001, veio considerar, nos seus pontos 45 e 46, que “[d]e acordo com a letra do artigo 71.º do Regulamento n.º 44/2001, quando o litígio é abrangido pelo âmbito de aplicação de uma convenção especial, devem ser aplicadas, em princípio, as regras previstas nessa convenção, e não as do Regulamento n.º 44/2001”, concretizando que “(...) resulta dos termos do artigo 71.º, n.º 1, do referido regulamento, segundo os quais este «não prejudica» as convenções especiais, que o legislador previu, em caso de concurso de normas, a aplicação dessas convenções”. *Vide*, a este respeito, C. BRIÈRE, “12. Conflit de lois. La prévalence d’un accord bilatéral sur le règlement Successions”, *Journal de Droit International*, 2/2024, pp. 599-609, p. 605.

¹¹ *Vide* C. BRIÈRE, “12. Conflit de lois. La prévalence d’un accord bilatéral sur le règlement Successions”, cit., p. 604.

¹² Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), publicado no JOUE L 177, de 4/7/2008, pp. 6 ss.

¹³ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), publicado no JOUE L 199, de 31/7/2007, pp. 40 ss.

¹⁴ Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho de 20 de dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, publicado no JOUE L 343, de 29/12/2010, pp. 10 ss.

¹⁵ Apelando a esta disposição, em concreto a que o art. 75.º do Regulamento 650/2012 seja interpretado à luz do art. 351.º TFUE, cfr. pontos 80 ss. das Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, apresentadas em 23 de março de 2023, Proc. C21/22, OP sendo interveniente *Justyna Gawlica, Notaria*, ECLI:EU:C:2023:247 (doravante Conclusões do Advogado-Geral). Conclui que: “84. Desta premissa decorre: - Em primeiro lugar, que o Estado-Membro deve evitar a contradição dando ao acordo, na medida do possível e respeitando o direito internacional, uma interpretação conforme com o direito da União. - Em segundo lugar, que, se tal não for possível, o Estado-Membro deverá tomar as medidas para eliminar a desconformidade da convenção com o direito da União, se for caso disso procedendo à sua denúncia. Enquanto não ocorrer essa eliminação, o artigo 351.º, primeiro parágrafo, TFUE, autoriza a continuar a aplicar a convenção”.

¹⁶ *Vide* ponto 29 do acórdão, sublinhando a jurisprudência do TJUE do *TNT Express Nederland*, em cujo ponto 51 se pode ler: “O artigo 71.º do Regulamento n.º 44/2001 não pode ter um alcance que esteja em conflito com os princípios basilares da legislação de que faz parte. Consequentemente, este artigo não pode ser interpretado no sentido de que, num domínio abrangido por esse regulamento, como o transporte de mercadorias por estrada, uma convenção especial, como a CMR, possa levar a resultados menos favoráveis para o bom funcionamento do mercado interno do que os alcançados pelas disposições do referido regulamento”. Cfr. C. BRIÈRE, “12. Conflit de lois. La prévalence d’un accord bilatéral sur le règlement Successions”, cit., pp. 605 ss.

¹⁷ Ponto 30 do acórdão.

¹⁸ *Vide*, a este respeito, pontos 62 e 63 das Conclusões do Advogado-Geral.

dade e segurança visadas com o Regulamento 650/2012 para a sucessão por morte¹⁹. Neste contexto, o TJUE concluiu que a possibilidade de escolha da lei aplicável à sucessão não é um princípio subjacente ao Regulamento 650/2012.

12. No que respeita à unidade da sucessão, apesar de resultar, *v.g.*, do considerando (37) ou do art. 23.º, que, esta está subjacente ao Regulamento 650/2012²⁰, a mesma não é absoluta²¹.

Desde logo, ao conferir-se relevância às normas de conflitos e sistema de devolução de Estados terceiros (*i.e.*, ao reenvio), nos termos do art. 34.º do Regulamento, terá de se admitir a possibilidade de a sucessão de uma pessoa ser regulada por mais do que uma lei, colocando-se em causa o princípio da unidade da sucessão²². É o caso, *v.g.*, em que seja admitido o reenvio e a norma de conflitos do país da residência habitual do *de cuius* determinar a aplicação da lei da situação dos imóveis para regular a sucessão imobiliária e a lei do domicílio do *de cuius* para regular a sucessão mobiliária, tendo o autor da sucessão bens imóveis em mais do que um país²³.

13. Acresce ainda que, nos termos do art. 12.º, n.º 1, do Regulamento, se admite que, se a herança integrar bens situados em Estados terceiros, o órgão decisor da sucessão poderá, a pedido de uma das partes, decidir não se pronunciar sobre esses bens se for expectável que a decisão relativa a esses bens não será reconhecida nem declarada executória nesse Estado. Daqui também poderá resultar que a sucessão não seja regulada globalmente²⁴.

14. Assim, não pode ser invocado o princípio da unidade da sucessão para afastar a aplicação de uma regra de uma Convenção bilateral como a que consta da que foi celebrada entre a Polónia e a Ucrânia. Na verdade, o resultado que pode decorrer da aplicação da norma de conflitos constante do acordo bilateral celebrado entre a República da Polónia e a Ucrânia poderia também verificar-se nos casos em que são aplicadas as normas do Regulamento 650/2012. No caso em análise, da aplicação da norma de conflitos daquele acordo resulta a competência da lei do lugar da situação do imóvel, no caso, da Polónia. Todavia, se, por aplicação da regra geral que consta do Regulamento – art. 21.º, n.º 1 – for aplicada a lei da residência habitual do *de cuius* e esta se localizar num Estado terceiro que determine que a sucessão imobiliária é regulada pela lei do lugar da situação dos bens, que se situam num outro Estado terceiro e que se considera a si própria competente, será esta a lei que irá regular a sucessão imobiliária do caso em análise, atento o disposto no art. 34.º, n.º 1, al. b).

IV. Conclusão

15. Apesar de, no âmbito do art. 22.º do Regulamento 650/2012, se admitir que uma pessoa escolha a lei que irá regular a sua sucessão por morte, não resulta que o afastamento desta possibilidade contrarie os Tratados da UE, *maxime* as liberdades europeias, ou que coloque em crise as finalidades

¹⁹ Ponto 32 do acórdão.

²⁰ E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia*, cit., pp. 136 ss. *Vide* também, *v.g.*, ponto 54 do acórdão do TJUE de 21 de junho de 2018, Proc. C-20/17, *Vincent Pierre Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485; ponto 55 do acórdão do TJUE de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16, *Aleksandra Kubicka* sendo interveniente *Przemysława Bac*, ECLI:EU:C:2017:755.

²¹ Ponto 34 do acórdão. Considerando também que a unidade da sucessão é um princípio subjacente ao Regulamento 650/2012, embora não absoluto, *vide* pontos 69 ss. das Conclusões do Advogado Geral.

²² J. GOMES DE ALMEIDA, “Apontamentos sobre o novo Direito de Conflitos Sucessório”, *Revista do CEJ*, 2014-II, pp. 27-52, pp. 50 ss.; *The EU Succession Regulation, A Commentary*, A. Daví, Article 34, Ed. A.-L. Calvo Caravaca, A. Daví e H.-P. Mansel, Cambridge University Press, 2016, p. 489; J. VON HEIN, “*Renvoi* in European Private International Law”, *General principles of European Private International Law*, Ed. Stefan Leible, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, pp. 227-273, p. 256; A. KÖHLER, “EuErbVO”, *Internationales Erbrecht*, Coord. W. Gierl, A. Köhler, L. Kroiß e H. Wilsch, 4.ª edição, Nomos, 2024, pp. 21-156, p. 106; E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia*, cit., p. 286.

²³ E. DIAS OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia*, cit., p. 286.

²⁴ Referindo-se ao argumento que resulta do art. 12.º, *cfr.* pontos 71 ss. das Conclusões do Advogado Geral. Comentando estes argumentos, *cfr.* C. BRIÈRE, “12. Conflit de lois. La prévalence d’un accord bilatéral sur l’règlement Successions”, cit., p. 609, que também refere o teor do art. 10.º, n.º 2, do Regulamento 650/2012.

declaradas que estão subjacentes ao Regulamento. Conforme *supra* referido, uma das principais finalidades do Regulamento é que os cidadãos possam, no espaço europeu, organizar antecipadamente a sua sucessão, assegurando-se previsibilidade e segurança jurídica e, conseqüentemente, assim se contribuindo para a livre circulação das pessoas²⁵. Ora, caso não haja escolha da lei da nacionalidade, será aplicada a regra geral, consagrada no art. 21.º, n.º 1, que determina a aplicação da lei da residência habitual do *de cuius* à data da morte. Esta lei poderá ser afastada por uma outra que, no caso concreto, revele apresentar com a situação uma conexão manifestamente mais estreita, conforme preceitua o art. 21.º, n.º 2. Em qualquer dos casos, será sempre aplicada uma lei que apresenta uma conexão estreita com a situação, que resulta de um preceito claro, e que, por isso, permite a almejada previsibilidade e segurança jurídicas.

16. É objetivo declarado do Regulamento 650/2012 “(...) evitar a fragmentação da sucessão (...)”, visando-se que uma só “(...) lei deverá regular a totalidade da sucessão (...)”²⁶. Todavia, resulta dos regime consagrado no próprio Regulamento que poderá ser aplicada mais do que uma lei à sucessão por morte da mesma pessoa. Desde logo, *v.g.*, ao admitir-se, nos termos do art. 34.º, n.º 1, o reenvio, que pode conduzir ao fracionamento da lei aplicável à sucessão por morte.

17. Neste contexto, o argumento de que a aplicação da norma de conflitos da Convenção bilateral – que determina a competência da lei do lugar da situação do imóvel – pode ser contrário ao princípio da unidade da sucessão e que, por isso, deve ser afastada, não colhe. Sendo certo que o princípio da unidade da sucessão está subjacente ao Regulamento, é o próprio regime neste consagrado que admite a possibilidade de a sucessão não ser regulada por uma única lei.

18. Os Estados deverão estar atentos aos tratados que celebraram e que ainda estão em vigor e verificar se ainda se justifica a sua manutenção. Neste caso, a aplicação da Convenção bilateral conduziu a que não fosse permitido a uma cidadã ucraniana, com residência habitual na Polónia, a escolha da lei da sua nacionalidade para reger a sucessão, o que, em princípio, seria possível se aquela não estivesse em vigor.

²⁵ Cfr. *v.g.*, considerandos (7) e (37) do Regulamento 650/2012.

²⁶ Considerando (37) do Regulamento 650/2012.

Nota a la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución: entre lo anodino y lo lesivo

Note on the Instruction of April 28, 2025, of the General Directorate of Legal Security and Public Faith, on updating the registration regime for the parentage of births through surrogacy: between the anodyne and the harmful

ANTONIA DURÁN AYAGO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca
ORCID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:31.05.2025/Aceptado:09.09.2025
DOI: 10.20318/cdt.2025.9911

Sumario: I. Contexto 1. Para empezar 2. Echando la vista atrás II. Contenido 1. Primera directriz 2. Segunda directriz 3. Tercera directriz 4. Cuarta directriz III. Consecuencias IV. Valoración

Resumen: Estamos ante una Instrucción que es claramente lesiva para los intereses de los niños que nacen en el extranjero a través de gestación por sustitución y que son hijos de españoles. En vez de proponer soluciones a estos casos, lo que ha hecho es cortocircuitar el acceso al Registro Civil español de estos niños, obligándolos a una doble determinación de la filiación conforme a la normativa española, única a la que se le otorga legitimidad. Se trata de un despropósito jurídico que pasa por alto nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, y por tanto, vulnera nuestro ordenamiento jurídico. Cuanto antes, debería ser anulada.

Palabras clave: Gestación por sustitución, reconocimiento, interés superior del menor

Abstract: We are faced with an Instruction that is clearly detrimental to the interests of children born abroad through surrogacy to Spanish parents. Instead of proposing solutions to these cases, it has effectively short-circuited these children's access to the Spanish Civil Registry, forcing them to undergo a double determination of parentage in accordance with Spanish regulations, the only ones granted legitimacy. This is a legal absurdity that ignores our system of Private International Law and therefore violates our legal system. It should be repealed as soon as possible.

Key words: Surrogacy, recognition, best interests of the child

I. Contexto

1. Para empezar

1. Llevamos años en España dando vueltas a qué hacer con los niños que nacen en el extranjero por gestación por sustitución y que son hijos de españoles. Lo evidente, fundamentado en la lógica

jurídica, se ha convertido en una lucha de titanes contra una cosmovisión monolítica y hostil de este fenómeno. Porque parece obvio que si el Estado en el que ha nacido un niño por gestación por sustitución reconoce que es hijo de los comitentes, quedando así registrado en el lugar de su nacimiento, nada debería hacer cambiar este estatus, que determina también el nombre y en muchos casos su nacionalidad.

2. A la lógica jurídica, se añaden preceptos de peso, como el artículo 7, apartado primero de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que precisa que “[e]l niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Y también su artículo 3 que indica que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

3. No parece complicado entender, pues, que el niño tiene derecho a una identidad única que vendrá determinada, en primera instancia, por el Estado en el que nazca, que será el que determine si los comitentes tienen o no reconocido el vínculo legal de la filiación respecto de ese niño. Y si así fuera, no se entiende bien que otro Estado exija una nueva determinación de la filiación conforme a su normativa, por considerar que sólo puede ser hijo de español (casos que necesitan acceder al Registro civil español, según artículo 9 *Ley 20/2011, del Registro Civil*¹) aquellos que lo sean conforme a la normativa española. Lo cual significa negar de entrada toda posibilidad de establecer la filiación conforme a otros Derechos, algo que actualmente la legislación española no hace, puesto que no considera que únicamente sean competentes las autoridades españolas para el establecimiento de la filiación respecto de un español, ni tampoco hay norma de conflicto que establezca que en todo caso tenga que aplicarse el Derecho español. Así que, constatamos que ni la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en cuyos pronunciamientos se inspira la Instrucción, destaca por sus conocimientos en el sistema español de Derecho Internacional Privado, ni lo hace tampoco la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJyFP), como se podrá comprobar a continuación.

2. Echando la mirada atrás

4. Pero para entender dónde nos ha situado la *Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución*², hay que remontarse a 2009, en concreto a la Resolución DGRN de 18 de febrero³ por la que se autorizó que accediera al Registro Civil español el nacimiento y la filiación de unos gemelos hijos de un matrimonio español de varones que habían nacido en California a través de gestación por sustitución. Fue la primera vez que el órgano directivo se pronunció sobre esta cuestión y lo hizo basándose en el interés superior del menor y sustentándose en el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, considerando que se trataba un tema de reconocimiento de decisiones extranjeras y como tal no cabía aplicar la normativa española, en especial el artículo 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*⁴, en el que se establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Este artículo también precisa que la filiación materna se determina por el parto y permite acciones de reclamación de la paternidad biológica conforme a las reglas generales (arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

¹ BOE núm. 175, de 22/07/2011, que entró en vigor de manera completa el 30 de abril de 2021.

² BOE núm. 105, de 1 de mayo de 2025, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2025/05/01/pdfs/BOE-A-2025-8647.pdf>.

³ Accesible en <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/>, consultado el 27 de mayo de 2025. También en Westlaw RJ 2009\1735.

⁴ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

5. La citada Resolución DGRN terminaría siendo anulada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de febrero de 2014⁵, tras el procedimiento iniciado por la Fiscalía⁶. Pero poco después de que se iniciara el procedimiento judicial sobre este caso, llegó la *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010*⁷ en la que se establecían los criterios para determinar las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacimientos acaecidos en el extranjero mediante gestación por sustitución cuando uno de los progenitores era de nacionalidad española. Esta Instrucción, a la que deja sin efecto la de 2025, pretendía, en palabras de esta última, “*dotar de plena protección jurídica al interés superior de los menores, así como proteger otros intereses concurrentes en esos supuestos de gestación por sustitución*”. Por supuesto, “*dejaba claro que en ningún caso se puede permitir que la inscripción registral dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y exigía que no resultara vulnerado en ningún caso el derecho del menor a conocer su origen biológico*”⁸. La Instrucción de 2010, “*para garantizar la protección de los intereses mencionados, exigía como requisito previo para la inscripción de los nacimientos mediante gestación por sustitución la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente que permitiera garantizar la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, el pleno respeto a los requisitos previstos en la normativa del país de origen y que no existiera simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubriera una situación de tráfico internacional de menores*”⁹. Se requería para la inscripción la obtención del exequátur o reconocimiento incidental, si se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Si no se aportaba sentencia, no cabía la inscripción y la única vía era recurrir al procedimiento establecido en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 a través de los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. Estas consideraciones se mantuvieron en la *Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019*¹⁰, tras el intento de avanzar que proponía la interesante, pero *non nata*, *Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019*¹¹. En paralelo a este recorrido de carácter gubernativo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha ido encadenando sentencias, todas cortadas por el mismo patrón y sin atisbar en ellas en ningún momento la perspectiva internacionalprivatista. Tras la primera de 2014 y su auto aclaratorio de febrero de 2015¹², vinieron las sentencias de 31 de marzo de 2022¹³; 4 de diciembre de 2024¹⁴ y 25 de marzo de 2025¹⁵, si bien la última tiene una perspectiva diferente, puesto que lo que se ejercita es una acción de impugnación de la maternidad de la gestante por el padre comitente.

7. No obstante, la Instrucción de 2025 pone su foco en la sentencia de 4 diciembre de 2024, que ratifica la denegación del reconocimiento a una sentencia extranjera de Texas (Estados Unidos) en que se establecía la filiación habida a través de gestación por sustitución a favor de los comitentes españoles por considerarla contraria al orden público internacional español [art. 46.1 a) *Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil*¹⁶], al entender que a través de esta práctica “*se cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y se vulneran principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico*”, aludiendo a que la *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica*

⁵ ECLI:ES:TS:2014:247

⁶ Inicialmente anulada por la sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (ECLI:ES:JPI:2010:25), confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738).

⁷ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010

⁸ Exposición de motivos de la Instrucción DGSJyFP de 2025.

⁹ *Idem*.

¹⁰ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

¹¹ Accesible en https://e00elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf, consultado el 27 de mayo de 2025.

¹² ECLI:ES:TS:2015:335ª.

¹³ ECLI:ES:TS:2022:1153.

¹⁴ ECLI:ES:TS:2024:5879.

¹⁵ ECLI:ES:TS:2025:1262.

¹⁶ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁷, considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres. La Instrucción también cita y hace suyo el fundamento de Derecho quinto de la citada sentencia, en el que se señala que “la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia”. También sostiene que “la protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación [extranjera], sino que habrá de partir (...) de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores. Por tanto, la protección que ha de otorgarse (...) ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar”.

II. Contenido

8. Con estos antecedentes, y tomando como base esta última sentencia del Tribunal Supremo que, como decimos, no es si no redundancia de las anteriores, la DGSJyFP elabora y hace pública la Instrucción de 2025 que se estructura en cuatro directrices en la idea, según sus palabras, de “asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes”.

1. Primera directriz: Dejar sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

9. Sorprende que habiendo glosado en su exposición de motivos estas Instrucciones, destacando en ellas que tenían como propósito proteger los intereses de los menores y de las gestantes, se dejen sin efecto para dejar, en consecuencia, desprotegidos a los menores y a las gestantes. Es posible preguntarse entonces qué es lo que se pretende con la actual Instrucción. Desde luego, queda claro que no garantizar los derechos de los menores nacidos por gestación por sustitución ni tampoco los de las gestantes.

2. Segunda directriz: En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente.

10. Esta directriz vulnera de forma flagrante los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero que sean hijos de españoles. Sin respaldo normativo alguno, es más, contraviniendo la Ley 20/2011, del Registro Civil, conmina a los encargados de los Registros Civiles, incluyendo los Registros Consulares, a no considerar título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación de estos niños ni una certificación registral extranjera, ni la simple declaración acompañada de

¹⁷ BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

certificación médica relativa al nacimiento del niño, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente. O dicho con otras palabras, se bloquea por completo la continuidad en el espacio de documentos o sentencias que acrediten legalmente el nacimiento y la filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución.

11. Como digo, esto es contrario a los artículos 96¹⁸ y 98¹⁹ de la Ley del Registro Civil. En ambos preceptos, la única condición que podría impedir, *a priori*, el reconocimiento de una sentencia judicial o de una certificación registral es su contrariedad con el orden público internacional. Pero de todos es sabido que este concepto no puede ser interpretado *in genere* ni con amplitud, puesto que ello puede conllevar, y más en estos casos, una vulneración manifiesta del interés del menor, pues qué duda cabe que al menor interesa que su filiación quede establecida y sea indubitada desde su nacimiento. Por lo que sólo cabría interpretar que estamos ante un hecho que vulnera el orden público internacional, bien si se constatará que la filiación deriva de un proceso de gestación por sustitución forzado, esto es, en los que ha habido un vicio del consentimiento de la gestante o, dicho con otras palabras, no ha existido un consentimiento libre, informado y pleno de la gestante, bien si se demostrara que estamos ante un caso de tráfico internacional de menores, lo que a todas luces no ha ocurrido en ninguno de los casos que han llegado al Tribunal Supremo.

12. La Instrucción de 2010 era clara en este sentido. Aunque no utilizaba exactamente el concepto de orden público internacional en sentido obstaculizante para el acceso al Registro Civil, se hacía referencia a la necesidad de “*constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la*

¹⁸ Artículo 96. Resoluciones judiciales extranjeras.

1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del *exequátur* contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar *exequátur* de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.

¹⁹ Artículo 98. Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.

eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores". Frente a ello, el Tribunal Supremo se ha venido escudando en premisas genéricas que parten de una visión monolítica y etnocéntrica de la gestación por sustitución. Para el magistrado ponente de todas las sentencias sobre este tema, Sr. Sarazá, *"la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico [...]. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes"*²⁰.

13. Lo que ocurre es que con esta visión incontrastada en el caso concreto, se está vulnerando un derecho fundamental del niño como es la necesidad de ver reconocida su filiación de forma indubitada tal y como ha sido establecida en el Estado en que ha nacido, cuya legislación se enfrenta al fenómeno de la gestación por sustitución desde otros parámetros menos catastrofistas y, por qué no decir, también más realistas.

3. Tercera directriz: Las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el «Boletín Oficial del Estado» no se practicarán.

14. Aunque lo apuntado respecto de la anterior directriz serviría para justificar la invalidez de toda ella, sorprende que la DGSJyFP desconozca que existe un principio constitucional que prohíbe la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 Constitución española). Si entendemos por solicitudes pendientes las ya presentadas en el Registro Civil para su inscripción, supondría un cambio brusco en la operativa que se venía realizando hasta ese momento que vulneraría además también la seguridad jurídica por el giro dado en el órgano directivo.

4. Cuarta directriz: Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

15. Si el asombro está presente en la lectura de cada una de las directrices anteriores, podemos decir que nos parece que ésta supera con creces la capacidad de cinismo de la DGSJyFP. En primer lugar, porque la alusión a que *"los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España"* no atisbamos a entender qué pretende querer decir, si no desentenderse de la realidad de estos menores y manifestar que por parte de las autoridades españolas no van a facilitar ninguna documentación que les permita entrar en España. Ese "podrán obtener" en realidad significa que busquen los solicitantes los medios para dotar de documentación a sus hijos. La cuestión es que si no nacen en un Estado en que la nacionalidad se obtenga *ius soli*, difícilmente van a obtener ningún tipo de documento válido para entrar en España, puesto que carecerán de pasaporte. Se trataría en estos casos de solicitar y conseguir que el Estado en que el niño ha nacido expedida, con carácter excepcional, un título de viaje que le permita viajar a España.

²⁰ F. J. tercero sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024.

16. En cuanto a la segunda parte en la que se establece que la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español, varias cuestiones sorprenden. En primer lugar, y de entrada, la obligatoriedad de una doble determinación de la filiación, algo que, todo hay que decir, no es idea original de este órgano, sino de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, introduciendo incongruencias en sus sentencias, puesto que lo que se ha solicitado en los recursos que las justifican es el reconocimiento, no ideas para volver a establecer una filiación ya establecida.

17. Como venimos sosteniendo, esta obligación impuesta de proceder a una doble determinación de la filiación es contraria al interés del menor. Porque qué filiación ha tenido desde su nacimiento entonces. Qué sucedería si antes de esa nueva determinación de la filiación conforme al ordenamiento español, alguno de los progenitores fallece. ¿Qué derechos tendría el niño en ese caso? Es tan irracional el razonamiento del Tribunal Supremo acogido por la DGSJyFP que llevado al extremo supondría negar toda eficacia a los actos que tienen lugar en el extranjero y que afectan al estado civil de los españoles. Dicho con otras palabras, supondría que los actos que afecten a personas españolas que acaecen en el extranjero y quedan inscritos en el Registro Civil del Estado en que ello sucede carecen de toda eficacia, permaneciendo en suspenso hasta pasar el filtro del Derecho español, único al que se le concede legitimidad. Obviamente, esto supone desconocer por completo principios básicos como la continuidad en el espacio de las situaciones y de las relaciones jurídicas. Supondría, además, volver al momento previo a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que imperaba en España una especie de imperialismo jurisdiccional, algo que como es sabido, es contrario, entre otros, al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

18. Pero es que en la Instrucción se pasa por alto incluso la necesidad de recurrir a las normas de Derecho Internacional Privado para llevar a cabo esa nueva determinación de la filiación y parece obvio que nos encontramos ante un caso con elemento extranjero porque el niño, desde la perspectiva española, no será considerado español en ese momento, puesto que no se reconoce la filiación respecto de un español así establecida en su Estado de nacimiento.

19. En este caso, tendría que recurrirse al artículo 22 quáter d) LOPJ²¹ que contempla varios foros concurrentes para que los tribunales españoles pudieran tener competencia judicial internacional para llevar a cabo el procedimiento al que se alude en el artículo 10.3 Ley 14/2006, de impugnación judicial de la paternidad biológica. Siendo preciso remarcar, por el desconocimiento que parece deducirse de la Instrucción y también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Ley Orgánica del Poder Judicial no contempla la filiación como una materia objeto de foro exclusivo, esto es, que solo los tribunales españoles puedan conocer de los asuntos relacionados con la filiación de españoles. Pero dicho esto, es posible preguntarse también qué sucede si no se da esta circunstancia a la que alude el artículo 10.3 Ley 14/2006, esto es, si ninguno de los comitentes ha aportado material biológico. Porque a la adopción parece aludir la Instrucción como medio para legalizar la situación de la pareja del progenitor biológico, no como vía para “regularizar” la filiación, que, por otro lado, no cabría conforme a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no hay desamparo del menor, ni se ha realizado un proceso de idoneidad de los solicitantes. A no ser que al Tribunal Supremo y a la DGSJyFP no les importe desvirtuar una medida de protección como es la adopción para que quepa en ella lo que tiene naturaleza jurídica distinta.

20. Y si no se hace alusión a las normas de competencia judicial internacional, tampoco a la norma de conflicto que en España regula la ley aplicable a la filiación (artículo 9.4 Código civil)²² y que

²¹ Del siguiente tenor: “*en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”

²² Cuyo tenor es: “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo,*

conduciría a la aplicación de la ley de la residencia habitual del niño, que únicamente si se considera que reside en España (o que va a residir en España, residencia prospectiva), se aplicará la legislación española a la que alude la Instrucción.

21. En fin, que se adopta una perspectiva equivocada basada en el no reconocimiento de la filiación ya establecida, exigiendo una nueva determinación de la filiación conforme al Derecho español, contraviniendo nuestro ordenamiento jurídico.

III. Consecuencias

22. Contrasta la involución que supone esta Instrucción en España con las recientes sentencias de la Corte de Casación francesa (Arrêts n° 22-20.883²³, n° 23-50.002²⁴, n° 23-50.001²⁵, n° 23-50.017²⁶ y n° 23-50.020 de 2 octubre 2024²⁷ y arrêt n° 23-50.016 de 14 noviembre 2024²⁸)²⁹ que han dado lugar a que la Dirección General de Asuntos civiles del Ministerio de Justicia francés, equiparable a nuestra DGSJyFP, haya emitido el pasado 9 de abril una Instrucción³⁰ en la que opta por adoptar un enfoque parecido al utilizado por la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 a estos casos³¹. Esto es, mientras otros evolucionan, a base, eso sí, de condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³², otros optan por abandonar la precisión jurídica y los matices, alineándose con discursos de odio basados en el desconocimiento. Si no se reacciona a tiempo y se deja sin efecto esta Instrucción, parece bastante probable que haya casos que lleguen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

23. Hay que tener en cuenta que el artículo 10.3 Ley 14/2006 no es la panacea porque deja sin cubrir los casos en que el material genético lo haya aportado la comitente (mujer) y los casos en los que ninguno de los comitentes haya aportado material genético.

o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”.

²³ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 octobre 2024, 22-20.883, Publié au bulletin - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁴ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 octobre 2024, 23-50.002, Publié au bulletin - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁵ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 octobre 2024, 23-50.001, Inédit - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁶ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 octobre 2024, 23-50.017, Inédit - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁷ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 octobre 2024, 23-50.020, Inédit - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁸ Accesible en Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 novembre 2024, 23-50.016, Publié au bulletin - Légifrance, consultado el 29 de mayo de 2025.

²⁹ *Vid.* interesante análisis en E. GALLANT, “Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: el Tribunal de Casación francés marca la pauta”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2025, 17(1), pp. 407-419.

³⁰ Accesible en <https://drive.google.com/file/d/1GdeTPMGryOSg3-1996ZS9TWZtew7U2e-/view?usp=sharing>, consultado el 29 de mayo de 2025.

³¹ *Vid.* G. CUNIBERTI, “French Ministry of Justice Directs Public Officials to Register Foreign Surrogacy Judgments”, accesible en French Ministry of Justice Directs Public Officials to Register Foreign Surrogacy Judgments – EAPIL, consultado el 29 de mayo de 2025.

³² Francia ha sido condenada por el TEDH por impedir la inscripción en el Registro Civil del nacimiento y la filiación de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución en las sentencias de los casos *Menesson*, de 26 de junio de 2014, *Labassée*, de 26 de junio de 2014, *Foulon et Bouvet*, 21 de octubre de 2016, *Laborie*, de 19 de enero de 2017 y *A.L.*, de 7 de julio de 2022, habiendo además sido el Estado que primero hizo uso del Protocolo 16 CEDH, cuya respuesta fue la Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación por sustitución (solicitada por la Corte de Casación francesa), de 19 de abril de 2019.

IV. Valoración

24. La Instrucción de 2025 es un acto de carácter gubernativo que vulnera derechos. En consecuencia, hay dos vías para enfrentarse a ella; bien impugnarla judicialmente para que se declare su nulidad, bien ignorarla, pues no puede aplicarse lo que contraviene nuestro ordenamiento jurídico.

25. Por más que se empeñen el Tribunal Supremo y la DGSJyFJ en negar efectos a las filiaciones habidas a través de gestación por sustitución en el extranjero, esto supone una vulneración del interés superior de los menores a los que ya se les ha reconocido una filiación. El orden público internacional no puede amparar todo lo que sea una regulación diferente de la que existe en el país requerido. Es una condición limitante que en materia de filiación solo debería utilizarse cuando se constate un caso de tráfico o haya habido vulneración de los derechos fundamentales de la gestante. En los demás casos, supone un freno a la identidad del niño y a los derechos que se derivan de esta filiación. Proponer, como hace con pertinaz insistencia el magistrado Sarazá en todas sus sentencias y ahora acoge la DGSJyFP, una nueva determinación de la filiación del menor conforme a la normativa española, supone ignorar el elemento internacional que existe en esa relación. Porque a la postre, cabría preguntarse qué se pretende conseguir con ello. Si lo que se pretende es que la filiación esté “correctamente determinada”, como se indica en sus sentencias, y ello conlleva que únicamente lo esté si se aplica el Derecho español, estamos ante una reduccionista visión de la realidad que acompaña estos casos. Porque no nos olvidemos, puede que el resultado sea el mismo y la filiación quede establecida conforme al Derecho español a favor de los comitentes, tal como estaba establecida desde el nacimiento del niño, pero ese negar eficacia a la filiación legal originaria y establecer una especie de filiación en diferido hasta lograr acreditarla conforme al Derecho español, supone dejar al niño desprotegido y en un limbo jurídico de inciertas consecuencias durante un indeterminado y variable periodo de tiempo. Porque como ya he apuntado en otras ocasiones³³, todo lo que no sea garantizar la continuidad espacial de la filiación originariamente establecida supone vulnerar el interés superior del niño a tener un nombre, una nacionalidad y una identidad indubitada desde el momento de su nacimiento.

26. Las batallas de moralidad son muy legítimas y, por supuesto, pueden hacerse, pero no a costa de los derechos de los niños, y mucho menos retorciendo a conveniencia cuando no contraviniendo nuestro ordenamiento jurídico.

³³ Por todos, *vid.* A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, 2024.

XI Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado
organizado por la Universidad Carlos III de Madrid
en homenaje al profesor ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
(22 y 23 mayo 2025)

XI International Congress on Private International Law
organized by the Carlos III University of Madrid
in honor of Professor ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
(May 22 and 23, 2025)

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Miembro del Institut de Droit International

DOI: 10.20318/cdt.2025.9912

1. El evento se inauguró con la presentación a cargo de la Catedrática ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, quien destacó la relevancia del homenaje y del Congreso para reflexionar sobre los retos contemporáneos del Derecho Internacional Privado. Las primeras intervenciones corrieron a cargo de reconocidas expertas como JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO -directora, además del Congreso-, CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, ISABEL ANTÓN JUÁREZ, NATIVIDAD GOÑI URRIZA y AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, IGNASI GUARDANS I CAMBÓ que abordaron cuestiones clave desde perspectivas institucionales, funcionales y críticas.

La profesora E. CASTELLANOS leyó un emotivo email de reconocimiento a la labor del homenajeado, como Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT, que reproduzco por su interés:



“En ocasión del homenaje que se dedica al Profesor Dr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, el Secretariado del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) querría manifestar lo siguiente:

Que el Profesor CALVO CARAVACA, como miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT, ya en su segundo mandato, ha prestado muy valiosos servicios a la organización a lo largo de los años, y es considerado como un Consejero sabio y muy apreciado por su extraordinaria capacidad para buscar consensos en interés de la organización. Somos, además, muy conscientes de sus muchísimos méritos académicos y de servicio público a lo largo de las décadas. Por todo lo anterior, UNIDROIT quiere adherirse formal y entusiastamente al muy merecido homenaje que se le brinda hoy en Madrid con ocasión de su próxima jubilación. Nosotros nos congratulamos de que no se jubile aún de su participación en nuestro Instituto, a punto de cumplir 100 años.

*Atentamente
Professor Maria Chiara Malaguti
Presidente
Professor Ignacio Tirado
Segretario Generale”.*



2. La jornada del viernes reunió a figuras de referencia como PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT, ISABEL LORENTE MARTÍNEZ, FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, ILARIA PRETELLI y SILVIA MARINO, quienes compartieron reflexiones sobre las nuevas tendencias y los desafíos prácticos del Derecho Internacional Privado a nivel global.

3. El Congreso culminó con una conferencia magistral del homenajeado, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, presentada por el profesor CARLOS FERNÁNDEZ LIESA. Este momento puso en valor su extraordinaria trayectoria y su dedicación apasionada durante más de cuatro décadas al estudio y enseñanza del Derecho Internacional Privado, tras doctorarse brillantemente en la Universidad de Bolonia en 1978 con su tesis sobre la doctrina del interés nacional. CALVO CARAVACA ha sido un destacado docente en diversas Universidades, y su labor como investigador, comunicador, mentor y árbitro internacional ha dejado una huella imborrable.

4. El evento fue concebido como una “charla entre amigos”, fiel al estilo del maestro, favoreciendo un ambiente distendido donde las ideas y los debates





fluyeron con naturalidad, evocando el espíritu inspirador de las conferencias del profesor. La cena del jueves y el cóctel del viernes brindaron a los asistentes la oportunidad de compartir impresiones y fortalecer lazos académicos.

5. Todos estos eventos fueron patrocinados por varios organismos de la Universidad Carlos III de Madrid (la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, el Vicerrectorado de Investigación y Transferencia, el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” y el Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez), Tulp Abogados, y tres prestigiosas entidades colaboradoras europeas (el *Institut Suisse de droit comparé*, la *Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell’Unione Europea* y el *Institut für internationale und ausländisches Privatrecht* de la Universidad de Colonia).

6. Este Congreso no solo reconoció la excelencia académica y humana de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, sino que consolidó el papel de la Universidad Carlos III de Madrid como referente internacional en el campo del Derecho Internacional Privado.



La remisión a ordenamientos plurilegislativos *ad intra*:
la aplicación analógica del artículo 9.10 CC para determinar
la ley aplicable a los extranjeros. Sentencia del Tribunal
Supremo de 19 de mayo de 2025

The reference to plurilegislative systems *ad intra* concerns
the analogical application of Article 9.10 of the Spanish Civil
Code to determine the applicable law for foreigners. Supreme
Court judgment of 19 May 2025

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido:11.07.2025 / Aceptado:27.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9913

Resumen: La sentencia del Tribunal Supremo resuelve acertadamente el complicado problema de aplicación de la norma de conflicto denominado “remisión *ad intra* por reenvío de retorno”. La solución adoptada de aplicar por analogía el artículo 9.10 CC que ordena la aplicación de la ley de la residencia habitual como ley personal de los sujetos que no tienen nacionalidad española para determinar, en un conflicto de leyes interno, la ley rectora de la sucesión de un extranjero zanja la discusión doctrinal en España sobre esta cuestión. El pronunciamiento respeta el equilibrio entre los distintos derechos civiles españoles y el principio de proximidad como principio general del Derecho Internacional Privado.

Palabras clave: Remisión *ad intra*. Problema de aplicación de la norma de conflicto. Derecho interregional. Conflicto de leyes interno. Ley aplicable a la sucesión.

Abstract: The Supreme Court’s decision rightly resolves the complicated problem of applying the conflict rule known as ‘remisión *ad intra* por reenvío de retorno’. Adopting the solution of applying Article 9.10 CC by analogy, which establishes the law of habitual residence as the personal law of the subjects who do not have nationality to determine, in an internal conflict of laws, the governing law of the succession of a foreigner, puts an end to the doctrinal discussion in Spain on this matter. This approach strikes a balance between the various Spanish civil laws and the principle of proximity, which is a fundamental principle of private international law.

Keywords: *Ad intra* referral. Problem of application of the conflict rule. Inter-regional law. Internal conflict of laws. Law applicable to the succession.

Sumario: I. La remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos *ad intra*. II. Hechos. III. Remisión indirecta al sistema español de Derecho Interregional y los extranjeros sin vecindad civil.

I. La remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos *ad intra*

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo se pronuncia sobre el complejo asunto de la determinación del concreto derecho civil español aplicable cuando en una situación privada internacional sometida inicialmente a derecho extranjero deviene, por aplicación de la norma de conflicto extranjera, finalmente sometida a derecho español. Entonces, si el caso plantea un conflicto de leyes interregional debe determinarse cuál de los derechos privados españoles es de aplicación¹. La doctrina se refiere a esta cuestión como la remisión a ordenamientos plurilegislativos “*ad intra*”².

2. Se trata de resolver una cuestión jurídica que tiene elementos internacionales y elementos interregionales y, por la norma de conflicto deviene aplicable el derecho español al fondo del asunto o, como es el caso resuelto por la sentencia comentada, por remisión realizada a través del reenvío de retorno³.

3. Esta interesante sentencia, que además es clara y técnicamente precisa, confirma la doctrina del Tribunal Supremo sobre la determinación de la ley aplicable a un conflicto de leyes internacional, que también es interregional. Esta sentencia ratifica el método aplicado en su anterior decisión de 1 de febrero de 2021, de la misma ponente, M. A. Parra Lucán, que prevé, además, la posibilidad de aplicación de un derecho civil especial a los extranjeros por aplicación de la norma de conflicto del Título Preliminar del Código Civil⁴. Pero en la sentencia de 19 de mayo de 2025 se plantea la posible aplicación del Derecho Civil de Aragón por remisión del derecho extranjero, en un asunto sucesorio tras la aplicación del artículo 9.8 CC que utiliza como punto de conexión la nacionalidad. Hay, por tanto, una diferencia sustancial entre ambos supuestos.

II. Hechos

4. La sentencia del Tribunal Supremo tiene su origen en la discrepancia entre las partes sobre el ordenamiento jurídico -el Código Civil o el Derecho Civil de Aragón- que debe regir la sucesión del finado de nacionalidad holandesa y residencia en Aragón. La hija del causante impugna la división de la herencia a causa de la exclusión de la masa hereditaria de un bien inmueble sito en Andorra, que, a su juicio pertenecía a la sociedad conyugal de sus padres. La demanda se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Zaragoza al que se solicita declare que la norma que debe regir la sucesión es el Código Civil. Desestimándose la demanda, dicho juzgado y la Audiencia Provincial declaran que la normativa aplicable a la sucesión es el Derecho Civil de Aragón.

En casación se alega la infracción de los artículos 9.8, 12.5, 14 apartados 1 y 2, 15.1 y 16 apartados 1 y 2 del Código Civil. Se afirma en el recurso que como el finado es extranjero y los extranjeros no tienen vecindad civil, en caso de reenvío, no puede ser de aplicación el Derecho Civil de Aragón como derecho civil de la Comunidad Autónoma en la que el finado tiene su residencia habitual (FD 2º)..

5. El fondo de la discrepancia se centra en la determinación de la ley aplicable a la sucesión de un sujeto de nacionalidad holandesa fallecido en Zaragoza en el año 2013. Por tanto, en primer lugar, se descarta, por razones temporales, la aplicación del Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁵.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 2025, ponente M. A., Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2025:2215. En el supuesto que resuelve la sentencia de 2021 la normativa catalana deviene aplicable por la residencia habitual de la acreedora en Barcelona, no se plantea un supuesto de remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos *ad intra*.

² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado. Vol. I. Derecho Internacional Privado. Introducción y Parte General*, Edisofer S.L., Madrid, 2024, pp. 423-429.

³ El Derecho español puede resultar también aplicable en caso de resultar probado el Derecho extranjero, *Ibidem*, p. 424.

⁴ O de la norma de Derecho Internacional Privado a la que ésta nos remite. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2021, ponente M. A., Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2021:532.

⁵ En efecto, conforme al artículo 83 del Reglamento europeo de sucesiones, sus disposiciones se aplicarán en el caso de que

De modo que resulta aplicable para determinar la *lex successionis* el artículo 9.8 CC que ordena aplicar la ley nacional del causante. En el momento de fallecer el causante estaba en vigor en el ordenamiento de los Países Bajos el Convenio de La Haya de 1996 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte⁶. Dicho Convenio somete la sucesión por causa de muerte a la Ley del Estado de la residencia habitual en el momento del fallecimiento (artículo 3.1 CLH 1996 sobre la Ley aplicable a las sucesiones). Por tanto, se produce un reenvío de retorno admitido en el artículo 12.2 CC y que implica la aplicación del derecho español para determinar la masa hereditaria del causante. Pero, ¿Qué derecho civil debemos aplicar para conformar dicha masa si el causante extranjero tenía su residencia habitual en Zaragoza? ¿El Código Civil o el Derecho Civil de Aragón?

6. La norma convencional o europea de Derecho Internacional Privado puede optar por establecer una solución directa a la remisión a los ordenamientos jurídicos plurilegislativos, como hacen, por ejemplo, los Reglamentos Roma I, II y III⁷. Estas normas solventan la remisión al derecho español sin necesidad de aplicar el sistema de derecho interregional del Código Civil.

O, como dispone el propio Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte aplicado en este caso, remitir a la norma que identifique la ley aplicable en dicho Estado. Es la denominada remisión indirecta. El artículo 19 de dicho Convenio remite en su apartado 2 a las normas españolas para resolver los conflictos de leyes internos (capítulos IV y V del Código Civil)⁸. En casación se alega también la infracción por aplicación indebida de dicha disposición, pero dicho argumento es desestimado dado que España no ha ratificado dicha norma y, además, su aplicación no lleva a concluir lo afirmado por la recurrente (F D 8º, apartados 1 y 2). El Reglamento europeo de sucesiones adopta también en su artículo 36 esta opción de remisión indirecta y ya se ha planteado en el pasado esta misma cuestión, resuelta ahora por el Tribunal Supremo en esta sentencia, en su ámbito de aplicación. El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares afirmó que, al no poder resolverse el conflicto de leyes interno en aplicación del artículo 16.1 del CC porque el extranjero no tenía vecindad civil alguna, debía aplicarse el artículo 36.2 a del Reglamento de sucesiones y aplicar la ley de la residencia habitual del causante⁹.

III. Remisión indirecta al sistema español de Derecho Interregional y los extranjeros sin vecindad civil

7. Esta remisión indirecta implica la aplicación del artículo 16 CC que dispone la aplicación de las normas de conflicto del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil con matizaciones. La

el fallecimiento se haya producido con posterioridad al 17 de agosto de 2015. Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7.2012.

⁶ Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, firmado en La Haya, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=62>. Este Convenio que no ha entrado en vigor no dispone a día de hoy de ningún Estado contratante ya que los Países Bajos lo denunciaron a finales de 2014. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=62>

⁷ El artículo 22.1 del Reglamento Roma I establece que cada unidad territorial con derecho propio se considerará un país en el momento de determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008. De modo que no es necesario aplicar el artículo 16 CC ya que la norma europea resuelve *directamente* la cuestión de determinar el sistema jurídico aplicable dentro de un Estado plurilegislativo. Similar solución ofrecen los Reglamentos Roma II (artículo 25.1) y (artículo 14) Roma III. Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DO L 199 de 31.7.2007 y Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010.

⁸ Sobre la difícil relación entre ambos capítulos véase, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Relaciones entre los Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código Civil en la aplicación del Derecho civil de las Comunidades Autónomas”, *CDT*, 2025, vol. 17, núm. 1 pp. 1197-1232.

⁹ STSJ de las Islas Baleares de 14 de mayo de 2021, 460/2021, ECLI:ES:TSJBAL:2021:460. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Los reglamentos europeos y el Derecho interregional”, *REDI*, vol 7, 2022, pp. 223-231.

principal es la previsión de establecer, para los conflictos internos, como ley personal la de la vecindad civil del sujeto en cuestión, en lugar de la de la nacionalidad (artículo 16.1 CC).

Y es aquí donde se plantea lo interesante de la sentencia del Tribunal Supremo comentada, ya que, las partes discuten si, ante la falta de vecindad civil del causante extranjero debe aplicarse el Código Civil o el derecho propio del lugar de la residencia habitual -el Derecho Civil de Aragón-.

La sentencia aplica con rigor los conceptos de Derecho Internacional Privado, porque acepta la remisión al sistema español de Derecho interregional en aplicación del artículo 19.2 del Convenio de La Haya, y entiende el sistema de remisión indirecto de la norma. Evita así la aplicación del apartado tercero de la misma disposición convencional prevista para el supuesto de inexistencia de un sistema de derecho interregional.

Además, la sentencia aborda correctamente la cuestión jurídica que se plantea, y esta es la determinación del concreto derecho español aplicable a la sucesión de un extranjero que no ostenta vecindad civil alguna. Y para ello aplica por analogía el artículo 9.10 CC, disposición prevista para determinar la ley aplicable en caso de conflicto de leyes resuelto en aplicación del Título Preliminar cuando la norma utiliza el punto de conexión de la nacionalidad¹⁰. Esta disposición ordena aplicar la ley de la residencia habitual cuando los sujetos carezcan de nacionalidad o no pudiera determinarse (FD 8º, apdo. 4). Acertadamente el Tribunal Supremo aplica una solución, que, además de técnicamente impecable, respeta el principio de proximidad, principio básico para resolver los conflictos de leyes en tanto resulta aplicable una ley previsible para las partes¹¹.

8. Esta es la solución que habían planteado los profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González para determinar la ley aplicable en caso de conflicto de leyes interregional cuando afecta a un sujeto extranjero¹²

Esta solución, por otro lado, es respetuosa con el equilibrio conflictual requerido por nuestra Constitución para solucionar los conflictos de leyes internos. En efecto, el Tribunal Constitucional exige el equilibrio entre la seguridad jurídica -que podría justificar la aplicación residual o de cierre del régimen del Código Civil cuando la norma de conflicto no ofrezca una solución explícita al caso- y la aplicación indistinta de los Derechos civiles especiales y el Código Civil.

Si se ratifica esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se confirmará, además, la posibilidad de aplicación de los derechos civiles especiales a los sujetos que no ostenten la vecindad civil requerida por los propios ordenamientos autonómicos.

Esta sentencia viene a clarificar y a tomar partido sobre las distintas soluciones adoptadas por distintas instituciones españolas que deben resolver conflictos de leyes internos en supuestos con elemento extranjero. Así, la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha venido, por un lado, a rechazar la aplicación del Derecho foral con el argumento de que al ser el sujeto extranjero no tenía vecindad civil¹³. Esta sentencia del Tribunal Supremo viene a eliminar la exigencia de ostentar la vecindad civil para que pueda ser de aplicación el Derecho civil especial¹⁴.

¹⁰ Así debe leerse el artículo 16.1 CC que hace referencia a la “ley personal” de las personas en los conflictos de leyes internos y prever la aplicación de la ley de la vecindad civil. Una reliquia de época de redacción del Título Preliminar que no ha sido reformada adecuadamente por el legislador español. Para una crítica de las modificaciones parciales del sistema de Derecho Internacional Privado interno, véase, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Relaciones entre los Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código Civil en la aplicación del Derecho civil de las Comunidades Autónomas”, *op. cit.* Y del mismo autor, “UE y conflictos de leyes internos: análisis de las soluciones previstas en los Reglamentos Europeos y su proyección sobre nuestro sistema conflictual”, *CDT*, vol 16, núm 2, pp. 76-87.

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado. Vol. I*, op. cit., p. 426.

¹² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado. Vol. I*, op. cit., p. 425.

¹³ La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022 indica que no puede un nacional francés otorgar pacto sucesorio de mejora en aplicación del Derecho civil gallego, BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2022. Una visión muy crítica de esta resolución puede leerse en E. CASTELLANOS RUIZ, “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil”, *CDT*, 2022, vol. 14, núm. 2, pp. 262-274. Esta resolución continúa la secuencia de decisiones adoptadas por esa institución en el mismo sentido, la Resolución de 24 de mayo de 2019, BOE núm. 150 de 24 de junio de 2019 y la Resolución de 10 de agosto de 2020, BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

¹⁴ Y ello sin necesidad de acoger la opción del artículo 38 del Reglamento europeo de sucesiones que permite a los Estados miembros aplicarlo para resolver los conflictos interregionales, como afirma el Centro Directivo en su Resolución 20 de

Por otro lado, resolver la cuestión del concreto derecho español aplicable mediante la aplicación de las normas del Título Preliminar del Código Civil eliminaría, en las controversias sobre la sucesión por causa de muerte, la necesidad de acudir a los apartados 2 y 3 del Reglamento de sucesiones, por lo que debiera modificarse la práctica de la DGSPFP de que no puede resolverse el conflicto de leyes interno a través del artículo 36.1 del Reglamento, porque la norma interna emplea como punto de conexión la vecindad civil¹⁵. Pero no sólo de la DGSPyFP, también la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de diciembre de 2020 confirmada posteriormente por el TSJ de las Islas Baleares de 14 de mayo de 2021 que consideran procedente aplicar los apartados 2 y 3 del artículo 36 del Reglamento e indican que debe aplicarse la ley de la residencia habitual y *no las disposiciones internas del Código Civil que prevén un elemento conectivo diferente, referido a la vecindad civil, de imposible aplicación al caso, y por tanto exclusivamente operativo respecto de los ciudadanos españoles*¹⁶.

El Tribunal Supremo lo ha dejado claro, a través de la aplicación analógica del artículo 9.10 CC debe aplicarse la ley de la residencia habitual de la persona, sin resultar necesario acudir a los apartados 2 y 3 del Reglamento¹⁷.

enero de 2022 (FD 22). Como España no se ha acogido a la posibilidad prevista en el artículo 38 del Reglamento parte de la doctrina ha sostenido que la aplicación de los artículos 13 y siguientes del CC llevan inexorablemente a exigir la vecindad civil de un territorio con derecho propio para poder aplicar el derecho especial. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Una lectura europea de la aplicación del artículo 50 de la Compilación balear a los extranjeros: A Propósito del caso Cruly y su deriva judicial (Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sección tercera, de 30 de diciembre de 2020)”, *REEI*, 2021, núm. 41, pp. 20-25, concr. p. 24.

¹⁵ Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022 citada, FD 23. En un comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 14 de mayo de 2021, ECLI:ES:TSJBAL:2021:460, sostiene la aplicación del artículo 36.2 del Reglamento de sucesiones y la posibilidad de someter a un extranjero al derecho foral, F. B. IRIARTE ÁNGEL, “¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho Foral?”, *REDI*, vol. 74, 2022, p. 236.

¹⁶ En sentido contrario ver FD 7º de la STSJ de las Islas Baleares de 14 de mayo de 2021, 460/2021, ECLI:ES:TSJBAL:2021:460 y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Los reglamentos europeos y el Derecho interregional”, *REDI*, vol. 7, 2022, pp. 230.

¹⁷ F. B. IRIARTE ÁNGEL, “Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2025 (sucesión de un holandés con residencia habitual en Aragón)”, *Bitácora Millennium DIPr*, 2021, pp. 6 y 7.

Matrimonio contraído en forma verbal, divorcio sin intervención judicial. Una travesía de Esmara a Alicante

Marriage concluded verbally, divorce without judicial intervention. A crossing of Esmara to Alicante

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Almería

Miembro de la Red Europa-España de Derecho internacional privado

ORCID ID: 0000-0002-8334-8760

Recibido:13.06.2025 / Aceptado:26.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9914

Resumen: Este estudio examina las consecuencias de la decisión judicial de denegar el exequatur a un divorcio tramitado sin intervención judicial en el Sáhara Occidental. La pareja contrajo matrimonio según el rito que usan las tribus en esa zona, de forma verbal. Posteriormente, el matrimonio se rompe y deciden divorciarse en Esmara. La esposa solicita en Novelda, Alicante, el exequatur de ese divorcio. Con estos datos, el reto para el internacional privatista está servido. Se analizará la legislación aplicable, la rigidez de las normas procesales españolas y la laguna axiológica que plantea.

Palabras clave: matrimonio, divorcio, Sahara, forma verbal, Alicante, desestimación, procesal.

Abstract: This study examines the consequences of a judicial decision to deny exequatur to a divorce processed without judicial intervention in Western Sahara. The couple married in accordance with the ritual of the tribes in that area, verbally. Subsequently, the marriage breaks up and they decide to divorce in Esmara. The wife applies to Novelda, Alicante, for the exequatur of that divorce. With these data, the challenge for the international privatist is served. The applicable legislation, the rigidity of the Spanish procedural rules and the axiological gap it raises will be analyzed.

Key words: marriage, divorce, Sahara, verbally, Alicante, dismissed, procedural.

Sumario: I. De Esmara a Alicante. La historia de un matrimonio contraído en forma verbal y un divorcio sin intervención judicial. II. Cuestión previa y lógica interestatal. III. Celebración del matrimonio en forma verbal y *favor matrimonii*. 1. Matrimonio celebrado en el Sahara Occidental. 2. Interpretación del concepto de matrimonio. 3. Validez del matrimonio. 4. Matrimonios sin “forma externa de celebración”. IV. Divorcio en acto administrativo en Esmara y exequatur del divorcio en Novelda. V. Rigidez de la legislación procesal española. VI. La enorme importancia de los brocardos jurídicos y su buen uso: *locus regit actum*. VII. La validez extraterritorial de decisiones. La clave en este asunto. VIII. La perspectiva europea respecto a los divorcios. La (des)judicialización y la potenciación de la autonomía de la voluntad de las partes. IX. Conclusiones.

I. De Esmara a Alicante. La historia de un matrimonio contraído en forma verbal y un divorcio sin intervención judicial¹

1. El punto de partida de este trabajo es el siguiente: en el corazón del desierto del Sáhara, dos tribus nómadas unieron en matrimonio a una pareja conforme a sus costumbres ancestrales, se selló su compromiso mediante un pacto verbal. No existía documentación alguna que certificase esa unión. Años después, la relación llegó a su fin, y el divorcio se llevó a cabo de una forma diferente a como se llevaría en nuestro país, España, a través de un acto administrativo ante el Departamento de Contratos y Documentación de la República Árabe del Sahara Occidental. En presencia de los cónyuges y dos testigos, se formalizó la disolución del vínculo, sin intervención de un tribunal ni la expedición de una sentencia judicial.

2. La esposa saharauí intenta obtener el exequatur de ese divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Novelda. Este tribunal dicta auto en fecha 28 noviembre de 2023, cuya parte dispositiva establece la inadmisión de la demanda presentada y el archivo de las actuaciones. La razón estriba en que cuando se intentó obtener el exequatur de este divorcio en España, surgió un obstáculo insalvable: los documentos exigidos por la legislación española simplemente no existían. La naturaleza consuetudinaria del matrimonio y la forma administrativa del divorcio chocaban con los requisitos formales (y rígidos) del ordenamiento jurídico procesal español, se genera una compleja cuestión que debería resolver el Derecho internacional privado, como a continuación se va a analizar en este trabajo².

3. La señora alegaba que tanto marido como mujer pertenecían a tribus nómadas del Sahara Occidental, donde seguía residiendo el esposo. Además, no había constancia escrita del matrimonio por tratarse de un acuerdo oral entre dos familias. Y que en Esmara se dictó el 15 de noviembre de 2017 el divorcio mediante Acta de divorcio inscrita en el departamento de contratos donde se declara disuelto el matrimonio entre ambos. El requerimiento de aportación de documentos que se entendieron que necesariamente habrían de acompañar a la demanda no se produjo. Era imposible subsanar los defectos apreciados.

4. La inadmisión de la demanda era la decisión que correspondía adoptar en todo caso, lo que imponía que el recurso debe ser desestimado a tenor del contenido del artículo 54.4 de la Ley 29/15 de cooperación jurídica internacional en materia civil y que exige que se acompañe con la demanda “el documento que acredite si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente y cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera en el Estado de origen”, lo que no ocurrió en el presente caso.

¹ Este trabajo se realiza en el marco de: 1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(2) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ E. CASTELLANOS RUIZ: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020).

(3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa. GGID 22: Número 29073 CIENCIA JURÍDICA APLICADA Y DOCENCIA CREATIVA Fec. Inicio 1/01/2017 Fec. Fin 31/12/2030 Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 22 Tipo GINVEST INNOVAGID

(4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). Número 31005 Nombre DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Fec. Inicio 18/10/2018 Fec. Fin Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 868 Tipo GINVEST GRINVEST

(5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). <http://www.redespañaeuropa.es/>

(6) Grupo de investigación y reflexión cultural “*Lex Artis*” (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

² Datos extraídos del AAP de Alicante de 12 de abril de 2024, [ECLI:ES:APA:2024:283A].

II. Cuestión previa y lógica interestatal

5. Una cuestión previa que se debe dilucidar es la cuestión del estatuto político internacional del Sahara, ya que como expone R. DE NOVA, el Derecho internacional privado se mueve en el ámbito general del Derecho internacional público³. La norma de conflicto interactúa en una lógica interestatal⁴. Por eso es fundamental, aunque sea de un modo sucinto, cuál es la situación del Sáhara Occidental en el pasaje político internacional, ya que tanto la celebración del matrimonio como el divorcio que en este trabajo se analizan se realizaron allí. A continuación, se ofrecen unas pinceladas sobre el Sáhara Occidental y su estatus en el Derecho Internacional Público⁵.

6. El Sáhara Occidental no puede ser considerado un Estado en el marco del Derecho Internacional Público, ya que no cumple con los requisitos esenciales establecidos por la Convención de Montevideo de 1933⁶, que define los elementos constitutivos de la estatalidad en su artículo 1: población permanente, territorio definido, gobierno efectivo y capacidad de entrar en relaciones internacionales. Y que encuentra fundamento también en la resolución de 23 de abril de 1936 sobre *la reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements*, sesión de Bruselas, art. 1⁷. Esta teoría se conoce en la doctrina inglesa como la *declaratory theory*⁸. Una de las consecuencias de esta teoría consiste en considerar que el reconocimiento de un Estado por parte de otros Estados o miembros de la comunidad internacional no produce efectos jurídicos y debe entenderse como un acto puramente diplomático. Frente a esta visión se alza la teoría clásica del reconocimiento constitutivo, así como sus versiones contemporáneas, conocidas como *constituent theory*, que hacen depender la condición de Estado y, con ella, la subjetividad jurídica internacional del reconocimiento otorgado por otros sujetos de la comunidad internacional. Entre ambas posturas se sitúan diversas teorías intermedias, entre las cuales adquiere especial relevancia, también para los fines del presente análisis, la teoría denominada “funcional”. Esta sostiene que el Derecho internacional no impone una noción uniforme de estatalidad, sino que adapta su definición a los distintos contextos y a los objetivos que se persiguen en cada caso⁹. Si nos centramos en la *declaratory theory* y se analizan los elementos esenciales que debe poseer un territorio para considerarse un Estado, se pueden realizar las siguientes observaciones respecto al territorio del Sáhara Occidental.

7. No existe un gobierno efectivo. El territorio del Sáhara Occidental se encuentra en una situación de disputa internacional desde que España abandonó la región en 1975. Aunque el Frente Polisario, a través de la autoproclamada República Árabe Saharaui Democrática (RASD), afirma ser el gobierno legítimo, en la práctica no ejerce un control efectivo sobre todo el territorio ni dispone de una administración consolidada con reconocimiento generalizado. Gran parte del territorio está bajo administración de facto de Marruecos, lo que impide hablar de un gobierno unificado y soberano¹⁰.

8. El Sáhara Occidental no posee fronteras delimitadas de manera efectiva bajo el control de una autoridad única. Marruecos administra la mayor parte del territorio, mientras que el Frente Polisario

³ En A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, 2024, p. 155. R. DE NOVA, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *RCADI*, 1966-II, t. 118, pp. 435-619, concr. pp. 441-477.

⁴ Manifestaciones orales del prof. CARRASCOSA previas al inicio de su “Curso de Derecho de familia internacional”, sesión octava: Derecho sucesorio internacional, organizado por APEDIP (www.apedip.org).

⁵ C. RAMÍREZ, “La cuestión del Sahara”, *Política exterior*, Vol. 16, Nº 88, 2002, pp. 143-154.

⁶ Convención sobre derechos y deberes de los estados (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo – 1933), el texto de la Convención se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>

⁷ Institut de Droit International, *La reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements*, resolución 23 abril 1936, sesión de Bruselas de 1936, art. 1, se puede consultar en el siguiente documento pdf: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bru_x_01_fr.pdf

⁸ J. R. CRAWFORD, *The creation of States in International law*, 2nd ed., Oxford, 2006, pp. 44-45.

⁹ P. BERTOLI, “La Palestina nel diritto internazionale privato e processuale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 1, 2025, pp. 23-25.

¹⁰ W. CADENA AFANADOR/ M. Y. SOLANA JIMÉNEZ, “Contexto sociojurídico del conflicto del Sahara Occidental”, *Revista Diálogos de Saberes*, nº 29, 2008, pp. 273-296.

controla algunas zonas al este del muro de separación construido por Marruecos. La comunidad internacional tampoco ha reconocido la soberanía marroquí sobre el Sáhara, y la cuestión es objeto de controversia en organismos internacionales como la ONU. No se observa un territorio definido¹¹. El Sahara Occidental no forma parte de Marruecos, por lo tanto, no se puede afirmar que está integrado dentro de su organización territorial como una provincia más de dicho Estado¹².

9. Respecto a la población, no existe una población permanente. No se puede afirmar que los habitantes de este territorio posean una nacionalidad propia y única. Los habitantes del Sáhara Occidental no poseen una nacionalidad uniforme. Una parte de la población ha adquirido la nacionalidad marroquí, ya sea por nacimiento o por la política de nacionalización aplicada por Marruecos en la zona. Otros, especialmente aquellos en los campamentos de refugiados de Tinduf (Argelia), han obtenido la nacionalidad argelina o han sido reconocidos como refugiados por organismos internacionales. Sin embargo, hay un grupo significativo de personas consideradas apátridas, al no contar con un reconocimiento claro de su nacionalidad ni de un Estado que los respalde jurídicamente.

10. Debido a la ausencia de un gobierno efectivo, la falta de un territorio definido y la inexistencia de una población con nacionalidad propia¹³, el Sáhara Occidental no puede ser considerado un Estado en la lógica del Derecho Internacional Público. Su estatus es un asunto pendiente en el marco del Derecho internacional, con implicaciones tanto políticas como humanitarias para la población que habita en la región. Con el desafío que supone tanto para las cuestiones relativas al Derecho internacional público como privado¹⁴.

III. Celebración del matrimonio en forma verbal y *favor matrimonii*

1. Matrimonio celebrado en el Sahara Occidental

11. En el presente caso, resulta ineludible considerar que el matrimonio fue celebrado en el territorio que se considera perteneciente al Sahara Occidental conforme a los usos y costumbres tradicionales de las tribus de la región. El concepto de matrimonio reviste una notable complejidad, dado que el ordenamiento jurídico varía significativamente en función del contexto geográfico y cultural¹⁵. En este sentido, es evidente que el legislador español no puede imponer que los matrimonios celebrados en el extranjero entre cónyuges extranjeros se rijan por las mismas disposiciones que regulan el matrimonio entre ciudadanos españoles celebrado en territorio español.

2. Interpretación del concepto de matrimonio.

12. La clave en este punto es la siguiente: el matrimonio es una institución jurídica conocida en todos los países del mundo. Se denomina de forma similar en todos y cada uno de los Estados, pero, y aquí está el *quid* de la cuestión, el contenido del matrimonio es muy diferente de Estado a Estado. El

¹¹ AA. VV., Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Nuestra frontera más avanzada entre el Sahara Occidental y Senegal*, Monografías del CESEDEN, 145, 2015, pp. 193-262.

¹² J. FERRER LLORET, “El conflicto del Sahara Occidental de nuevo ante el Tribunal de Justicia (2024): sobre la Unión Europea y el respeto del derecho internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 80, enero-abril, 2025, pp. 21-60, en concreto p. 29.

¹³ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Nacimiento en el Sahara Occidental durante la etapa colonial y cuestiones de nacionalidad (STS 207/2020 de 29 de mayo. Sala de lo Civil. Pleno)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 13 (1), 2021, pp. 1123-1131, en concreto pp. 1125-1126.

¹⁴ J. ALCAIDE-FERNÁNDEZ, “El gobierno español y la propuesta de autonomía para el Sáhara Occidental”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 74, N° 2, 2022, pp. 427-429.

¹⁵ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 7 (2), 2015, pp. 382-399, concr. 383.

matrimonio es muy diferente si se celebra en Sudán, en España o en Nepal, porque los requisitos de forma, de consentimiento y de capacidad matrimonial son muy diferentes en las legislaciones nacionales. Además, los efectos del matrimonio son muy distintos de legislación a legislación. Lo que sucede es que al utilizar el mismo vocablo “matrimonio” se cree que el matrimonio es igual en todas las legislaciones del mundo, pero evidentemente, no es así.

13. La cuestión es que cuando el Derecho internacional privado se proyecta para regular casos con elementos extranjeros cuando habla de regular el matrimonio ¿se refiere a regular el matrimonio en sentido español? Evidentemente no, eso sería un disparate. Porque el legislador español sabe ya, *in primis*, es decir, desde el principio, que se va a encontrar con realidades que se llaman “matrimonios”, pero que no pueden ser, para nada, asimilables ni iguales al matrimonio en sentido español. Por esta razón, se arranca del presupuesto de una apertura en la interpretación del concepto de “matrimonio” cuando lo utiliza la norma de Derecho internacional privado español. Siempre se refiere al matrimonio, pero, en un sentido más amplio de lo que sería el concepto de matrimonio en Derecho español. Lo mismo debería suceder con el concepto de divorcio. Cuando el legislador expone que el divorcio se regirá por una determinada normativa, se refiere al divorcio interpretado como la disolución inter vivos del matrimonio vincular: pero evidentemente ese divorcio será distinto en el Derecho irlandés o español, por ejemplo, pero ambos conceptos de divorcio están dentro del concepto que utiliza el Reglamento Roma III, por ejemplo.

14. El Derecho internacional privado es en realidad, un gran conector, vincula distintas esferas jurídicas, diversas legislaciones estatales en el planeta tierra. Porque el Derecho internacional privado tiene como misión impulsar la vida internacional de los particulares. Y esta función conduce al aumento del bienestar de las personas

15. El Derecho internacional privado es el gran catalizador del aumento del bienestar de las personas, y por ende, el aumento de su felicidad en un contexto internacional. Sorteando los obstáculos que presenta un mundo con Estados soberanos, cada uno con su propia legislación. La misión del Derecho internacional privado es que esa línea soberana, que no se puede soslayar, no sea impedimento para que los particulares puedan casarse o divorciarse en otros Estados que cuenten en su legislación con estas figuras jurídicas, pero el contenido de las mismas sea diferente al que tiene el derecho español de las mismas. El Derecho internacional privado debe facilitar la libre circulación no solo de personas, también de instituciones jurídicas. Y es esta cuestión la que se trata de analizar en este punto, porque sirve para que la vida de las personas sea más viable en términos económicos. Son normas y soluciones que responden al principio de eficiencia.

3. Validez del matrimonio

16. Es por todos conocido que para que el matrimonio sea válido para el orden jurídico español es necesario que concurren tres elementos: consentimiento, capacidad y forma. Las dos primeras se rigen por la ley nacional del cónyuge, art. 9.1 CC español, y la forma se rige por los artículos 49 y 50 del mismo cuerpo legal.

17. Existe una difícil calificación fondo-forma respecto a la cuestión de la celebración del matrimonio. ¿Es una cuestión de fondo, de capacidad, de forma, o todas a la vez? El Tribunal Supremo español consideró que la celebración del matrimonio ante una autoridad constituía una cuestión de “capacidad matrimonial”, cuando se trata de un claro ejemplo de un requisito relativo a la “forma del matrimonio” (STS 1 mayo 1919, STS 14 noviembre 1963)¹⁶.

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, p. 149-155.

18. Respecto a la forma del matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros, en la legislación española existe una laguna legal y la integración de esta¹⁷. El Derecho Internacional Privado español no contiene una norma de conflicto específica que determine qué ley debe regir la forma de celebración de este matrimonio. Por ello, es necesario recurrir al artículo 11 del Código Civil o, en su defecto, aplicar por analogía el artículo 50 del Código Civil.

Según estos preceptos, para que el matrimonio sea considerado válido desde el punto de vista formal, deberá haberse celebrado conforme a alguna de las siguientes opciones:

1. De acuerdo con la ley del lugar donde se llevó a cabo el enlace (*Lex Loci Celebrationis*).
2. O bien, con arreglo a la ley personal de cualquiera de los contrayentes (*Lex Patriae*), ya sea la forma civil o religiosa, siempre que esté legalmente prevista.

En este caso, aplicar a dicho matrimonio las normas de conflicto españolas no tiene sentido¹⁸.

4. Matrimonios sin “forma externa de celebración”

19. En algunos países, el matrimonio puede celebrarse sin una “forma externa”. Es el caso de los *common law marriages*, permitidos en ciertos Estados de EE.UU. y en casos excepcionales en Escocia, donde la convivencia y el reconocimiento social validan la unión. En África, algunas tradiciones tribales, como la Akan en Ghana, legitiman el matrimonio mediante gestos y la entrega de bienes. También existen matrimonios secretos, permitidos en sistemas como el egipcio, y matrimonios a distancia, como los telefónicos en Pakistán, aceptados por tribunales europeos. En España, estos matrimonios pueden ser reconocidos si respetan el consentimiento y el principio del *favor matrimonii*, sin vulnerar el orden público internacional¹⁹.

20. Antes del Concilio de Trento (1545-1563), el matrimonio clandestino era una forma válida de contraer matrimonio sin presencia de autoridad religiosa ni testigos, siempre que existiera consentimiento mutuo entre los contrayentes. Este consentimiento, expresado de forma libre y recíproca, bastaba para que el vínculo se considerara matrimonial según el Derecho canónico vigente en la época. La Iglesia católica aceptaba el matrimonio como un sacramento, pero no exigía formalidades solemnes para su validez. En consecuencia, dos personas podían casarse válidamente simplemente declarando su voluntad de ser marido y mujer, incluso en secreto, y sin necesidad de registrar ese acto públicamente o de realizarlo ante un sacerdote.

21. Este tipo de matrimonio era una práctica común, lo que generaba importantes problemas jurídicos²⁰. La falta de una forma externa y de registro dificultaba la prueba de su existencia y validez, lo que afectaba cuestiones esenciales como la determinación de la filiación legítima y los derechos sucesorios. Ante esta incertidumbre, el Concilio de Trento estableció en el decreto *Tametsi* la exigencia de una celebración pública ante un sacerdote y testigos para la validez del matrimonio en el ámbito canónico, con el fin de garantizar seguridad jurídica y evitar disputas sobre los efectos patrimoniales y personales de la unión²¹.

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, p. 180-190.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, p. 150-165.

¹⁹ Para mayor profundidad e información sobre estos tipos de matrimonio se recomienda la lectura de: A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, pp. 200-245.

²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, pp. 150-200.

²¹ *Vid.* <https://blogs.ua.es/contrarreforma/el-concilio-de-trento/>. Y en relación con el *Decreto Tametsi*: L. ARECHEDERRA, “El matrimonio informal, (nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 21, nº 2, 1994, pp. 227-231.

22. En los sistemas de *common law*, el *common law marriage* constituye una modalidad de matrimonio informal, es decir, no sujeta a una forma solemne de celebración. En cambio, el Derecho internacional privado español establece, conforme al principio *lex loci celebrationis*, que la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar donde se celebra. Esta formulación normativa parte del presupuesto de que en todo ordenamiento debe existir una forma de celebración matrimonial, sin embargo, ciertas legislaciones nacionales admiten válidamente matrimonios no formalizados mediante acto solemne, como sucede con los *common law marriages*. Este hecho no debería erigirse en obstáculo para el reconocimiento en España de tales matrimonios, en la medida en que lo esencial en su celebración es el consentimiento, mientras que la forma constituye un elemento accesorio. Lo esencial en la celebración del matrimonio es el consentimiento, la forma es adyacente. En estos casos, la convivencia estable y la reputación pública como cónyuges (*cohabitation and repute*) bastan para que se configure un vínculo matrimonial, lo cual responde a una justificación histórica: en contextos rurales o aislados, donde el acceso a ministros de culto o autoridades civiles resultaba inviable, se ofrecía esta vía de formalización social del matrimonio.

23. Si el ordenamiento español permite, en el ámbito del Derecho internacional privado, el reconocimiento de este tipo de uniones, con mayor razón debería admitir también la disolución de un vínculo matrimonial conforme a las formas propias del lugar donde se produce, como sucede con ciertos divorcios realizados sin sentencia judicial en Esmara. En tales casos, lo determinante no será la ausencia de resolución judicial, sino la posibilidad de acreditar suficientemente, mediante prueba válida, que el divorcio se ha producido de acuerdo con la normativa y las prácticas del Estado de origen. Esta cuestión probatoria será objeto de análisis en los apartados posteriores del presente trabajo.

IV. Divorcio en acto administrativo en Esmara y exequatur del divorcio en Novelda

24. El divorcio, al igual que el matrimonio, tuvo lugar en el Sahara, por lo que el tribunal español se enfrenta a una disolución con características distintas a las que habrían regido en España. Desde la perspectiva del Derecho español, ni el matrimonio ni el divorcio existen jurídicamente, lo que genera una laguna axiológica significativa. Para colmar esta ausencia normativa, resulta necesario determinar el criterio más adecuado. Una posible solución consiste en comparar este caso con el tratamiento jurisprudencial de los efectos de los matrimonios poligámicos y evaluar si las soluciones adoptadas en ese ámbito pueden aplicarse al reconocimiento de este divorcio en España.

V. Rigidez de la legislación procesal española

25. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, Ley de Cooperación), establece un marco rígido para el reconocimiento de matrimonios y divorcios celebrados en el extranjero, al exigir la presentación de resoluciones de divorcio y actas de matrimonio incluso en casos en los que el enlace se haya formalizado de manera oral conforme a la costumbre local. Esta rigidez genera dificultades evidentes cuando se trata de sistemas jurídicos en los que no existe un registro formal de los matrimonios o divorcios, como sucede en algunos matrimonios tribales celebrados en el desierto o en determinadas comunidades que operan con base en el derecho consuetudinario.

26. Ante esta situación, puede sostenerse que la Ley de Cooperación presenta una laguna axiológica. En realidad, es una laguna que no existe formalmente, sin embargo, si el legislador hubiera sido consciente de la cuestión, probablemente habría proporcionado y facilitado una solución legislativa diferente a la que se tiene y concreta. Es decir, se encuentra una ausencia de valoración jurídica suficiente o adecuada en el ordenamiento aplicable, esto es, una falta de normas que reflejen ciertos principios,

valores o juicios éticos considerados relevantes por el intérprete o el sistema jurídico²². La legislación española exige una sentencia extranjera de divorcio, pero en ciertos países o territorios existen divorcios sin sentencia de divorcio, esa es la cuestión. La dificultad radica en determinar cómo debe llenarse esta laguna, dado que el legislador no ha contemplado específicamente situaciones como el matrimonio tribal o el divorcio derivado de tales uniones.

27. Este vacío normativo, lejos de ser un obstáculo insalvable, permite explorar soluciones interpretativas que proporcionen coherencia al sistema. La analogía con otros ámbitos del Derecho puede ofrecer criterios relevantes para resolver el caso. Por ejemplo, en materia de matrimonios poligámicos, la jurisprudencia española ha adoptado un enfoque pragmático, se reconocen ciertos efectos de estas uniones en el ámbito de los derechos sucesorios y de Seguridad Social, pese a que el ordenamiento no admite la poligamia como institución matrimonial válida²³.

28. Con esta lógica, podría plantearse una solución similar para los matrimonios tribales celebrados en el desierto y los divorcios que les suceden. En este sentido, el criterio del *favor matrimonii* podría jugar un papel determinante, en la medida en que el Derecho español tiende a reconocer la validez de los matrimonios contraídos en el extranjero si respetan el consentimiento libre y la voluntad de los contrayentes, que ambos tengan capacidad nupcial y que la forma del matrimonio sea conforme a los artículos 49 y 50 del Código Civil²⁴.

29. En definitiva, el reto consiste en determinar cuál habría sido la voluntad del legislador si hubiera considerado expresamente este tipo de situaciones. Para ello, la solución no debe limitarse a una aplicación estricta, rígida y formalista interpretación anti-acción y no *pro actione* de la Ley de Cooperación, sino que debe buscarse en los principios generales del Derecho, en la jurisprudencia y en la analogía con otros supuestos, de manera que se garantice la seguridad jurídica sin desconocer la diversidad de sistemas matrimoniales existentes en el ámbito internacional.

VI. La enorme importancia de los brocardos jurídicos y su buen uso: *locus regit actum*

30. El principio *locus regit actum* establece que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar donde estos se otorgan. Aplicado al matrimonio y al divorcio, implica que, si un matrimonio se celebró conforme a las normas de un determinado país, su disolución también debe ajustarse a las disposiciones vigentes en ese mismo ordenamiento. El criterio *locus regit actum* (y por ende, el criterio *lex loci celebrationis*) constituyen la opción más eficiente porque vinculan la validez formal del matrimonio al lugar donde efectivamente se celebra, lo que permite una verificación inmediata conforme a la normativa local y reduce el riesgo de incertidumbre e inseguridad jurídica. Además, responde al principio de realidad, al adaptar el Derecho a las prácticas sociales y jurídicas del entorno donde el acto tiene lugar, favoreciendo así la circulación internacional de los vínculos familiares ya constituidos con arreglo a ese Derecho.

31. La regla del *locus regit actum* permite asegurar la validez formal de aquellos actos que exigen la intervención de una autoridad o funcionario competente, cuya función consiste en garantizar que el acto o negocio se ajuste a una forma legal determinada. Para los particulares, resulta más fácil recurrir al notario, registrador, tribunal u otra autoridad del país donde se otorga el acto, en este caso, el divorcio, en lugar de acudir a una autoridad extranjera. Esto se mantiene con independencia de la ley que rija el

²² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 218-219.

²³ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, vol. 10, n° 1, p. 100.

²⁴ M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión europea”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2017, p. 26.

fondo del acto. Las autoridades de un Estado actúan conforme a su propio Derecho, por lo que, al elegir divorciarse ante ellas, los particulares aceptan que su forma se ajuste al ordenamiento jurídico de ese Estado. La elección del lugar de otorgamiento del acto, en este caso, el divorcio, representa una opción eficaz, ya que reduce los costes asociados a posibles conflictos sobre la forma del acto jurídico. Aceptar la validez del negocio conforme a la forma prevista en el Derecho vigente del lugar de su celebración ofrece una solución clara y sencilla, que resulta previsible para las partes. Así, se refuerza la validez y la seguridad jurídica del acto o negocio celebrado. Si una persona se casa en Marruecos o se divorcia en Marruecos, por ejemplo, lo hará con arreglo a los usos de Marruecos. No se puede exigir que sigan las prácticas del foro, es decir, del lugar de destino. La forma que se debe exigir a esos particulares es la del lugar donde se realiza el acto. Esto es el realismo jurídico²⁵.

32. En el caso del divorcio sin documento escrito, la situación plantea un problema jurídico relevante. Los cónyuges que contrajeron matrimonio mediante un acuerdo oral pueden, con la misma lógica, disolver su unión de manera verbal ante un tribunal administrativo y testigos, sin intervención de un juez, notario u otra autoridad formal. La cuestión a resolver es si España reconocerá como válido este divorcio, a pesar de no existir una resolución escrita que lo acredite.

33. Con la regla *locus regit actum*, el divorcio debería considerarse válido en España si ha sido admitido en el país donde se otorgó. Sin embargo, la legislación española introduce una barrera formal. El artículo 54.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (Ley 29/2015) establece que, para que una resolución extranjera surta efectos en España, debe presentarse un documento acreditativo del divorcio, debidamente apostillado y traducido (art. 54.4 LCJIMC: “4. La demanda se ajustará a los requisitos del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deberá ir acompañada, de:

- a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados.
- b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente.
- c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen.
- d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”).

34. Esta exigencia choca con la realidad jurídica de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), donde el divorcio puede tener lugar sin un documento escrito, lo que genera una laguna legal en el sistema español.

35. La Audiencia Provincial de Alicante, en su aplicación estricta de la Ley de Cooperación, ha requerido a los interesados la presentación de un documento oficial que certifique el divorcio, a pesar de que el ordenamiento de la RASD no lo exige. En términos procesales, la exigencia de este documento *in limine litis* supone un obstáculo insalvable para los cónyuges, ya que les obliga a presentar una prueba documental que su propio sistema de origen no genera.

36. Este conflicto pone de manifiesto la necesidad de que el legislador español prevea mecanismos para abordar situaciones en las que el Derecho extranjero no contemple la misma estructura formal que el español. Una posible solución sería permitir la acreditación del divorcio a través de otros medios probatorios, como testimonios, declaraciones juradas o certificaciones de autoridades consuetudinarias.

37. En este sentido, podría tomarse como referencia el tratamiento que se hace en España del testamento ológrafo inglés. En el Derecho inglés, el testamento ológrafo no constituye una categoría diferenciada como en el Derecho español, donde el artículo 688 del Código Civil acepta expresamente

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Edisofer, Madrid, 2024, pp. 513-519.

su validez siempre que esté íntegramente escrito, fechado y firmado por el testador, sin necesidad de testigos. En cambio, el ordenamiento inglés no exime al testamento manuscrito del cumplimiento de los requisitos formales generales establecidos en la *Wills Act 1837*²⁶, concretamente en su sección 9, modificada por la *Administration of Justice Act 1982*. Conforme a dicha normativa, para que un testamento (sea mecanografiado o manuscrito) sea válido, debe estar firmado por el testador (o por otra persona a su ruego y en su presencia), con la intención de dar efecto al documento como testamento, y dicha firma debe realizarse en presencia de al menos dos testigos que también deben firmar en presencia del testador. Por tanto, el testamento ológrafo no tiene, en el Derecho inglés, el valor autónomo que le atribuye el Derecho español; su validez depende no de su forma manuscrita, sino del cumplimiento de las exigencias formales comunes a todo testamento, de modo que un testamento manuscrito sin testigos resultaría nulo en Inglaterra y Gales. Esta diferencia refleja una concepción más estricta en el sistema anglosajón en cuanto a las garantías de autenticidad y solemnidad del acto de última voluntad.

VII. La validez extraterritorial de decisiones. La clave en este asunto.

38. La cuestión jurídica principal en este supuesto se encuentra en la posibilidad de reconocer en España el divorcio que tuvo lugar en Esmara sin intervención judicial y, por ende, sin una sentencia judicial. Es un divorcio sin sentencia, no puede existir un documento como requiere la legislación española, es una cuestión de forma, se podría decir, se trata de un divorcio sin documento de la sentencia. Esta es una cuestión de validez extraterritorial de decisiones y no de Derecho aplicable. Eso debe de enfatizarse, se trata del reconocimiento o no reconocimiento de una situación jurídica de estado civil, acaecido en Esmara, con arreglo a la legislación de dicho lugar.

39. Es importante el artículo 13 de la Ley del Registro Civil: “*Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos*”. Este precepto se debe de consultar, no porque en este acto estén envueltos nacionales españoles, sino por lo que la letra del precepto expresa para la prueba de la realidad de los hechos. Este precepto permite inscribir en el Registro Civil español actos o hechos relativos al estado civil que se han realizado en el extranjero, siempre que se pruebe su realidad conforme a los medios admisibles en Derecho. La norma no exige que dichos actos revistan la forma de una resolución judicial, lo que resulta especialmente relevante para divorcios emitidos en países donde pueden formalizarse ante autoridades administrativas, religiosas o incluso mediante declaraciones privadas. Como sucede en el caso que nos ocupa.

40. En este marco, la cuestión no gira en torno al derecho aplicable al fondo del divorcio, sino a la validez extraterritorial del acto y a su prueba suficiente ante la administración española. El divorcio extrajudicial de Esmara podría ser susceptible de reconocimiento si se acredita adecuadamente que se ha producido de forma válida conforme al ordenamiento marroquí. Para ello, el ordenamiento español debe permitir una interpretación flexible de la prueba, se admiten medios alternativos como declaraciones de testigos, fotografías, documentos comunitarios o religiosos, o actas notariales locales. Esta posibilidad se alinea con el espíritu del artículo 23, que no impone una rigidez formalista, sino una verificación de hechos desde la óptica del estado civil.

41. El problema surge cuando la práctica administrativa o incluso judicial española exige, de facto, la existencia de una sentencia para aceptar el reconocimiento de un vínculo disuelto en el extranjero. Esta exigencia contraviene el sentido y la literalidad del artículo 13 de la Ley del Registro Civil, por ejemplo, que es más flexible a este respecto. Y por supuesto, esa rigidez procesal española que es contumaz y desconoce la diversidad de modelos jurídicos existentes en otros ordenamientos jurídicos, cuyo contenido puede distar mucho de lo que en el ordenamiento jurídico español se con-

²⁶ Enlace directo a la norma: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26>

tiene y se exige. El criterio debería centrarse en la equivalencia funcional del acto y en la posibilidad de verificarlo objetivamente, no en simple y únicamente en una cuestión formal: que es la obtención de la sentencia judicial.

42. Desde una perspectiva de Derecho internacional privado, esta situación no plantea un conflicto de leyes, sino un problema de eficacia extraterritorial de actos jurídicos extranjeros, como se expresaba anteriormente. En otras palabras, lo que se debe dilucidar en este caso no es la aplicabilidad del Derecho marroquí en España, sino el reconocimiento de un estado civil válidamente constituido fuera del territorio español. En este sentido, la exigencia de una sentencia judicial como requisito absoluto de reconocimiento resulta desproporcionada y ajena a los principios de cooperación internacional y respeto a la diversidad jurídica.

43. Una interpretación evolutiva y razonable del artículo 13 de la Ley del Registro Civil permitiría dar respuesta efectiva a las necesidades reales de las familias transfronterizas, sin menoscabar las garantías del sistema español. Este enfoque no solo se ajusta mejor a la realidad social, sino que también evita la creación de situaciones de limbo jurídico y desprotección para personas cuyo estado civil ha sido válidamente modificado en su país de origen.

VIII. La perspectiva europea respecto a los divorcios. La (des)judicialización y la potenciación de la autonomía de la voluntad de las partes

44. Aparentemente se anuncian nuevos vientos en Europa, aunque en realidad se trata de corrientes ya conocidas bajo una nueva forma. La explicación es que tradicionalmente, el divorcio se concebía como un acto que debía pasar necesariamente por la autoridad de un juez. Esta idea se realizaba de manera similar a la forma en que el matrimonio se celebraba ante un ministro religioso o una autoridad civil. Sin embargo, en el siglo XXI se ha producido una transformación profunda en la regulación del divorcio, cada vez más Estados admiten divorcios sin intervención de autoridades públicas, como se observa en el asunto que se analiza en este trabajo. Este cambio refleja la evolución de los sistemas jurídicos europeos, en los que el divorcio ha pasado a concebirse, en ciertos casos, como un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, sin necesidad de un proceso contencioso ni de la supervisión de un tribunal.

45. La influencia del *Code Civil* francés de 1804 en la codificación europea resulta innegable. Aunque Napoleón Bonaparte perdió las guerras napoleónicas, su legado normativo se impuso en gran parte del continente. El *Code Civil* no solo inspiró la redacción del Código Civil español de 1889, sino también la de otros ordenamientos europeos, como el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) y el Código Civil belga. Esta influencia se ha mantenido a lo largo del tiempo y ha sido determinante en las recientes reformas en materia de divorcio.

46. En 2016, Francia modificó su *Code Civil* e introdujo en su artículo 229-1 un procedimiento de divorcio extrajudicial. Según esta reforma, cuando ambos cónyuges están de acuerdo, pueden divorciarse sin necesidad de acudir a los tribunales. En este modelo, el divorcio se formaliza mediante un acuerdo privado asistido por abogados y se protocoliza ante notario, cuya función se limita a registrar el acto sin realizar un control sustantivo del contenido del acuerdo. De esta manera, Francia ha transformado el divorcio en una cuestión esencialmente contractual, se permite que los propios cónyuges decidan los términos de su separación sin intervención judicial.

47. España ha seguido un camino similar al admitir el divorcio notarial en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que modificó el artículo 87 del Código Civil y permitió el divorcio ante notario cuando no existan hijos menores o con capacidad modificada judicialmente. Sin embargo, a diferencia del modelo francés, el notario español ejerce un control de legalidad sobre el acuerdo de

divorcio y debe asegurarse de que se ajusta a las normas del Código Civil. En este sentido, su intervención no es meramente protocolaria, sino que implica una verificación de que el divorcio cumple con los requisitos legales aplicables.

48. Este modelo de divorcio contractual no solo ha transformado el Derecho interno de varios Estados miembros de la Unión Europea, sino que ha sido admitido y facilitado a nivel supranacional. El Reglamento (UE) 2019/1111, conocido como *Reglamento Bruselas II ter*, regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental dentro de la UE. Este Reglamento acepta expresamente la circulación de divorcios extrajudiciales dentro del espacio europeo, se equipara en ciertos casos los acuerdos privados de divorcio con las resoluciones judiciales, siempre que se cumplan los requisitos de validez en el Estado de origen.

49. Este desarrollo normativo responde a un cambio de paradigma en la regulación del divorcio en Europa, que abandona la rigidez formalista de los modelos tradicionales y se orienta hacia una mayor autonomía de la voluntad de los cónyuges. Se trata de un cambio con profundas raíces en el derecho civil europeo y que sigue extendiéndose, y plantea el desafío de la noción de que el divorcio debe ser siempre una cuestión judicial.

IX. Conclusiones

50. En primer lugar, es esencial comprender que el concepto de matrimonio no se presenta de manera uniforme en todos los sistemas jurídicos. Su definición y configuración varían considerablemente de un país a otro, de una civilización jurídica a otra, e incluso entre diferentes contextos culturales. Esta diversidad obliga al jurista a adoptar una perspectiva abierta y comparada, capaz de aceptar la pluralidad de concepciones existentes en el ámbito matrimonial internacional.

51. En segundo lugar, debe admitirse que los mecanismos de disolución del vínculo matrimonial también difieren ampliamente en el panorama internacional. La disolución del matrimonio no responde exclusivamente al esquema tradicional de una sentencia judicial. Existen ordenamientos que prevén modalidades distintas: resoluciones emitidas por registros civiles, acuerdos formales entre los cónyuges autorizados o protocolizados por notario, divorcios formalizados ante alcaldes u otras autoridades civiles e incluso formas más informales de disolución del matrimonio, como es la del caso que nos ocupa. Todas ellas, sin embargo, pueden desplegar eficacia jurídica en su país de origen.

52. En tercer lugar, y a partir de esta constatación, pueden distinguirse tres grandes modelos de divorcio. El primero corresponde al modelo clásico, en el que una autoridad estatal, habitualmente judicial, disuelve el vínculo con efectos constitutivos. El segundo modelo es el de carácter religioso, en el que la autoridad competente para aceptar la ruptura es una figura espiritual o eclesiástica, lo que responde a una concepción del matrimonio como institución confesional. El tercer modelo representa una ruptura más radical con el paradigma estatal: el divorcio consensual y puramente privado, celebrado mediante acuerdo entre las partes sin la intervención de ninguna autoridad formal. Este último puede materializarse en un contrato escrito o en una manifestación verbal que, en algunos países, se registra posteriormente en una oficina pública sin requerir control judicial o administrativo previo. Ese acuerdo después puede venir documentado a través de una escritura notarial o mediante otro tipo de soporte cartáceo.

53. En cuarto lugar, una vez admitida esta diversidad, resulta imprescindible que el sistema jurídico español sea capaz de acoger la eficacia de los divorcios válidamente constituidos en el extranjero, aunque su forma no coincida con la tradicionalmente admitida en nuestro ordenamiento. Para ello, debe garantizarse la posibilidad de instar en España el reconocimiento o *exequatur* de dichos actos, a fin de que surtan plenos efectos jurídicos dentro del territorio nacional.

54. En quinto lugar y en este contexto, la acción de reconocimiento y *exequátur* debe ocupar un lugar central. Las exigencias documentales relativas al soporte del divorcio deben enmarcarse como cuestiones procedimentales que no deben obstaculizar el fondo del reconocimiento. El ordenamiento español, por razones de seguridad jurídica, requiere la aportación de un documento que acredite la existencia del acto jurídico en el Estado de origen. Tradicionalmente, se ha exigido de forma estricta una sentencia original o su copia auténtica. No obstante, una evolución normativa y jurisprudencial ha permitido admitir escrituras notariales u otros documentos que reflejen con claridad la existencia del divorcio.

55. En sexto lugar, el verdadero reto se plantea cuando el divorcio se produce sin intervención de autoridad alguna, y, por tanto, no existe un documento tradicional que pueda aportarse. En estos casos, lo único disponible puede ser un certificado registral que da fe de la inscripción de un divorcio verbal o consensual realizado en el extranjero. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, no contempla expresamente estos supuestos, lo que evidencia una laguna legislativa. Sin embargo, esta omisión no debería imposibilitar el reconocimiento de dichos actos. La acción de reconocimiento o *exequatur* es la cuestión principal. La petición de un soporte documental del divorcio es una cuestión puramente procedimental que no debe impedir el reconocimiento del divorcio en España. Las normas españolas sobre reconocimiento de actos jurídicos extranjeros responden a una finalidad esencial: preservar la seguridad jurídica. En este sentido, exigen que la existencia del acto cuyo reconocimiento se solicita se acredite mediante un soporte documental idóneo, capaz de generar certeza sobre su autenticidad y eficacia en el Estado de origen. Tradicionalmente, dicha exigencia se ha concretado en la presentación imperativa de la sentencia original de divorcio o, en su defecto, de una copia auténtica debidamente legalizada. Sin embargo, el sistema ha experimentado una evolución progresiva, adaptándose a nuevas formas de disolución matrimonial válidas en otros ordenamientos. Así, en etapas más recientes, se ha admitido la presentación de escrituras notariales de divorcio e incluso de otros documentos oficiales que, sin tener la forma de una resolución judicial, acreditan de manera fehaciente la existencia del vínculo disuelto.

56. En séptimo lugar, y ante tales situaciones, conviene interpretar de forma amplia y finalista o teleológica las disposiciones de la Ley de cooperación jurídica internacional. Debe priorizarse la acción de reconocimiento sobre las rigideces del procedimiento. Así, siempre que se logre acreditar con certeza la existencia del divorcio en el país de origen, mediante pruebas admisibles en Derecho debería posibilitarse el reconocimiento en España. La certeza sobre la existencia del divorcio puede alcanzarse mediante otros medios de prueba admitidos en Derecho. Por ejemplo, declaraciones testificales de personas que hayan presenciado el acto verbal de disolución del vínculo, junto con el correspondiente certificado de inscripción en el registro civil extranjero. Este conjunto probatorio, correctamente valorado por el órgano jurisdiccional español, podría ofrecer el grado de seguridad necesario para reconocer la validez y eficacia de dichos divorcios.

57. En octavo lugar, solo mediante una interpretación flexible de los requisitos procesales para admitir el divorcio, pero jurídicamente sólida, podrá evitarse que divorcios legalmente celebrados en el extranjero queden privados de efectos en nuestro ordenamiento. Reconocer su eficacia permitirá a los ciudadanos ejercer su derecho a la libre circulación y desarrollar con plenitud su vida familiar en un contexto internacional cada vez más frecuente. El Derecho internacional privado no debería alzar fronteras donde la vida ya las ha superado; garantizar la eficacia a estos vínculos disueltos más allá de nuestro Estado no es solo una exigencia jurídica, sino un compromiso con la dignidad, la libertad y la realidad de las personas en un mundo verdaderamente globalizado.

Asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano and Hague regimes

Le clausole di scelta asimmetriche nell'ambito dei regimi di Bruxelles-Lugano e dell'Aja

REBEKKA MONICO

*Researcher in International Law
University of Insubria, Italy*

Recibido:08.07.2025 / Aceptado:29.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9915

Abstract: Asymmetric jurisdiction clauses are choice of court agreements which bind one party to bring proceedings exclusively before the designated court and give the other party a right to choose, in addition to that court, other competent courts. The most common type of asymmetric clauses are the so-called Rothschild clauses. The article considers the enforceability requirements which asymmetric clauses must satisfy in order to be covered by the Brussels-Lugano regime, their effects under Regulation 1215/2012 and the Lugano Convention of 2007 and the issue of whether asymmetric clauses are covered by Art. 31(2) of Regulation 1215/2012, as well as the applicability of the Hague regime. To this end, reference is made to the relevant jurisprudence of the ECJ and national courts, with particular reference to the recent *Lastre* judgment in which the ECJ imposed for the first time limits on the validity of asymmetric clauses, while leaving open some important questions.

Keywords: Asymmetric jurisdiction clauses, Brussels-Lugano regime, enforceability requirements, effects, applicability of the Hague regime.

Riassunto: Le clausole di scelta asimmetriche costituiscono accordi di scelta del foro che vincolano una parte ad instaurare un procedimento esclusivamente dinanzi al tribunale designato e conferiscono all'altra parte il diritto di scegliere, oltre a tale tribunale, altri fori competenti. La tipologia più comune di clausole asimmetriche sono le cosiddette clausole Rothschild. L'articolo esamina le condizioni di applicabilità che le clausole asimmetriche devono soddisfare per essere riconducibili al regime di Bruxelles-Lugano, i loro effetti ai sensi del Regolamento 1215/2012 e della Convenzione di Lugano del 2007, la questione se le clausole asimmetriche siano riconducibili all'Art. 31(2) del Regolamento 1215/2012, nonché l'applicabilità del regime dell'Aja. A tal fine, verrà presa in considerazione la pertinente giurisprudenza della CGUE e dei tribunali nazionali, con particolare riferimento alla recente sentenza *Lastre* in cui la CGUE ha per la prima volta assoggettato la validità delle clausole asimmetriche ad alcuni limiti, pur lasciando aperte alcune questioni importanti.

Parole chiave: Clausole di scelta asimmetriche, regime di Bruxelles e Lugano, criteri di applicabilità, effetti, applicabilità del regime dell'Aja.

Summary: I. Introduction. II. The enforceability requirements of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime. 1. The precision of content. 2. The designation of a court or the courts of a EU Member State or a State bound by the Lugano Convention of 2007. 3. Formal validity. 4. Substantive validity. 5. The compliance with the provisions on protective and exclusive jurisdiction. III. The effects of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime and the issue of whether asymmetric clauses fall within Art. 31(2) of Regulation 1215/2012. IV. The exclusion of asymmetric choice of court agreements from the scope of the Hague Convention of 2005 and their inclusion within the scope of the Hague Convention of 2019. V. Conclusion.

I. Introduction

1. Asymmetric jurisdiction clauses – also known as unilateral, imbalanced, one-sided, one-way, hybrid or lopsided jurisdiction clauses – are choice of court agreements¹ which are more favourable to one party to the contract than to the other², in that they give one party more rights, *i.e.* a much wider choice of competent courts³. Asymmetric clauses contain different provisions on jurisdiction depending on which party to the agreement initiates litigation proceedings⁴: they bind one party to bring proceedings exclusively before the designated/named court and give the other party a right to choose, in addition to that court, other competent court(s)⁵. Such agreements are exclusive for one party but non-exclusive for the other⁶. They differ from exclusive jurisdiction agreements, where all parties are restricted to initiate proceedings in a single nominated court with exclusive jurisdiction. Asymmetric choice of court agreements are most frequently used in transnational finance contracts, particularly in loan agreements, where the borrower may sue the lender in the courts of only one State but the lender may sue the borrower elsewhere.

2. There are different types of asymmetric clauses⁷. Most common is the so-called Rothschild clause named after the landmark French case *Madame X v Banque Privée Edmond de Rothschild* of 2012⁸. The clause was framed in the following terms: «[p]otential disputes between the Client and the Bank will be submitted to the exclusive jurisdiction of the Courts of Luxembourg. The Bank nonetheless reserves the right to bring an action before the Courts of the client's domicile or before any other competent court in default of an election of the preceding jurisdiction»⁹. Rothschild clauses thus provide for one party (the non-option holder) to sue exclusively in one jurisdiction and allow the counterparty

¹ The expressions “jurisdiction clauses” or “jurisdiction agreements”, “choice of court agreements”, “choice of forum agreements” and “forum selection clauses” or “forum selection agreements” are used interchangeably in this paper.

² T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation. Text, Cases and Materials on Private International Law*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 180.

³ T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe. The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, II ed., Oxford University Press, Oxford-New York, 2023, p. 248; European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre SpA v Agora SARL*, C-537/23, ECLI:EU:C:2025:120, para 63, commented by G. CROISANT, C. CAVICCHIOLI, N. RÓLIKE, A. KAZTARIDOU, J. ESQUENAZI, *CJEU's first ruling on the conformity of asymmetric jurisdiction clauses with the Brussels I recast regulation and the 2007 Lugano Convention*, in *Conflictolaws.net*, 28 February 2025; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Los acuerdos de jurisdicción asimétricos tras la sentencia Società Italiana Lastre*, in *La Ley Unión Europea*, 135, 2025; L. ECKHOFF, A. LIETMEYER, *Wirksamkeitsvoraussetzungen von einseitigen bzw. asymmetrischen Gerichtsstandsvereinbarungen*, in *Zeitschrift für Vertriebsrecht*, 2025, p. 179 ff.; J.G. HERRACH ARMO, *Los acuerdos atributivos de competencia asimétricos*, in *La Ley Unión Europea*, 135, 2025; L. IDOT, *Règlement Bruxelles I bis - Clause attributive de juridiction asymétrique*, in *Europe*, 4, 2025, p. 133.

⁴ High Court of Justice, judgment of 3 February 2017, *Commerzbank Aktiengesellschaft v Liquimar Tankers Management Inc.*, [2017] EWHC 161 (Comm), para 1.

⁵ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 22; European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 54 and 67.

⁶ F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, para 217.

⁷ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 17-22 distinguishes between three broad types of asymmetric clauses: Rothschild clauses (and their standard, broad and narrow variants), unilateral non-exclusive clauses and unilateral indeterminate jurisdiction clauses. This article is only concerned with Rothschild-type clauses.

⁸ Cour de cassation, First Civil Chamber, 26 September 2012, No. 11-26.022, *Madame X v Banque Privée Edmond de Rothschild*, commented by D. BUREAU, *Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des loi différentes*, in *Revue critique de droit international privé*, 1, 2013, p. 256 ff.; A. HENKE, *La Corte di cassazione francese e le clausole di proroga asimmetrica*, in *Int'l Lis*, 2, 2013, p. 75 ff.; M. LEHMANN, A. GRIMM, *Zulässigkeit asymmetrischer Gerichtsstandsvereinbarungen nach Artikel 23 Brüssel I-VO*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2013, p. 890 ff.; M. SCHERER, S. LANGE, *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 18 July 2013. All decisions of the *Cour de Cassation* cited in this paper are available at <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹ Author's translation. See Cour de cassation, First Civil Chamber, 26 September 2012, No. 11-26.022, *Rothschild*, cit.: «[I]es litiges éventuels entre le Client et la Banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La Banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède» (French original).

(the option holder) to sue in further courts and not only in the courts named in the first part of the clause. Rothschild clauses consist of two limbs: the (restrictive) anchor limb which applies to proceedings brought by both the non-option holder and the option holder before the so-called “anchor court(s)” and the (liberal) optional limb allowing only the option holder to bring proceedings before the so-called “optional court(s)”¹⁰.

3. *Asymmetrische Gerichtsstandsklauseln* for disputes in cross-border civil and commercial matters are regulated by different European Union (“EU”) and international law instruments. In particular, asymmetric jurisdiction agreements are governed by Art. 25 of Regulation 1215/2012 (“Brussels Ibis Regulation”)¹¹ if they designate the court(s) of EU Member States regardless of the parties’ domicile¹² or by Art. 23 of the Lugano Convention of 2007¹³ if they confer jurisdiction on the court(s) of European Free Trade Association (“EFTA”)-Lugano States (*i.e.* Iceland, Norway and Switzerland)¹⁴ and at least one of the parties is domiciled in a EU Member State or EFTA-Lugano State¹⁵. The Hague Choice of Court Agreements Convention of 2005 (“Hague Convention of 2005”)¹⁶, which prevails over the Brussels Ibis Regulation if one or more of the parties is resident in a Contracting State that is not a EU Member State¹⁷, only applies to exclusive choice of court agreements which designate the courts of a Contracting State¹⁸. By contrast, non-exclusive jurisdiction clauses fall within the scope of the Hague Judgments Convention of 2019 (“Hague Convention of 2019”)¹⁹. The Hague regime has gained particular importance in the relationship between the EU and the United Kingdom after the latter’s withdrawal from the EU.

4. One-sided choice of forum agreements have raised several issues, which this paper analyses in turn by considering the relevant EU and international legal instruments as well as European and national jurisprudence.

¹⁰ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 17.

¹¹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), in *Official Journal of the European Union*, L 351 of 20 December 2012. Regulation 1215/2012 has repealed Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in *Official Journal of the European Communities*, L 12 of 16 January 2001 (“Brussels I Regulation”). On the prorogation of jurisdiction under the Brussels regime see, among others, P. BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 56 ff.; M. BROSCHE, L.M. KAHL, *Article 25*, in M. REQUEJO ISIDRO (ed.), *Brussels I bis. A commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2022, p. 344 ff.; T.C. HARTLEY, *Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford University Press, Oxford, 2013; T. RATKOVIC, D. ZGRABLJIC ROTAR, *Choice-of-court agreements under the Brussels I regulation (recast)*, in *Journal of Private International Law*, 2, 2013, p. 245 ff.; F.C. VILLATA, *L’attuazione degli accordi di scelta del foro nel Regolamento Bruxelles I*, Cedam, Assago, 2012.

¹² Art. 25(1) of Regulation 1215/2012.

¹³ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in *Official Journal of the European Union*, L 339 of 21 December 2007.

¹⁴ “EFTA-Lugano States” are, in the words of Art. 64(2)(a) of the Lugano Convention of 2007, States where the Lugano Convention of 2007 but not the “Brussels regime” (*i.e.* Regulation 44/2001 and Regulation 1215/2012) applies. Liechtenstein is an EFTA State but not an EFTA-Lugano State since it is not bound by the Lugano Convention of 2007.

¹⁵ Art. 23(1) and 64(2)(a) of the Lugano Convention of 2007. See also B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 5-6.

¹⁶ Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, <https://www.hcch.net>. The Hague Convention of 2005 is currently in force between the EU (including Denmark) and Albania, Bahrain, Mexico, Montenegro, North Macedonia, Moldova, Singapore, Switzerland, Ukraine and the United Kingdom. It entered into force in EU Member States and in the United Kingdom in its capacity as a EU Member State on 1 October 2015. It entered into force for the United Kingdom in its own right on 1 January 2021 but the United Kingdom considers that it has been a Contracting State without interruption since 1 October 2015, despite Brexit.

¹⁷ Art. 26(6)(a) of the Hague Convention of 2005; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, IX ed., Utet, Torino, 2020, p. 134.

¹⁸ Art. 3(a) and (b) of the Hague Convention of 2005.

¹⁹ Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, <https://www.hcch.net>. The Hague Convention of 2019 is currently in force between the EU (Denmark excluded) and Albania, Andorra, Montenegro, Ukraine, the United Kingdom and Uruguay. It entered into force in EU Member States as a result of the EU’s accession on 1 September 2023 and in the United Kingdom on 1 July 2025.

5. The first issue concerns the enforceability of asymmetric clauses (paragraph II), *i.e.* whether they satisfy the enforceability requirements provided by Regulation 1215/2012 and the Lugano Convention of 2007²⁰ in order to be valid (and thus allowed) under the Brussels-Lugano regime²¹.

6. Asymmetric clauses were undoubtedly valid under the former Brussels Convention of 1968²² and Lugano Convention of 1988. Art. 17(5) of the Brussels Convention of 1968, as well as Art. 17(4) of the Lugano Convention of 1988, implicitly accepted the imbalance and validity of one-sided clauses²³ by stating that «[i]f the agreement conferring jurisdiction was concluded for the benefit of only one of the parties, that party shall retain the right to bring proceedings in any other court which has jurisdiction by virtue of this Convention»²⁴, so that the clause was exclusive only for the other party²⁵. With reference to Art. 17(5), the European Court of Justice (“ECJ”) held that the common intention to confer an advantage to one of the parties must be clear from the terms of the jurisdiction clause and that «[c]lauses which [...], whilst specifying the courts in which either party may sue the other, give one of them a wider choice of courts [*i.e.* asymmetric clauses] must be regarded as clauses whose wording shows that they were agreed for the exclusive benefit of one of the parties»²⁶. In this regard, the designation of the court(s) of the Contracting State in which one of the parties is domiciled was not deemed sufficient by the ECJ²⁷.

7. The explicit reference to asymmetric clauses contained in Arts. 17(5) of the Brussels Convention of 1968 and 17(4) of the Lugano Convention of 1988 has however been deleted in Arts. 23 of both the Brussels I Regulation and Lugano Convention of 2007 and Art. 25 of the Brussels Ibis Regulation. Among the reasons which seem to have led to the deletion are, on the one hand, the fact that the former provisions were «obviously to the advantage of the stronger party in the negotiation of a contract, without producing any significant gain for international commerce»²⁸ and, on the other hand, the uncertainties which the formulation «for the benefit of only one of the parties» had created²⁹. Arguably, the introduction of a rebuttable presumption of exclusivity in Arts. 25 of the Brussels Ibis Regulation and 23 of the Lugano Convention of 2007 («jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise») might have been the main reason, since asymmetric Rothschild clauses undoubtedly fall within the terms «unless [...] agreed otherwise» by the parties³⁰.

²⁰ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 195-196.

²¹ On this topic see, in addition to the authors cited below, M. AHMED, *The Legal Regulation and Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements in the European Union*, in *European Business Law Review*, 3, 2017, p. 403 ff.; L. MERRETT, *The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1, 2018, p. 37 ff.; H. WAIS, *Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4, 2017, p. 815 ff.

²² L. MERRETT, J. CARRUTHERS, *United Kingdom: Giving Effect to Optional Choice of Court Agreements — Interpretation, Operation and Enforcement*, in M. KEYES (ed.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, Springer, Cham, 2020, p. 485; A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 159; E.-A. OPREA, *Romania: Interpretation and Effects of Optional Jurisdiction Agreements in International Disputes*, in M. KEYES (ed.), *Optional Choice of Court Agreements*, cit., p. 315: «[g]iven [the] text [of Art. 17(5) of the Brussels Convention of 1968], the admissibility of asymmetrical jurisdiction agreements was not seriously disputed».

²³ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 52.

²⁴ Art. 17(5) of the consolidated version of the Brussels Convention of 1968.

²⁵ F. POCAR, *Explanatory Report to the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *Official Journal of the European Union*, C 319 of 23 December 2009, para 106.

²⁶ European Court of Justice, judgment of 24 June 1986, *Rudolf Anterist v Crédit Lyonnais*, C-22/85, ECLI:EU:C:1986:255, paras 14-15.

²⁷ European Court of Justice, judgment of 24 June 1986, *Rudolf Anterist*, cit., para 16.

²⁸ F. POCAR, *Explanatory Report*, cit., para 106 (with reference to the Lugano regime).

²⁹ U. MAGNUS, *Article 25*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2023, p. 603. Similarly, G. DROZ, H. GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit international privé*, 4, 2001, p. 601 ff., para 51: «la suppression de cette disposition [...] supprime ainsi une source de contentieux: il n'était pas toujours aisé de déterminer si la clause avait ou non été stipulée uniquement en faveur de l'une des parties».

³⁰ R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 81.

8. In the absence of an equivalent rule to Arts. 17(5) of the Brussels Convention of 1968 and 17(4) of the Lugano Convention of 1988 contained in the Brussels I and Ibis Regulations and in the Lugano Convention of 2007, the issue of enforceability and effectiveness of asymmetric clauses under the Brussels-Lugano regime has been widely debated among scholars³¹ and national courts³². Indeed, while Italian³³, German and, before Brexit, English³⁴ courts ruled on the applicability of the Brussels regime to asymmetric clauses, the chambers of the French *Cour de Cassation* have over the years rendered opposed decisions on whether asymmetric choice of court agreements are allowed under the Brussels-Lugano regime. In doing so, they relied on different standards ranging from potestativity to foreseeability³⁵.

9. In its already mentioned *Rothschild* decision, the First Civil Chamber considered that due to its potestative nature («*caractère potestatif*»), a French contract law conception which refers to the power of one party to unilaterally affect the legal position of its counterparty), the asymmetric *Rothschild* clause at issue was contrary to the object and purpose of the prorogation of jurisdiction under Art. 23 of Regulation 44/2001 (“Brussels I Regulation”)³⁶. In the *ICH* case the *Court de Cassation* held that the Court of Appeal should have verified whether the asymmetric clause at issue was contrary to the objectives of foreseeability and legal certainty pursued by the Lugano Convention³⁷. The French highest court subsequently upheld an asymmetric clause under Art. 23 of the Brussels I Regulation on the ground that it met the requirement of predictability («*cette clause [...] répondait à l’impératif de prévisibilité*») in *eBizzuss*³⁸. In *Diemme* the *Court de Cassation* overturned a decision of the Paris Court of Appeal which, in light of the *Rothschild* decision, had declared an asymmetric clause null due to its potestative character³⁹. Asymmetric clauses were set aside for lack of objective elements in order to identify the optional courts in *ICH II*⁴⁰ and for lack of predictability in *Dexia banque*⁴¹. In *Tabbert* the asymmetric clause in question was upheld (again) because it met the standard of predictability⁴².

10. Recently, upon request for a preliminary ruling from the same French *Cour de Cassation*, the ECJ had the opportunity to rule for the first time in the *Lastre* judgment on the admissibility/validity-

³¹ According to U. MAGNUS, *Article 25*, cit., p. 603: «“asymmetric clauses” are principally valid under the [Brussels Ibis] Regulation». See also D. DRAGUIEV, *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability*, in *Journal of International Arbitration*, 1, 2014, p. 38: «[c]onstruing the Brussels I Regulation in light of the Brussels Convention, there is no indication that this type of clause [*i.e.* the *Rothschild* clause] is not covered by the Regulation. In fact, such clauses have been previously covered by the Brussels Convention»; R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., p. 81: «asymmetric agreements of the standard type employed in *Rothschild* are compatible with Article 25».

³² E.-A. OPREA, *Romania: Interpretation and Effects of Optional Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 315-317.

³³ Cassazione civile, Sezioni Unite, decision of 8 March 2012, n. 3624, *Umbro International Limited v Global Brand Management*, in *One Legale*. On the validity of an asymmetric clause under Art. 4 of the Italian Statute on Private International Law (Law 218/1995), the national provision corresponding to Art. 25 of Regulation 1215/2012, see Cassazione civile, Sezioni Unite, decision of 11 April 2012, n. 5705, *Grinka S.r.l. in liquidazione v Intesa San Paolo S.p.A., Simest S.p.A., HSBC Bank Plc*, in *De Jure*.

³⁴ *E.g.* Court of Appeal, judgment of 18 December 2020, *Etihad Airways PJSC v Flöther*, [2020] EWCA Civ 1707.

³⁵ F. MAILHÉ, *French Supreme Court Refers Validity of Asymmetrical Clauses to CJEU*, in *EAPIL Blog*, 4 May 2023.

³⁶ Cour de cassation, First Civil Chamber, 26 September 2012, No. 11-26.022, *Rothschild*, cit.: «[...] la cour d’appel en a exactement déduit qu’elle revêtait un caractère potestatif à l’égard de la banque, de sorte qu’elle était contraire à l’objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l’article 23 du Règlement Bruxelles I». See also Bulgarian Supreme Court of Cassation, 2 September 2011, No. 71, which held a one-way arbitration/choice of court clause contained in a loan agreement without an international element to be void under Bulgarian law. On the latter judgment see D. SARBINOVA, *Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause*, in *Conflictolaws.net*, 13 November 2012.

³⁷ Cour de cassation, First Civil Chamber, 25 March 2015, No. 13-27.264, *ICH v Crédit Suisse*.

³⁸ Cour de cassation, First Civil Chamber, 7 October 2015, No. 14-16.898, *MJA (mandataire judiciaire de la société eBizzuss) v Apple Sales international*.

³⁹ Cour de cassation, Commercial Chamber, 11 May 2017, No. 15-18.758, *Diemme v Chambon*.

⁴⁰ Cour de cassation, First Civil Chamber, 7 February 2018, No. 16-24.497, *Crédit Suisse v ICH II* (concerning Art. 23 of the Lugano Convention of 2007)

⁴¹ Cour de cassation, First Civil Chamber, 3 October 2018, No. 17-21.309, *Société Saint Joseph v Dexia banque internationale* (Art. 23 of Regulation 44/2001).

⁴² Cour de cassation, First Civil Chamber, 11 July 2019, No. 18-11.456, *Aquitaine caravanes v Knaus Tabbert GmbH* (Art. 25 of Regulation 1215/2012).

ty of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime. The asymmetric jurisdiction clause at issue, which was included in a supply contract between Società Italiana Lastre SpA, an Italian company, and Agora SARL, a French company, stated that «the court of Brescia [(Italy)] will have jurisdiction over any dispute arising from or related to this contract. [Società Italiana Lastre] reserves the right to bring proceedings against the purchaser before another competent court in Italy or elsewhere»⁴³. The clause clearly favoured the Italian supplier company, since only the French buyer was required to comply with the exclusive jurisdiction conferred on the Italian court of Brescia⁴⁴.

11. The ECJ held that in the assessment of the validity of a forum selection agreement the alleged imprecision and asymmetry of choice of court agreements is to be determined in light of the autonomous criteria to be derived from Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 itself⁴⁵. It also clarified that an asymmetric forum selection clause is valid under Regulation 1215/2012 and the Lugano Convention of 2007 if three cumulative conditions are satisfied. The clause must (i) designate courts of one or several EU Member States or States parties to the Lugano Convention of 2007, (ii) identify objective factors which are sufficiently precise to enable the court seised to ascertain whether it has jurisdiction and (iii) not be contrary to Arts. 15, 19 and 23 of Regulation 1215/2012 on jurisdiction relating to insurance, consumer and individual employment contracts and neither derogate to Art. 24 on exclusive jurisdiction⁴⁶. As will be seen, the ECJ relied on some of the enforceability requirements set forth in Art. 25(1) of the Brussels Ibis Regulation and in Art. 25(4), read together with Arts. 15, 19, 23 on protective jurisdiction and Art. 24 on exclusive jurisdiction.

12. The second issue is about the effects of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime and whether the exception to the *lis pendens* rule in Art. 31(2) of Regulation 1215/2012 is applicable to these clauses (paragraph III).

13. The third issue concerns the exclusion of asymmetric choice of court clauses from the scope of application of the Hague Convention of 2005 which is expressly limited by Art. 1(1) to «exclusive choice of court agreements». Despite the clear wording of the provision and of the accompanying Explanatory Report, some national courts ruled in favour of the application of the Hague Convention of 2005 to asymmetric agreements. At the same time, the exclusion from the Hague Convention of 2005 of asymmetric clauses is counterbalanced by the specific inclusion of these clauses within the scope of the Hague Convention of 2019 (paragraph IV).

II. The enforceability requirements of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime

14. Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 provides that the parties may agree that «a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship». Parties may include their choice of court (*electio fori*) in a standalone agreement or, more frequently, within a contractual clause.

15. This paragraph considers the enforceability requirements of one-way jurisdiction clauses which can be derived from (now) Art. 25 and other provisions on jurisdiction of the Brussels Ibis Regulation, as interpreted by the ECJ and national jurisprudence. Identical and different formulations of the corresponding provisions contained in the Brussels Convention of 1968, the Brussels I Regulation and the Lugano Convention of 2007 will be taken into account, if relevant.

⁴³ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 17.

⁴⁴ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 66.

⁴⁵ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 47, 51, 53.

⁴⁶ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 67 and dispositive.

1. The precision of content

16. The first sentence of Arts. 17(1) of the Brussels Convention of 1968 and 23(1) of Regulation 44/2001 opened with the wording «[i]f the parties [...] have agreed that a court or the courts of a [Contracting State or, respectively, of a] Member State are to have jurisdiction [...]». In its earlier *Coreck* and *Hőszig* jurisprudence, the ECJ held that the terms «have agreed» «cannot be interpreted as meaning that it is necessary for such a clause to be formulated in such a way that the competent court can be determined on its wording alone. It is sufficient [in order to be valid] that the clause state the objective factors on the basis of which the parties have agreed to choose a court or the courts to which they wish to submit disputes which have arisen or which may arise between them. Those factors, which must be sufficiently precise to enable the court seised to ascertain whether it has jurisdiction, may, where appropriate, be determined by the particular circumstances of the case»⁴⁷. Hence, the jurisdiction of a court must be determinable⁴⁸. Jurisdiction clauses designating the courts «in the country where the carrier has his principal place of business»⁴⁹ or «the Paris Courts»⁵⁰ meet the precision of content requirement.

17. In the most recent *Lastre* decision the ECJ reiterated the just mentioned case law being equally applicable to the corresponding Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 which also contains the words «have agreed»⁵¹. The ECJ added that the condition that the parties «have agreed» on a court or courts of a EU Member State in the first sentence of Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 implicitly includes a requirement of precision which a choice of court agreement must satisfy in order to be valid⁵². This precision requirement contributes to the achievement of the objectives of foreseeability, transparency and legal certainty set forth in Recitals 15 and 16 of Regulation 1215/2012⁵³ and is met if an asymmetric agreement designates with sufficient precision a particular court and other courts of EU Member States or States parties to the Lugano Convention of 2007 having jurisdiction under the general and special rules on jurisdiction of the Regulation (Arts. 4-9) or of the Convention (Arts. 2-7)⁵⁴.

18. The specific reference to the objectives of foreseeability and legal certainty in *Lastre* seems to suggest that the precision requirement is to be assessed not only from the perspective of the court but also from the perspective of both parties⁵⁵. In *Inkreal* the ECJ stated that an agreement conferring jurisdiction meets the aim of legal certainty because it «helps the applicant to ascertain the court before which he or she may bring proceedings and the defendant to foresee the court before which he or she may be sued, and enables the national court seised to be able readily to decide whether it has jurisdiction»⁵⁶. There is however no reference to this part of the *Inkreal* judgment in *Lastre*.

19. In sum, it seems that under current EU jurisprudence a jurisdiction clause providing that both parties could sue before a particular court and that the option holder could sue before another «competent court» is consistent with the precision of content requirement⁵⁷ provided that the clause identifies

⁴⁷ European Court of Justice, judgments of 9 November 2000, *Coreck*, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, para 15 and 7 July 2016, *Hőszig*, C-222/15, ECLI:EU:C:2000:606, para 43.

⁴⁸ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 198.

⁴⁹ This was the jurisdiction clause at issue in the *Coreck* case: European Court of Justice, judgment of 9 November 2000, *Coreck*, cit., para 5.

⁵⁰ European Court of Justice, judgment of July 2016, *Hőszig*, cit., paras 45, 49.

⁵¹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 42, 45.

⁵² European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 43-44.

⁵³ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 46.

⁵⁴ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 59.

⁵⁵ See in this regard B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 201-205; B. MARSHALL, *CJEU on substantive validity and on asymmetric clauses: what we now know, and what we (still) don't*, in *GAVC Law Blog*, 7 March 2025.

⁵⁶ European Court of Justice, judgment of 8 February 2024, *Inkreal v Dúha reality*, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123, paras 28-29.

⁵⁷ G. CUNIBERTI, *CJEU Rules on Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses*, in *EAPIL Blog*, 27 February 2025: a key lesson of the *Lastre* judgment «seems to be that a clause granting jurisdiction to ‘competent’ courts is sufficiently precise».

the «*competent courts*» in the EU or in a State bound by the Lugano Convention of 2007⁵⁸ (and not outside the EU) having jurisdiction under the Brussels-Lugano regime (*e.g.* the courts of the defendant's domicile or where the services were performed)⁵⁹. This enforceability requirement will be addressed in more detail in the next paragraph.

2. The designation of a court or the courts of a EU Member State or a State bound by the Lugano Convention of 2007

20. Pursuant to Art. 25(1), first sentence, of Regulation 1215/2012 the parties may agree to confer jurisdiction only to «a court or the courts of a [EU] Member State». Similarly, Art. 23(1), first sentence, of the Lugano Convention of 2007 refers to «a court or the courts of a State bound by this Convention». The reference to singular and plural enables the parties to determine local jurisdiction (*e.g.* «the court of Brescia») or international jurisdiction (*e.g.* «the courts in Italy»). In the latter case national procedural law determines the local competent court.

21. With specific regard to the optional limb of the asymmetric jurisdiction clause at issue in the *Lastre* case allowing the option holder to bring proceedings «before another competent court in Italy or elsewhere», the ECJ clarified that despite the wording of Art. 25(1) («courts of a [EU] Member State»), the provision can not be interpreted as meaning that the parties must necessarily designate the courts of a single and the same EU Member State (or State party to the Lugano Convention of 2007). The imposition of such a limit would otherwise be contrary to the need to respect the party autonomy principle enshrined in Recital 19 of the Brussels Ibis Regulation⁶⁰. An asymmetric clause is therefore valid if it designates the courts of one or several EU Member States or States parties to the Lugano Convention of 2007⁶¹.

22. The ECJ specified that the former Art. 17 of the Brussels Convention of 1968 does not apply to clauses designating a court in a third country⁶². In line with this jurisprudence, the ECJ held that if the optional limb of an asymmetric clause referring to «another competent court [...] elsewhere» must be interpreted as meaning that it also designates one or several courts of one or more third States (*i.e.* non-EU Member States or non-States parties to the Lugano Convention of 2007), the clause would be contrary to the Brussels-Lugano regime due to the risks of unforeseeability, legal uncertainty and conflicts of jurisdiction⁶³. Indeed, in order to determine the «competent court» in a third State (*e.g.* the United Kingdom) which has jurisdiction, it would be necessary to apply the rules on jurisdiction of that State instead of EU law⁶⁴, an eventuality which seems inadequate to the ECJ⁶⁵.

23. Pursuant to this line of reasoning of the ECJ, the optional limb of the asymmetric clause in the French *Rothschild* case designating «the Courts of the client's domicile or [...] any other *competent court*»⁶⁶ would satisfy the precision requirement discussed in the previous paragraph. The same seems to apply to the optional limb of a clause which refers to the «courts of Italy or another court *having jurisdiction by virtue of international conventions*»⁶⁷, the «competent court at the place of the [reseller]'s

⁵⁸ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 62.

⁵⁹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 59.

⁶⁰ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 55-56.

⁶¹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 58 and 67.

⁶² European Court of Justice, judgment of 9 November 2000, *Coreck*, cit., para 19.

⁶³ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 60-61.

⁶⁴ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 60.

⁶⁵ G. CUNIBERTI, *CJEU Rules on Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses*, cit.

⁶⁶ Emphasis added.

⁶⁷ Emphasis added. The clause is taken from the case decided by the Cassazione civile, Sezioni Unite, decision of 8 March 2012, n. 3624, cit.

registered office»⁶⁸ or «any other court with jurisdiction»⁶⁹. Doubts arise as regards the second part of the clause in the *Lastre* case («another competent court in Italy or elsewhere»)⁷⁰.

3. Formal validity

24. Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 expressly sets out an exhaustive list⁷¹ of alternative formal validity requirements of choice of court agreements and provides that their substantive validity is governed by the law of the EU Member State of the chosen court(s)⁷². The Brussels Ibis Regulation fails to define the expressions “formal validity” and “substantive validity”, which are different, although intertwined, concepts⁷³.

25. “Formal validity” refers to the formal requirements necessary for a person’s will/consent to be externalized and, thus, to be legally effective⁷⁴. The purpose of the requirements as to form is to ensure that consensus between the parties is in fact established⁷⁵.

26. The formal validity requirements are listed in Arts. 25(1)(a) to (c) of the Brussels Ibis Regulation and 23(1)(a) to (c) of the Lugano Convention of 2007. To be formally valid, an asymmetric choice of court agreement must be concluded (a) in writing or orally with a written confirmation, (b) by a practice established between the parties or (c) based on a usage of international trade or commerce. The requirement «in writing» is satisfied in the case of «[a]ny communication by electronic means which provides a durable record of the agreement»⁷⁶. Electronic asymmetric clauses or one-sided clauses contained in an online contract are therefore enforceable under the Brussels Ibis Regulation and the Lugano Convention of 2007. The formal validity requirement *sub* (a) does not give rise to particular problems, as asymmetric clauses are always concluded in writing⁷⁷.

4. Substantive validity

26. The concept of “substantive validity” refers to the existence of vitiating factors affecting the way in which the parties’ consent was formed⁷⁸. According to the ECJ, the expression «null and void as

⁶⁸ The clause is taken from the case decided by the Cour de cassation, First Civil Chamber, 11 July 2019, No. 18-11.456, *Aquitaine caravanes v Knaus Tabbert GmbH*.

⁶⁹ The clause is taken from the case decided by Cour de cassation, First Civil Chamber, 25 March 2015, No. 13-27.264, *ICH v Crédit Suisse*. See B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 200: «[i]t is difficult to see why the criterion ‘any court with jurisdiction’ is not an objective factor or why it is insufficiently precise, assessed only from the perspective of a court seised: any court which would otherwise regard itself as competent has jurisdiction»; B. MARSHALL, *CJEU on substantive validity and on asymmetric clauses*, cit.

⁷⁰ Emphasis added. As stated by G. CUNIBERTI, *CJEU Rules on Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses*, cit. «[t]his clause is found to violate the precision requirement [...] the clause would have complied with the requirement of EU law if it had granted jurisdiction to “any competent court of an EU member State or a State applying the Lugano Convention”».

⁷¹ European Court of Justice, judgments of 24 June 1981, *Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain*, C-150/80, ECLI:EU:C:1981:148, para 26: «Contracting States are not free to lay down formal requirements other than those contained in [Art. 17 of] the [Brussels] Convention [of 1968]»; 16 March 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA*, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142, para 37.

⁷² Cf. Arts. 3(c) and 5(1) of the Hague Convention of 2005.

⁷³ P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements under the Brussels Ibis Regulation*, in P. MANKOWSKI (ed.), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, p. 115: «[t]he two sides of validity – the formal and the substantive – remain [...] closely related to each other». On the substantive validity of asymmetric clauses see para 27 ff. below.

⁷⁴ M. GIULIANO, P. LAGARDE, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in *Official Journal*, C 282/1, p. 29; P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., p. 114.

⁷⁵ European Court of Justice, judgments of 11 November 1986, *Iveco Fiat*, C-313/85, ECLI:EU:C:1986:423, para 5; 9 November 2000, *Coreck*, cit., para 13 and case law cited therein (Art. 17 of the Brussels Convention of 1968).

⁷⁶ Arts. 25(2) of Regulation 1215/2012 and 23(2) of the Lugano Convention of 2007.

⁷⁷ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 206.

⁷⁸ P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., pp. 114-115.

to [...] substantive validity» – which must be given an autonomous, uniform⁷⁹ and restrictive interpretation – covers the general causes of nullity of a contract, namely the consent-vitiating factors such as error, deceit, violence or fraud and incapacity to contract⁸⁰. These causes are governed by the law of the EU Member State whose courts are designated (*lex fori prorogati*) and not by the Brussels Ibis Regulation itself⁸¹. The concept «null and void as to [...] substantive validity» does not cover conditions of validity pertaining to jurisdiction clauses⁸². It follows that the alleged imprecision and/or asymmetry is an autonomous (rather than a substantive validity) question to be determined by applying autonomous factors and criteria to be derived from Art. 25 of the Brussels Ibis Regulation as interpreted by the ECJ⁸³.

27. Unlike Arts. 17 of the Brussels Convention of 1968 and 23 of both Regulation 44/2001 and the Lugano Convention of 2007, Art. 25(1), first sentence, of Regulation 1215/2012 provides that the court(s) of a Member State designated in a forum selection agreement «shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State» (*lex fori prorogati*). Art. 25(1) lays down a conflict-of-laws rule that indicates which national law applies as regards grounds of substantive (in)validity of a jurisdiction clause⁸⁴ and which is in line with the principle of severability/separability enshrined in Art. 25(5) of the Brussels Ibis Regulation.

28. Pursuant to Recital 20 of the Brussels Ibis Regulation, for the purposes of Art. 25(1) the term «law» refers to both the substantive rules and the conflict-of-laws rules of the EU Member State whose courts have been chosen⁸⁵. Recital 20 – which has only interpretative value – thus specifies that the doctrine of *renvoi* applies⁸⁶. In the absence, at EU⁸⁷ and international level, of uniform conflict-of-laws rules to determine the law applicable to the substantive validity of choice of court agreements, the *domestic* conflict-of-laws rules of the chosen court must be taken into account⁸⁸. This may lead to the application of the substantive law of another EU Member State – or, even, of a third State⁸⁹ – under the national conflict-of-laws rules of the chosen court. In the *Lastre* case the referring French *Cour de Cassation* requested the ECJ to clarify whether, in light of Recital 20, the conflict-of-laws rule in Art. 25(1) of the Brussels Ibis Regulation includes *renvoi*⁹⁰. Regrettably, this has not yet been clarified by

⁷⁹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 30.

⁸⁰ On the issues being covered by “substantive validity” see the detailed analysis of B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 211 ff.

⁸¹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 36.

⁸² European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 36.

⁸³ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 47, 51 and 53. See also P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., p. 112: «the admissible ‘format’ of a forum selection agreement – that is, its general layout, including whether the agreement should necessarily provide the parties with equal jurisdictional opportunities – seems to rank among the matters that the Regulation itself takes care to address».

⁸⁴ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 32. As highlighted by A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, cit., p. 107, Art. 25(1) is a «complex choice of law rule, somewhat curiously buried in the Brussels I[bis] Regulation (which is otherwise exclusively focused on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments)».

⁸⁵ See Recital 20 of Regulation 1215/2012: «[w]here a question arises as to whether a choice-of-court agreement in favour of a court or the courts of a Member State is null and void as to its substantive validity, that question should be decided in accordance with the law of the Member State of the court or courts designated in the agreement, including the conflict-of-laws rules of that Member State».

⁸⁶ See T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements in Europe*, cit., p. 271 ff.; A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, cit., p. 107.

⁸⁷ Art. 1(2)(e) of the Rome I Regulation excludes «agreements on the choice of court» from its scope of application.

⁸⁸ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 219. Some EU Member States have unilaterally extended the provisions of the Rome I Regulation through their national legislation (e.g. Art. 57 of the Italian Statute on Private International Law, Law 218/1995), while others have enacted specific national conflict-of-laws rules: see in detail P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., pp. 107-109.

⁸⁹ In this case the safeguards of the overriding mandatory provisions in force in the EU Member State of the chosen court and its public policy would still apply: P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., p. 105.

⁹⁰ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 27(3), third indent: «lastly, in view of recital 20 of the Brussels Ia Regulation, should reference to the law of the Member State designated be understood to mean the material rules of the State or its conflict-of-law rules?».

the ECJ⁹¹. It should also be noted that in paragraph 9 of its *Lastre* judgment the ECJ quoted Recital 20 in its entirety, while in paragraph 33 it omitted to cite the relevant final part («including the conflict-of-laws rules of that Member State»)⁹². Alignment with Art. 5(1) of the Hague Convention of 2005 would however suggest that *renvoi* is included⁹³.

29. The *lex fori prorogati* approach now enshrined in Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 has already been anticipated by Advocate General Slynn in 1981⁹⁴ and has been later codified in Art. 5(1) of the Hague Convention of 2005. The latter provision states that «[t]he court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State»⁹⁵. As highlighted in the Hartley/Dogauchi Explanatory Report, the term «law» in Art. 5(1) includes the choice-of-law rules of the State of the chosen court as well⁹⁶. Despite the slightly different formulation (Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 adds that the clause may be null and void «as to its substantive validity»), Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 mirrors the choice-of-law rule under Art. 5(1) of the Hague Convention of 2005, thus ensuring perfect coherence between the Brussels and Hague regimes⁹⁷. In paragraph 3 of the *Lastre* judgment the ECJ specifically refers to Art. 5(1) of the Hague Convention of 2005, maybe to underline the alignment of the Brussels Ibis Regulation with the Convention on this point⁹⁸. This seems to be confirmed by the ECJ's reference to a Proposal for the Brussels Ibis Regulation which specified that «a harmonised conflict of law rule on the substantive validity of choice of court agreements [...] reflect[s] the solutions established in the 2005 Hague Convention on the Choice of Court Agreements»⁹⁹.

30. The *lex fori prorogati* approach can also be found in other provisions of the Hague Convention of 2005, namely Art. 6(a) excluding the obligation of a court of a Contracting State other than that of the chosen court to suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies if «the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court»¹⁰⁰ and Art. 9(a) on the refusal of recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement if «the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court»¹⁰¹.

31. It should be noted that in order to ascertain the substantive validity of the choice of court agreement, Art. 25(1) of Regulation 1215/2012 makes reference to the «law of that Member State», *i.e.* to the

⁹¹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 68.

⁹² G. VAN CALSTER, *Società Italiana Lastre. The CJEU (once again ignoring renvoi nb) in strong support for party autonomy, holds the validity of asymmetric choice of court IS covered by Brussels Ia and, in principle, valid provided it be limited to EU or Lugano States courts*, in *GAVC Law Blog*, 28 February 2025.

⁹³ In this sense see also B. MARSHALL, *CJEU on substantive validity and on asymmetric clauses*, cit., observing that «[w]hat one should make of the Court's misleading truncation of recital 20 is, therefore, anyone's guess».

⁹⁴ Opinion of Advocate General Slynn of 20 May 1981, *Elefanten Schuh*, C-150/80, p. 1698: «having regard to the objects and purposes of the [Brussels] Convention [of 1968], Article 17 is to be read as implicitly laying down the rule that where a particular forum is referred to in writing, in what is alleged to be, or to be evidence of, a valid agreement, the law of that forum must decide whether the agreement is valid. Only in this way can any principle of uniformity be satisfied».

⁹⁵ Art. 5(1) of the Hague Convention of 2005.

⁹⁶ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report on the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, para 125.

⁹⁷ M. WELLER, *Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: Coherences and Clashes*, in *Journal of Private International Law*, 1, 2017, p. 101.

⁹⁸ However, according to G. CUNIBERTI, *CJEU Rules on Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses*, cit., the ECJ's reference to the Hague Convention of 2005 «is unclear, but somewhat worrying, as it may signal that it considers that the issues should be addressed in the same way under the two instruments [but] [t]he Hague Convention [...] only applies to exclusive choice of court agreements». The same concern has been shared by G. VAN CALSTER, *Società Italiana Lastre*, cit.

⁹⁹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 40 quoting European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) of 14 December 2010, COM(2010) 748 final, p. 9.

¹⁰⁰ Art. 6(a) of the Hague Convention of 2005.

¹⁰¹ Art. 9(a) of the Hague Convention of 2005.

lex fori prorogati of the only EU Member State whose court(s) have been chosen¹⁰². In other words, the conflict-of-laws rule in Art 25(1) presupposes that the parties designate the court(s) of one EU Member State in their forum selection clause¹⁰³. How does the conflict-of-laws rule in Art. 25(1) work in the case of Rothschild clauses? Which court(s) are designated/prorogated in such clauses? Is it only the anchor court or also the optional courts¹⁰⁴ which are usually located in different (EU or EFTA-Lugano) States?

32. The referring court in the *Lastre* case asked the ECJ whether reference should be made to «the sole court to be expressly designated, even if proceedings could equally be brought before other courts» or, if multiple courts have been designated, to the «court before which proceedings have actually been brought»¹⁰⁵. Unfortunately, the ECJ did not answer this key question¹⁰⁶ which still has to be solved. It has been argued that Rothschild clauses designate/prorogate only the anchor court for both parties¹⁰⁷ and merely preserve (but not prorogate) the jurisdiction of the optional court(s) for one of the parties (the option holder). Under this solution, if proceedings are brought before the anchor court, that court will apply to the substantive validity of the Rothschild clause the law designated by its conflict-of-laws rules (assuming *renvoi* is included). If proceedings are brought before another court (including one of the optional courts), that court will apply the law designated by the conflict-of-laws rules of the anchor court¹⁰⁸.

5. The compliance with the provisions on protective and exclusive jurisdiction

33. Art. 25(4) of Regulation 1215/2012 provides that «[a]greements or provisions of a trust instrument conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to Articles 15, 19 or 23, or if the courts whose jurisdiction they purport to exclude have exclusive jurisdiction by virtue of Article 24».

34. It follows from Art. 25(4), read in conjunction with Arts. 15(2), 19(2), 23(2) and 24 of Regulation 1215/2012, that in order to be valid a unilateral clause must not contravene the provisions of the Brussels Ibis Regulation on protective jurisdiction, nor derogate from an exclusive jurisdiction¹⁰⁹. Under Arts. 15(2), 19(2), 23(2) a choice of court agreement is valid in matters relating to insurance, consumer and individual employment contracts only if it allows the weaker party to bring proceedings in courts other than those indicated in Sections 3 to 5 of Chapter II of Regulation 1215/2012. These provisions explicitly deal with asymmetry of choice of court agreements in favour of the weaker party and govern the situation in which an asymmetric jurisdiction agreement is valid or not¹¹⁰.

III. The effects of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime and the issue of whether asymmetric clauses fall within Art. 31(2) of Regulation 1215/2012

35. Since asymmetric clauses are exclusive for one party but non-exclusive for the other, it may be argued that they have, on the one hand, a prorogation effect for both parties (*i.e.* the non-option and the option holder), in that they confer jurisdiction on the nominated/anchor court(s), as well as, on the other hand, a derogation effect for the non-option holder, in that they exclude the jurisdiction of any other court¹¹¹.

¹⁰² P. FRANZINA, *The Substantive Validity of Forum Selection Agreements*, cit., p. 109: «[t]he reference to the *lex fori prorogati* is in fact spelled [...] in the singular».

¹⁰³ B. MARSHALL, *CJEU on substantive validity and on asymmetric clauses*, cit.

¹⁰⁴ See B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 142-153.

¹⁰⁵ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 27(3), first and second indent.

¹⁰⁶ For a critique on this point see also B. MARSHALL, *CJEU on substantive validity and on asymmetric clauses*, cit.: «[i]t is a shame that [the ECJ] did not grasp the nettle».

¹⁰⁷ See para 36 below.

¹⁰⁸ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 223.

¹⁰⁹ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 48-50, 64-65.

¹¹⁰ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., paras 50, 64.

¹¹¹ A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, cit., p. 164.

36. Arts. 23(1), second sentence, of the Brussels I Regulation and the Lugano Convention of 2007 and 25(1), second sentence, of Regulation 1215/2012 state that the jurisdiction of the designated court(s) «shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise». These provisions introduce a presumption of exclusivity of choice of court agreements, unless the parties have expressly provided otherwise. This amendment – which is in line with the principle of party autonomy¹¹² – may be linked to the deletion of the provision which was initially contained in Arts. 17(5) of the Brussels Convention of 1968 and 17(4) of the Lugano Convention of 1988¹¹³.

37. Legal scholars¹¹⁴ and national courts have relied on the expression «unless the parties have agreed otherwise» to conclude on the validity of asymmetric choice of court agreements, which are a form of non-exclusive jurisdiction clauses. For example, the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) ruled on the applicability of Art. 23 of Regulation 44/2001 to an asymmetric clause providing that one party (in the case at hand, Global Brand Management) may only bring proceedings before the courts of England, while the other party (Umbro International Limited) also reserved the right to bring proceedings alternatively before the courts of Italy or another court having jurisdiction by virtue of international conventions. According to the Court, the phrase «unless the parties have agreed otherwise» of Art. 23 of the Brussels I Regulation allows the parties of an asymmetric clause to mitigate the exclusive jurisdiction of the anchor courts. However, in this case, Global Brand Management brought proceedings before the Tribunal of Rome. The *Corte di Cassazione* held that Art. 23 of Regulation 44/2001 precludes the non-option holder from derogating to the jurisdiction of the anchor courts and, consequently, denied the jurisdiction of the Tribunal of Rome in favour of the English jurisdiction¹¹⁵.

38. In its *Lastre* judgment, the ECJ expressly underlined that the fact that under the anchor limb of an asymmetric clause only the non-option holder is required to comply with the exclusive jurisdiction conferred on the anchor court «does not appear, in itself, to be contrary to [the second sentence of] Article 25» of the Brussels Ibis Regulation¹¹⁶.

39. Exclusivity constitutes a crucial requirement for the application of Art. 31(2) of Regulation 1215/2012¹¹⁷. According to Art. 31(2), «where a court of a Member State on which an agreement as referred to in Article 25 confers *exclusive* jurisdiction is seised, any court of another Member State shall stay the proceedings until such time as the court seised on the basis of the agreement declares that it has no jurisdiction under the agreement»¹¹⁸. The latter provision, which can not be found in the Lugano Convention of 2007, constitutes a «reverse *lis pendens* rule»¹¹⁹ in that it gives priority to determine the effect of the agreement to the exclusively chosen court, even if it is second seised¹²⁰. The

¹¹² European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 52.

¹¹³ See para I above.

¹¹⁴ R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., p. 81: «Article 25 expressly provides that agreements within its scope are exclusive unless otherwise agreed, thereby recognizing that non-exclusive jurisdiction agreements are compatible with the Regulation, the agreement in Rothschild being but a form of non-exclusive jurisdiction agreement»; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione). Evoluzione e continuità del "sistema Bruxelles-I" nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, IV ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, pp. 203-204.

¹¹⁵ See Cassazione civile, Sezioni Unite, decision of 8 March 2012, n. 3624, cit.: «la circostanza che, rispetto alla giurisdizione, la posizione delle parti del contratto sia asimmetrica, essendo [l']una vincolata alla giurisdizione delle Corti inglesi e l'altra avendo invece la facoltà di optare eventualmente anche per fori differenti, rientra nell'ambito dei possibili diversi accordi mediante i quali il citato art. 23 consente di contemperare l'esclusività del criterio di competenza convenzionale, ma non legittima certo la deroga a tale criterio anche in favore della parte cui quella facoltà non sia stata invece riconosciuta nel contratto; pertanto il Tribunale di Roma non ha titolo per conoscere della presente causa, che ricade nella giurisdizione inglese».

¹¹⁶ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 66.

¹¹⁷ M. BROSCHE, L.M. KAHL, *Article 25*, cit., p. 361.

¹¹⁸ Art. 31(2) of Regulation 1215/2012, emphasis added.

¹¹⁹ See M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements. A Comparative Study*, Hart Publishing, Portland, 2017, pp. 213 and 245 and authors cited therein.

¹²⁰ Recital 22 of Regulation 1215/2012.

rationale behind the introduction of Art. 31(2) in Regulation 1215/2012 was to avoid the risk of “Italian torpedoes”¹²¹.

40. The issue is whether Art. 31(2) applies to asymmetric clauses¹²². English¹²³ and German¹²⁴ courts have ruled that it is an *acte clair* that it does, with consequently no need to refer a preliminary question to the ECJ under Art. 267 of the TFEU. Art. 31(2) of the Brussels Ibis Regulation explicitly covers only jurisdiction clauses which confer *exclusive* jurisdiction on a court of a EU Member State. The heart of the problem lies in the already mentioned hybrid nature of asymmetric clauses which are exclusive for the non-option holder, but non-exclusive for the option holder. Should Art. 31(2) apply only if the non-option holder initiates proceedings before a court other than the anchor court in breach of the anchor limb of a Rothschild clause?¹²⁵ Again, a reference to the ECJ on whether *mutually exclusive* jurisdiction agreements are covered by Art. 31(2) is advisable. In the case of an affirmative answer, the general *lis pendens* rule under Art. 29 of Regulation 1215/2012 will apply to asymmetric clauses instead of Art. 31(2).

IV. The exclusion of asymmetric choice of court agreements from the scope of the Hague Convention of 2005 and their inclusion within the scope of the Hague Convention of 2019

41. As regards the Hague Convention of 2005, there is no requirement that the parties should have equal rights¹²⁶. However, Art. 1(1) of the Convention expressly limits the scope of application of the Convention to only «*exclusive* choice of court agreements concluded in civil or commercial matters»¹²⁷. Such a delimitation is missing in Arts. 25 of the Brussels Ibis Regulation and 23 of the Lugano Convention of 2007.

42. Art. 3(a) defines «exclusive choice of court agreement» as «an agreement concluded by two or more parties [or documented] [in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference¹²⁸] [...] [that] designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State *to the exclusion of the jurisdiction of any other courts*»¹²⁹. The Hague Convention of 2005 also contains a deeming rule: Art.

¹²¹ R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 74-75.

¹²² On this issue see the detailed discussion of G. CUNIBERTI, *Lis Pendens and Jurisdiction Clauses: Open Issues*, in B. HESS, M. BERGSTRÖM, E. STORSKRUBB (eds.), *EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 30 ff.; B. MARSHALL, *Asymmetric Jurisdiction Clauses and the Anomaly Created by Article 31(2) of the Brussels I Recast Regulation*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2, 2022, p. 297 ff.; B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 174 ff.

¹²³ Court of Appeal, judgment of 18 December 2020, *Etihad Airways PJSC v Flöther*, [2020] EWCA Civ 1707, paras 93-94. See also High Court of Justice, judgment of 3 February 2017, *Commerzbank Aktiengesellschaft v Liquimar Tankers Management Inc*, [2017] EWHC 161 (Comm), para 64: «[t]he natural meaning of the words in Article 31(2) - “an agreement [which] confers exclusive jurisdiction” - to my mind includes asymmetric jurisdiction clauses such as those in the various agreements in this case between the Bank and the defendants. Considered as a whole, they are agreements conferring exclusive jurisdiction on the courts of an EU member state, namely, England. That this applies in respect of a claim by the defendants alone does not detract from this effect».

¹²⁴ Bundesgerichtshof, 15 June 2021, II ZB 35/ 20, para 71.

¹²⁵ M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements*, cit., p. 230; R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., p. 101.

¹²⁶ M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements*, cit., p. 241; T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements in Europe*, cit., p. 249.

¹²⁷ Art. 1(1) of the Hague Convention of 2005, emphasis added.

¹²⁸ See Arts. 3(a) and 3(c) of the Hague Convention of 2005.

¹²⁹ Art. 3(a) of the Hague Convention of 2005, emphasis added. The Bundesgerichtshof, 15 June 2021, II ZB 35/ 20, para 69 underlined that the concept of exclusivity under the Hague Convention of 2005 is narrower than in Art. 25 of Regulation 1215/2012.

3(b) provides that «a choice of court agreement [...] shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise». It follows that if the parties have expressly provided otherwise, the agreement is not exclusive and, therefore, outside the Convention's scope of application¹³⁰.

43. The Diplomatic Session agreed that, in order to be covered by the Convention, the agreement must be exclusive irrespective of the party bringing the proceedings¹³¹. As a consequence, asymmetric choice of court agreements, such as those in the *Rothschild* and *Lastre* cases, although being exclusive for one party and non-exclusive for the other, «count as non-exclusive agreements for the purpose of the Convention¹³² because they exclude the possibility of initiating proceedings in other courts for only one of the parties»¹³³. They are thus not covered by the Hague Convention of 2005¹³⁴. The English High Court of Justice has nonetheless ruled – although in *obiter dictum* – that the Convention applies to asymmetric clauses¹³⁵. This national jurisprudence is not supported by neither the above-mentioned clear wording of the Hague Convention of 2005, nor by the *travail préparatoire*, i.e. the Hartley/Dogauchi Explanatory Report¹³⁶.

44. Nonetheless, asymmetric jurisdiction clauses which are exclusive for both parties and designate alternative courts in the same Contracting State would instead be covered by the Hague Convention of 2005¹³⁷. This would be in line with Art. 3(a) of the Convention which explicitly allows the designation of «one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts»¹³⁸. A clause framed as follows «X may sue Y only in the court of Brescia but Y may sue X in the court of Brescia or the court of Rome» would therefore be valid under the Hague Convention of 2005.

45. Art. 8(1) of the Hague Convention of 2005 limits the application of Chapter III on recognition and enforcement to «[a] judgment given by a court of a Contracting State designated in an *exclusive* choice of court agreement»¹³⁹. Whereas asymmetric jurisdiction clauses are not exclusive for the purpose of the Hague Convention of 2005, the recognition and enforcement procedure set out in the Convention does not apply to judgments given under asymmetric agreements. However, Art. 22 of the Convention provides that Contracting States may extend the recognition and enforcement provisions in Chapter III of the Convention¹⁴⁰ to non-exclusive choice of court agreements¹⁴¹. Under Art. 22, Contracting States may make reciprocal declarations that their courts will recognise and enforce judgments given by Con-

¹³⁰ B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 124.

¹³¹ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., para 106.

¹³² High Court of Justice, judgment of 20 May 2024, *Borrelli v Otaibi*, [2024] EWHC 1148 (Comm), para 40; Court of Appeal, judgment of 18 December 2020, *Ethad Airways PJSC v Flöther*, [2020] EWCA Civ 1707, para 85; G. CUNIBERTI, *CJEU Rules on Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses*, cit.: «it is most doubtful that clauses granting options to one of the parties such as the one in [the *Lastre*] case can be characterised as exclusive [under the Hague Convention of 2005]»; R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., p. 64; M. KEYES, B. A. MARSHALL, *Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical*, in *Journal of Private International Law*, 3, 2015, p. 366; B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., pp. 124-136 and 138 concludes in the sense that Rothschild clauses can not be characterized as exclusive jurisdiction agreements for the purposes of the Hague Convention of 2005; A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, cit., pp. 159, 163-164.

¹³³ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., paras 106, 249; Rechtbank Amsterdam, decision of 15 November 2022, *X v Juno Holdings*, ECLI:NL:RBAMS:2022:7521, para 4.9.

¹³⁴ M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements*, cit., p. 241; T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements in Europe*, cit., p. 249.

¹³⁵ See High Court of Justice, judgments of 18 November 2019, *Ethad Airways PJSC v Flöther*, [2019] EWHC 3107 (Comm), para 217: «there are good arguments that the rules in the Hague Convention [of 2005] are engaged by an asymmetric clause»; 3 February 2017, *Commerzbank Aktiengesellschaft v Liquimar Tankers Management Inc*, [2017] EWHC 161 (Comm), para 74: «[t]here are good arguments in my view that the words of the definition of exclusive jurisdiction clauses in Article 3(a) of the Hague Convention [of 2005] cover asymmetric jurisdiction clauses».

¹³⁶ See fn 133.

¹³⁷ T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements in Europe*, cit., p. 249.

¹³⁸ Art. 3(a) of the Hague Convention of 2005.

¹³⁹ Art. 8(1) of the Hague Convention of 2005, emphasis added.

¹⁴⁰ Arts. 8-15 of the Hague Convention of 2005.

¹⁴¹ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., paras 28, 106 (asymmetric agreements «may be subject to the rules of the Convention on recognition and enforcement if the States in question have made declarations under Article 22»), 240.

tracting States courts designated in a non-exclusive choice of court agreement¹⁴². The rationale behind Art. 22 seems to be to allow option holders who have been awarded a judgment based on a Rothschild clause to benefit from enforcement under the Hague Convention of 2005¹⁴³. As mentioned, Art. 22 is based on a system of reciprocal declarations¹⁴⁴. Since, at the time of writing, only Switzerland has yet made a declaration pursuant to Art. 22 of the Hague Convention of 2005¹⁴⁵, the provision is devoid of any practical effect.

46. Asymmetric clauses are included in the scope of the Hague Convention of 2019. Indeed, Art. 5(1)(m) of the Convention provides that a judgment is eligible for recognition and enforcement if it «was given by a court designated in an agreement [...] *other than* an exclusive choice of court agreement»¹⁴⁶. Art. 5(1)(m) substantially reproduces the same definition of «exclusive choice of court agreement» contained in Art. 3(a) of the Hague Convention of 2005. As explained in the Garcimartín/Saumier Explanatory Report, the Hague Convention of 2019 only deals with non-exclusive choice of court agreements in order to avoid any overlap with the Hague Convention of 2005¹⁴⁷. Since asymmetric clauses are not regarded to be exclusive under the Hague Convention of 2005¹⁴⁸, they fall within the scope of the Hague Convention of 2019¹⁴⁹.

V. Conclusion

47. The enforceability of asymmetric jurisdiction clauses, *i.e.* whether they satisfy the enforceability requirements set forth by Regulation 1215/2012 and the Lugano Convention of 2007, is one of the most debated issues concerning these clauses. While Italian, German and (pre-Brexit) English courts have ruled on the applicability of the Brussels-Lugano regime to asymmetric clauses, the French *Cour de Cassation* has, since its landmark *Rotschild* case of 2012, rendered opposed decisions based on different standards.

48. The issue has been recently addressed by the ECJ. In *Lastre* the ECJ imposed for the first time some limits on the validity of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime. Asymmetric clauses are valid if they (i) designate courts of one or several EU Member States or States parties to the Lugano Convention of 2007, (ii) identify objective factors which are sufficiently precise to enable the court seised to ascertain whether it has jurisdiction and (iii) comply with Arts. 15(2), 19(2) and 23(2) on protective jurisdiction and Art. 24 on exclusive jurisdiction¹⁵⁰. It remains to be seen how national courts (particularly the French *Cour de Cassation*) will from now on assess the validity of asymmetric clauses under the Brussels-Lugano regime in applying the ECJ *Lastre* judgment.

49. The analysis of the ECJ jurisprudence concerning the enforceability requirements of asymmetric jurisdiction clauses shows that the precision of content requirement is satisfied if the optional limb of a Rothschild-type clause allows the option holder to sue before another «competent court», pro-

¹⁴² According to A. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, cit., p. 164 «[i]t is something of an oddity that an asymmetrical jurisdiction agreement may therefore potentially benefit from the rules on recognition and enforcement of judgments under the Hague Convention, even if the party who is the beneficiary of the exclusive jurisdiction clause is unable to rely on the Convention to give effect to that clause».

¹⁴³ B. MARSHALL, *The 2005 Hague Convention. A Panacea for Non-Exclusive and Asymmetric Jurisdiction Agreements Too?*, in M. DOUGLAS, V. BATH, M. KEYES, A. DICKINSON (eds.), *Commercial Issues in Private International Law. A Common Law Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 116.

¹⁴⁴ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., para 28.

¹⁴⁵ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1537&disp=resdn>.

¹⁴⁶ Art. 5(1)(m) of the Hague Convention of 2005, emphasis added.

¹⁴⁷ F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Explanatory Report*, cit., para 215.

¹⁴⁸ T.C. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., para 32.

¹⁴⁹ F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Explanatory Report*, cit., para 217.

¹⁵⁰ European Court of Justice, judgment of 27 February 2025, *Società Italiana Lastre*, cit., para 67 and dispositive.

vided that the clause identifies the «competent court» in a EU Member State or in a State bound by the Lugano Convention of 2007 (and not in a third State) having jurisdiction under the Brussels-Lugano regime. Doubts arise as regards asymmetric clauses which give the option holder a right to generally sue «elsewhere».

50. Still open issues which the ECJ has unfortunately not addressed in *Lastre* are whether, in light of Recital 20, the conflict-of-laws rule in Art. 25(1), first sentence, of the Brussels Ibis Regulation includes *renvoi* and how this conflict-of-laws rule works in the case of Rothschild clauses. Art. 25(1) provides that the court(s) of a EU Member State designated in a forum selection agreement «shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State» (*lex fori prorogati*). The problem is to determine which, among the multiple courts referred to in Rothschild clauses, is the designated/prorogated court in order to identify the «law» of which EU Member State applies to ascertain the substantive validity of the choice of court agreement. In this regard, it has been argued that the anchor court should be considered as the designated court. A reference to the ECJ for a preliminary ruling under Art. 267 of the TFEU on this issue is extremely desirable.

51. The article has also considered the effects of asymmetric jurisdiction clauses under the Brussels-Lugano regime. Such clauses have an exclusive effect for the non-option holder and a non-exclusive effect for the option holder. It is exactly this hybrid nature of Rothschild-type clauses which raises the further issue of whether the reverse *lis pendens* rule contained in Art. 32(1) of the Brussels Ibis Regulation covers these clauses. A clarification by the ECJ on this point as well would be more than welcome.

52. With regard to the Hague regime, asymmetric clauses fall outside the scope of the Hague Convention of 2005, which applies to forum selection agreements being exclusive irrespective of the party bringing the proceedings. Despite the clear wording of the Convention and of the accompanying Explanatory Report, the English High Court of Justice ruled (although in *obiter dictum*) in favour of the application of the Hague Convention of 2005 to asymmetric agreements. Given that the Hague Convention of 2005 is an international treaty and has the *status* of EU law within the EU (Denmark excluded)¹⁵¹, it is also advisable for the courts of EU Member States to seek confirmation from the ECJ – again through the preliminary reference procedure – as to whether asymmetric jurisdiction clauses are non-exclusive for the purpose of the Convention, thus falling outside its scope of application. Still, Art. 22 of the Hague Convention of 2005 enables Contracting States to extend the recognition and enforcement provisions in Chapter III of the Convention to non-exclusive choice of court agreements through reciprocal declarations. However, at the time of writing Switzerland is the only Contracting State to have made a declaration. It should be noted that asymmetric clauses are by contrast included in the scope of the Hague Convention of 2019 due to its Art. 5(1)(m). Post-Brexit, the recognition and enforcement in the EU of English court judgments granted under asymmetric clauses (and *vice versa*) is therefore only possible under the Hague Convention of 2019.

¹⁵¹ M. AHMED, *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements*, cit., p. 246; T.C. HARTLEY, *Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments*, cit., pp. 23-24; B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, cit., p. 137.

Prácticas de Derecho privado de la Unión Europea en entornos disruptivos (VUCA, BANI, IAG)

Practical Materials on Private Law of the European Union in Disruptive Environments (VUCA, BANI, GAI)

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

Recibido:28.05.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9916

Resumen: Se analiza el papel transformador de la inteligencia artificial (IA) en la docencia universitaria del Derecho, especialmente en el contexto del Derecho Internacional Privado. Partiendo de los marcos VUCA y BANI, identifica las competencias cognitivas y no cognitivas necesarias para formar profesionales jurídicos capaces de desenvolverse en entornos volátiles e inciertos. Se propone una pedagogía post-IA, centrada en la construcción de pensamiento crítico, contextual y estratégico, donde la IAG actúa como catalizador del aprendizaje activo. Desde estos planteamientos, se ofrece una propuesta metodológica de 11 ejercicios prácticos diseñados para integrar la IA en escenarios realistas y potenciar competencias jurídicas complejas.

Palabras clave: Inteligencia artificial, educación jurídica universitaria, Derecho Internacional Privado, competencias complejas, alfabetización digital, pensamiento crítico, aprendizaje adaptativo, escenarios VUCA/BANI.

Abstract: The text analyzes the transformative role of artificial intelligence (AI) in university-level legal education, particularly in the field of Private International Law. Using the VUCA and BANI frameworks, it identifies the cognitive and non-cognitive competencies needed to train legal professionals capable of operating in volatile and uncertain environments. A post-AI pedagogy is proposed, focused on developing critical, contextual, and strategic thinking, with AI serving as a catalyst for active learning. From this perspective, a methodological proposal is presented, consisting of 11 practical exercises designed to integrate GAI into realistic scenarios and enhance complex legal competencies.

Keywords: Artificial intelligence, legal higher education, Private International Law, complex competencies, digital literacy, critical thinking, adaptive learning, VUCA/BANI scenarios.

Sumario: I. Introducción. II. Entorno VUCA/BANI + IA (G) y sus implicaciones para la educación universitaria. III. Competencias para la educación universitaria. 1. Competencias cognitivas. 2. Competencias no cognitivas en la docencia universitaria. 3. Alfabetización digital y tecnológica. IV. Actividades prácticas para el desarrollo de competencias avanzadas. V. Conclusión.

I. Introducción

1. La Inteligencia Artificial es un ingenio altamente disruptivo en el ecosistema educativo. La IA se utiliza para generar contenidos docentes variadísimos: casos prácticos, materiales de estudio diversos (resúmenes, guías, mapas mentales u otros), preguntas de exámenes de tipología variada (teóricas, de opción múltiple y más). Su utilización en la docencia generará materiales muy bien diseñados con la in-

clusión de altos grados de personalización; su expansión permitirá explorar nuevas fórmulas que incidan en la mejora de capacidades de los/las estudiantes¹.

2. La abundancia de recursos que va a originar la IA traerá, sin duda, consecuencias muy positivas en ámbitos desatendidos o novedosos como puede ser su utilización como tutor personal 24/7, su papel como diseñador formativo con la capacidad de crear cursos para aprender o como generador de estrategias de estudio adaptadas al perfil cognitivo del estudiante².

3. Pero la IA alcanza el grado de detonante epistemológico cuando se considera que una mera superabundancia de materiales docentes, por muy adecuados que sean, no soluciona sino exacerba lo que siempre ha sido el problema central de la educación: ¿qué se debe enseñar? Esta cuestión es de una magnitud inabarcable y pretender darle respuesta no es un objetivo realista; seguramente, solo se podrán obtener respuestas parciales, tras la delimitación y fragmentación del fenómeno.

4. El primero de los límites circunscribe la IA al ámbito de las “letras” (*versus* “ciencias”) y en concreto al ámbito universitario de los estudios jurídicos. Atender a cómo cohesionar una educación de humanidades con la implementación de la IA generativa va a generar problemas específicos y, seguramente, complejos dado que la IA no combina muy bien con materias de carácter etéreo, disperso y multívoco como puede ser el Derecho.

5. Se configura un segundo perímetro ya que no se va a considerar la utilización de la IA en función de los estudiantes sino del profesor; esta perspectiva evita atender aquí a la operatividad (inmensa) de las herramientas de IA en el campo de la personalización de la educación; sin duda, este área es de interés creciente por ser un terreno abonado para la utilización de agentes IA que permitan adaptar el ritmo de aprendizaje, metodología, programación y estrategia o la generación de materiales para adecuar la tarea de enseñar al sujeto que aprende.

6. Por último, el objetivo consiste en valorar la operatividad de la IA para generar fórmulas educativas que potencien el desarrollo de capacidades y competencias funcionales para operar en entornos altamente cambiantes. En función de este propósito, se utilizará el marco de las necesidades competenciales que proporciona un contexto VUCA/BANI lo que condiciona la tipología de ejercicios a desarrollar para implementar y potenciar la interacción eficaz con entornos dinámicos y cambiantes. Y la hipótesis es que hoy tales capacidades cognitivas pueden ser optimizadas, implementadas y potenciadas mediante el uso de la IA. Es la generación de un “habitus operativus” en un mundo líquido, es el nacimiento de la educación postIA.

II. Entorno VUCA/BANI + IA (G) y sus implicaciones para la educación universitaria.

7. En las últimas décadas, el entorno global ha experimentado una transformación sin precedentes que ha alterado las condiciones bajo las cuales se produce, transmite y aplica el conocimiento. Dos términos se han consolidado para describir esta mutación: VUCA y BANI³. Ambos funcionan

¹ Sobre los numerosos usos de ChatGPT en el ámbito universitario, *vid.* Choque-Castañeda, MG y Morales Romero, GP “Impacto del uso de ChatGPT en la educación superior: Una Revisión Sistemática” en *EduTicInnova. Revista de Educación Virtual*; vol. 11, 1, 2023. La implementación de la IA tiene una doble vía; si por una parte se utiliza para la automatización de procesos (de tipo administrativos o para valorar el fracaso escolar, p.ej.) la otra ocurre desde hace poco y que es la que aquí interesa, consiste en utilizar la IA Generativa en el ámbito universitario. Se pueden ver experiencias en Silva-Peñafiel, G. E., Castillo-Parra, B. F., Tixi-Gallegos, K. G. y Urgiles-Rodríguez, B. E., *La Revolución de la Inteligencia Artificial en la Educación Superior*, 2024.

² Consultar estas posibilidades y otras muchas en <https://fastercapital.com/es/tema/aprendizaje-personalizado-con-chatgpt.html>.

³ VUCA es el acrónimo de *Volatility* (Volatilidad), *Uncertainty* (Incertidumbre), *Complexity* (Complejidad) y *Ambiguity* (Ambigüedad) mientras que BANI se corresponde con *Brittle* (Fragilidad), *Anxious* (Ansiedad), *Nonlinear* (No linealidad) e *Incomprehensible* (Incomprensibilidad).

como marcos de referencia desde las que reinterpretar las necesidades formativas en el ámbito universitario.

8. VUCA fue desarrollado primero académicamente⁴, para ser adoptado por el *U.S. Army War College* y extenderse a los ámbitos empresarial y educativo. El acrónimo designa un entorno dominado por la Volatilidad (cambios rápidos y desestabilizadores), la Incertidumbre (dificultad para prever consecuencias debido a información incompleta), la Complejidad (presencia de factores interrelacionados que impiden aislar variables) y la Ambigüedad (coexistencia de interpretaciones posibles sin una única lectura correcta). Este marco no sólo describe el entorno, sino que constituye una filosofía emergente que redefine las coordenadas de actuación humana en la sociedad globalizada, considerando VUCA como “la mayor revolución de nuestro tiempo”⁵.

9. A partir de 2020 y como reacción a un mundo aún más inestable, se introdujo el marco BANI como complemento a VUCA, que se centra en aspectos emocionales y cognitivos del entorno actual: Fragilidad (estructuras aparentemente sólidas que colapsan ante estímulos menores), Ansiedad (estado psicológico persistente ante la imposibilidad de controlar o prever), No Linealidad (ausencia de correlación directa entre causa y efecto) e Incomprensibilidad (imposibilidad de dotar de sentido pleno a los fenómenos). Trasladado fundamentalmente al mundo de la realidad empresarial, se explora el impacto de los entornos BANI en la planificación estratégica y la toma de decisiones, señalando que en un escenario BANI los sistemas pueden fallar repentinamente (fragilidad), la incertidumbre constante genera ansiedad, las relaciones causa-efecto son difíciles de trazar (no linealidad) y los eventos pueden parecer ilógicos o sin sentido (incomprensibilidad)⁶.

10. Interesan aquí no su valoración sino las consecuencias estructurales que estas perspectivas novedosas traen para la educación universitaria. Como inicio, se requiere listar las competencias cognitivas y no cognitivas que deben ser tomadas en consideración cuando se adoptan estos marcos de referencia. Desde VUCA, se pretende preparar a los estudiantes para responder con visión, entendimiento, claridad y agilidad; desde BANI, la misión educativa se amplía para incluir la gestión de emociones, la regulación de la ansiedad, la aceptación de lo inesperado y la construcción de sentido en medio del caos.

11. Asumir los parámetros de un entorno complejo y variable supone cambiar el paradigma de la educación donde la universidad no puede seguir operando como transmisora de conocimientos estables sino que debe convertirse en un espacio de formación para espacios de incertidumbre y transformación. En este nuevo escenario, el papel del profesorado adquiere una centralidad decisiva donde su labor pedagógica se oriente a generar experiencias de aprendizaje flexibles y adaptativas, que respondan a la volatilidad y la complejidad del entorno. Esto implica revisar cómo se enseñan los contenidos que se imparten, con apertura a enfoques y metodologías adaptativas que permitan una rápida actualización. Estas estrategias permiten desarrollar capacidades críticas y adaptativas, al tiempo que favorecen una implicación significativa del alumno en su propio proceso formativo.

12. Específicamente, resulta imprescindible transformar las prácticas docentes. Desde luego son positivas las metodologías activas y experienciales, como el aprendizaje basado en proyectos, el trabajo por casos o las simulaciones, que sitúan al estudiante ante problemas reales o verosímiles. Pero la importancia de las clases prácticas es capital cuando se considera que el profesorado no se dedica a transmitir contenidos sino adopta un nuevo papel cuando guía al estudiante en la exploración de cómo aprende, cómo gestiona la información y cómo puede transferir lo aprendido a contextos nuevos e inciertos.

⁴ B. Warren y Nanas, B. *Leaders: Strategies for Taking Charge*, 1985.

⁵ Bayón Marín, F. “VUCA: La filosofía emergente” en *Revista de Occidente*, 481, 2021, pp., 55-72

⁶ Rodríguez Vieira et al., “Navegando los entornos BANI: desafíos y oportunidades en un mundo en transformación”, *Revista EDICIC*, 2024 (accesible en <https://ojs.edicic.org/revistaedicic/article/view/195>).

13. Además de la complejidad que de por sí generan los marcos VUCA y BANI, existe un segundo componente más importante si cabe: hoy el entorno universitario está fuertemente condicionado por los elementos tecnológicos y esta afirmación se convierte en imperativo categórico porque el 2025 es el año cero de un detonante estructural como es la Inteligencia Artificial Generativa o IAG.

14. De ahí que se precisen competencias digitales avanzadas en docentes y estudiantes que permitan implementar tecnologías digitales y herramientas de IA y, fundamentalmente, comprender, seleccionar e integrar en la pedagogía tecnologías emergentes, plataformas interactivas y sistemas de inteligencia artificial generativa. En definitiva, la alfabetización digital y tecnológica se convierte en una competencia transversal imprescindible⁷.

15. La interrupción de la IAG supone no solo la integración de nuevas formas de enseñar, aprender y evaluar, sino también el replanteamiento profundo de la noción de conocimiento y de los marcos epistemológicos que sustentan las metodologías pedagógicas. Tras la IA el saber deja de ser un *corpus* cerrado de contenidos que se transmiten en una sola dirección, sino que el conocimiento se da por supuesto cuando se accede a una aplicación generativa, un agente IA, etc. y la pedagogía debe dirigirse a modelos donde lo importante no es la información sino el pensamiento crítico, la reflexión metacognitiva, la autonomía intelectual, la intuición o el criterio.

16. La transición hacia una universidad post-IAG impone también una nueva responsabilidad ética e institucional de manera que los profesores y estudiantes deben poder comprender y cuestionar las lógicas algorítmicas que estructuran y condicionan su toma de decisiones, su generación de contenido. La IA no es neutral, ni en sus modelos ni en sus datos y su implementación acrítica puede derivar en una delegación o dependencia o automatización del pensamiento o, en definitiva, una dejación de la función humana de pensar.

17. Con todas estas ideas, se puede afirmar que la universidad post-IAG ya no se centra en informar sino que está obligada a formar.

III. Competencias para la educación universitaria

1. Competencias cognitivas

18. En entornos caracterizados por la volatilidad, la incertidumbre, la complejidad y la ambigüedad —y agravados por la fragilidad sistémica, la ansiedad generalizada, la no linealidad de los procesos y la incomprensibilidad del cambio—, el aprendizaje universitario requiere el desarrollo de competencias cognitivas complejas que permitan al estudiantado interpretar críticamente su entorno, tomar decisiones fundamentadas y sostener un aprendizaje continuo en condiciones de alta inestabilidad.

19. La adquisición de estas competencias no puede confiarse a la mera exposición de contenidos ni a su adquisición espontánea por el estudiante sino que exige un diseño pedagógico deliberado, en el que el profesorado asuma un rol activo como arquitecto de experiencias formativas intelectualmente exigentes y como facilitador del pensamiento autónomo. En este marco, lo que está en juego no es únicamente el dominio técnico de saberes específicos, sino la formación de sujetos capaces de actuar con solvencia en contextos dinámicos, guiados por el discernimiento, la creatividad y el criterio propio

⁷ Vid., R.Ontiveros Cepeda, “Interaccionismo Sinérgico: Entornos VUCA/BANI e Inteligencia Artificial en la Educación” en *Revista Científica*, Vol. 8, N. 29, 2023, págs. 10-21 y Domingo-Coscollola, M., Sancho-Gil, J. M., and Soler-Campo, S., “El reto de enseñar y aprender en la universidad: Percepción del alumnado en torno al uso de las tecnologías digitales” en *Revista de investigación educativa*, N.º. 43, 2025.

20. Este escenario contrasta radicalmente con las condiciones de estabilidad, predictibilidad, simplicidad y certidumbre que caracterizaron etapas previas así como sus modelos educativos, centrados en la transmisión unidireccional del conocimiento desde el docente hacia el estudiante. Esa lógica estática ha sido superada por la creciente complejidad e interdependencia de los sistemas contemporáneos donde una mera acumulación de información o la ejecución experta de procedimientos predefinidos solo es una más de las capacidades necesarias. En la actualidad, los futuros profesionales deben estar preparados para gestionar información densa y cambiante, adaptarse con agilidad, formular respuestas innovadoras y actuar con autonomía crítica en situaciones marcadas por la incertidumbre.

21. Se demanda ya una transformación estructural del paradigma educativo, en la que el foco se desplace de la enseñanza como transmisión vertical al aprendizaje como proceso activo, continuo y centrado en el desarrollo integral del alumnado; el docente deja de ser un simple transmisor de contenidos para convertirse en mediador pedagógico, generador de entornos desafiantes y guía del desarrollo competencial.

22. Una operativa eficiente necesita desarrollar competencias cognitivas y no cognitivas específicas e imprescindibles para afrontar con eficacia los desafíos actuales; se presenta a continuación una sistematización de las principales competencias identificadas como esenciales en entornos definidos por las dinámicas VUCA/BANI.

23. Pensamiento crítico y analítico. Esta competencia permite al estudiante analizar información de forma rigurosa, evaluar argumentos, identificar supuestos implícitos y construir juicios bien fundamentados. En entornos saturados de datos y desinformación, el pensamiento crítico opera como filtro intelectual y defensa epistemológica⁸.

24. Resolución de problemas complejos. Los estudiantes deben aprender a identificar, descomponer y abordar problemas abiertos, con múltiples variables y soluciones posibles. Esta competencia se activa en contextos que desafían lo previsible y obligan a asumir decisiones bajo incertidumbre. La pedagogía del problema permite cultivarla mediante el trabajo interdisciplinar, la simulación de casos y la exploración de múltiples alternativas⁹.

25. Pensamiento creativo e innovación. En tiempos de transformación acelerada, los estudiantes deben poder generar ideas originales, encontrar soluciones no convencionales y reconfigurar el conocimiento para adaptarlo a nuevas exigencias. Esta competencia requiere un entorno pedagógico que legitime el riesgo, estimule la imaginación y valore el pensamiento divergente¹⁰.

26. Capacidad de análisis, síntesis y gestión de la información. En contextos saturados de estímulos, es necesario desarrollar la habilidad de localizar información pertinente, evaluarla críticamente y sintetizarla en estructuras comprensibles y útiles para la acción. Esta competencia integra el pensamiento lógico con el pensamiento sistémico, permitiendo conectar datos dispersos, identificar patrones y construir conocimiento operativo. Su desarrollo exige tareas de investigación, análisis de casos reales y elaboración de productos intelectuales complejos¹¹.

⁸ Paul, R., y Elder, L., *The Miniature Guide to Critical Thinking Concepts and Tools*, 2008.

⁹ Dörner, Dietrich, *The Logic of Failure: Recognizing and Avoiding Error in Complex Situations*, 1997 y Poh-Sun Seow, Gary Pan, Grace Koh, “Examining an experiential learning approach to prepare students for the volatile, uncertain, complex and ambiguous (VUCA) work environment” en *The international journal of management education*, Vol. 17, N.º. 1, 2019, págs. 62-76.

¹⁰ Csikszentmihalyi, M.I. *Creativity, Flow and the Psychology of Discovery and Invention*, 1996.

¹¹ Zahra EL Aouri, *Higher Education in a VUCA-Driven World: The Need for 21st Century Skills*, en *Revue Linguistique et Référentiels Interculturels*, Vol. 5 No. 1, 2024 (Conference Proceedings: International Conference on 21st Century Skills in Higher Education).

27. Pensamiento contextual. El pensamiento contextual constituye una competencia avanzada y transversal, indispensable en entornos VUCA/BANI, donde los enfoques lineales y reduccionistas resultan ineficaces. Implica la capacidad de adaptar ideas, estrategias o decisiones a condiciones cambiantes, reformular modelos mentales y tomar conciencia de las interdependencias entre factores sociales, tecnológicos, culturales o situacionales. Este tipo de pensamiento no es intuitivo: debe ser entrenado mediante metodologías que expongan al estudiante a múltiples escenarios, análisis comparativos y simulaciones realistas¹².

28. Aprendizaje continuo. En un mundo donde el conocimiento queda rápidamente obsoleto, el aprendizaje continuo se convierte en una capacidad estructural. Supone saber aprender activamente, integrar nueva información, desaprender lo ineficaz y mantener una disposición sostenida hacia la mejora personal y profesional. Esta competencia requiere metacognición, autonomía intelectual y motivación intrínseca. El rol del profesorado es clave para modelar esta actitud y crear entornos que favorezcan el *learnability* mediante retos intelectuales progresivos y oportunidades de autoevaluación formativa.

2. Competencias no cognitivas en la docencia universitaria.

29. En el marco de la educación universitaria contemporánea, las competencias no cognitivas constituyen un eje estructural para enfrentar la volatilidad, la incertidumbre, la complejidad y la ambigüedad propias del entorno VUCA, así como la fragilidad, la ansiedad, la no linealidad y la incomprendibilidad características del contexto BANI. Estas competencias abarcan dimensiones emocionales, motivacionales, de actitud y de tipo ético y social que permiten al estudiantado sostener su trayecto formativo y convertirse en agentes activos de su desarrollo.

30. Los estudiantes deben aprender a regular sus emociones ante la ansiedad, a gestionar la frustración en procesos de alta exigencia, a persistir ante la ambigüedad, a colaborar en equipos diversos, a recuperar el equilibrio tras el error o el fracaso, y a construir sentido en contextos en los que las estructuras formales no siempre ofrecen respuestas claras. Estas habilidades no surgen espontáneamente: deben cultivarse mediante experiencias formativas deliberadas, en las que la reflexión personal, el trabajo colaborativo y el acompañamiento docente desempeñan un papel estructural.

31. En este sentido, la resiliencia aparece como competencia central: no como invulnerabilidad, sino como capacidad de recuperación, adaptación y aprendizaje ante situaciones disruptivas. En contextos BANI, donde la fragilidad emocional y organizativa es un rasgo sistémico, los estudiantes necesitan desarrollar estrategias internas que les permitan sostener la motivación, reformular sus objetivos y reinterpretar el fracaso como parte del proceso formativo. La resiliencia está estrechamente ligada a la flexibilidad cognitiva y a la capacidad de reconstruir el compromiso con el aprendizaje desde posiciones críticas y conscientes.

32. La inteligencia emocional es otra competencia decisiva. Abarca el reconocimiento, la comprensión y la gestión de las propias emociones, así como la capacidad de interpretar las emociones ajenas e intervenir en el aula de manera empática y estratégica. En situaciones de ansiedad, ambigüedad o sobrecarga, esta competencia actúa como mediadora entre el aprendizaje y el bienestar. El desarrollo de una inteligencia emocional permite generar climas de aula positivos, relaciones interpersonales constructivas y una mayor disposición del estudiantado para asumir retos intelectuales.

33. La colaboración y el trabajo en equipo resultan fundamentales en entornos que exigen resolver problemas complejos, integrar perspectivas diversas y actuar en redes distribuidas de conocimiento.

¹² Villalobos-Antúnez, J.V., “Los contextos de la incertidumbre: ¿entornos VUCA o entornos BANI? Hacia una episteme de las ciencias sociales” en *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, N.29, 2022.

El aprendizaje ya no puede concebirse como un proceso exclusivamente individual, sino como una experiencia interdependiente en la que la interacción social potencia el desarrollo personal; trabajar con otros implica gestionar conflictos, comunicarse con claridad, negociar acuerdos, tomar decisiones conjuntas y asumir responsabilidades compartidas. Esta competencia se ve fortalecida en entornos pedagógicos que integran metodologías activas, trabajo por proyectos o simulaciones cooperativas.

34. La adaptabilidad emerge como capacidad para responder con agilidad a nuevas condiciones, replantear trayectorias, asumir incertidumbre y actuar con iniciativa en contextos no estructurados. En paralelo, la creatividad, entendida como una disposición hacia la innovación, permite concebir soluciones originales, reinterpretar problemas y conectar saberes dispares. Ambas competencias constituyen recursos estratégicos para enfrentarse a un mundo inestable, fragmentado y acelerado, y deben ser entrenadas mediante desafíos reales, exploración de escenarios diversos y libertad pedagógica para experimentar sin temor al error.

35. Junto a estas habilidades, debe destacarse la responsabilidad personal, social y ética como fundamento transversal del comportamiento académico y profesional. En entornos VUCA/BANI, donde las consecuencias de las decisiones son más difíciles de prever, actuar con responsabilidad implica reconocer el impacto de las propias acciones en otros, sostener compromisos, tomar decisiones éticas en la incertidumbre y construir relaciones de confianza. Esta competencia articula la autonomía con la conciencia del otro, y debe estar presente en todo proceso formativo que pretenda ser integral.

36. El papel del profesorado, en este escenario, es el de mediador, acompañante y modelo. No se trata solo de enseñar contenidos, sino de crear entornos emocionalmente seguros, promover el autoconocimiento, ofrecer *feedback* empático y formar parte de una red de apoyo que dé sustento al proceso de desarrollo personal del estudiante. Pero el crecimiento interior, la madurez emocional y la actitud colaborativa no pueden imponerse: han de ser aprendidas y vividas por los propios estudiantes como parte intrínseca de su formación universitaria.

37. En suma, las competencias no cognitivas no son un añadido intangible, sino el sustrato operativo que permite al estudiante pensar con claridad, actuar con integridad, colaborar con eficacia y persistir con sentido en contextos volátiles. En la universidad del presente y del futuro, formar sujetos emocional, ética y socialmente competentes no es una opción formativa, sino una responsabilidad estructural.

3. Alfabetización digital

38. La alfabetización digital trasciende la mera adquisición de habilidades instrumentales en el manejo de herramientas de IAG. Una competencia digital exige una comprensión del entorno digital en su totalidad además de la eficiencia en el uso de agentes digitales durante el proceso de aprendizaje, la gestión avanzada de la información y el análisis de datos o la gestión de la información. En este sentido, su inclusión curricular es, sin duda, estratégica y necesaria en la universidad contemporánea.

39. Pero su trascendencia es nuclear y va más allá de ser una mera herramienta cuando se convierte en un vector de transformación estructural debido a su capacidad para reconfigurar y amplificar los procesos de pensamiento, análisis y resolución de problemas.

40. La IAG permite un aprendizaje activo y personalizado donde el estudiante participa en la generación y validación del conocimiento. Los sistemas inteligentes tienen la capacidad de responder preguntas, reformular explicaciones, adaptar contenidos al nivel cognitivo del estudiante o ensayar ideas generando de esta manera un entorno de experimentación constante. En este ecosistema, el error deja de ser una limitación para transformarse en un elemento clave del proceso de aprendizaje que permite al estudiante ajustar, refinar y mejorar continuamente su comprensión y sus estrategias.

41. La utilización de agentes de inteligencia artificial para la gestión de la información es fundamental. La saturación de datos es un inconveniente que puede paliarse utilizando adecuadamente la IAG para filtrar, sintetizar, validar y localizar la información permitiendo al estudiante centrarse en otras tareas como la interpretación, su validación crítica, su estructuración o la identificación de patrones complejos.

42. La IAG potencia el pensamiento crítico, la resolución de problemas complejos y la creatividad debido a que permite simular escenarios, generar alternativas, sintetizar datos, valorar las consecuencias de una decisión o visualizar relaciones entre distintos elementos. De esta forma, los alumnos trabajan con datos reales, resuelven casos complejos, analizan situaciones desde múltiples perspectivas y se fomenta la capacidad analítica profunda, la experimentación y la validación de hipótesis.

IV. Actividades prácticas para el desarrollo de competencias avanzadas.

43. A continuación se presenta una selección de ejercicios diseñados para potenciar el desarrollo de competencias complejas en el ámbito jurídico, especialmente orientadas a contextos formativos volátiles, inciertos, complejos y ambiguos. Cada ejercicio se articula en torno a un objetivo claramente definido, una descripción detallada y una identificación precisa de las competencias VUCA/BANI que se activan durante su realización.

44. Estos ejercicios también han sido concebidos para implementar herramientas de inteligencia artificial, que se integran en las prácticas como agentes para reconfigurar los modos de interacción, análisis y producción jurídica en escenarios de aprendizaje avanzados.

45. Ejercicio 1: Lectura comprensiva de textos jurídicos

Objetivo

Desarrollar la capacidad de lectura comprensiva y análisis crítico de textos jurídicos complejos.

Descripción

Este ejercicio consiste en la lectura y análisis detallado de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los estudiantes deben identificar y extraer los fundamentos jurídicos (*ratio decidendi*) de las sentencias, explicando cómo estos determinan la solución del caso. Este ejercicio favorece la habilidad para interpretar jurisprudencia y sintetizar información relevante para la resolución de casos prácticos. Algunos estudiantes deberán hacer el ejercicio en grupo, para contrastar sus análisis. En una segunda fase el estudiante solicitará al agente que identifique la *ratio decidendi* de esa misma sentencia y comparará su análisis con la respuesta de la IA.

Activación de competencias

- **Capacidad de análisis, síntesis y gestión de la información.** El ejercicio exige seleccionar, interpretar y organizar información jurídica compleja, procedente de fuentes normativas y jurisprudenciales. Esta competencia se ve reforzada por la necesidad de interpretar los datos en su contexto institucional y normativo, lo que activa procesos de pensamiento contextual.
- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Esta competencia implica examinar críticamente las decisiones judiciales, identificar argumentos y valorar aquellos que sean relevantes, todo ello enmarcado en una comprensión sistémica de la función del TJUE.
- **Pensamiento contextual.** La correcta comprensión de la jurisprudencia del TJUE exige situar cada decisión en su entorno normativo, reconociendo principios generales, objetivos de integración y equilibrios institucionales. Esta competencia permite al estudiante captar la dimensión de las decisiones del Tribunal.

46. Ejercicio 2: Planteamiento y solución progresiva de un caso

Objetivo

Facilitar la conexión de los conocimientos teóricos con la resolución práctica de casos reales.

Descripción

Este ejercicio invita a los estudiantes a seleccionar un caso real de actualidad y de interés, proveniente de los medios de comunicación. Seleccionado el caso, se utilizará una herramienta de IA para formular una pregunta general (“qué problemas de Derecho Internacional Privado podría plantear un caso como este”). En clase se plantearán preguntas muy básicas sobre la asignatura de Derecho Internacional Privado. En estos momentos no es necesario analizar las posibles soluciones del caso, sino que se generarán respuestas elementales basadas en conocimientos introductorios. Un grupo de estudiantes documentarán brevemente el caso seleccionado (a través de la información de Internet) lo que será revisado por el profesor y el caso así confeccionado será el que se deberá resolver.

Al final del curso, se retomará el caso planteado inicialmente y reelaborado por el profesor, para que los estudiantes lo resuelvan de forma jurídicamente fundamentada. Además, la IA se utilizará en ese momento como espejo meta-cognitivo para que muestre y valore los cambios producidos entre la respuesta primera y final.

Activación de competencias

- **Aprendizaje continuo.** El ejercicio permite utilizar un caso real como punto de partida para activar conocimientos iniciales y, tras una fase de formación teórica, volver a él con nuevas herramientas conceptuales para construir una solución jurídica fundamentada.
- **Resolución de problemas complejos y toma de decisiones estratégicas.** El estudiante debe integrar distintas capas normativas, afrontar la complejidad jurídica y justificar su solución. Esta competencia se refuerza con el pensamiento contextual, al reconocer cómo la evolución del conocimiento transforma la manera de abordar un mismo caso.
- **Creatividad y flexibilidad cognitiva.** A partir del mismo caso inicial, el estudiante debe reformular su comprensión del problema, reconstruir su razonamiento y generar soluciones jurídicas originales.

47. Ejercicio 3: Número mínimo de preguntas para resolver un caso

Objetivo

Estimular el pensamiento estratégico, la formulación de hipótesis y la toma de decisiones informadas mediante el planteamiento de preguntas clave en la resolución de un caso.

Descripción

El estudiante se enfrenta a un caso jurídico complejo del que solo se proporciona una escueta formulación. Para resolverlo, puede hacer preguntas, pero con una limitación estricta: debe intentar resolverlo con el menor número posible de preguntas, formulando solo las preguntas jurídicamente más pertinentes. Será necesario justificar por qué se formula cada pregunta, qué se espera obtener y cómo cree que le ayudará a resolver el caso.

Una vez seleccionadas las preguntas, se harán a la IA que simulará el papel de interlocutor (cliente, testigo, experto jurista, juez, etc.). En este ejercicio también puede ser pertinente que sea el estudiante quien decida qué papel debe asumir la IA.

Competencias VUCA desarrolladas

- **Resolución de problemas complejos y toma de decisiones estratégicas.** El ejercicio obliga

- a priorizar, establecer hipótesis y tomar decisiones bajo la restricción de información limitada. Se simula así un entorno no lineal, de alta ambigüedad.
- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Se exige formular preguntas altamente pertinentes, lo que implica identificar con rapidez zonas de incertidumbre normativa y argumentativa, discriminar lo relevante y evitar la dispersión analítica.
 - **Pensamiento contextual.** El ejercicio activa esta competencia en la medida en que obliga al estudiante a ajustar sus preguntas al contexto del problema planteado.

48. Ejercicio 4: Resolver un caso sin todos los elementos

Objetivo

Desarrollar la habilidad para gestionar la incertidumbre y tomar decisiones informadas con información incompleta.

Descripción

Este ejercicio consiste en un caso práctico en el que los estudiantes deberán hacer un análisis inicial a partir de una información parcial. El profesor proporcionará gradualmente los datos adicionales solicitados y el caso se irá completando paso a paso. Los estudiantes trabajarán en grupos para diseñar una estrategia jurídica integral ante un conflicto transfronterizo, tomando decisiones a medida que aparecen nuevos elementos.

Se podrá utilizar la IA para ayudar en la estrategia siendo necesario expresar claramente para qué se ha utilizado. Una variación de este ejercicio consiste en que un grupo de estudiantes asuma el papel de Tribunal para que (algunos) grupos de estudiantes defiendan sus estrategias ante el tribunal.

Activación de competencias

- **Pensamiento contextual.** La aparición progresiva de nuevos datos modifica el marco de análisis y obliga a ajustar la estrategia jurídica, desarrollando la capacidad para interpretar entornos cambiantes sin perder coherencia.
- **Adaptabilidad y resiliencia.** Se pone a prueba la flexibilidad cognitiva y la capacidad de mantener el foco estratégico ante cambios imprevistos en el desarrollo del caso.
- **Colaboración y trabajo en equipo.** La resolución conjunta, el reparto de tareas y la discusión estratégica fortalecen la capacidad de integración de saberes y la interacción profesional compleja.

49. Ejercicio 5: Interacción estratégica con IA

Objetivo

Desarrollar la capacidad para interactuar estratégicamente con herramientas de inteligencia artificial con fines académicos y jurídicos.

Descripción

El ejercicio propone resolver un caso jurídico cuya solución no requiere de grandes dosis de interpretación jurídica sino que está claramente regulado por una normativa (como un Reglamento). En una primera fase, los estudiantes obtendrán una respuesta preliminar de un Agente de Inteligencia Artificial y luego, contrastarán la validez de las respuestas por otros medios. Finalmente, deberán volver a interactuar con la IA hasta conseguir depurar y perfeccionar la respuesta digital, aprendiendo los estudiantes a formular preguntas jurídicas más eficaces.

Activación de competencias

- **Alfabetización digital y tecnológica.** Uso estratégico y crítico de la inteligencia artificial.
- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Evaluación de la calidad de las respuestas, detección de errores argumentativos y verificación de fuentes. Se incluye considerar la actuación de las herramientas digitales primero como marco de referencia (respuesta) y después, como medio con el que interactuar de manera experta.
- **Resolución de problemas complejos y pensamiento contextual.** Reformulación iterativa de preguntas en función de las limitaciones de la herramienta. Se activa la capacidad de diseñar estrategias ajustadas al contexto digital y jurídico.

50. Ejercicio 6: Resolución de un caso práctico con respuesta diversa

Objetivo

Aplicar de forma integrada conocimientos, habilidades y estrategias para resolver un caso jurídico complejo que admite más de una solución válida.

Descripción

A partir de un conjunto de hechos, los estudiantes deben analizar un caso que puede resolverse desde distintos enfoques en función de circunstancias poco evidentes (por ejemplo, puede ser calificado como responsabilidad contractual o extracontractual). El estudiante seleccionará solo uno de estos enfoques (el que considere más pertinente) y se valora la coherencia argumentativa de la selección frente a las diversas propuestas de modo que se valorará también las razones por las cuales se desechan otros enfoques. Una variación consiste en que sea el profesor quien asigne un enfoque determinado que habrá que defender.

La IA puede utilizarse en este ejercicio de formas diversas: asumiendo el papel de un no jurista al que el estudiante deberá explicar su estrategia, para contrastar enfoques (resolver el caso desde otros enfoques, etc.) o para que valore aquellas soluciones incorrectas pero bien argumentadas con el objetivo de “engañar” a la IA.

Activación de competencias

- **Resolución de problemas complejos y toma de decisiones estratégicas.** Evaluación comparada de soluciones jurídicas posibles y toma de decisiones razonadas en contextos normativos abiertos.
- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Justificación de opciones interpretativas a partir de criterios jurídicos sólidos. Anticipación de objeciones y valoración de alternativas.
- **Aprendizaje continuo** en un entorno no estructurado y con soluciones múltiples.

51. Ejercicio 7: El caso que se perdió

Objetivo. Desarrollar la capacidad de análisis comparado mediante el estudio de casos similares con desenlaces jurídicos diferentes.

Descripción. El ejercicio propone el análisis de dos casos similares —uno ganado y otro perdido— para identificar qué pequeños cambios en los hechos, en la estrategia o en el enfoque interpretativo dieron lugar a resultados diferentes. En clase se utilizará la IA donde se introducirá un texto propuesto por cada grupo sobre por qué se ganó (o perdió) el caso, observando la pertinencia de la respuesta. Asimismo se pedirá a la IA que actúe como juez virtual y tome una decisión automatizada en función del texto presentado por los estudiantes.

Activación de competencias

- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Evaluación comparativa de decisiones judiciales similares identificando las variaciones determinantes en los fundamentos jurídicos.
- **Creatividad y flexibilidad cognitiva.** Reformulación de hipótesis y exploración de rutas interpretativas no evidentes. Pensamiento no lineal y adaptativo.

52. Ejercicio 8: Ejercicio práctico de roles

Objetivo

Valoración de las estrategias jurídicas en función de su impacto según la posición procesal.

Descripción.

Se simula un escenario realista de litigación donde se planteará un supuesto práctico por el profesor. Los estudiantes deberán asumir los roles de demandante, demandado o juez. Los representantes de las partes pueden utilizar la IA como asistente estratégico de tal manera que la IA puede generar contra-argumentaciones en tiempo real. Los estudiantes deben evaluar rutas procesales, defender sus posiciones, anticipar objeciones y emitir decisiones.

Activación de competencias

- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Valoración crítica de alternativas procesales desde distintas posiciones jurídicas. Análisis de sesgos según el rol asumido.
- **Resolución de problemas complejos y toma de decisiones estratégicas** Diseño de estrategias procesales diferenciadas según el rol. Evaluación de consecuencias jurídicas desde múltiples perspectivas.
- **Colaboración y trabajo en equipo.** Coordinación entre estudiantes. Refutación en tiempo real, toma de postura argumentativa y cooperación profesional. El pensamiento contextual se activa al adaptar el razonamiento jurídico a cada rol y posición.

53. Ejercicio 9: Resolución clásica de un caso práctico y Resolución aumentada con IA.

Objetivo

Aplicar conocimientos teóricos y habilidades analíticas para resolver un caso jurídico complejo de forma completa y fundamentada.

Descripción

Este ejercicio reproduce el formato clásico de caso práctico donde se plantea una situación jurídicamente problemática con todos los elementos necesarios para su resolución. Los estudiantes deben identificar hechos relevantes, calificar jurídicamente, aplicar la normativa y argumentar la solución conforme a criterios doctrinales y jurisprudenciales.

Sin embargo, uno de los estudiantes podrá utilizar IA y estar asistido por el profesor que será su asistente estratégico. Al final, se valorará en qué medida sus propuestas coinciden o se diferencian de las respuestas humanas y se realizará una reflexión sobre el uso, las limitaciones y la influencia de la IA.

Activación de competencias

- **Resolución de problemas complejos y toma de decisiones estratégicas.** Identificación precisa del problema, selección normativa y justificación de la solución en escenarios jurídicamente complejos.
- **Pensamiento crítico y evaluación reflexiva.** Evaluación de fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

ciales, análisis argumentativo estructurado, y toma de decisiones interpretativas consistentes con el ordenamiento.

- **Capacidad de análisis, síntesis y gestión de la información.** Requiere procesar información normativa compleja, jerarquizar datos jurídicamente relevantes y estructurar la solución en forma coherente. Se incluye sensibilidad al contexto doctrinal y normativo.

54. Ejercicio 10: Redacción jurídica aumentada con IA

Objetivo

Desarrollar la capacidad para redactar documentos jurídicos complejos mediante un proceso iterativo en el que se combinan razonamiento jurídico humano e inteligencia artificial generativa.

Descripción

Los estudiantes reciben un supuesto fáctico; en función del caso, redactarán un documento jurídico (demanda, escrito de contestación, alegaciones, dictamen jurídico, sentencia o informe para el cliente). Pueden utilizar IA en cualquiera de estas fases para mejorar los escritos que se deben presentar; no obstante, se deberá señalar la parte del texto que ha sido generada o reformulada con IA y por qué se ha preferido dicha redacción.

Activación de competencias

- **Pensamiento crítico, analítico y contextual.** El ejercicio exige evaluar con rigor los textos generados por IA, identificando errores, inconsistencias o ambigüedades jurídicas. El estudiante debe formular juicios bien fundados, ajustados al tipo de documento, al contexto normativo y al destinatario previsto. Esta interacción activa un pensamiento crítico para discriminar lo correcto de lo incorrecto.
- **Resolución de problemas complejos y capacidad de análisis, síntesis y gestión de la información.** La tarea de redactar un documento jurídico implica el análisis de un problema jurídico, la selección de información y estructurar argumentos jurídicos. Al incorporar la IA, el estudiante también gestiona críticamente sus contenidos. Se activa así una competencia compleja que combina análisis preciso, pensamiento sistémico y toma de decisiones bajo ambigüedad.
- **Alfabetización digital y tecnológica.** El uso de IA en este ejercicio no es meramente técnico, sino estratégicamente dirigido y evaluado. El estudiante debe comprender cómo funciona la herramienta, identificar sus limitaciones y asumir la responsabilidad del contenido final.

55. Ejercicio 11: *Feedback* inverso y entrenamiento de la IA

Objetivo

Desarrollar la capacidad crítica del estudiante mediante la evaluación de textos jurídicos generados por IA y su reconducción a parámetros correctos, enseñando a la inteligencia artificial cómo debe realizar la reformulación.

Descripción

El estudiante recibe un texto generado por un agente de IA —que puede ser un dictamen jurídico o una sentencia judicial—; el texto contiene errores en su fundamentación jurídica o en el razonamiento empleado. En una primera fase, se debe identificar y justificar detalladamente los defectos del texto, señalando los errores normativos, doctrinales, jurisprudenciales o de coherencia interna. En una segunda fase, el estudiante, actuando como formador o entrenador del modelo y no como simple usuario, deberá proponer instrucciones e indicaciones específicas para que la IA consiga corregir el texto hasta que se genere una nueva versión. El estudiante valorará si la nueva versión responde correctamente a las directrices ofrecidas.

Activación de competencias

- **Pensamiento crítico, analítico y contextual.** El estudiante debe examinar con rigor un documento jurídico generado, identificar errores y proponer correcciones adecuadas. Ello significa reflexionar sobre el proceso que implica detectar, explicar y corregir los errores de una herramienta automática; no se trata solo de obtener un texto correcto, sino de desarrollar juicio crítico, precisión argumentativa y dominio del lenguaje jurídico al más alto nivel.
- **Alfabetización digital avanzada.** Como se corrige a la IA, el estudiante identifica con precisión los fallos del asistente digital lo que requiere la comprensión crítica del entorno digital y capacidad para integrar tecnologías en procesos de aprendizaje exigente.

V. Conclusión

56. La docencia universitaria en Derecho debe ser repensada como una práctica formativa orientada a la incertidumbre, no como mera transmisión de contenidos normativos. En un entorno dominado por la volatilidad, la complejidad y la ambigüedad —acentuadas por el impacto de la inteligencia artificial—, el objetivo no es únicamente enseñar normas, sino formar sujetos jurídicos capaces de operar con juicio, flexibilidad y rigor en contextos cambiantes.

57. El marco VUCA/BANI ofrece una guía precisa para definir competencias cognitivas y no cognitivas y diseñar experiencias pedagógicas pertinentes. Lejos de constituir una amenaza, la IA se revela así como una aliada estratégica en la formación de juristas reflexivos, resilientes y capaces de generar sentido en medio de la complejidad.

58. La incorporación de la inteligencia artificial en la educación jurídica no debe limitarse a su dimensión instrumental puesto que no es solo un complemento educativo sino que es un factor que implementa, potencia, desarrolla y acelera las capacidades cognitivas. Integrar la IAG en la educación universitaria mejora los procesos de análisis, simulación y generación de contenido y su verdadero potencial reside en su capacidad para catalizar el desarrollo de competencias avanzadas. La educación que fomente el análisis complejo, el pensamiento crítico, la contextualización, la gestión de la ambigüedad e incertidumbre, la interdisciplinariedad y conectividad, la capacidad de síntesis o su expresión de forma sencilla y clara permite optimizar la preparación de futuros profesionales con altas capacidades de adaptación y resolución de problemas en entornos complejos e inciertos.

Consecutive Conflicting Jurisdiction Agreements under the Brussels *Ibis* Regulation. Comment on the Austrian *Oberster Gerichtshof's* ruling of 23 September 2024 (case 7 Ob 116/24w)

Acuerdos jurisdiccionales consecutivos contradictorios en virtud del Reglamento Bruselas I-bis. Comentario a la sentencia del *Oberster Gerichtshof* austriaco de 23 de septiembre de 2024 (asunto 7 Ob 116/24w)

LUKAS RADEMACHER

*Institute for European and International Private and Procedural Law
Kiel University, Germany*

Recibido: 26.07.2025 / Aceptado: 05.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9917

Abstract: Surprisingly, the recently published report by the European Commission on the Brussels *Ibis* Regulation does not take into consideration a reform of Art. 25(1). The application of the provision continues to pose challenges for the courts of the Member States. A recent decision by the Austrian *Oberster Gerichtshof* provides another example. The court was confronted with consecutive conflicting jurisdiction agreements. Instead of referring the resulting questions to the CJEU, the court concluded that the agreements cancelled each other out and that the competent court should be determined by applying the general rules on international jurisdiction (Arts. 4(1), 63(1) lit. a Brussels *Ibis* Regulation). It is submitted that the court was correct to apply autonomous European standards when assessing the parties' agreements. However, such standards have yet to be established by the CJEU. The Austrian court's reasoning does not seem convincing.

Keywords: international jurisdiction, jurisdiction agreement, interpretation, invalidity, Brussels *Ibis* Regulation

Resumen: Sorprendentemente, el informe publicado recientemente por la Comisión Europea sobre el Reglamento Bruselas I-bis no tiene en cuenta la reforma del artículo 25(1). La aplicación de dicha disposición sigue planteando desafíos para los tribunales de los Estados miembros. Una decisión reciente del *Oberster Gerichtshof* austriaco ofrece otro ejemplo. El tribunal se enfrentó a acuerdos jurisdiccionales sucesivos y contradictorios. En lugar de plantear las cuestiones resultantes al TJUE, el tribunal concluyó que los acuerdos se anulaban mutuamente y que el tribunal competente debía determinarse aplicando las normas generales sobre competencia internacional (arts. 4(1), 63(1) letra a del Reglamento Bruselas I-bis). Se sostiene que el tribunal actuó correctamente al aplicar normas europeas autónomas para evaluar los acuerdos entre las partes. Sin embargo, dichas normas aún no han sido establecidas por el TJUE. El razonamiento del tribunal austriaco no parece convincente.

Palabras clave: jurisdicción internacional, acuerdo de jurisdicción, interpretación, inefectividad, Reglamento Bruselas I-bis

Summary: I. Introduction. II. Factual Background and Procedural History. III. The Law Applicable to a Forum Selection Agreement. IV. Consecutive Conflicting Jurisdiction Agreements. V. Conclusions.

I. Introduction

1. On 2 June 2025, the European Commission published its report to the European Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (Brussels *Ibis* Regulation).¹ According to the Commission, “[t]he objective of the Report is to present an overall assessment of the application of the Regulation with a special focus on its most challenging aspects as well as those explicitly listed in Article 79. Moreover, it looks into a number of new and emerging issues such as digitalisation, collective redress and areas that could benefit from the simplification and modernisation of current rules.” With a delay of almost three and a half years, the report carries out the task assigned by Art. 79 Brussels *Ibis* Regulation. It is accompanied by a Commission staff working document of the same day which provides further analysis of the issues discussed in the report.² The preparation of the report benefited from a study conducted by a consulting firm of January 2023³ and the JUDGTRUST project.⁴

2. The report praises the Brussels *Ibis* Regulation as a “highly successful instrument” and commends “the enhancements that it provided, such as the abolition of *exequatur*, [which] have strengthened judicial cooperation in civil and commercial matters and as such have been welcomed by the Member States and the stakeholders”.⁵ The Regulation’s provisions, so the report concludes, “as a whole, are considered to be clear and simple and, for this reason, are highly appreciated amongst practitioners.”⁶ Where there are still doubts, “[t]here is also a broad consensus that in principle the case-law of the CJEU provides sufficient guidance and assistance for the judiciary when applying the rules of the Regulation.”⁷ Notwithstanding, the report identifies “specific issues several Member States take the view that the interpretation of the Regulation raises complex issues, and they suggest clarifications by the legislator.”⁸ Apart from “horizontal issues” such as collective redress and the impact of digitalization,⁹ the report unsurprisingly focusses on issues of jurisdiction.¹⁰ Among the topics discussed are the possible extension of the jurisdiction rules to defendants domiciled in third countries, heads of special jurisdiction, protective jurisdiction rules over consumer contracts, and exclusive jurisdiction.

3. Prorogation of jurisdiction, however, is a topic that the report mentions only in passing and when it is linked to one of the before mentioned issues. In contrast, the Commission staff working document devotes more than two pages to Arts. 25 and 26 Brussels *Ibis* Regulation.¹¹ Yet, only two revisions are taken into closer consideration, i.e. the effect of the choice of court agreements on third parties and the relevance of a violation of the court’s obligation in Art. 26(2) Brussels *Ibis* Regulation for recognition and enforcement under Art. 45(1)(e)(i) Brussels *Ibis* Regulation.¹² However, the Commission staff working document also acknowledges that despite the CJEU’s guidance on the matter, assessing the substantive (in)validity of choice of court agreements still is among the most challenging aspects of

¹ COM(2025) 268 final.

² SWD(2025) 135 final.

³ Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation) – Final Report, available online.

⁴ The main findings of the project have been published in V. LAZIĆ and P. MANKOWSKI (eds.), *The Brussels I-bis Regulation*, Cheltenham, Elgar, 2023.

⁵ COM(2025) 268 final, p. 2.

⁶ COM(2025) 268 final, p. 2.

⁷ COM(2025) 268 final, p. 2.

⁸ COM(2025) 268 final, p. 2.

⁹ COM(2025) 268 final, pp. 16–19.

¹⁰ COM(2025) 268 final, pp. 4–14.

¹¹ SWD(2025) 135 final, pp. 6–8.

¹² SWD(2025) 135 final, p. 8.

applying Art. 25 Brussels *Ibis* Regulation in legal practice and may give cause for reform.¹³ This observation finds confirmation in the survey conducted within the study in preparation of the Commission's Report¹⁴ as well as in academic writing.¹⁵

4. The Austrian Supreme Court of Justice's (*Oberster Gerichtshof* – in what follows: OGH) ruling of 23 September 2024 provides yet another example for the difficulties that the application of Art. 25 Brussels *Ibis* Regulation may cause. The court had to assess the effects of two consecutive and contradicting jurisdiction agreements. Indeed, the pivotal issue was not the substantive invalidity of the agreements but whether an agreement was reached at all.

II. Factual Background and Procedural History

5. The claimant, an Austrian general contractor, entered into a contract for construction works in Germany with the defendant, a German construction company, for a total value of 734.000 €. The parties concluded their contract in June 2022, which included a jurisdiction clause in favour of German courts. The contract also referenced a protocol of the parties' negotiations from April 2022, which, in addition to the choice of German courts, designated the place of performance in Germany. In February and June 2023, the parties agreed on two additional orders with the combined value of 17.000 €. Both of these additional orders stipulated that the courts of Linz, Austria, have jurisdiction to settle any disputes between them. The parties are in agreement that the main contract of June 2022 and the two additional orders of February and June 2023 together constitute a single, unified construction contract.

6. At the end of 2023, the claimant brought proceedings against the defendant before the courts in Linz, Austria, seeking a declaration that the construction contract had not been validly terminated by the defendant's notice of September 2023 and that the defendant had breached the contract. In addition, the claimant demanded damages in the amount of 150.000 € for alleged defects of the defendant's construction works. The case passed through two instances before reaching the OGH. All three Austrian courts declined jurisdiction, holding instead that the German courts were competent to decide the matter. However, the court of first instance and the court of second instance reached this conclusion on grounds differing from those relied upon by the OGH.

7. According to both the court of first instance and the court of second instance, the parties had initially agreed on the jurisdiction of German courts. The subsequent jurisdiction agreements in the additional orders were considered insufficient to alter the previous prorogation. Pursuant to Art. 25(1) sent. 2 Brussels *Ibis* Regulation, the burden of proof lies with the party invoking the international jurisdiction of a particular Member State's courts to establish the conclusion of such an agreement. Both lower courts found that the claimant had failed to prove the existence of a prorogation agreement in favour of Austrian courts that would override the initial agreement conferring jurisdiction on the German courts. The decisions of the first and second instance courts have not been published. Accordingly, their exact reasoning remains unknown. However, the OGH reported that the court of first instance was unable to ascertain a clear intention on the part of the parties to replace the original jurisdiction agreement through the terms of the additional orders.¹⁶ The court of second instance, as reported by the OGH, even expressed doubts as to whether the defendant had taken notice of the jurisdiction stipulation contained in

¹³ SWD(2025) 135 final, p. 7.

¹⁴ Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation) – Final Report, available online, pp. 381, 390, 438, 491.

¹⁵ See, e.g., P. FRANZINA, "The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation", in: P. MANKOWSKI (ed.), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Cheltenham, Elgar, 2020, pp. 95-117.

¹⁶ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, para. 7.

the additional orders.¹⁷ As a result, both lower courts upheld the original jurisdiction agreement in favour of German courts, declined their own jurisdiction, and dismissed the action.

8. The claimant lodged an appeal with the OGH. Austria's highest civil court held, however, that the consecutive agreements between the parties cancelled each other out, with the result that no jurisdiction agreement existed.¹⁸ This conclusion was based on an interpretation of the parties' contractual arrangements according to autonomous standards.¹⁹ In the absence of an *electio fori*, the OGH concludes that international jurisdiction had to be determined in accordance with the general rules.²⁰ As both the defendant's seat (Arts. 4(1), 63(1) lit. a Brussels Ibis Regulation) and the place of performance for the defendant's services (Art. 7 no. 1 lit. b indent 2 Brussels Ibis Regulation) were located in Germany, the OGH declined the jurisdiction of the Austrian courts and dismissed the action.

III. The Law Applicable to a Forum Selection Agreement

9. When determining the law applicable to a forum selection agreement, Art. 25(1) Brussels Ibis Regulation draws a distinction between two categories: First, the consensus as such and the form of the agreement are autonomously and substantively governed by Art. 25(1) sent. 1 and 3 Brussels Ibis Regulation itself. Recourse to conflict-of-laws rules is excluded in this regard. Second, issues falling under the concept of 'substantive invalidity' ("null and void as to its substantive validity") are subject to the conflict-of-laws rule at the end of Art. 25(1) sent. 1 Brussels Ibis Regulation. This rule activates the *lex fori prorogati*. As clarified by Recital 20 Brussels Ibis Regulation, this reference encompasses the conflict-of-laws rules of the chosen forum. The substantive law thus determined governs in particular defects in consent (mistake, misrepresentation, duress) as well as legal incapacity, potentially rendering the agreed void or voidable.²¹

10. In the OGH's case, the decisive question was whether the parties had reached an agreement in favour of Austrian courts. Issues such as mistake, misrepresentation, duress, or incapacity were clearly not relevant and thus not to be taken into account. Accordingly, the OGH was correct in concluding that the conflict-of-laws rule set out at the end of Art. 25(1) sent. 1 Brussels Ibis Regulation did not apply and that the *lex fori prorogati* played no role in determining the formation of the agreement.²² Instead, the term 'agreed' in Art. 25(1) sent. 1 Brussels Ibis Regulation constitutes an autonomous concept of EU law.²³ While the provision does not define the conditions under which agreement is deemed to have been concluded, Art. 25(5) Brussels Ibis Regulation makes clear that such an agreement is to be assessed independently of the main contract. Furthermore, Art. 25(1) sent. 3 Brussels Ibis Regulation lays down the formal requirements for the conclusion of jurisdiction agreements. According to the CJEU's interpretation, compliance with these formal requirements is indicative of a valid material consensus between the parties.²⁴ In the OGH's case, all relevant contracts were concluded in writing (Art. 25(1)

¹⁷ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, para. 8.

¹⁸ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, paras. 27 et seq.

¹⁹ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, paras. 17 et seq.

²⁰ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, para. 29.

²¹ U. MAGNUS, in: U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law – ECPIL – Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Cologne, Otto Schmidt, 2nd ed., 2023, Art. 25 Brussels Ibis, paras. 79a, 81c.

²² But see B. HESS, "Die Auslegung kollidierender Gerichtsstandsklauseln im europäischen Zivilprozessrecht", in: M. BRINKMANN, D. EFFER-UHE, B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, S. WESSER, and S. WETH (eds.), *Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung. Festschrift für Hanns Prütting*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2018, pp. 337-345, according to whom the resolution of consecutive conflicting jurisdiction agreements is a matter of the *lex fori prorogati* (pp. 341 et seq.).

²³ CJEU 7 July 2016, *Hörszig kft/Alstom Power Thermal Services*, C-222/15, para. 29. For an in-depth analysis, see U. MAGNUS, in: U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law – ECPIL – Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Cologne, Otto Schmidt, 2nd ed., 2023, Art. 25 Brussels Ibis, paras. 77-79a.

²⁴ CJEU 18 November 2020, *Ryanair DAC/DelayFix*, C-519/19, paras. 38, 41.

sent. 3 lit. a Brussels *Ibis* Regulation), thereby satisfying the formal requirement and thus indicating valid material consensus. However, this indication alone could not resolve the conflict arising from the existence of consecutive contradicting jurisdiction agreements, as each agreement in itself carried the same indication of consensus.

IV. Consecutive Conflicting Jurisdiction Agreements

11. The challenges arising from the adoption of an autonomous European concept of ‘agreement’ are evident. On what legal basis are national courts to determine whether an agreement has been reached? A uniform European law on the formation of contracts has not yet emerged within the *acquis communautaire*, i.e. within the body of EU directives and regulations.²⁵ Also, the substantive law of the Member States reflect divergent approaches to contract formation.²⁶ Likewise, the CJEU’s case law on Art. 25(1) Brussels *Ibis* Regulation, its predecessors (Art. 23(1) Brussels I Regulation, Art. 17(1) Brussels Convention), and parallel provisions (Art. 23(1) Lugano Conventions) remains limited and offers little concrete guidance on how to ascertain the existence of consensus between the parties. In substance, the current framework amounts to nothing more than instructing national courts to examine whether there was a genuine concurrence of wills.²⁷ Moreover, the determination of a potential agreement requires interpretation of the relevant contractual provision. In this respect, the CJEU has based its decisions on the interpretation of jurisdiction agreements again on an autonomous concept, one that remains imprecisely defined and without recourse to national laws.²⁸ As a result, the courts of the Member States are effectively left on their own in construing and applying this autonomous concept.

12. In its ruling of 23 September 2024, the OGH was required to determine whether there (still) was agreement in the case of consecutive conflicting jurisdiction agreements. The court answered this question in the negative, relying on arguments advanced in literature. Notably, the central passage of the court’s reasoning²⁹ is an almost verbatim reproduction of a paragraph from a commentary authored by the late great Peter Mankowski.³⁰ However, the OGH appears to have misunderstood the scenario addressed by Mankowski. In the relevant paragraph, Mankowski examined the classic ‘battle of forms’, a situation in which both parties seek to apply their own standard terms, including jurisdiction clauses, while otherwise reaching agreement on the substance of the contract. In such cases, Mankowski persuasively argues that no consensus on international jurisdiction has been reached, as neither party has accepted the jurisdiction clause proposed by the other.

13. In the case before the OGH, however, the circumstances were different. The parties had agreed to three consecutive jurisdiction clauses, with the later jurisdiction clauses contradicting the first. In such a scenario, it cannot be maintained that no consensus was ever reached. Rather, the question is whether – and if so, how – the later agreements affected the initial prorogation. The neutralization approach adopted by the OGH does not appear convincing. Where, at a later stage in their transaction, the parties agree on the international jurisdiction of the courts of a different state than that originally designated, it is generally more plausible to regard the later agreement as having replaced the earlier

²⁵ G. CHRISTANDL, in: N. JANSEN and R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, Introduction before Art 2:101, para. 6.

²⁶ G. CHRISTANDL, in: N. JANSEN and R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, Introduction before Art 2:101, paras. 2-4.

²⁷ CJEU 18 November 2020, *Ryanair DAC/DelayFix*, C-519/19, para. 41; CJEU 21 May 2015, *CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel NV*, C-352/13, para. 67.

²⁸ U. MAGNUS, in: U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law – ECPII – Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Cologne, Otto Schmidt, 2nd ed., 2023, Art. 25 Brussels Ibis, paras. 80, 141-143 with references to the case law.

²⁹ OGH 23 September 2024, 7 Ob 116/24w, para. 27.

³⁰ P. MANKOWSKI, in: T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Volume I, Brüssel Ia-VO, Cologne, Otto Schmidt, 5th ed., 2021, Art. 25 Brüssel Ia-VO, para. 273.

one.³¹ In the present case, however, the later agreements concerned only “additional orders” amounting to less than 3 % of the value of the original contract. These additions could therefore not be considered sufficiently significant to override the earlier jurisdiction agreement. Moreover, the parties concurred that both the original contract and the additional orders were to be regarded as forming a single, unified contract concerning the performance to be rendered by the defendant. Accordingly, it was not possible to construe the later jurisdiction agreements as applying solely to disputes relating to the additional orders.³² As a result, the later jurisdiction agreements must be regarded as devoid of legal significance, and the parties’ initial *electio fori* in favour of German courts should have prevailed.

V. Conclusions

14. Admittedly, the OGH arrived at the correct result by applying the general rules on international jurisdiction. Nevertheless, the court should have referred the matter to the CJEU. The application of Art. 25(1) Brussels *Ibis* regulation continues to pose significant challenges for the courts of the Member States. The autonomous European standards for assessing and interpreting jurisdiction agreements remain in need of further clarification and delineation. The recently published report by European Commission indicates that no reform in this area is to be expected in the foreseeable future. It is therefore all the more important that the CJEU be afforded the opportunity to enhance legal clarity and uniformity wherever possible.

³¹ Similarly, T. REICH, “Anmerkung”, *Österreichische Jurist:innenzeitung* 2025, pp. 68-69, 69.

³² But see T. REICH, “Anmerkung”, *Österreichische Jurist:innenzeitung* 2025, p. 68-69, 69. More general, B. HESS, “Die Auslegung kollidierender Gerichtsstandsklauseln im europäischen Zivilprozessrecht”, in: M. BRINKMANN, D. EFFER-UHE, B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, S. WESSER, and S. WETH (eds.), *Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung. Festschrift für Hanns Prütting*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2018, pp. 337-345, 343.

Unidad económica: notificación incorrecta en el domicilio de la filial cuando la destinataria es la matriz. Comentario de la STJUE de 11 julio 2024, *Volvo vs. Transsaqui*

Economic unit: incorrect notification at the subsidiary's domicile when the addressee is the parent company. Commentary to the CJEU of 11 July 2024, *Volvo v. Transsaqui*

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Catedrática de Derecho Internacional Privado - Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:23.06.2025/Aceptado:26.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9918

Resumen: En la sentencia objeto de análisis, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial relativa a la correcta, o no, notificación de la demanda en un procedimiento de responsabilidad civil por daños derivados del cártel de los camiones. En el caso, la empresa demandante reclama a Volvo el pago de una indemnización por los perjuicios que le ha supuesto el pago de un sobreprecio en la compra de dos camiones de esta marca. La víctima interpone demanda ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia contra la matriz Volvo, con domicilio social en Suecia. Sin embargo, alegando la *unidad económica* entre Volvo y la filial española de la marca por estar esta última constituida al 100% por la primera, se notifica la demanda en el domicilio de la filial española de Volvo. El Tribunal de Justicia considera que, sin poner en cuestión la concurrencia de la *unidad económica*, cada entidad tiene su propia personalidad jurídica independiente y, por tanto, si se demanda a la matriz se la ha de notificar en su domicilio, en Suecia, por tanto.

Palabras clave: cártel de los camiones, responsabilidad civil por daños derivados de ilícitos anti-trust, unidad económica, Reglamento 2020/1784

Abstract: In the judgment under analysis, the Court of Justice answers a question referred for a preliminary ruling concerning the correct, or not, notification of the claim in civil liability proceedings for damages arising from the truck cartel. In the case, the applicant company claims compensation from Volvo for the damage it has suffered as a result of the payment of an overcharge for the purchase of two Volvo trucks. The victim brought an action before Valencia Commercial Court No 1 against the parent company Volvo, whose registered office is in Sweden. However, on the ground that Volvo and the Spanish subsidiary of the brand were economically united because the latter was wholly owned by the former, service was effected at the address of Volvo's Spanish subsidiary. The Court considers that, without calling into question the existence of economic unity, each entity has its own independent legal personality and, therefore, if the parent company is sued, it must be served at its domicile, in Sweden.

Key words: truck cartel, civil liability for damages arising from European Antitrust Law infringements, economic unit, Regulation 2020/1784

SUMARIO: I. Introducción; II. Hechos del caso; III. Unidad económica; IV. Respuesta del TJUE: Notificación a la matriz en su propio domicilio; V. Reglamento europeo de notificaciones; VI. Conclusiones

I. Introducción

1. En este asunto, volvemos con el cártel de los camiones¹. Esta vez, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español con la que pregunta, en esencia, si el emplazamiento efectuado en el domicilio de la filial es correcto cuando a quien se quiere notificar es a la empresa matriz.

2. En concreto, el asunto es una derivada del cártel de los camiones, la referida a la petición de responsabilidad civil por los daños causados por miembros de la entente. De todos es conocido que, ante una conducta anticompetitiva, se pueden iniciar dos acciones². La acción administrativa, en la que la autoridad competente hará una aplicación pública del Derecho de la competencia, investigando los hechos y, si es el caso, sancionando a las empresas involucradas al pago de una multa. Por otro lado, las víctimas tienen la posibilidad de iniciar una acción civil, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, para pedir una indemnización por los daños y perjuicios que han sufrido como consecuencia del comportamiento antitrust -aplicación privada del Derecho de la competencia-.

3. En el caso en cuestión, nos situamos en esta acción civil, acción iniciada por una víctima del cártel de los camiones, Transsaqui S.L., empresa con domicilio social en Valencia que compró, en el año 2008, dos camiones a uno de los miembros del cártel, a Volvo.

El cártel acordó, entre otras cuestiones, subir el precio de venta de los camiones, en el Espacio Económico Europeo, desde el año 1997 hasta el año 2011. La empresa demandante en el caso, solicita una indemnización de más de 24000 euros a Volvo, por el sobreprecio pagado en la compra de los camiones mencionados.

4. Situándonos en esta acción civil de responsabilidad extracontractual derivada de ilícitos antitrust, el TJUE establece el principio de unidad económica, según el cual, la víctima puede demandar tanto a la filial como a la matriz de la que depende aquella económicamente³.

En el caso objeto de análisis, la filial española de Volvo se encuentra participada al 100% por la matriz de Volvo, por lo que, ambas, constituyen una unidad económica a estos efectos. Lo anterior supone que la víctima de la conducta anticompetitiva podría demandar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos tanto a la matriz, autora del comportamiento anticompetitivo y destinataria de la multa impuesta por la Comisión en la acción administrativa, como a la filial española de Volvo, por depender y estar controlada por la matriz.

5. En el supuesto en cuestión, la víctima decide demandar a la matriz, sociedad con domicilio en Suecia, siendo el foro España. En estas circunstancias, la empresa demandante indica que se puede notificar a Volvo en el domicilio social de su filial en España, no teniendo, en consecuencia, que realizar el emplazamiento en un Estado miembro distinto al del foro. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, órgano competente en el caso, así lo hace. El Tribunal Supremo, al que llega el asunto, cuestiona que esté bien realizado el emplazamiento y plantea cuestión prejudicial en este sentido.

¹ Resumen de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — Camiones), DOUE C108, de 6 abril 2017.

² *Vid.*, entre otros, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa”, en *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. II, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1263-1286; *Id.*, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 653-691 (en su versión inglesa, “Applicable law on non-contractual liability arising from European Antitrust Law infringements”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 635-661); *Id.*, “Aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1417-1474; *Id.*, “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa. Comentario del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 23 mayo 2018”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 889-903.

³ STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-82/19, ECLI:EU:C:2021:800.

6. La pregunta que responde el Tribunal de Justicia en el asunto analizado se centra en saber si la notificación realizada a la matriz en el domicilio de la filial en España es correcta.

II. Hechos del caso

7. La cuestión prejudicial, que responde el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario, se plantea en un procedimiento que comenzó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia con una demanda presentada por Transsaqui⁴. La compañía demandante reclama una indemnización por los daños y perjuicios que ha sufrido con la compra, en 2008, de dos camiones de la marca Volvo. Volvo es una de las empresas participantes en el cártel de los camiones, investigado por la Comisión Europea y sancionado con las correspondientes multas en virtud de la Decisión de 19 de julio de 2016.

8. En la demanda planteada, Transsaqui indica que Volvo, aunque tiene domicilio social en Goteborg (Suecia) debe ser emplazada en el domicilio social de la filial de la empresa en España -Volvo España, en adelante-, en Madrid (apartado 20 STJUE).

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia notifica la demanda en Madrid mediante correo certificado. La respuesta de Volvo fue manuscrita, indicando que el domicilio de la demandada se encontraba en Suecia.

Transsaqui considera que Volvo está actuando de mala fe, con intención de dilatar el proceso, teniendo en cuenta que Volvo España y Volvo es una única empresa, en el marco del Derecho de la competencia, al estar participada la primera en el 100% por la segunda (apartado 22 STJUE).

9. Después de varios intentos de notificación a Volvo en el domicilio en Madrid de Volvo España y de los consecuentes rechazos de la notificación por parte de la filial, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia siguió con el procedimiento, en rebeldía de la parte demandada y dictó sentencia, el 26 de febrero de 2020, condenando a Volvo a pagar una indemnización a Transsaqui de 24.420,69 euros, más los intereses legales desde la fecha de la compra de los camiones, así como, el pago de las costas (apartado 29 STJUE).

10. Volvo solicita la revisión de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, sentencia ya firme, ante el Tribunal Supremo. Alega que Transsaqui obtuvo este pronunciamiento mediante maquinación fraudulenta (apartado 36 STJUE).

El Tribunal Supremo, órgano remitente, alberga dudas respecto a la corrección del emplazamiento realizado a Volvo en el domicilio social en Madrid de su filial en España y plantea la cuestión prejudicial que responde el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario.

III. Unidad económica

11. En la sentencia analizada no se discute la existencia de unidad económica entre Volvo y Volvo España.

12. Como indica el Tribunal de Justicia, *“A este respecto, es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios basada en la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, constatada por la Comisión en una decisión, una entidad jurídica que no haya sido designada en dicha decisión como autora de una infracción del Derecho de la competencia puede, no obstante, ser considerada responsable sobre este fundamento debido al comportamiento infractor de otra entidad jurídica si esas dos personas jurídicas forman parte de la misma unidad económica y constituyen, en consecuencia, una empresa, que es la autora de la in-*

⁴ STJUE de 11 julio 2024, *Volvo vs. Transsaqui*, C-632/22, ECLI:EU:C:2024:601.

fracción en el sentido de dicho artículo 101 TFUE (sentencia de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C882/19, EU:C:2021:800, apartado 48). (apartado 48 STJUE).

Como vemos, el Tribunal de Justicia no exige que la conducta anticompetitiva deba ser llevada a cabo por la filial y que, por los vínculos económicos, organizativos y legales con la matriz, también se le pueda imputar a ésta en este marco de la acción civil. El órgano jurisdiccional europeo se expresa en términos de *entidad jurídica*, sin exigir que ésta tenga que ser la matriz o la filial. Lo anterior implica que es bidireccional la relación que puede haber entre ambas. De esta manera, si existe dependencia económica entre las dos, o más entidades, se podrá exigir responsabilidad civil a cualquiera de ellas por los hechos anticompetitivos llevados a cabo por una, o varias, de ellas.

En la sentencia del Tribunal de Justicia citada, se trataba de una conducta anticompetitiva desarrollada por la matriz y por la que se pide responsabilidad a la filial a la que controla aquella⁵. En este sentido, afirma el órgano judicial europeo que “*De cuanto antecede resulta que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa puede ejercitar una acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión en una decisión como consecuencia de dicha práctica o contra una filial de esa sociedad que no sea destinataria de la referida decisión, siempre que estas sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica. La sociedad filial afectada debe poder hacer valer de manera efectiva su derecho de defensa con el fin de demostrar que no pertenece a dicha empresa y, cuando la Comisión no haya adoptado ninguna decisión en virtud del artículo 101 TFUE, puede rebatir igualmente la realidad misma del comportamiento infractor alegado*” (apartado 67)⁶.

13. Por su parte, el artículo 71 de la Ley de defensa de la competencia española establece que “1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. 2. A efectos de este título: a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente ley. b) La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”⁷.

En el marco de la Ley española de defensa de la competencia, en cambio, la responsabilidad que se prevé es sólo *aguas arriba*, esto es, de la filial a la matriz⁸. El Tribunal de Justicia se opone a la legislación nacional que sólo prevea esta extensión de responsabilidad *aguas arriba* y no contemple la que debe observarse, también, *aguas abajo*⁹.

14. Con todo lo expuesto, la unidad económica implica que la matriz y la filial son una sola empresa en la acción de responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios sufridos que pueda iniciar la víctima. Dicho de otra forma, frente a la víctima, ambas entidades responden de manera solidaria y, por tanto, aquella puede demandar a cualquiera de estas dos por los daños y perjuicios que le hayan causado (apartados 49 y 69 STJUE)¹⁰.

⁵ STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-82/19, ECLI:EU:C:2021:800.

⁶ STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-82/19, ECLI:EU:C:2021:800.

⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, BOE núm. 159 de 4 julio 2007.

⁸ C. HERRERO SUÁREZ, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, p. 372.

⁹ STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-82/19, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 75.

¹⁰ *Vid.*, también, en este sentido, STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 48.

Anteriormente, el Tribunal de Justicia ha reconocido la extensión de la responsabilidad, sólo, *aguas arriba*. *Vid.*, entre otras, STJUE de 10 abril 2014, *Comisión/Siemens Österreich y otros y Siemens Transmission & Distribution y otros/Comisión*, C-231/11P a C-233/11P, ECLI:EU:C:2014:256, apartado 46; STJUE de 26 enero 2017, *Villeroy & Boch/Comisión*, C-625/13P, ECLI:EU:C:2017:52, apartado 146; STJUE de 11 julio 2013, *Comisión/Stichting Administratiekantoor Portielje*, C-440/11P apartado 38. *Vid.*, también, en relación con esto, C. HERRERO SUÁREZ, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, *CDT*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 377 y ss.

Para ello, debe haber una dependencia económica de la filial respecto de la matriz que implique poder imputar la conducta de cualquiera de ellas, también, a la otra. Todo esto, en el marco de la acción responsabilidad civil que pueda iniciar la víctima por los perjuicios que haya sufrido con el comportamiento anticompetitivo de cualquiera de las dos.

IV. Respuesta del tñue: notificación a la matriz en su propio domicilio

15. En la sentencia objeto de análisis, el Tribunal de Justicia, en primer lugar, indica que, si bien ambas empresas responden de forma solidaria frente a la víctima, cada una de ellas conserva su propia personalidad jurídica. Por esta razón, la demandante debe dirigir su reclamación, de manera individualizada, contra cualquiera de las entidades que conforman la unidad económica (apartado 49 STJUE)¹¹.

Así es, la *empresa* a la que alude el artículo 101 TFUE como protagonista de la conducta anticompetitiva de entente no puede ser la unidad económica. Cada entidad que forma la unidad económica tiene su autonomía jurídica y es independiente del resto. En este sentido, en un proceso civil de reclamación de daños, la demanda no puede dirigirse contra la unidad económica sino contra cualquiera de las empresas que la conforman.

16. En nuestro caso, una vez identificada la concreta empresa demandada en la matriz, la notificación de la demanda debe realizarse en su domicilio. Por el principio de unidad económica la víctima podría haber optado por demandar a la filial española y haberse ahorrado los gastos de traducción y de notificación en otro Estado miembro, pero no ha sido así y ha preferido demandar a la matriz (apartado 69). Lo cual supone asumir todas las consecuencias que esto conlleva, entre otras, tener que notificar a la demandada en su domicilio, en otro Estado miembro.

Por lo tanto, realizar el emplazamiento de la matriz en el domicilio de la filial en España no es una conducta adecuada, salvo que haya constancia de que la filial ha sido autorizada a recibir las notificaciones destinadas a la matriz; cuestión que no se ha probado en este caso. En este sentido, la unidad económica no puede suponer la presunción de que la filial tiene autorización de la matriz para recibir las notificaciones dirigidas a ella, so pena de vulnerar el derecho de defensa de esta última (apartado 50). Efectivamente, no cabe considerar que la dependencia económica de la filial respecto de la matriz es motivo suficiente para presumir que se pueda emplazar a la matriz en el domicilio de la filial. Esta presunción supondría una vulneración del derecho de defensa que le asiste a la matriz como parte demandada en el procedimiento.

17. El Tribunal de Justicia, concluye, por tanto, que el emplazamiento de la matriz debe realizarse en su propio domicilio aunque esto suponga tener que realizar la notificación en un Estado miembro distinto al del foro -Suecia-.

En el caso en cuestión, la notificación en el domicilio de la filial española supone realizar este trámite procesal en el mismo Estado en el que se está desarrollando el procedimiento, lo cual implica, *a priori*, mayor celeridad y ahorro de costes. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, que consagra el artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, se debe aplicar, no sólo al demandante, también, al demandado. Lo anterior supone que el traslado al demandado de los documentos y la previsión de un tiempo para que este prepare la defensa son imprescindibles para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva (apartado 51)¹².

18. Tratándose de un supuesto internacional el objeto de análisis, debemos ser respetuosos con este hecho y debemos, en consecuencia, observar las normas aplicables al mismo. Normas de Derecho Internacional Privado que regulan situaciones privadas internacionales como las de nuestro asunto. Normas, mencionadas por el propio Tribunal de Justicia en la sentencia, como el Reglamento 1215/2012

¹¹ STJUE de 6 octubre 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, apartados 44 y 51.

¹² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C364, de 18 diciembre 2000.

y el Reglamento 1393/2020¹³ (apartados 55-68). En este sentido, es cierto que notificar en otro Estado miembro puede ser más complicado y puede conllevar más tiempo pero, estando ante un supuesto internacional, la situación jurídica exige tener en cuenta el elemento de extranjería y actuar en consecuencia. Y, si en el caso se debe emplazar al demandado en otro Estado miembro, así ha de hacerse.

19. Aludiendo brevemente, como hace el Tribunal de Justicia, al Reglamento 1215/2012 -Bruselas I bis-, esta norma regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Centrándonos en lo primero, en el sector de la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis permite que la víctima pueda interponer su demanda, en defecto de sumisión, ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 4) y, por el foro especial por razón de la materia, ante los órganos jurisdiccionales del lugar del Estado miembro en el que se hubiere producido el hecho dañoso (art. 7.2)¹⁴.

A través del foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del Reglamento, tratándose éste de una persona jurídica, se podrá interponer la demanda en el Estado miembro en el que el demandado tenga la sede social, la administración central o el centro de actividad principal (art. 63). En nuestro caso, siendo el demandado la matriz de Volvo, ese Estado será Suecia.

Mediante el foro especial del artículo 7.2, como estamos ante un ilícito a distancia en el que el hecho ilícito se produjo en el lugar donde se constituyó el cártel y el daño, en nuestro caso, en España, país donde la víctima compró los dos camiones de la marca Volvo, el demandante ha optado por utilizar el foro del lugar del daño para interponer la demanda ante los tribunales españoles, concretamente, ante los tribunales de Valencia¹⁵. De esta manera, la víctima no ha tenido que desplazarse hasta Suecia para litigar, se ha podido quedar en su domicilio para interponer la demanda.

20. En relación con el Reglamento europeo de notificaciones, como la cuestión prejudicial y, en consecuencia, la respuesta del Tribunal de Justicia, se centran en este trámite procesal, remitimos al epígrafe siguiente en el que desarrollamos con mayor detalle este aspecto.

¹³ Reglamento (UE) No 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L351, de 20 diciembre 2012.

Reglamento (UE) 2020/1784, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida), DOUE L405, de 2 diciembre 2020. Norma que deroga al Reglamento (UE) 1393/2007, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, DOUE L324, de 10 diciembre 2007.

En realidad, el Tribunal de Justicia menciona el Reglamento 1393/2007 porque era la norma que se encontraba en vigor en ese momento. Reglamento que, como acaba de mencionarse, ha sido derogado por el vigente Reglamento 2020/1784.

¹⁴ *Vid.*, entre otros, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa”, en *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’està della globalizzazione*, vol. II, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1263-1286; *Id.*, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 653-691 (en su versión inglesa, “Applicable law on non-contractual liability arising from European Antitrust Law infringements”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 635-661); *Id.*, “Aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1417-1474; *Id.*, “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa. Comentario del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 23 mayo 2018”, *CDT*, vol. 11, n° 1, 2019, pp. 889-903.

¹⁵ En relación a la determinación del lugar de constitución del cártel como el lugar del hecho ilícito, STJUE de 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, C352/13, ECLI:EU:C:2015:335, apartado 44.

¹⁶ El foro del artículo 7.2. indica que los tribunales competentes son los del lugar del Estado miembro en el que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso. Respecto de la consideración del lugar de hecho dañoso como el lugar del hecho ilícito y el lugar del daño, en ilícitos a distancia, STJCE de 30 noviembre 1976, *Minas de potasio*, asunto 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166, apartado 24.

V. Reglamento Europeo de Notificaciones

21. En el asunto objeto de comentario, se debería haber notificado la demanda en Suecia, lugar del domicilio social del demandado. El juez español, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, debería haber realizado el emplazamiento en Suecia.

22. Para poder realizar este trámite en el extranjero, en otro Estado miembro, en nuestro caso, el órgano jurisdiccional español necesita de auxilio judicial de una autoridad de Suecia para que notifique el acto procesal en su territorio. Es un escenario internacional, por tanto, en el que hay un Estado requirente -que en nuestro caso es España- y un Estado requerido -Suecia-.

En este contexto internacional, el auxilio judicial no es obligatorio, a diferencia de lo que ocurre a nivel interno. El auxilio judicial internacional depende de lo que disponga el Derecho del Estado requerido al respecto. En este sentido, existen textos de origen supranacional, como el Reglamento 2020/1784, que regulan esta colaboración judicial. En este caso, esa posibilidad de ayuda se convierte en una obligación porque el ordenamiento del Estado requerido así lo establece.

El auxilio judicial responde al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En este caso que nos ocupa, la notificación de documentos judiciales en el extranjero respeta el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y del demandado en el proceso.

23. Por otro lado, las peticiones de auxilio judicial, las solicitudes de notificación de un documento judicial en otro Estado, sólo puede realizarlas el juez competente en el asunto. Sólo el órgano jurisdiccional que tiene foro para ser competente en el caso podrá requerir auxilio judicial a un tribunal extranjero.

Partiendo del supuesto de que es el juez español el competente y el que, por tanto, debe solicitar el auxilio judicial, debemos distinguir tres casos en este escenario de notificación de documentos judiciales en el extranjero. En primer lugar, aquellos en los que el Estado requerido es un país UE, un Estado miembro. En este supuesto, contamos con el ya mencionado Reglamento 2020/1784, que ha empezado a ser aplicable el 1 de julio 2022. El segundo escenario será aquel en el que el Estado requerido es un Estado no UE con el que España tenga un convenio internacional al respecto. Por último, en tercer lugar, nos situaremos en el marco de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y lo haremos cuando el Estado requerido no es Estado miembro y España no tiene convenio internacional firmado con él¹⁶.

24. Nos centraremos en el primero de los contextos expuestos por ser el que se plantea en nuestro caso. Esto es, aquel en el que el Estado requirente es España y el Estado requerido en un país UE, Suecia, en el asunto. En este marco, el Reglamento 2020/1784 es el que debe tenerse en cuenta en primer lugar y, sólo si no fuera aplicable al caso concreto, el juez español debería acudir a otra norma del ordenamiento español de aplicación subsidiaria¹⁷.

¹⁶ Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 julio 2015.

¹⁷ *Vid.*, G. PALAO MORENO, “El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, pp. 190-223; M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, 31 p.

Una de las novedades más importantes que supone el Reglamento 2020/1784 en relación con su antecesor es la incorporación de un sistema informático descentralizado a utilizar para realizar el trámite de la notificación (G. PALAO MORENO, “El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, pp. 205 y ss.; M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, p. 15). Según el propio Reglamento, el sistema informático descentralizado es una red de sistemas informáticos nacionales y puntos de acceso interoperables, que opera bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro y permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable entre los sistemas informáticos nacionales (art. 2.2). Sistema a utilizar para la realización de la notificación y sólo Cuando la transmisión de conformidad con

25. El Reglamento europeo 2020/1784 se aplica, a partir de 1 de julio de 2022, a las notificaciones de documentos judiciales -también extrajudiciales- realizadas en un Estado miembro (art. 37.1). En concreto, Estados parte de la norma son todos los países UE, incluida Dinamarca¹⁸.

Desde el punto de vista material, se aplica a la notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación los documentos en materia fiscal, aduanera y administrativa y los relativos a la responsabilidad del Estado por actos *iure imperio* (art. 1.1).

Desde el punto de vista personal, se debe aplicar cuando se conozca el domicilio de la persona a notificar y éste se encuentre en el territorio de un Estado miembro (Considerando 5). El artículo 1.2, en el mismo sentido, indica que “*el presente Reglamento no se aplica cuando la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocida*”. Tampoco será aplicable cuando esta persona ha nombrado a un representante autorizado en el Estado del procedimiento (art. 1.3) -novedad ésta en relación con su predecesor-¹⁹.

26. En España, el Tribunal Constitucional insiste en que el órgano judicial requirente debe emplear todos los medios a su alcance para conocer el paradero de la persona a notificar²⁰.

Así, en el caso de la STC 50/2017 se notificó la demanda de reclamación de cantidad al demandado en el domicilio que había indicado la actora en su escrito²¹. Se intentó dos veces, sin éxito,

el apartado 1 no fuese posible debido a la interrupción del sistema informático descentralizado o al concurso de circunstancias excepcionales, la transmisión se realizará por la vía alternativa más rápida y adecuada, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la fiabilidad y la seguridad (art. 5.4). *Circunstancias excepcionales* pueden ser, por ejemplo, la necesidad de conversión a formato electrónico de un gran volumen de documentos [que] supusiera una carga administrativa desproporcionada para el organismo transmisor; o en que se requiriera el documento original en soporte papel para valorar su autenticidad (Considerando 15).

En relación con el Reglamento 1393/2007, antecesor del actual Reglamento 2020/1784, A. YBARRA BORES, “El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 481-500.

¹⁸ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DOUE L19, de 21 enero 2021.

¹⁹ STJUE de 11 julio 2024, *Volvo vs. Transsaqui*, C-632/22, ECLI:EU:C:2024:60, apartado 59; STJUE de 19 diciembre 2012, *Alder*, C-325/11, ECLI:EU:C:2012:824, apartado 24. Ambas sentencias, dictadas en el marco del anterior Reglamento 1393/2007 pero con pronunciamientos, en este sentido, extrapolables al actual Reglamento de notificaciones.

Vid., también, M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, p. 4; G. PALAO MORENO, “El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, p. 202.

²⁰ *Vid.*, entre otras muchas, STC 9/1981, de 31 marzo, ECLI:ES:TC:1981:9; STC 1/2002, BOE núm. 34, de 8 febrero 2002; STC 65/2000, ECLI:ES:TC:2000:65; STC 232/2000, BOE núm. 267, de 7 noviembre 2000; STC 254/2000, BOE núm. 288, 1 diciembre 2000; STC 6/2017, ECLI:ES:TC:2017:6, FD Tercero.

En este sentido, desde la STC 9/1981, de 31 de marzo, es reiterada doctrina constitucional que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete para promover la defensa procesal mediante la correspondiente contradicción, lo cual lleva a exigir en lo posible el emplazamiento personal de los demandados y que tal emplazamiento ha de ser realizado por el órgano judicial con todo cuidado, cumpliendo las normas procesales que regulan dicha actuación a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación. Con arreglo a la indicada doctrina, la citación o emplazamiento por edictos, aunque en sí misma no es contraria a las exigencias del art. 24.1 CE, sólo resulta admisible cuando no conste el domicilio de quien deba de ser emplazado o se ignore su paradero, pudiendo utilizarse sólo como remedio último de comunicación del órgano judicial con las partes procesales. Así pues, el uso de los edictos impone con carácter previo al órgano judicial una diligencia específica, que implica el agotamiento de todas aquellas modalidades de comunicación capaces de asegurar en mayor grado la recepción por su destinatario de la notificación a realizar y que, por esto mismo, aseguran también en mayor medida la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Este deber de diligencia incluye, desde luego, el cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas en cada caso, pero no puede reducirse a una mera legalidad de la comunicación, pues la cuestión esencial estriba en asegurar que el destinatario del acto efectivamente lo reciba, debiendo ser agotadas todas las formas posibles de comunicación personal antes de pasar a la meramente edictal. Es decir, la citación o el emplazamiento hecho por edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como último y supletorio medio, al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuera conocido, siendo en principio compatible con el art. 24.1 CE, siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, esto es, no ser localizable el demandado, a cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones de averiguación del paradero por los medios normales a su alcance” (FD 3 STC 65/2000).

²¹ STC 50/2017, de 8 de mayo de 2017, BOE núm. 142, de 15 junio 2017.

la notificación en la dirección indicada. El órgano judicial realizó la consulta domiciliaria a través del punto neutro judicial -red informática judicial en la que puede buscarse el domicilio de las personas de los datos que vuelcan los registros de instituciones como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Policía Nacional, Dirección General de Tráfico, Dirección General del Catastro, el SEPE y el INE- (FD 4). Según la base de datos del Cuerpo Nacional de Policía, el demandado tenía su domicilio en otra dirección distinta a la facilitada por la actora. Se intentó la notificación en este nuevo domicilio que arrojó la búsqueda en esta red informática y tampoco se localizó al demandado en él. Después del resultado negativo de los varios intentos de emplazamiento, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eivissa (Ibiza) notificó mediante edictos, tanto la demanda como la posterior demanda de ejecución de la sentencia dictada en rebeldía del demandado. Esta parte procesal no tuvo conocimiento del proceso ni de la ejecución de la sentencia.

El TC señala que se ha de intentar la notificación personal del sujeto y dejar la notificación por edictos como última ratio y, por tanto, de manera excepcional. En este caso de la STC 50/2017, el órgano jurisdiccional, sabiendo que el demandado es el presidente del Olympique de Marsella, podría haber notificado la demanda en la sede del Club de Fútbol francés. También podía haber pedido más datos a la actora en la demanda de reclamación de cantidad. O podía haber indagado la dirección que aparece en la escritura notarial de compraventa del inmueble. Todo ello, habría conducido a conocer que el demandante de amparo tenía domicilio en Francia y se habría notificado la demanda conforme marca el actual Reglamento europeo de notificaciones y no generar indefensión.

Sólo en el caso de que no se conozca el domicilio del notificado o cuando sea imposible la notificación en el extranjero, el artículo 156.4 LEC permite la notificación mediante edictos. Esto es lo que ocurrió en el caso de la SAP de Barcelona de 12 de junio de 2020, en una demanda por la custodia y los alimentos de la hija en común. En el asunto, se notificó mediante edictos al demandado porque se intentó el emplazamiento en el domicilio que se indicó y en el que surgió de las indagaciones del tribunal, preguntando a la demandante, consultando en el punto neutro judicial y con los datos facilitados por la Policía²². El demandado insiste en que vive en Suiza y que la demandante lo sabía. Sin embargo, la AP entiende que no se pudo conocer su domicilio empleando los medios de averiguación exigibles al órgano jurisdiccional de instancia²³.

27. Volviendo al Reglamento europeo, los principios que inspiran la elaboración de esta norma son, fundamentalmente, la celeridad y la seguridad en la notificación de los documentos judiciales y extrajudiciales (Considerando 10). Con esta idea, la norma incorpora la principal de sus novedades, en relación con el anterior Reglamento 1393/2007, cual es, la utilización del sistema informático descentralizado basado en el sistema e-CODEX para realizar este trámite de notificación²⁴. Sistema principal que

¹⁹ *Id.*, J. CASADO ROMÁN, “Análisis de la STC 50/2017, sobre notificación edictal en los procedimientos judiciales”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 130, 2018, p. 7.

²² SAP de Barcelona, de 12 junio 2020, ECLI:ES:APB:2020:4876.

²³ “Las dos diligencias de emplazamiento resultaron negativas en estos domicilios. Se emplazó por edictos y, no comparecido el demandado, fue declarado en rebeldía. No se puede decir que el Juzgado no llevara a cabo diligencias de averiguación del domicilio y sí que agotó la diligencia, con los medios de que disponía (los datos facilitados por la demandante, el propio contenido de las actuaciones, consultas a la policía y al Punto Neutro Judicial) para localizar al demandado y emplazarlo en forma. No era exigible una exacerbada investigación para averiguar el paradero” (FD 2).

²⁴ M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, p. 15; G. PALAO MORENO, “El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, pp. 205 y ss. Según este último autor, “El Reglamento (UE) núm. 2020/1784 apuesta fuertemente por la digitalización de los procedimientos transfronterizos de notificación y traslado de documentos judiciales -y extrajudiciales, como recuerda su art. 2158-, respondiendo así a la agenda que habría marcado la Comunicación “La digitalización de la Justicia en la UE un abanico de oportunidades” de 2020” (p. 204).

²⁵ Comunicación de la Comisión “La digitalización de la justicia en la UE un abanico de oportunidades”, COM(2020) 710 final, Bruselas, 2 diciembre 2020. Comunicación que ha dado lugar al Reglamento (UE) 2023/2844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, DOUE L2844, de 27 diciembre 2023.

sólo se verá sustituido por otro que proporcione una transmisión lo más rápida y segura posible, como puede ser el servicio postal (Considerando 15).

28. El Reglamento establece la designación de organismos transmisores y receptores de los documentos (art. 3), así como un órgano central que se encarga de facilitar información al órgano transmisor, de resolver los problemas que puedan surgir en el proceso y de solicitar la notificación al organismo receptor previa solicitud del organismo transmisor; esto último, de manera excepcional (art. 4)²⁵.

Los Estados miembros deben notificar a la Comisión quiénes son estos organismos. El Reglamento permite que sean funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes, sin embargo, España ha comunicado que serán personas y autoridades vinculadas con el organigrama judicial, excluyendo de esta manera a los notarios y a los abogados. En concreto, los letrados de la administración de justicia son tanto los organismos transmisores como los receptores²⁶. El órgano central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia²⁷.

29. El principal canal de notificación que prevé el Reglamento es la notificación descentralizada o notificación directa entre órganos judiciales, entre los organismos transmisores y los receptores²⁸. Notificación utilizando el ya mencionado sistema informático descentralizado, cauce de uso obligado y preferente *-digital por defecto-*²⁹. Se puede entender que el sistema informático descentralizado es el código obligado y preferente pero no así la notificación directa como canal de transmisión. Así es, el TJUE, en relación con el anterior Reglamento 1393/2007, indicó que no había relación jerárquica entre los distintos medios de transmisión que ofrece la norma³⁰. Siendo similares ambos textos en este punto, como en otros muchos, se podría considerar extrapolable esta consideración al actual Reglamento 2020/1784.

Junto a éste, existen otros medios de notificación recogidos en la norma, cuales son, la notificación vía consular o diplomática, que debe utilizarse en casos excepcionales -aunque el Reglamento no dice lo que debe entenderse por casos excepcionales- (arts. 16 y 17), la vía postal, pública o privada, mediante carta certificada con acuse de recibo (art. 18), notificación por medios electrónicos, por correo electrónico, por ejemplo, siempre que lo autorice el destinatario del mismo -novedad del Reglamento 2020/1784- (art. 19) y la notificación directa por parte del interesado a través de funcionarios o personas competentes del Estado requerido en los casos en los que la legislación de este Estado lo permita (art. 20). En España, la notificación directa no es posible³¹.

30. Este trámite de la notificación se solicita mediante la cumplimentación de los Anexos que contiene el Reglamento. Antes de entrar en el procedimiento es importante señalar dos cuestiones.

Por un lado, en relación al idioma, la solicitud de notificación o traslado debe realizarse conforme al Anexo I.A y debe estar traducida a la lengua oficial del Estado requerido. El documento a notificar no tiene por qué estar traducido. Ahora bien, el organismo transmisor informará al requirente de que

²⁵ A. YBARRA BORES, "El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 490.

²⁶ https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/serving-documents-recast/es_es

²⁷ https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/serving-documents-recast/es_es

²⁸ A. YBARRA BORES, "El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 491.

²⁹ M. AGUILERA MORALES, "El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, p. 15; G. PALAO MORENO, "El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, p. 203.

³⁰ STJUE de 9 febrero 2006, *Plumex*, C-473/04, ECLI:EU:C:2005:698, apartados 21 y 22; STJUE de 19 diciembre 2012, *Alder*, C-325/11, ECLI:EU:C:0, 21:824, apartado 31; STJUE de 2 marzo 2017, *Henderson*, C-345/15, ECLI:EU:C:2017:157, apartado 71. *Vid.*, M. AGUILERA MORALES, "El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos. Novedades e implicaciones internas", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022, p. 20. En contra, G. PALAO MORENO, "El Reglamento (UE) Núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21, agosto 2024, pp. 204 y 207. Este autor considera que otras formas de auxilio judicial distintas de la directa, se pueden utilizar de forma alternativa y excepcionalmente.

³¹ https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters/serving-documents-recast/es_es

el destinatario puede negarse a recibir la notificación si no se encuentra traducida a una de las lenguas oficiales del Estado requerido o si no lo está a una lengua que comprenda (art. 9). En este caso, si se traduce, el coste lo asumirá el requirente (art. 9.2 y apartado 64).

31. Por otro lado, el destinatario puede negarse a recibir la notificación (art. 12). Como acaba de mencionarse, el destinatario puede negarse a recibir la notificación si ésta no se encuentra traducida a una lengua oficial del Estado requerido o a una lengua que él comprenda (art. 12.1). El órgano receptor informará de esta posibilidad al destinatario enviándole el formulario L del Anexo I (art. 12.2). El destinatario, si se niega a recibir la notificación, devolverá el formulario L del Anexo I o enviará una carta motivando su negativa en un plazo de 2 semanas (art. 12.3). El organismo receptor informará al organismo transmisor a través de la emisión del formulario K del Anexo I, devolviendo la solicitud. El organismo transmisor podrá volver a enviar la notificación con la traducción correspondiente.

La negativa a aceptar la notificación es un derecho del destinatario, tal como ha confirmado el Tribunal de Justicia³². El órgano judicial europeo indica que el organismo receptor del Estado requerido debe cerciorarse de que el destinatario ha sido informado acerca de su derecho a rechazar la notificación³³. Después, una vez ésta se ha producido, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto podrá comprobar si realmente el destinatario no comprende la lengua en la que está escrito el documento (Considerando 26)³⁴.

32. Por último, en este recorrido por el Reglamento europeo de notificaciones, entrando ya en el procedimiento y de forma resumida, cuando el organismo receptor recibe el documento enviará acuse de recibo al organismo transmisor, en un plazo de 7 días, a través del formulario D del Anexo I (art. 10.1).

³² STJUE de 6 septiembre 2018, *Catlin*, C-21/17, ECLI:EU:C:2018:675, apartado 32.

³¹ *En lo que atañe al primer aspecto de la cuestión planteada, relativo a la aplicabilidad de los requisitos del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 1393/2007 en el contexto de la expedición de un requerimiento europeo de pago al demandado, junto con el formulario de petición de requerimiento de pago, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento n.º 1896/2006, debe comenzar recordándose que el Reglamento n.º 1393/2007 prevé expresamente, en dicha disposición, la facultad del destinatario de un documento que deba notificarse o trasladarse de negarse a aceptarlo cuando dicho documento no esté redactado o no vaya acompañado de una traducción, bien en una lengua que este entienda, o bien en la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o, si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado.* 32. *En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que la facultad de negarse a aceptar el documento que se ha de notificar o trasladar constituye un derecho del destinatario de dicho documento (véanse, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 2015, *Alpha Bank Cyprus*, C519/13, EU:C:2015:603, apartado 49; el auto de 28 de abril de 2016, *Alta Realitat*, C384/14, EU:C:2016:316, apartado 61, y la sentencia de 2 de marzo de 2017, *Henderson*, C354/15, EU:C:2017:157, apartado 50).* 33. *Como ha destacado también el Tribunal de Justicia, el derecho a negarse a aceptar un documento que debe notificarse o trasladarse se deriva de la necesidad de proteger el derecho de defensa del destinatario del documento en cuestión, conforme a las exigencias de un proceso equitativo, derecho consagrado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En efecto, aunque la finalidad primordial del Reglamento n.º 1393/2007 consiste en mejorar la eficacia y rapidez de los procedimientos judiciales y en garantizar la recta administración de la justicia, el Tribunal de Justicia ha declarado que tales objetivos no pueden alcanzarse debilitando, de cualquier manera que sea, el respeto efectivo del derecho de defensa de los destinatarios de los documentos de que se trate (sentencia de 2 de marzo de 2017, *Henderson*, C354/15, EU:C:2017:157, apartado 51 y jurisprudencia citada).* 34. *Por tanto, no solo es preciso procurar que el destinatario de un documento lo reciba realmente, sino también que se le permita conocer y comprender de forma efectiva y completa el sentido y el alcance de la acción ejercida contra él en el extranjero, de manera que pueda preparar oportunamente su defensa y ejercer eficazmente sus derechos en el Estado miembro de origen (sentencia de 2 de marzo de 2017, *Henderson*, C354/15, EU:C:2017:157, apartado 52 y jurisprudencia citada).* 35. *Ahora bien, para que el derecho a negarse a aceptar un documento, que figura en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 1393/2007, pueda producir útilmente sus efectos, es necesario que el destinatario del documento haya sido debidamente informado, previamente y por escrito, de la existencia de tal derecho (sentencia de 2 de marzo de 2017, *Henderson*, C354/15, EU:C:2017:157, apartado 53 y jurisprudencia citada).*

³³ *“ Tanto de la anterior consideración como de la finalidad que persigue el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento n.º 1393/2007, tal como se ha descrito en los apartados [53 y 54] de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia dedujo que el organismo receptor está obligado, en todos los supuestos y sin disponer de margen alguno de apreciación al respecto, a informar al destinatario de un documento de su derecho a negarse a aceptarlo, utilizando sistemáticamente para ello el formulario normalizado (véase la sentencia de 16 de septiembre de 2015, *Alpha Bank Cyprus*, C519/13, EU:C:2015:603, apartado 58, así como el auto de 28 de abril de 2016, *Alta Realitat*, C384/14, EU:C:2016:316, apartado 68)”* (apartado 56 de la STJUE de 2 marzo 2017, *Henderson*, C-354/15, ECLI:EU:C:2017:157).

³⁴ STJUE de 16 septiembre 2015, *Alpha Bank Cyprus*, C-519/13, ECLI:EU:C:2015:603, apartado 42.

Si en el plazo de un mes no se ha podido realizar la notificación, se comunicará al organismo transmisor a través del formulario K del Anexo I (art. 11.2.a). La notificación se realizará conforme a la forma prevista en el ordenamiento del Estado receptor o con una forma particular solicitada por el organismo transmisor siempre que no sea incompatible con el Derecho del Estado receptor (art. 11.1).

Una vez practicada la notificación, el organismo receptor enviará el formulario K del Anexo I, en la lengua del Estado miembro de origen, para indicar al organismo transmisor que se ha efectuado (art. 14).

VI. Conclusiones

33. Primera. Según indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las demandas por daños interpuestas por una víctima de una conducta antitrust, rige el principio de unidad económica. Según el mismo, si, por los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la matriz con la filial, se puede considerar que ambas entidades constituyen una unidad económica, la parte demandante puede reclamar, a cualquiera de ellas, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la conducta llevada a cabo por una de ellas.

Anteriormente, el órgano judicial europeo, del mismo modo que prevé la Ley española de defensa de la competencia, sólo contemplaba la extensión de responsabilidad *aguas arriba*. En efecto, en los casos en los que la empresa sancionada por llevar a cabo el comportamiento anticompetitivo era la filial, se podía considerar también responsable a la matriz de la que dependía económicamente.

En la actualidad, como ya se ha mencionado, el Tribunal de Justicia admite la extensión de la responsabilidad *aguas arriba* y aguas abajo, de filial a matriz y de matriz a filial, favoreciendo con ello a la víctima de las conductas antitrust protagonizadas por cualquiera de las dos empresas.

34. Segunda. Aunque las entidades que conforman una unidad económica responden de forma solidaria frente a la víctima del comportamiento anticompetitivo llevado a cabo por cualquiera de ellas, la empresa demandante debe individualizar a la entidad demandada, pudiendo optar por la matriz, por la filial o por las dos. La “empresa” a la que alude el artículo 101 TFUE -también, el artículo 102 TFUE- no puede ser la “unidad económica”, debe ser cualquiera de las entidades que la conforman.

35. Tercera. Una vez identificada a la empresa contra la que dirigir la demanda, la notificación debe ser efectuada en el domicilio de la concreta entidad demandada.

Por lo tanto, no puede ocurrir lo que sucedió en nuestro caso. No se puede notificar a la matriz demandada en el domicilio de la filial en el Estado del foro. En el supuesto objeto de comentario, la matriz demandada, Volvo, tiene su domicilio en Suecia y el proceso judicial de reclamación de daños se sustancia en España. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, órgano competente por el foro especial del lugar del daño, notifica la demanda en Madrid, en el domicilio social de la filial española de la matriz.

En el caso en cuestión, existe unidad económica porque la filial española se encuentra participada en el 100% por la matriz. Lo anterior supone que la víctima, por esta unidad económica, podría dirigir su demanda contra cualquiera de las dos, matriz o filial, y, en el caso, optó por la matriz. Habiendo podido elegir a la filial, y realizar la notificación en el mismo Estado del foro, dirigió la demanda contra Volvo. El Tribunal de Justicia, en estas circunstancias, afirma que cada entidad, aun formando parte de una unidad económica, conservan su propia personalidad jurídica y, por ello, debe ser notificada en su propio domicilio, en Suecia, en nuestro caso.

36. Cuarta. En el caso de notificaciones transnacionales, en las que el Estado requirente y el Estado requerido son Estados miembros UE, el Reglamento 2020/1784 es la norma a tener en cuenta. Este texto, que empezó a aplicarse el 1 de julio de 2022, responde a la idea de fomentar la digitalización en la justicia y en la cooperación judicial, incorporando un sistema informático descentralizado como forma rápida y segura de realizar este trámite procesal de la notificación en otro Estado miembro.

Ejecución en España de laudo CIADI. Comentario del ATSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, de 18 junio 2024

Enforcement in Spain of an ICSID award. Commentary of the ATSJ Madrid, Civil and Criminal Chamber, of 18 June 2024

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:23.06.2025 / Aceptado:26.08.2025
DOI: 10.20318/cdt.2025.9919

Resumen: En la sentencia objeto de comentario, el órgano jurisdiccional español aplica la Convención de Nueva York de 1958 a una solicitud de exequátur de un laudo arbitral CIADI. En el procedimiento arbitral seguido ante el Centro, la parte demandante es una empresa austriaca -Strabag SE- y, la demandada, el Estado de Libia. El litigio trae causa de una operación de inversión que realiza la primera en la economía del segundo. Libia no es Estado contratante del Convenio de Washington y, por ello, el arbitraje se sustancia ante el CIADI a través del Reglamento del Mecanismo Complementario. Precisamente, este texto impide que se aplique el Convenio de Washington para resolver la petición de exequátur de un laudo CIADI cuando el procedimiento arbitral se ha sustanciado ante el Centro en virtud del Reglamento. Esta es la razón por la que el órgano jurisdiccional español aplica la Convención de Nueva York a la demanda de exequátur del laudo arbitral CIADI y, también, es la razón por la que el **órgano** que conoce de esta demanda es el Tribunal Superior de Justicia, y no el Juzgado de Primera Instancia que sería el competente en el marco del Convenio de Washington.

Palabras clave: exequátur de laudo CIADI, Convención de Nueva York de 1958, Reglamento del mecanismo complementario

Abstract: In the judgment under review, the Spanish court applies the 1958 New York Convention to a request for exequatur of an ICSID award. In the arbitration proceedings before the Centre, the claimant is an Austrian company - Strabag SE - and the respondent is the State of Libya. The dispute arises out of an investment transaction carried out by the former in the economy of the latter. Libya is not a Contracting State to the Washington Convention and, therefore, the arbitration is brought before ICSID under the Additional Facility Rules. Precisely, this text prevents the Washington Convention from being applied to resolve the request for exequatur of an ICSID award when the arbitration proceedings have been conducted before the Centre under these Rules. This is the reason why the Spanish court applies the New York Convention to the application for exequatur of the ICSID award and also the reason why the court with jurisdiction to hear this application is the High Court of Justice, and not the Court of First Instance, which would have jurisdiction under the Washington Convention.

Key words: exequatur of ICSID award, New York Convention 1958, Additional Facility Rules

Sumario: I. Introducción; II. Hechos del caso; III. Ejecución de un laudo CIADI; 1. Normas supranacionales existentes en el ordenamiento español: CW y CNY; 2. Regulación del exequátur en el CW y en la CNY; 3. Ámbito de aplicación del CW; A. Diferencia de naturaleza jurídica derivada de una inversión; B. Partes en el litigio; a) Estado contratante; b) Inversor nacional de otro Estado contratante; C. Consentimiento por escrito de las partes; IV. Aplicación de la CNY al caso; V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Auto objeto de comentario es el dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 18 de junio de 2024¹.

Se trata de la respuesta a una solicitud de exequátur de un laudo arbitral CIADI dictado en un procedimiento entre el Estado de Libia y la empresa austriaca Strabag SE.

2. El arbitraje se sustancia ante el CIADI en virtud del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -APPRI, en adelante- suscrito entre Austria y Libia². Según este tratado internacional, las partes en el litigio pueden someter al CIADI -también llamado, Centro- la solución de la disputa surgida de la inversión (artículo 11.2.c.ii). Así ocurrió en el caso y ahora, con este Auto del TSJ de Madrid, se acepta el exequatur en España del laudo dictado por el Centro.

3. Cuando se trata de reconocer o ejecutar un laudo arbitral CIADI, en el ordenamiento español contamos con dos normas. Por un lado, España es parte del Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Convenio por el que se crea el CIADI y que se ocupa, también, entre otras cuestiones, del reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos por este órgano -CW, en adelante-³. Por otro lado, los jueces y tribunales españoles también tienen a su disposición la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras -CNY, en adelante-⁴.

Lo habitual es que, ante un laudo CIADI, la norma a utilizar para responder a la solicitud de exequatur del mismo en España sea el CW. Sólo en los escasos supuestos en los que el citado Convenio de Washington no sea aplicable, los órganos jurisdiccionales españoles aplicarán la CNY. Precisamente, este es uno de esos escasos supuestos en los que el tribunal español no puede aplicar el CW y utiliza la Convención para declarar la ejecutividad del laudo CIADI.

4. A lo largo del artículo, analizaremos el ATSJ de Madrid centrándonos, principalmente, en lo que no dice, esto es, en el ámbito de aplicación del CW y, en consecuencia, en la decisión de tener en cuenta la CNY para la resolución del asunto.

II. Hechos del caso

5. Los hechos del caso, sobre los que se pronuncia el tribunal CIADI, se circunscriben a una operación de inversión realizada por la empresa austriaca Strabag SE en el Estado de Libia. El contrato se encuentra protegido por el APPRI entre Austria y Libia del año 2002.

6. La demandante en el procedimiento arbitral acordó con las autoridades de Libia construir cinco tramos de autopista en el área de Trípoli, Bengasi (octubre 2006) y Misrata (abril 2007), además de diseñar y construir infraestructuras en la ciudad de Tajura (apartado 2 de la solicitud de arbitraje ante el CIADI, apartado 58 del laudo CIADI y FD Tercero del ATSJ de Madrid)⁵. Todo ello, a través de la sociedad común *Al Hani*, a partir del año 2009, creada de la joint venture entre Strabag SE y LIDCO

¹ ATSJ de Madrid, de 18 junio 2024, ECLI:ES:TSJM:2024:36A.

² Agreement between the Republic of Austria and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya for the Promotion and Protection of Investments, 2002 (<https://edit.wti.org/document/show/4e30ed2b-f88e-4f7d-b189-aec1e4aa4ac9?textBlockId=75c12b51-a37d-4612-bfb1-bca3c3cdc55a&page=1>). También, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw11828.pdf>.

³ Instrumento de ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, BOE núm. 219, de 13 septiembre 1994.

⁴ Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE núm. 164, de 11 julio 1977.

⁵ CIADI de 23 junio 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182262.pdf> Laudo arbitral CIA-DI, Caso No. ARB(AF)/15/1, de 29 junio 2020, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182262.pdf>

- Libyan Investment and Development Company- (apartado 50 laudo CIADI y FD Tercero del ATSJ de Madrid)⁶.

Sin embargo, a partir de febrero de 2011, en Libia se inicia una guerra civil entre los partidarios del Coronel Gadafi y los que quieren derrocarlo. El 3 de marzo de 2011, *Al Hani* alega fuerza mayor como causa para no poder cumplir con los compromisos asumidos (apartado 78 del laudo CIADI).

7. La paralización de los trabajos generó muchas pérdidas y daños a la demandante. Se alegan costes por “(1) inmovilizar la maquinaria y los equipos de asignados a los proyectos; (2) cancelar los subcontratos y las órdenes de compra; (3) mantener en vigor las garantías de cumplimiento y otras garantías de conformidad con los Contratos; (4) evacuar a su personal de Libia; y (5) contratar personal de seguridad adicional en Libia” (apartado 47 de la solicitud de arbitraje ante el CIADI). Junto a ello, también el demandante sufrió el requisamiento y la destrucción de parte de sus propiedades (apartado 49 de la solicitud de arbitraje ante el CIADI y apartados 79-84 del laudo CIADI).

8. Con todo lo anterior, Strabag SE se plantea demandar a Libia por incumplir los artículos 8,1, 5 y 3.1 del APPRI (apartados 60-64 del laudo CIADI).

Según el primero de ellos, “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party*” -*cláusula paraguas* (apartado 137 del laudo CIADI)-.

El artículo 5 alude específicamente a lo que ocurre en el caso. Así, “(1) *An investor of a Contracting Party who has suffered a loss relating to its investment in the territory of the other Contracting Party due to war or to other armed conflict, state of emergency, revolution, insurrection, civil disturbance, or any other similar event, or acts of God or force majeure, in the territory of the latter Contracting Party, shall be accorded by the latter Contracting Party, as regards restitution, indemnification, compensation or any other settlement, treatment no less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third state, whichever is most favourable to the investor.*

(2) *An investor of a Contracting Party who in any of the events referred to in paragraph (1) suffers loss resulting from:*

(a) *Requisitioning of its investment or part thereof by the forces or authorities of the other Contracting Party, or (b) Destruction of its investment or part thereof by the forces or authorities of the other Contracting Party, which was not required by the necessity of the situation,*

Shall in any case be accorded by the latter Contracting Party restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate and effective and, with respect to compensation, shall be in accordance with Article 4 (2) and (3)”.

Por su parte, el artículo 3.1 recoge el principio de protección de las inversiones y lo hace en estos términos: “*Each Contracting Party shall accord to investments by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security*”.

9. La demanda se interpone ante el CIADI debido a que el APPRI indica que el inversor puede acudir al Centro a dirimir su controversia con el Estado receptor de la inversión (art. 11.2.c)ii). Eso sí, después de haber intentado una solución amistosa de la diferencia (art. 11.1 APPRI). En relación con esto último, la empresa contactó con el Estado de Libia pero no hubo respuesta y no se pudo conseguir, por tanto, llegar a un acuerdo entre las partes para resolver el conflicto.

10. Libia no es Estado contratante del Convenio de Washington de 1965 y, por tanto, sólo puede ser demandado ante el CIADI a través del Reglamento del mecanismo complementario (apartado 41 del laudo CIADI)⁷.

⁶ LIDCO es propiedad del Fondo de Desarrollo Económico y Social, que a su vez es propiedad de la Autoridad Libia de Inversiones (apartado 6 del laudo CIADI).

⁷ <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/reglamento-mecanismo-complementario>

Así fue como se hizo (art. 2.a) Reglamento del mecanismo complementario). Strabag SE solicitó dirimir su controversia con Libia ante el CIADI⁸. El Secretario del CIADI aceptó el requerimiento de la empresa, registró la solicitud e invitó a las partes a que procedieran a constituir tribunal (apartado 10 del laudo CIADI).

11. El tribunal arbitral CIADI concluyó que el Estado de Libia había infringido las obligaciones recogidas en los artículos 5 y 8 del APPRI y, en consecuencia, debía pagar una cantidad de dinero de €74,937,003.60 a Strabag SE (apartado 980 del laudo CIADI).

El laudo CIADI dictado no fue cumplido de manera voluntaria por Libia y, por esta razón, Strabag SE se plantea solicitar la ejecución forzosa del mismo ante los tribunales españoles. El Auto de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto de comentario, es la respuesta a este requerimiento.

III. Exequátur de un laudo ciadi

1. Normas supranacionales existentes en el ordenamiento español: CW y CNY

12. Como ya ha sido mencionado, son dos las normas supranacionales que se encargan de regular el reconocimiento y el exequátur de un laudo CIADI en el ordenamiento español. Estos dos textos son el Convenio de Washington de 1965 y la Convención de Nueva York de 1958.

13. El Convenio de Washington de 1965 y todos los textos que lo desarrollan constituyen el marco normativo del arbitraje de inversiones⁹. Esta norma forma parte del ordenamiento jurídico de 165 Estados, a fecha de 17 de junio de 2025¹⁰.

El Convenio de Washington crea el CIADI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones, conocido, también, como el Centro. El CIADI conoce de las controversias que surjan de las operaciones de inversión efectuadas por un nacional de un Estado contratante en el territorio de otro Estado contratante de la norma (arts. 1-3). Comparte sede con el Banco Mundial, en Washington.

No obstante, las partes pueden acordar someter sus litigios a otras instituciones arbitrales distintas, tales como, por ejemplo, la CNUDMI -Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-, la Cámara de Comercio Internacional o la Cámara de Comercio de Estocolmo¹¹. En este caso, el Centro no podría resolverlos.

Junto al Convenio de Washington existe el Reglamento del Mecanismo Complementario, en virtud del cual, cualquier Estado no contratante del primero podría, someter las diferencias, él o sus nacionales, al CIADI¹². De lo anterior se deduce que el arbitraje ante el Centro es universal desde este punto de vista y, por ello, puede ser utilizado por todos los Estados, sean contratantes o no del Convenio de Washington. No obstante, existen diferencias según nos encontremos en uno o en otro escenario. Así,

⁸ CIADI de 23 junio 2015, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182262.pdf>

⁹ *Id.*, entre otros, D. WILLIAMS, “International commercial arbitration and globalization. Review and recourse against awards rendered under investment treaties”, *Journal of World Investment & Trade*, nº 2, 2003, pp. 266-272; C.H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 1096- 1114; J.A. RUEDA GARCÍA, “La aplicabilidad de la Convención de Nueva York al arbitraje de inversiones, efectos de las reservas al Convenio”, *CDT*, Vol. 2, Nº 1, p. 223; C. MCLACHLAN QC/ L. SHORE/M. WEINIGER, *International investment arbitration. Substantive principles*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, p. 55; J.L. COLLANTES GONZÁLEZ/B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ (eds.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, vol. 2, Palestra, España, 2009; Í. IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona, 2010.

¹⁰ <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

¹¹ D. WILLIAMS, “International commercial arbitration and globalization. Review and recourse against awards rendered under investment treaties”, *Journal of World Investment & Trade*, nº 2, 2003, p. 253; K. HUSEYNLI, “Enforcement of investment arbitration awards: problems and solutions”, *Baku State University Law Review*, Volume 3:1, February 2017, p. 42.

¹² Y. PÉREZ PACHECO, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *CDT*, Vol. 4, Nº 1, 2012, p. 318.

si el Estado no es parte del Convenio, el laudo arbitral que dicte el CIADI no se beneficiará del exequátur automático regulado en la norma. Por otro lado, el Derecho a aplicar por el Centro, para resolver el fondo del asunto, será, en defecto de elección de las partes, aquel que indique la norma de conflicto que el árbitro considere apropiada en el caso (art. 54 del Anexo C del Reglamento del Mecanismo Complementario). Mientras que, si el Estado es contratante del CW, el CIADI aplicará el Derecho del Estado receptor de la inversión.

14. La Convención de Nueva York de 1958, por su parte, es una norma de origen supranacional de la que son parte 172 Estados, a fecha 17 de junio de 2025¹³. Es un texto que se ocupa, específicamente, del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, sean del CIADI o de cualquier otro órgano arbitral.

15. Estas dos normas existen en el ordenamiento español. Los órganos jurisdiccionales nacionales deberán tenerlas en cuenta siguiendo un orden determinado por el criterio de especialidad. De esta manera, en primer lugar, deberán determinar si el CW es aplicable al caso y, si no es así, deberán aplicar la CNY. En este último caso, bien de forma directa, porque el supuesto se encuentre dentro de su ámbito de aplicación, bien de manera indirecta, porque no sea este el caso, se acuda a la Ley 60/2003, de arbitraje, y, por la remisión que realiza el artículo 46.2 de la misma a la CNY, termine aplicándose este texto convencional al supuesto¹⁴.

2. Regulación del exequátur en el CW y en la CNY

16. Existe un tratamiento muy diferente entre la regulación en materia de exequátur contemplada en el Convenio de Washington y la recogida en el Convenio de Nueva York¹⁵. La razón es clara.

17. El Convenio de Washington, al ocuparse específicamente de las inversiones de particulares en la economía de los Estados y con el objetivo de incentivar la atracción de capital, regula el exequátur automático de los laudos dictados por el CIADI (arts. 53-55)¹⁶. Según esta norma supranacional, los laudos se ejecutarán directamente en cualquier Estado parte del Convenio, sin necesidad de procedimiento de exequátur (art. 54).

18. En cambio, la Convención de Nueva York, norma creada hace 67 años para facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en general, por un lado, regula el procedimiento de exequátur o declaración previa de ejecutividad, como paso anterior a la ejecución efectiva del laudo. Esto es, en su marco, los laudos extranjeros deben superar dos procedimientos en el Estado requerido para que tengan efectos ejecutivos, primero, la declaración previa de ejecutividad y, segundo, la ejecución material. Y, por otro lado, la norma recoge una serie de motivos que pueden ser alegados para frenar el reconocimiento o el exequátur de las sentencias arbitrales¹⁷. Así es, aunque uno de los principios que inspiran la Convención es dar validez extraterritorial a los laudos arbitrales, sin embargo, el reconocimiento y el exequátur que regula no son automáticos, hay motivos que, si bien son tasados y deben ser alegados a

¹³ https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

¹⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309, de 26 diciembre 2003.

¹⁵ A.J. VAN DEN BERG, "Recent enforcement problems under the New York and ISCID Convention", *Arbitration International*, vol. 5, nº 1, 1 march 1989, pp. 2-4; K. HUSEYNLI, "Enforcement of investment arbitration awards: problems and solutions", *Baku State University Law Review*, Volume 3:1, February 2017 pp. 45-48.

¹⁶ C.H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A.REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 1118, 1134-1135; A.J. VAN DEN BERG, "Recent enforcement problems under the New York and ISCID Convention", cit., pp. 3-4; K. HUSEYNLI, "Enforcement of investment arbitration awards: problems and solutions", *Baku State University Law Review*, Volume 3:1, February 2017, pp. 46-47.

¹⁷ A.J. VAN DEN BERG, "Recent enforcement problems under the New York and ISCID Convention", *Arbitration International*, vol. 5, nº 1, 1 march 1989, p. 3; K. HUSEYNLI, "Enforcement of investment arbitration awards: problems and solutions", *Baku State University Law Review*, Volume 3:1, February 2017, pp. 45-46.

instancia de parte en la mayoría de los casos, existen y, si concurre alguno de ellos, el tribunal del Estado requerido puede no reconocer o declarar ejecutivo el laudo arbitral correspondiente (art. V).

19. Por todo lo anterior, la norma más favorable para conseguir la ejecución de laudos arbitrales CIADI es el CW, sin embargo, existen supuestos en los que no es posible aplicar esta regulación porque se encuentran fuera de su ámbito de aplicación¹⁸.

3. Ámbito de aplicación del CW

20. Para encontrarnos en el marco del CW, no sólo para poder dirimir la diferencia ante el CIADI sino, también, para conseguir el exequátur del laudo dictado por el Centro (art. 54 CW), es necesario que concurren los siguientes tres requisitos (art. 25 CW).

A. Diferencia de naturaleza jurídica derivada de una inversión

21. Las cuestiones que pueden ser sometidas al CIADI deben tener naturaleza jurídica y deben surgir directamente de la operación de inversión del particular en la economía del Estado contratante.

22. El Convenio de Washington de 1965 no define el término “inversión” a estos efectos. Tampoco es necesario. Los APPRI suelen indicar qué se entiende por inversión en su marco.

En el caso del APPRI entre Austria y Libia, “*investment by an investor of a Contracting Party*” means every kind of asset in the territory of one Contracting Party, owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of the other Contracting Party, including:

- (a) an enterprise constituted or organised under the applicable law of the first Contracting Party;
- (b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise as referred to in subparagraph (a) and rights derived therefrom;
- (c) bonds, debentures, loans and other forms of debt and rights derived therefrom;
- (d) any right whether conferred by law or contract, including turnkey contracts, concessions, licences, authorisations or permits to undertake an economic activity;
- (e) claims to money and claims to performance pursuant to a contract having an economic value;
- (f) intellectual property rights as defined in the multilateral agreements concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organisation, including industrial property rights, copyright, trademarks, patents, industrial designs and technical processes, know-how, trade secrets, trade names and goodwill;
- (g) any other tangible or intangible, movable or immovable property, or any related property rights, such as leases, mortgages, liens, pledges or usufructs” (art. 1.2).

23. El CIADI, por su parte, en el asunto *Salini*, aportó cuatro requisitos que deben concurrir para poder concluir que la operación de la que surge el litigio es una inversión¹⁹. Estos requisitos constituyen el *test Salini* y, en palabras del tribunal, son los siguientes, enunciados en el apartado 52 del laudo: “*The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance*

¹⁸ C.H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 1118.

¹⁹ En este asunto, varios inversores italianos ganaron la licitación del Gobierno de Marruecos para construir la autopista que une Rabat con Fès (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>).

of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition”.

Los cuatro requisitos son la contribución del inversor (apartado 53 del laudo), la duración de la inversión -entre 2 y 5 años- (apartado 54 del laudo), asunción de riesgos por parte del inversor (apartados 55 y 56 del laudo) y la contribución de la inversión al desarrollo de la economía del Estado huésped (apartado 57 del laudo).

24. En relación con la contribución del inversor, en el caso *Salini* el tribunal indica que *“The contributions made by the Italian companies are set out and assessed in their written submissions. It is not disputed that they used their know-how, that they provided the necessary equipment and qualified personnel for the accomplishment of the works, that they set up the production tool on the building site, that they obtained loans enabling them to finance the purchases necessary to carry out the works and to pay the salaries of the workforce, and finally that they agreed to the issuing of bank guarantees, in the form of a provisional guarantee fixed at 1.5% of the total sum of the tender, then, at the end of the tender process, in the form of a definite guarantee fixed at 3% of the value of the contract in dispute. The Italian companies, therefore, made contributions in money, in kind, and in industry”* (apartado 53 del laudo).

25. En nuestro caso, *“Claimant's activities in Libya conformed to the literal definition of investment under the Treaty. Inter alia, Claimant had indirect ownership of a 60% majority of the shares in Al Hani, a substantial enterprise carrying on a construction business in Libya, holding and carrying out significant construction contracts, owning real property, and maintaining a substantial physical footprint in the territory of Libya over several years. Indeed, as time went on, LIDCO, Claimant's co-shareholder in Al Hani, failed to respond to cash calls or otherwise to contribute to Al Hani, requiring Claimant to provide significant financial support in the form of loans”* (apartado 108 del laudo CIADI).

26. El demandado en nuestro asunto, el Estado de Libia, alega el *test Salini* como criterio para determinar si estamos ante una inversión (apartado 109 del laudo CIADI). El tribunal arbitral considera que, teniendo en cuenta el artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario, en los casos que se sustancien en su marco, no será aplicable ningún precepto del CW²⁰. En este sentido, como el *test Salini* se elaboró en un supuesto cubierto por el Convenio de Washington, no debería tenerse en cuenta en nuestro caso (apartado 109 del laudo CIADI). No obstante, el órgano arbitral señala la similitud existente entre la actividad desarrollada por los inversores en el caso *Salini* y la que lleva a cabo Strabag SE en este asunto. Así, *“The evidence shows that Claimant committed substantial amounts of material and human capital to its investment over a period of several years, acquiring property in Libya, building large facilities, and importing large quantities of heavy equipment, including material such as rock crushers that only made economic sense in the context of a long-term presence in Libya.96 This level of effort is on a par with that identified by the Salini tribunal.97 Claimant's venture was hardly free from risk, as the events underlying this arbitration show, events that involved risks far greater than those found sufficient in Salini.98 Claimant clearly expected its efforts in Libya to be of a substantial duration, beginning from its first exploratory visits in 2006 and effectively ending eight years later with Mr. Napowanez's departure in 2014. The Salini tribunal found that that claimant's three years of road work in that case showed the existence of an investment. 99 And, in the case at hand, Claimant's work provided a social benefit to Respondent in the form of roads that were significantly improved prior to the Revolution, although other improvements to infrastructure were not completed due to the Revolution. The Salini tribunal found that the roads built by those claimants likewise had contributed to economic development; as the tribunal there observed, “[i]t cannot be seriously contested that the highway in question shall serve the public interest.”100”* (apartado 110 del laudo CIADI).

²⁰ Según el artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario *“Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos”.*

B. Partes en el litigio

27. Las controversias que pueden ser sometidas al CIADI deben enfrentar a un Estado contratante y al nacional de otro Estado contratante²¹.

a) Estado contratante

26. Por el lado del poder público, el artículo 25 del Convenio de Washington recoge que puede ser el Estado contratante o cualquier subdivisión política u organismo público acreditado ante el Centro por parte del Estado²². En este sentido, en la página web del CIADI aparece el listado de estos organismos y subdivisiones que han notificado los Estados contratantes²³.

28. En el supuesto objeto de comentario, el Estado huésped de la inversión no es Estado contratante del CW. Por esta razón, como ya se ha mencionado desde el principio, las partes se han sometido al Mecanismo del Reglamento Complementario para que el CIADI pueda dirimir su controversia.

b) Inversor nacional de otro Estado contratante

29. Respecto del particular inversor, puede ser persona física o jurídica y debe ser nacional de otro Estado contratante distinto al receptor de la inversión.

30. El artículo 25.2.a) está dedicado al inversor persona física. En este precepto, como acaba de comentarse, se exige que tenga nacionalidad de un Estado contratante que no sea el país huésped. Además, se especifica que, si posee varias nacionalidades, ninguna de ellas debe corresponder al Estado receptor de la inversión.

31. El precepto 25.2.b) se ocupa de las personas jurídicas. En relación con ellas se exige, o bien la nacionalidad de un Estado contratante distinto del receptor de la inversión o, si tuviera la nacionalidad de este país, que esté sometida a control extranjero y las partes le hayan atribuido, por esta razón, tal carácter foráneo²⁴.

32. Esta última previsión del Convenio de Washington es muy adecuada y precisa debido a que, en numerosas ocasiones, las operaciones de inversión en la economía de un Estado se realizan a través de la constitución de una persona jurídica con un socio local y conforme a la ley del Estado huésped. En estos casos, la persona jurídica tendrá la nacionalidad del Estado receptor de la inversión y no podría demandar a este país ante el CIADI de no ser por esta previsión del *control extranjero*.

El inconveniente en este punto se encuentra en determinar cuándo existe control extranjero de la sociedad. El Convenio de Washington no indica nada en relación con ello. A este respecto, en los APPRI se puede venir concretado este carácter. Así, por ejemplo, en el acuerdo entre España y Colombia, se indica que, en relación con “*Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por una sociedad de esa misma Parte Contratante que sea propiedad o esté efectivamente controlada, de conformidad con la legislación de la Parte que recibe la inversión, por inversionistas de la otra Parte Contratante, se considerarán igualmente inversiones realizadas por estos últimos inversionistas*”

²¹ Y. PÉREZ PACHECO, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *CDT*, Vol. 4, N° 1, 2012, p. 317.

²² *Vid.*, en relación con ello, Y. PÉREZ PACHECO, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *CDT*, Vol. 4, N° 1, 2012, pp. 318-319.

²³ <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf>

²⁴ *Vid.*, en este sentido, Y. PÉREZ PACHECO, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *CDT*, Vol. 4, N° 1, 2012, pp. 320-321.

siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera Parte Contratante” (art. 1.2)²⁵. En el APPRI entre Austria y Libia no existe ninguna previsión al respecto.

El CIADI, por su parte, en asuntos como el de Aguas del Tunari S.A. contra Bolivia, aplicando el APPRI entre Países Bajos y Bolivia, estableció que se puede entender que hay control extranjero cuando los inversores extranjeros tengan la mayoría de acciones y la mayoría de derechos de voto (apartado 319)²⁶.

33. En nuestro caso, el órgano arbitral considera que Strabag SE es inversor, en el sentido del artículo 3.1.b) del APPRI, esto es, como empresa constituida conforme a la legislación de uno de los Estados parte del acuerdo (apartado 119 del laudo CIADI).

C. Consentimiento por escrito de las partes

34. Tal como indica el artículo 25, las partes en el litigio deben haber manifestado por escrito su consentimiento de someter el asunto al CIADI.

35. En relación con el Estado huésped, cabe destacar que, el hecho de que se trate de un Estado contratante del Convenio de Washington de 1965, no implica su consentimiento para someter los litigios que surjan de sus relaciones jurídicas de inversión al arbitraje del CIADI; recordamos que Libia no es Estado contratante del CW. Es necesario, por tanto, que exista esa manifestación concreta de voluntad por escrito.

Uno de los instrumentos a través de los que puede emitir su consentimiento por escrito el Estado receptor de la inversión es el APPRI que le vincula con el Estado de la nacionalidad del inversor. En estos acuerdos bilaterales suele haber un precepto que regula la solución de las controversias que surjan entre las dos partes en el litigio y, en él, se suele incluir el arbitraje como forma de arreglo de los litigios²⁷. En nuestro caso, ese artículo es el 11 del APPRI entre Austria y Libia. Por otra parte, la manifestación de voluntad del Estado receptor de la inversión, recogida en el APPRI, tiene una vinculación superior a la establecida en la legislación interna del mismo, ya que, el incumplimiento de la cláusula en cuestión supondría un incumplimiento de un tratado internacional y podría conllevar una respuesta en contra del otro Estado parte del acuerdo²⁸.

También se puede recoger el consentimiento del Estado huésped en el contrato de inversión o en la ley interna reguladora de la operación de inversión.

Como ya se ha manifestado, en nuestro supuesto, Libia manifiesta su consentimiento por escrito en el artículo 11 del APPRI que tiene celebrado con Austria (apartado 98 del laudo CIADI).

36. Por el lado del inversor, el artículo del APPRI en el que se determina la forma de solución de controversias no le vincula. Se trata de un precepto, como el resto del APPRI, acordado entre los dos Estados contratantes del acuerdo. Por lo tanto, el inversor debe manifestar su consentimiento por escrito en otro momento y en otro documento²⁹. Lo puede hacer, bien, en el contrato de inversión, bien

²⁵ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 (BOE núm. 219, de 12 septiembre 2007).

²⁶ Caso ARB No. 02/3.

Vid., Y. PÉREZ PACHECO, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *CDT*, Vol. 4, N° 1, 2012, p. 322.

²⁷ Sin embargo, hay que leer cuidadosamente esta cláusula en la que se alude al arbitraje como forma de solución de diferencias surgidas de la inversión, ya que, del mismo modo que hay estipulaciones que, efectivamente, recogen esta voluntad, hay otras que sólo son una voluntad de futuro consentimiento al efecto por parte del Estado receptor de la inversión; y, otras, están condicionadas a la existencia de un acuerdo con el inversor para que tengan efecto (H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 206).

²⁸ H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 213.

²⁹ D. WILLIAMS, “International commercial arbitration and globalization. Review and recourse against awards rendered under investment treaties”, *Journal of World Investment & Trade*, n° 2, 2003, p. 255.

en el momento de la comunicación a la otra parte de la solicitud de arbitraje ante el CIADI, bien en el momento de la solicitud misma de arbitraje ante el Centro³⁰.

En nuestro caso, la manifestación de voluntad se realiza en el momento en el que Strabag solicita que se registre su solicitud de arbitraje ante el CIADI (apartados 9 y 10 del laudo CIADI).

37. El Estado parte del APPRI manifestaría, así, su consentimiento de sumisión al arbitraje de los litigios que surjan de las operaciones de inversión en su territorio y ofrecería al inversor la posibilidad de aceptar esta forma de solución de diferencias. El acuerdo de promoción de inversiones sería la oferta del Estado y el inversor debería aceptar dicha oferta emitiendo una manifestación de voluntad, por escrito, en este sentido³¹. Así se pronuncia, entre otros, el laudo CIADI dictado entre Ucrania y Ucrania, ante la alegación del Estado de que no había consentimiento por parte del inversor porque éste no había notificado a Ucrania su voluntad al respecto; en lugar de eso, el inversor había comunicado su consentimiento directamente al Centro: “12.2 *Neither of these arguments have any merit. First, it is firmly established that an investor can accept a State’s offer of ICSID arbitration contained in a bilateral investment treaty by instituting ICSID proceedings. There is nothing in the BIT to suggest that the investor must communicate its consent in a different form directly to the State (...)*”³².

38. Por todo lo anterior, el acuerdo de sumisión al arbitraje del CIADI no se va a celebrar a la vez, en el mismo momento, por las dos partes en litigio³³. Nos encontramos ante un *arbitration without privity*, en el que el consentimiento por escrito de ambas partes se manifiesta en momentos distintos³⁴.

Es muy importante en este sentido la fecha en la que se recoge el consentimiento por ambas partes. En el supuesto que estamos desarrollando, esta fecha será distinta según la parte de la que hablemos. Así, lo habitual será que el Estado emita su voluntad al respecto en el acuerdo de promoción de inversión celebrado con el Estado del que es nacional el inversor, en una fecha anterior a que se produzca la inversión y, por lo tanto, la disputa entre las partes. El inversor, por su lado, manifestará su consentimiento posteriormente, por tanto, cuando ya haya surgido la controversia con motivo de la inversión. Pues bien, en este escenario, la fecha a tener en cuenta es la última, la de la aceptación del inversor a la oferta del Estado, puesto que será la fecha de perfeccionamiento del acuerdo entre ambos³⁵.

³⁰ Punto 24 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (<https://arymecom.files.wordpress.com/2016/07/convencic3b3n-de-washington.pdf>). También se puede encontrar esta referencia en el documento de ISCID, “History of the ISCID Convention. Documents concerning the origin and the formulation of the Convention on the settlement of investments disputes between States and nationals of other States”, Volume II-2, p. 1077: “*Consent of the parties must exist when the Centre is seized [Articles 28(3) and 36(3)] but the Convention does not otherwise specify the time at which consent should be given. Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a compromis regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing*” (<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>).

³¹ H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 206-214.

³² Caso CIADI N° ARB/00/9, de 16 septiembre 2003 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>).

En este mismo sentido se pronuncia también el Centro en la Decisión sobre competencia en el asunto El Paso v. Argentina, cuando dice que “35 *El Centro solo puede tener jurisdicción si existe mutuo consentimiento. Ha quedado ahora establecido sin lugar a dudas que la referencia general al arbitraje del CIADI en un TBI puede considerarse como el consentimiento prestado por escrito por el Estado, según se requiere en el Artículo 25 para dar jurisdicción al Centro, y que la presentación de una solicitud por el inversionista se considera como el consentimiento prestado por este último.*” (Caso CIADI N° ARB/03/15, de 27 abril 2006).

³³ H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, pp. 190-191.

³⁴ J. PAULSSON, “Arbitration without privity”, *ICSID Review. Foreign investment law journal*, 1995, 10 (2), pp. 234-257.

³⁵ Regla 2, apartado 3, de las Reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje del CIADI (<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partD.htm>).

El momento en que se considera establecido el consentimiento por ambas partes es relevante, entre otras cuestiones, porque, como indica el artículo 25 del Convenio de Washington, una vez emitido no puede ser revocado de forma unilateral. Por lo tanto, a partir de ese momento, ambas partes estarán vinculadas por su manifestación de voluntad y deberán dirimir su litigio ante el CIADI; y, por ello, cualquier denuncia posterior del Convenio por parte del Estado receptor de la inversión no afectará al litigio en cuestión (art. 72 Convenio de Washington).

IV. Aplicación de la CNY al caso

39. Una vez analizado el ámbito de aplicación del CW, como ya se determinó desde el principio, la normativa aplicable a la solicitud de exequátur del laudo arbitral CIADI dictado en este caso entre Strabag SE y el Estado de Libia es la Convención de Nueva York de 1958.

40. La razón principal de esta conclusión es que el país huésped de la inversión no es Estado contratante del CW y, por ello, sólo puede ser demandado ante el CIADI a través del Reglamento del Mecanismo Complementario, el cual, prevé que, encontrándonos en su marco de aplicación, el Convenio de Washington no puede ser utilizado en ningún caso.

El artículo 2.a) del Reglamento permite acudir al CIADI cuando el Estado receptor de la inversión o el Estado de la nacionalidad del inversor no es un país contratante del CW³⁶. Por su lado, el artículo 3 de la norma se encarga de determinar la inaplicabilidad del Convenio de Washington a los procedimientos previstos en el artículo 2³⁷.

41. La consecuencia de lo anterior es la aplicación de la Convención de Nueva York para dar respuesta a la solicitud de exequátur del laudo CIADI dictado en este supuesto.

Este es uno de los escasos supuestos en los que se debería utilizar la CNY ante un laudo CIADI. Los otros dos escenarios en los que no sería posible aplicar el CW y sí, entonces, la CNY serían los siguientes.

42. En primer lugar, situándonos en el marco del CIADI, aunque el procedimiento se lleve a cabo entre países contratantes del Convenio de Washington de 1965, es posible que el laudo arbitral pueda tener que ser ejecutado en un tercer Estado no parte del Convenio mencionado³⁸.

Este escenario podría parecer poco probable, ya que, son tantos los Estados parte del Convenio de Washington como los que son de la Convención de Nueva York. Así es, en la actualidad, 17 de junio de 2025, son 165 los países contratantes del primero y 172 los del segundo³⁹. Pese al número similar de Estados contratantes en uno y otro texto convencional, existen 7 países que, siendo parte del Convenio de Nueva York, no lo son del Convenio de Washington.

Los legisladores de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones prevén esta posibilidad al incorporar en los mismos alusiones a la Convención de Nueva York de 1958, aun habiendo decidido que los litigios entre inversores y Estados se diriman ante el CIADI. Así, por ejemplo,

³⁶ Artículo 2.a): “Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías: (a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante”.

³⁷ Artículo 3: “Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos”.

³⁸ H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 1118; J.A. RUEDA GARCÍA, “La aplicabilidad de la Convención de Nueva York al arbitraje de inversiones, efectos de las reservas al Convenio”, *CDT*, Vol. 2, Nº 1, p. 210.

³⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>
https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

muchos exigen que el lugar de la sede del arbitraje sea un Estado miembro de la Convención de Nueva York –APPRIs de Estados Unidos-⁴⁰. Otros indican que el laudo dictado se debe considerar de materia comercial a los efectos del citado Convenio. Esto último lo recoge el nuevo Tratado CETA, entre la Unión Europea y Canadá, en el artículo 8.41.5⁴¹. Todo ello, para garantizar la posibilidad de aplicación de la regulación de la Convención de Nueva York al exequátur del laudo.

En segundo lugar, siguiendo en los laudos CIADI, también se deberá tener en cuenta esta norma de 1958 en los supuestos en los que se pida la ejecución de una obligación no pecuniaria⁴². Estos casos no están cubiertos por el Convenio de Washington y, por tanto, tendrían que ser resueltos mediante la Convención de Nueva York (art. 54 CW)⁴³. Si bien, estos asuntos se prevén escasos en la realidad⁴⁴.

43. Además de la diferencia de tratamiento del exequátur, ya explicada, en ambos textos, el CW y la CNY, también existe una diferencia procedimental.

En efecto, el tribunal competente para conocer de la solicitud de exequátur de un laudo arbitral CIADI en el marco del CW es el Juzgado de Primera Instancia⁴⁵. Sin embargo, en el caso de que nos situemos en el ámbito de aplicación de la CNY, el órgano jurisdiccional competente es “*la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios*” (art. 8.6 Ley 60/2003).

44. En el asunto objeto de comentario, el tribunal conocedor ha sido la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, órgano jurisdiccional competente en el marco de la CNY, como acaba de mencionarse.

V. Conclusiones

45. Primera. El Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de junio de 2024, resuelve una solicitud de exequátur del laudo arbitral CIADI dictado en Washington entre la empresa austriaca Strabag SE -demandante- y el Estado de Libia -demandado-.

⁴⁰ Art. 28 del Modelo de Tratado de Estados Unidos en materia de protección recíproca de inversiones del año 2004 (<https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>).

⁴¹ En el marco de la CNY es necesario que haya sede del arbitraje para, por ejemplo, conocer en qué Estado se ha dictado el laudo arbitral en el caso de que el país requerido haya hecho la reserva de reciprocidad prevista en el artículo I.3 de la norma. En el caso de los laudos CIADI, no existe sede del arbitraje en este sentido (*vid.*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 al arbitraje de inversiones”, en A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 285-302).

⁴² Acuerdo económico y comercial global entre EU y Canadá (http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm)

⁴³ H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 1138.

⁴⁴ Es cierto que el Convenio de Washington no contempla la ejecución de un laudo CIADI que no contenga una obligación pecuniaria, sin embargo, la razón de ello no se encuentra en el deseo de que la norma no se aplique a este tipo de laudos sino en la creencia de que los pronunciamientos no pecuniarios pueden no ser objeto de ejecución (C. SCHREUER, “Non-pecuniary remedies in ISCID arbitration”, *Arbitration International*, vol. 20, nº 4, 1 december 2004 (<https://academic-oup-com.biblioteca5.uc3m.es/arbitration/article/20/4/325/271708>); H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 1137).

⁴⁵ C. SCHREUER, “Non-pecuniary remedies in ISCID arbitration”, *Arbitration International*, vol. 20, nº 4, 1 december 2004 (<https://academic-oup-com.biblioteca5.uc3m.es/arbitration/article/20/4/325/271708>); H. SCHREIER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 1137.

⁴⁶ https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2020_July_ICSID_8_ENG.pdf

Al tratarse de un laudo CIADI, lo primero que llama la atención es que la norma aplicable por el órgano jurisdiccional español sea la Convención de Nueva York de 1958.

46. Segunda. Tratándose del exequátur de un laudo CIADI, la primera norma a tener en cuenta por un tribunal español debe ser el Convenio de Washington. Este texto convencional ha sido elaborado precisamente para regular todo lo relativo al arbitraje de inversiones seguido ante el CIADI, órgano éste creado por el propio Convenio a estos efectos.

Lo habitual, por tanto, es que, siendo España Estado contratante del CW, esta norma supranacional sea la aplicable para resolver una solicitud de exequátur de un laudo CIADI. Son escasos los supuestos en los que esto no sería así. Sólo en dos casos no se podría aplicar el CW en este escenario de petición de exequátur de un laudo CIADI en España. Estos supuestos son los siguientes. Por un lado, cuando el Estado receptor de la inversión o el Estado de la nacionalidad del inversor no es país contratante del Convenio de Washington. Por otro, cuando no se trata de una obligación pecuniaria la objeto de exequátur (art. 54 CW).

47. Tercera. Precisamente, lo primero es lo que ocurre en nuestro caso. Libia, como Estado receptor de la inversión, no es Estado contratante del CW. Por esta razón, sólo puede ser demandado ante el CIADI a través del Reglamento del Mecanismo Complementario. Esta norma permite acudir al arbitraje del CIADI en este supuesto en el que, bien, el país huésped de la inversión, bien, el país de la nacionalidad del inversor, no se corresponde con un Estado contratante del CW (art. 2).

48. Cuarta. Lo anterior, en relación con la competencia arbitral. En el sector del reconocimiento y exequátur del laudo arbitral dictado por el Centro, el Reglamento del Mecanismo Complementario impide que se utilicen los preceptos del CW cuando el procedimiento está cubierto por aquel (art. 3). Este es el motivo por el cual, en nuestro caso, el órgano jurisdiccional español no puede aplicar el CW a la solicitud de exequátur presentada ante él.

49. Quinta. Por todo lo anterior, el tribunal competente español es el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma *del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos* (art. 8.6 Ley 60/2003).

Y la norma a aplicar para responder a la petición de exequátur del laudo arbitral CIADI es la Convención de Nueva York de 1958.

50. Sexta. En el marco de aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que no existe ninguno de los motivos de denegación que contiene la norma para rechazar el exequátur del laudo CIADI.

En concreto, ante la rebeldía de la parte demandada, el órgano judicial se limita a analizar los dos motivos que deben ser analizados de oficio, cuales son, la no arbitrabilidad de la controversia y la vulneración del orden público español (art. V.2 CNY).

En relación con el primero, *“El examen, por parte de esta Sala, de la cuestión litigiosa sometida al Tribunal arbitral, en la medida en que la misma dimana de las disputas surgidas en el marco de dos proyectos de construcción de carreteras en dos localidades libias, Bengazhi y Misurata, respondiendo esencialmente a dos contratos firmados entre la actora y LIBIA, el contrato de Bengazhi de 18-10-2006 y el contrato de Misurata de 19-4-2007, siendo cedidos dichos contratos posteriormente en 2009 a la entidad pública Al Hani y el resto de los contratos de construcción que fueron posteriormente suscritos por Al Hani, determina que la cuestión es perfectamente arbitrable, conforme a la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (art. 2.1).*

En consecuencia, el objeto de la diferencia es susceptible de solución por vía de arbitraje” (FD Tercero, a).

Respecto del segundo, *“La aplicación de la anterior doctrina y consideraciones que hemos expuesto al caso presente, nos lleva a descartar, incluso desde una perspectiva de examen de oficio, que se hayan vulnerado derechos fundamentales, en orden al derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, de la demandada. Todo ello se verá a continuación”* (FD Cuarto).

51. Séptima. No apreciando el tribunal español ningún motivo para rechazar el exequátur del laudo CIADI, declara la ejecutividad del mismo.

Conflict of Laws Without a Code: A Case Note on a Recent Norwegian Supreme Court Judgment Illustrating Contemporary and Historical Methodological Challenges in a European Non-EU State

Conflictos de leyes sin código: nota a una reciente sentencia del Tribunal Supremo noruego que ilustra los desafíos metodológicos contemporáneos e históricos en un Estado europeo no perteneciente a la UE

ERIK SINANDER

*Associate Professor in Private International Law
Stockholm University*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido:16.06.2025 / Aceptado:26.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9920

Abstract: This case note deals with a recent Norwegian Supreme Court judgment on the law applicable to non-contractual obligations arising out of wrongful ship engines built in Germany in the early 2000's. Although the Rome II Regulation (Regulation 864/2007) is neither binding on Norway nor in force within the EU at the time, the Supreme Court paralleled its conclusions on analogous interpretations of the regulation, ruling out the application of Norwegian law. The case illustrates the strong impact that EU private international law thinking has also beyond the EU. In the principal and eternal conflict of laws issue of relying on either the law where the injury takes place (*lex loci delicti commissi*) or the place where the damage occurs (*lex loci damni*), the EU regulation marked a turn for most EU member States by prioritizing *lex loci damni*. In the Norwegian case, the EU solution seems to have influenced the Supreme Court's conclusion. It is remarkable that no analogies are being drawn to private international law instruments that actually are binding on Norway, such as the 1973 Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability, where the default rule is *lex loci delicti commissi*.

Keywords: Private International Law; Non-Contractual Obligations; Rome II Regulation; Norway; Products Liability

Resumen: Este comentario trata una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Noruega sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de defectuosos motores de barco fabricados en Alemania a principios de los años 2000. Aunque el Reglamento Roma II (Reglamento 864/2007) no fue vinculante para Noruega, ni tampoco estaba en vigor dentro de la UE en ese momento, el Tribunal Supremo adoptó conclusiones paralelas basadas en interpretaciones analógicas del reglamento, descartando la aplicación del derecho noruego. El caso ilustra el fuerte impacto que la lógica del Derecho internacional privado de la UE tiene incluso fuera de la UE. En el conflicto principal y eterno de la ley aplicable — entre la del lugar donde se cometió el hecho dañoso (*lex loci delicti commissi*) o la del lugar donde se produjo el daño (*lex loci damni*)—, el reglamento europeo impuso valorar la *lex loci damni*. En el caso noruego, la solución de la UE parece influir en la conclusión del Tribunal Supremo. Resulta notable que no se establezcan analogías con instrumentos de Derecho internacional privado que sí son

vinculantes para Noruega, como el Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, cuyo principio general es la *lex loci delicti commissi*.

Palabras clave: Derecho internacional privado; Obligaciones Extracontractuales; Reglamento Roma II; Noruega; Responsabilidad por Productos.

Summary: I. Introduction. II. Background. III. The Supreme Court's Judgment. 1. Characterization of the Legal Issue: Contractual or Non-Contractual? 2. What Conflict of Laws Rule Was Historically Applicable? 3. Distance Delicts. 4. Are German Rules on Limitation Compatible with Norwegian Public Policy? IV. The Dissenting Opinion. V. Comments. 1. What Motivates the Norwegian Conflict of Laws Method? 2. Did Norway Really Rely on *lex Loci Danuni* in the East? Before? VI. Concluding Remarks.

I. Introduction

1. A classic issue of private international law is to determine the law applicable to non-contractual obligations. Traditionally, that is determined based on either where the harmful event took place (*lex loci delicti commissi*) or where the injury occurs (*lex loci damni*). For most EU member States, the introduction of the EU Regulation 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation) in 2009 marked a principal shift from having had conflict of laws rules being based on *lex loci delicti commissi* to *lex loci damni*¹.

2. Although Norway is not an EU member State, much of EU law is applicable there under the agreement on the European Economic Area. For example, the 2007 Lugano Convention extends the principles on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments that in the EU primority follows from the Regulation 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I bis Regulation) to include also Norway. While EU conflict of laws regulations do not apply directly in Norway, Norwegian case law has since long drawn analogies from EU private international law to establish the law applicable.

3. In the Norwegian Supreme Court's judgment HR-2024-2330-A of December 17 2024, the analogous interpretation of EU private international law was put to the test in an issue concerning facts occurring long before the Rome II Regulation was even enacted. For the Norwegian Supreme Court, the case required a historical examination to determine what conflict of laws rule that was applicable at the time.

II. Background

4. In 2000, a Norwegian shipping company ordered six ships from a Chinese shipyard. In the contract with the Chinese shipyard, it was stated that the Norwegian shipping company had a right to choose what components that should be used. The Norwegian shipping company ordered the Chinese shipyard to use German MAN engines. A contract for the delivery of the engines was entered into between MAN and the Chinese shipyard. Before the ships were delivered to Norway, the engines underwent testing at MAN's factory in Germany. However, several years after the engines were delivered, it was discovered that these factory tests had been manipulated by MAN to show lower emission levels.

5. In 2012, MAN informed the Norwegian shipping company that the actual emission levels could be higher than originally promised. By this time, a criminal investigation had already been ini-

¹ See recital 15 to the Rome II Regulation.

tiated against MAN in Germany. In a 2013 German court ruling, MAN was ordered to pay an administrative fine of 8.2 million euros. Due to statutes of limitation under German law, the judgment only addressed events that had occurred after 2006.

6. In 2015, the Norwegian shipping company filed legal proceedings against MAN and its Norwegian subsidiary in the Oslo District Court. MAN lost the case in both the district court and the court of appeal. While both instances applied Norwegian law, they did so on different grounds. While the district court found that the parties had agreed to apply Norwegian law, the court of appeal reached the same conclusion by applying uncodified general conflict of laws rules.

7. MAN appealed the decision to the Norwegian Supreme Court, which agreed to hear the case, focusing on the conflict of laws issue.

III. The Supreme Court's Judgment

1. Characterization of the Legal Issue: Contractual or Non-Contractual?

8. In its judgment, the Supreme Court first held that there was no agreement between the parties on the application of Norwegian law. Thereafter, the Supreme Court turned to the issue of characterizing the claim as either contractual or non-contractual. For the court, MAN had claimed that the complaint concerned precontractual liability and that the conflict of laws rules for contracts therefore should be applied. This argument was dismissed by the Supreme Court, that held that the matter did not relate to any contractual obligations as the Norwegian shipping company had not been party to the contract for deliverance of the engines nor party to the contract for the construction of the ships.

9. Having concluded that the matter was non-contractual, the Supreme Court continued to seek to establish the applicable conflict of laws rule. This exercise is not that simple under Norwegian private international law, as most conflict of laws rules are uncodified and based on precedent cases and principles.

10. In the last decades, the Norwegian Supreme Court has repeatedly held that the interest of keeping track with the conflict of laws rules in the EU motivates a general presumption to take the conflict of laws solutions in the Rome I and the Rome II Regulations into consideration². A problem in the issue at stake was that the harmful event occurred long before the Rome II Regulation was applicable or even drafted. Hence, the Norwegian Supreme Court made an analysis of what conflict of laws rules that were applicable in Norway in the early 2000's.

2. What Conflict of Laws Rule Was Historically Applicable?

11. In its analysis of the history of Norwegian conflict of laws rules, the Supreme Court was partially divided. Although both the majority and the minority agreed that the main principle of the Rome II Regulation conflicts with the traditional rule in earlier Norwegian conflict of laws, the Court could not reach consensus on when this traditional rule had shifted.

12. Historically, Norwegian conflict of laws relied heavily on an uncodified "centre of gravity" test, a principle that originated from the *Irma-Mignon* judgment of 1923³. That case, which concerned a ship collision, established that a legal relationship should be governed by the law of the country with

² See particularly the Norwegian Supreme Court judgment of 2 December 2009, Rt-2009-1537, "*The Bookseller of Kabul*", p. 32-34.

³ Norwegian Supreme Court's judgment of 23 September 1923, Rt-1923-II-58, "*Irma-Mignon*".

which it has the closest connection. In contrast to the more clear-cut conflict of laws rules for non-contractual relations that entered into force in the EU with the Rome II Regulation in 2009, the earlier Norwegian approach allowed for more discretion.

13. The case at hand is not the first time the Norwegian Supreme Court has addressed the transition from the traditional centre of gravity test to the now-established presumption of alignment with EU conflict of laws regulations. In a 2011 judgment concerning non-contractual damages arising from war crimes committed during the Balkan wars of the 1990s, the Supreme Court held that the Rome II Regulation was not applicable and could not be viewed as reflecting a general principle of older Norwegian private international law⁴. In the case at hand, however, the primary issue revolved around whether the Supreme Court should prioritize the place where the damage occurred, consistent with the conflict of laws principle under the Rome II Regulation, or the place where the harmful event took place.

13. Citing again the 1923 *Irma-Mignon* judgment, the majority opinion of the Supreme Court observed that, although the outcome in that case was an exception, it had nonetheless established the principle that the place where the event giving rise to the damage (*lex loci delicti commissi*) took place should be considered the default rule⁵. In case law from the 20th century, the place where the damage occurred was also applied⁶. This is in contrast to the main rule in the Rome II Regulation that instead prioritizes the law of the country where the damage occurs (*lex loci damni*).

3. Distance Delicts

14. How the place of damage was to be determined in “distance delicts” (where the event giving rise to the damage and the place where the damage occurs in different States) was unsettled in old Norwegian case law. However, with reference to old Norwegian legal literature, the Supreme Court held that it was the place where the harmful event occurred that was decisive in such matters⁷.

15. Noting that the place where the damage occurs is the main rule of the Rome II Regulation, the Supreme Court went on to remark that that rule in EU private international law makes a difference between direct and indirect damages. That issue had not been adjudicated in a conflict of laws context in Norwegian case law. Norway is however part to the 2007 Lugano Convention. In case law dealing with jurisdiction under that convention, the Norwegian Supreme Court had recognized the EU private international law difference between direct and indirect damages⁸. Therefore, the Supreme Court concluded that, in similarity with contemporary EU law, also the place where the direct damage occurred was decisive to determine the law applicable in old Norwegian private international law.

16. After this lengthy argument, the majority opinion applied the facts in the case to the established conflict of laws norm that the law in the place where the (direct) damage took place should be applied. Here, the majority opinion had to decide what moment that should be decisive for the conflict of laws application. The court held that it was the lack of information that constituted the non-contractual obligation.

17. For determining where the damage occurred, it was however insignificant to decide where the lack of information is given. Instead, it is where the direct damages took place that needs to be

⁴ See the Norwegian Supreme Court’s judgment of 13 April 2011, Rt 2011-531, “*War Crimes*”, particularly p. 46.

⁵ See p. 63–64 of the referred judgment.

⁶ See p. 65 of the referred judgment with references to Rt-1938-691, Rt-1961-730 and Rt 1978-1062.

⁷ See p. 70 of the referred judgment where the Supreme Court cites H. J. THUE, *Erstatning utenfor kontraktsforhold*, Oslo, Institutt for privatrett, Stensilsserie 111, 1 ed., 1986, p. 28 and 2 ed., 2001, p. 24 as well as H. P. LUNDGAARD, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, Oslo, Universitetsforlaget, 3 ed., 2000, pp. 267 f.

⁸ See the Norwegian Supreme Court’s judgment of 21 June 2011, Rt 2011-897, “*Marin Alpin*”.

determined. As no such direct damages could have taken place in Norway, Norwegian law could not be applied. Therefore, the court held that the application in the lower court was partially wrongful. The wrongful parts of the appealed judgment were consequently annulled.

18. The partial annulment means that those issues are again to be decided by the lower court. Even if the majority opinion only negatively held that Norwegian law was not to be applied, it was also clearly indicated that German law could be applied. After having concluded that the Norwegian conflict of laws rule for non-contractual damages in the early 2000's was dependent on the place where the damage occurs (*lex loci damni*), the majority held that there are "clear indications" ("*klare holdepunkter*") that the place of damage in this case was in Germany⁹. However, the majority also held that the place of damage was not an absolute conflict of laws rule, but that what law that should be applied should be determined on basis of a centre of gravity test.

4. Are German Rules on Limitation Compatible with Norwegian Public Policy?

19. Continuing its hypothetical analysis of the conflict of laws issue, the majority also took position as to whether German rules on limitation could be incompatible with Norwegian public policy and if that in turn could affect what law that should be applied.

20. In the hypothetical, still quite likely, situation that German law will be pointed out by Norwegian conflict of laws rules in the new trial, the Supreme Court continued to assess whether German rules on limitation were compatible with Norwegian public policy. According to German law, the matter would already be precluded. Under Norwegian law it would not be precluded. The Norwegian Court concluded in this part that it is clear that the German limitation rules were shorter than the Norwegian, but held that the German limitation rules do not conflict with "Norwegian sense of justice" just for being shorter. Consequently, German law could still be applied.

21. The implications of the majority opinion is that the conflict of laws parts of the case will be taken up again by the court of second instance. In that trial, the court's conclusions will be limited to the Supreme Court's judgment. As the Supreme Court has concluded that Norwegian law cannot apply, that option must be regarded as excluded. The most likely option is therefore probably to apply German law, but as the issue is precluded according to German limitation rules, it has been noted in Scandinavian legal literature, that the Supreme Court judgment constitutes a victory for the defendant party¹⁰.

IV. The Dissenting Opinion

22. The majority opinion presented above was advocated by three of five justices. The two justices in minority issued a dissenting opinion, disagreeing on what conflict of laws rules that were applicable in Norway for non-contractual matters in the early 2000's. The essence of the opinion is that it was not as clear that the conflict of laws rules should follow the jurisdictional rules in the early 2000's. An argument for this conclusion was that the link between jurisdictional rules and conflict of laws rules was not as strong in Norwegian private international law at the time. Conversely, the dissenting opinion held that jurisdictional and conflict of laws rules were described as "very different from each other" in Norwegian legal writing of the time¹¹. Further, the dissenting opinion stressed that it must have been fo-

⁹ See paragraph 93 of the referred judgment.

¹⁰ T. FALKANGER, *Lovvalg ved bestillers rett til å velge motorleverandør til nybygg*, in J. HERRE et. al (ed.) *Festskrift till Svante O. Johansson* (forthcoming 2025). As the Swedish *Festschrift* book is forthcoming and not yet published, page indication for the source cannot be given. Nonetheless, the conclusion referred to is to be found in the last section of the contribution.

¹¹ See paragraph 116 of the referred judgment with reference to I. ALVIK, "Lovvalg og jurisdiksjon for ikke-kontraktuelle erstatningskrav", *Jussens Venner*, no 5–6, 2005, p. 303.

reseeable for the tortfeasor that Norwegian law could apply. Concluding that the harmful effect occurred in Norway, the dissenting opinion meant that Norwegian law should be applicable.

V. Comments

1. What Motivates the Norwegian Conflict of Laws Method?

23. As a first comment, it can be worth assessing the general Norwegian approach to conflict of laws that is strongly expressed in the judgment. Even if the judgment can be described as primarily concerning legal history, the reasoning of the Supreme Court makes it clear that EU private international law is taken seriously. By strongly emphasising the importance of aligning Norwegian conflict of laws rules with the Rome II Regulation, the Supreme Court indeed affirmed its commitment to European harmonization of conflict of laws rules. Such an approach is principally valuable from a predictability point of view as it will strengthen legal coherence. After all, a strong rationale for private international law is to strive for “decisional harmony”.

24. Decisional harmony is a value that can be described so that courts shall strive for letting a legal issue be settled in the same way regardless of where it is adjudicated. This idea was originally formulated by von Savigny and is strongly recognized in modern EU private international law¹². As a private international law idea, decisional harmony can symbolize internationalist values.

25. For Norway, decisional harmony with the EU member States is particularly important as Norway is a party to the Lugano Convention. Therefore, Norwegian judgments are to be recognised and enforced in EU and vice versa. Every detour from EU conflict of laws rules means that Norway risks being either a “haven” or a place to avoid in forum shopping activities. From a private international law perspective, such a solution is unsatisfactory as it represents a type of formal injustice benefitting the plaintiff for having filed the lawsuit in the “right” jurisdiction.

26. The Norwegian parallelism with EU private international law is based on Supreme Court case law and can be described as a presumption rule. The Norwegian approach is flexible as it gives Norwegian courts a possibility to deviate from EU conflict of laws rules on a case-to-case basis. Such deviations have been made for non-contractual liability arising relating to a rape conviction on a cruise ship on international waters, for non-contractual damages related to a conviction on child marriages as well as for the law applicable to the employment contract of seafarers.¹³ The uncodified conflict of laws rules situation makes Norwegian private international law dynamic and unforeseeable.

27. It has been proposed that the uncodified presumption should be codified. In 2018, the Norwegian professor Giuditta Cordero-Moss submitted an inquiry on this matter at the request of the Norwegian government¹⁴. The inquiry, proposing codification, was delivered on June 2, 2018 and sent for a

¹² For the historical origins of the idea, see C. F. VON SAVIGNY, *System des häutigen Römischen Rechts (Band 8)*, Berlin, Veit, 1849, p. 114 f. For the recognition in modern EU private international law, see recitals 7 to both the Rome I and the Rome II Regulations.

¹³ In its judgment of 22 October 2020, HR-2020-2021-A, the Norwegian Supreme Court held that the private law compensation for damages caused by rape at international waters was to be decided under a centre of gravity test instead of under the Rome II Regulation. Similarly, in the judgment of 7 March 2024, HR-2024-2161-A, the Norwegian Supreme Court held that the interest of fighting child marriages motivated the application of Norwegian law. Yet another example is the Supreme Court’s judgment of 14 June 2016, HR-2016-01251-A, concerning the law applicable to a seafarer’s employment contract. In this judgment, the Norwegian Supreme Court held that it was clear that the law of the flag state should be applied according to Norwegian conflict of laws.

¹⁴ For a general comment on the codification initiative and procedure, see G. CORDERO-MOSS, “Towards a Norwegian Codification of Choice-of-Law Rules”, *Oslo Law Review*, n. 1, 2019, p. 4–7.

consultation procedure shortly thereafter. However, seven years later no legislation has been enacted and the matter is still described as pending on the website of the government¹⁵.

2. Did Norway Really Rely on *Lex Loci Damini* in the Early ?

28. A peculiarity of the case at hand is that it concerns facts that occurred several decades ago. While such historical circumstances are often irrelevant in the context of procedural law, private law rules typically rest on an assumption of foreseeability—namely, that the applicable law is that which was in force at the time the relevant facts arose. In this sense, conflict of laws rules generally follow the private law logic¹⁶. This led the Norwegian Supreme Court to research legal history to establish what conflict of laws rules that would have been applied in the early 2000's. As an exercise, this reminds much of researching foreign law, as the content of the law is a mix of law and fact which must be proven.

29. The most obvious difference between the contemporary Norwegian private international law situation and the situation back in the early 2000's is the now outspoken parallelism to EU private international law as well as the fact that the Rome II Regulation was not enacted. In the principally interesting issue of prioritizing the law where the injury took place (*lex loci delicti commissi*) or the place where the damage occurred (*lex loci damini*) a few remarks can be done.

30. A first remark is that it is recognized in the recitals to the Rome II Regulation that the introduction of *lex loci damni* as a default rule marks a change in relation to “virtually all Member States” that up until then had relied on variants of “*lex loci delicti commissi*” rules¹⁷. The statement in the regulation indicates at least that *lex loci damni* was a rare rule in the early 2000's.

31. A second remark is that even if much of Norwegian private international law was, and still is, uncodified, there are exceptions. One such exception is for product liability. Product liability is not only subject to special conflict of law rules in the Rome II Regulation, there is also the Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability of 2 October 1973 (the 1973 Hague Convention). Norway is a party to this convention, and it entered into force in Norway in 1977.

32. Under Article 4 of the 1973 Hague Convention, the applicable law for product liability claims should be the law of the country where the injury occurred (*lex loci delicti commissi*) - provided that this location is also either the habitual residence of the injured party, the main place of business of the alleged liable party, or the place where the injured party acquired the product.

33. Albeit the claim in question would not be subject to the conflict of laws rules in the Hague Convention as the convention excludes liability for damages on the product itself pursuant to Article 2 (b), it could be valuable to use it as point of reference for the choice of law issue at question. Even if the convention is not applicable to damages on the product itself, it could be reasonable to align claims to the closely related conflict of laws rules that actually were and still are applicable to product liability. Is it really reasonable to have different conflict of laws rules for damages on the product itself from damages it causes on persons and other objects? It might be, but there are also strong arguments for basing analogies on the 1973 Hague Convention. For interpreting the convention, not only case law from

¹⁵ The Norwegian legislation procedure can be followed at: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---enpersontutredning-om-formuerettslige-lovvalgsregler/id2611666/> (accessed 13 June 2025).

¹⁶ The different logics for procedural and private law aspects can be seen in e.g. Article 69 of Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes. This article makes it clear that the procedural rules of the regulation are applicable regardless of when a marriage has been entered, whereas the conflict of law rules are dependent on that an active choice has been made after a certain date. (January 29, 2019).

¹⁷ See recital 15 to the Rome II Regulation.

other convention States is of relevance, but also the explanatory report that was adopted by the Hague Conference's permanent bureau in 1974.

34. Even if the 1973 Hague Convention might have been a little forgotten when EU legislation has taken over, it is still standing and must be applied in Norway and other convention States. Therefore, closely related issues like the one at hand should probably primarily be aligned with the solutions of that convention.

VI. Concluding remarks

35. It is much welcome that Norway principally aligns its contemporary conflict of laws rules with EU private international law, especially as Norwegian judgments enjoy free movement in the EU under the Lugano Convention. Still, the 1973 Hague Convention on product liability is applicable in Norway and even if the case at hand is not subject to it, analogies in an uncodified legal landscape could be made from this closely related legal instrument. This is even more true for determining the law applicable to facts occurring in the early 2000's. It seems that the contemporary solution of relying on *lex loci damni* in the Rome II Regulation has had influence also for the historic determination of the law applicable in the opinion of the majority.

36. From a foreseeability perspective, the judgment illustrates the complexities of navigating conflict of laws in an uncodified landscape. Clear-cut and principal conflict of laws codes enable for national courts to grasp what the main principles of private international law are. In this perspective, one can only hope that the Norwegian legislator continues its pending project of codifying Norwegian private international law. Such a legislation could be a contribution to modern private international law like the Swiss private international law code of 1987 was when it came¹⁸.

¹⁸ The official name of the Swiss private international law act is *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG) of 18 December 1987. For the influence this act has had on private international law, see e.g. T. KADNER GRAZIANO, "Codifying European Union Private International Law: The Swiss Private International Law Act – A Model for a Comprehensive EU Private International Law Regulation", *Journal of Private International Law*, no 3, 2015, pp. 585–606.

Milieudensie v Shell: una victoria pírrica para la litigación sobre cambio climático

Milieudensie v Shell: a Pyrrhic victory for climate change litigation

NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR

Associate Professor, KIMEP University

ORCID ID: 0000-0002-0695-3860

Recibido:20.05.2025 / Aceptado:25.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9921

Resumen: El Tribunal de Apelaciones de la Haya confirma que las empresas tienen responsabilidades derivadas del derecho internacional de los derechos humanos en lo relativo a la necesidad de lograr los objetivos de reducción de emisiones impuestos por el Acuerdo de París de 2015 y en aplicación de diversos instrumentos internacionales de *soft law*. Sin embargo ninguna de esas normas establece un concreto nivel de reducción de emisiones al que dichas empresas deban ajustarse.

Palabras clave: cambio climático, litigación, emisiones, derechos humanos, responsabilidad civil

Abstract: The Court of Appeal of The Hague confirms that companies have responsibilities under international human rights law concerning the need to achieve the emission reduction targets established by the 2015 Paris Agreement and applying various international soft law instruments. However, these norms do not establish a specific level of emission reductions such companies must comply with.

Key words: climate change, litigation, emissions, human rights, torts

Sumario: I. Introducción. II. La demanda y la sentencia en primera instancia. III. La sentencia del Tribunal de Apelaciones. IV. Las partes del proceso y su legitimación. V. Consenso científico y normativa sobre cambio climático. VI. El efecto indirecto y horizontal de los derechos humanos. VII. La imposibilidad de calcular una reducción específica de emisiones para *Shell*. VIII. Otros argumentos: inversiones, emisiones, reemplazo de mercado y efecto llamada. IX. Conclusiones.

I. Introducción

1. El pasado 12 de noviembre de 2024, el Tribunal de Apelaciones de la Haya dictó sentencia en el caso *Milieudensie et al. v Royal Dutch Shell*, arrojando luz sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de la protección de los derechos humanos y, más concretamente, respecto a la medida en que una persona jurídica puede ser obligada a reducir sus emisiones de CO₂ en todas sus operaciones, para combatir los peligros del cambio climático, la protección contra el cual se considera un derecho humano¹.

2. Esta sentencia revocó la decisión del Tribunal de Distrito de la Haya, de 2021, que había dictaminado que Shell debía ajustar sus políticas internas y operaciones comerciales con los objetivos del Acuerdo de París de 2015, para alcanzar una reducción de emisiones netas de CO₂ del 45%, para 2030.

¹ *Milieudensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*, ECLI:NL:GHDHA:2024:2100, Gerechtshof Den Haag (12 de Noviembre de 2024).

II. La demanda y la sentencia en primera instancia

3. En abril de 2019 *Milieudéfensie* – la filial holandesa de *Friends of the Earth* –, junto con otras cinco asociaciones y ONGs para la defensa del medioambiente, interpusieron una demanda contra *Shell* – una de las mayores empresas petroleras del mundo –, alegando que la contribución de esta compañía a las emisiones de gases de efecto invernadero constituía un ilícito civil, por infringir la diligencia debida conforme a Derecho holandés y a las obligaciones derivadas de normas internacionales de derechos humanos y poniendo en peligro las vidas de ciudadanos holandeses, cuyos intereses la demandante decía representar².

4. La demanda solicitaba que el tribunal declarara que la suma total de las emisiones de CO₂ de Alcance 1, 2 y 3 del Grupo *Shell* constituían un acto contrario a Derecho³. Asimismo se pedía al tribunal que declarara que *Shell* actuaba de forma contraria a Derecho, tanto directamente como a través de las compañías de su grupo, al no tomar medidas para reducir en al menos en un 45%, para finales de 2030, el volumen agregado anual de emisiones de CO₂ a la atmósfera, asociadas a las actividades comerciales del grupo *Shell*, en relación a los niveles de 2019. Finalmente, la demanda exigía una orden del tribunal para que *Shell*, directamente o a través de las compañías del grupo, limitara o hiciera limitar el volumen agregado anual de todas las emisiones de CO₂ a la atmósfera, asociadas a las actividades comerciales del grupo *Shell*, para fines de 2030, en un 45% – o alternativamente, una reducción del 35% o del 25% – en relación a los niveles de 2019.

5. Las emisiones de carbono pueden clasificarse en tres “alcances” o *scopes*: emisiones de Alcance 1, 2 y 3. Las emisiones de Alcance 1 se denominan Emisiones directas y son aquellas emisiones de gas que proceden de instalaciones de propiedad de una compañía o controladas total o parcialmente por ésta. Las emisiones de Alcance 2 se denominan Emisiones indirectas y proceden de instalaciones de terceros, a los que una compañía compra electricidad o, de modo más general, energía, para sus propias actividades comerciales. Las emisiones de Alcance 3 se denominan Otras emisiones indirectas, es decir, no las produce la propia empresa, pero se diferencian de las emisiones de Alcance 2 en que se producen en la cadena de valor de la empresa, tales como emisiones producidas por los consumidores que utilizan los productos de la empresa – por ejemplo, conductores de vehículos de motor que compran el combustible a la empresa de que se trate – o las emisiones producidas por los proveedores que fabrican los productos que utiliza la empresa de que se trate⁴.

6. La demanda se basaba fundamentalmente en el artículo 6:162 del Código Civil Holandés, que establecía un criterio social de diligencia debida, no escrito.

Artículo 6:162 Definición de “acto ilícito”:

1. [...]

2. Se considera acto ilícito la violación del derecho (derecho subjetivo) de otra persona, así como un acto u omisión que contravenga un deber impuesto por ley o lo que, de acuerdo con una norma no escrita, deba considerarse como una conducta social adecuada, siempre que no exista justificación para tal comportamiento.

3. [...]

7. Los demandantes solicitaban del tribunal que interpretara este criterio de “conducta social adecuada” a la luz de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos y otros compromisos internacionales sobre cambio climático, en especial el Acuerdo de París de

² *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rechtbank Den Haag (26 de Mayo 2021).

³ §§ 4.1 a 4.3. En este artículo se citan los párrafos correspondientes de la sentencia de apelación, en la traducción inglesa proporcionada por el propio tribunal de la Haya (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2024:2100>).

⁴ World Business Council for Sustainable Development – World Resources Institute, Greenhouse Gas Protocol, 2022, p. 25 (<https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf>).

2015. En este sentido los demandantes alegaban que la omisión de *Shell* de las medidas necesarias para alcanzar estos objetivos ponía en peligro el derecho a la vida y el derecho al respeto a la vida familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 2 y 8) y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículos 6 y 17).

8. Además de referirse a diferentes tratados internacionales de derechos humanos, el Tribunal de primera instancia dio contenido al criterio de diligencia debida del Código Civil holandés comentando en profundidad pruebas científicas sobre el impacto del cambio climático y concluyendo que existía un consenso científico al respecto. Asimismo, el tribunal concluyó que instrumentos de *soft law* tales como los Principios de Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos⁵ o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁶ probaban la existencia de un consenso respecto a la exigencia social de que las empresas respetaran los derechos humanos, en este caso, en lo relativo a la protección frente a los peligros del cambio climático.

9. Por todo lo cual, la sentencia del Tribunal de Distrito estableció que las operaciones y productos de *Shell* contribuían significativamente al aumento global de emisiones de efecto invernadero y que las políticas de la empresa no se alineaban suficientemente con los objetivos de reducción de emisiones y de temperatura establecidos por el Acuerdo de París. El Tribunal de Distrito dictaminó que *Shell* debía reducir sus emisiones netas globales de CO₂ en un 45% para 2030, en relación con los niveles de emisiones de 2019. Aunque el Acuerdo de París no establecía obligaciones para las empresas, *Shell* debía disminuir las emisiones propias y de las empresas del grupo en la medida señalada anteriormente (emisiones de Alcance 1) y debía emplear sus mejores esfuerzos para lograr esa reducción en lo relativo a las empresas con las que estaba relacionada, así como en lo relativo a los consumidores finales (emisiones de Alcance 2 y 3).

10. También merece la pena recordar que la sentencia de primera instancia decidió la cuestión de la ley aplicable, algo que no trató la sentencia de apelación⁷. El Tribunal entendió que, a los efectos del artículo 7 del Reglamento Roma II – aplicación de la ley del país donde se produce el daño medioambiental, a no ser que el demandante elija la ley del país donde se produce el hecho generador del daño –, el daño lo constituían las emisiones de CO₂ y el hecho generador del daño eran las directrices que *Shell* dirigía a todo su grupo de sociedades, emitidas desde Holanda, donde estaba su administración central.

11. El tribunal añadió que cuando un hecho dañoso es causa de otro hecho y éste de otro, dar a la víctima la posibilidad de elegir la ley de cualquiera de los lugares donde se producen esos hechos perjudica la seguridad jurídica, pero que la posibilidad de elegir la ley del lugar del primer evento generador del daño, cuando éste coincide con el lugar cuyos tribunales son competentes, facilita el procedimiento.

12. *Shell* alegó que el “hecho generador del daño” eran las emisiones y no sus directrices pero, en este caso, habría habido tantos hechos generadores de daño como lugares donde hubiera habido emisiones y muchos ordenamientos distintos a aplicar. Además, el Tribunal entendió que esta interpretación no se correspondía con las características de los daños medioambientales, ni con el concepto de protección del artículo 7 del Reglamento. Asimismo, las empresas contaminantes del grupo podían tener cada una su propia responsabilidad y contribuir todas al calentamiento global, pero eso no excluía la propia responsabilidad de *Shell*.

⁵ *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, HR/PUB/11/04 (United Nations 2011).

⁶ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (OECD Publishing, 2011) <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

⁷ Nicolás Zambrana Tévar, *Milieudéfense v. Shell: el efecto horizontal de los derechos humanos y las obligaciones medioambientales de las empresas*, en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Francisco Zamora Cabot et al., Thomson Reuters Aranzadi, ISBN: 788413458700, 2022, pp. 249-264.

III. La sentencia del Tribunal de Apelaciones

13. El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia en lo relativo a que la protección frente a los peligros del cambio climático constituye un derecho humano. Lo hizo basándose en decisiones anteriores del Tribunal Supremo Holandés, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resoluciones o informes de distintos organismos de las Naciones Unidas.

14. El Tribunal admitió que las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos vinculan principalmente a los estados. Sin embargo, el tribunal añadió que dichas obligaciones son también de aplicación a las relaciones privadas a través de la doctrina del efecto indirecto y horizontal de los derechos humanos.

15. Por tanto, el Tribunal de Apelaciones determinó que, en efecto, *Shell* tiene la obligación de contrarrestar los peligros del cambio climático. Sin embargo, el Tribunal no entendió que dicha obligación supusiera que *Shell* tuviera que reducir sus emisiones de CO₂ en un 45% o en cualquier otro porcentaje concreto.

IV. Las partes del proceso y su legitimación

16. Respecto a la legitimación activa, el Tribunal de Distrito había establecido que los intereses de las generaciones presentes y futuras no pueden ser agrupados y que tampoco era admisible representar los intereses de toda la población mundial. Sin embargo, los intereses de los residentes de los Países Bajos en evitar los peligros del cambio climático sí se consideraron lo suficientemente similares para que una fundación o asociación como *Milieudéfensie* interpusiera una demanda sobre la base de dichos intereses⁸.

17. *Shell* argumentó que los ciudadanos de Países Bajos tienen opiniones diversas sobre el ritmo y la manera en que se debe realizar la transición energética, pero el Tribunal de Apelación entendió que este argumento no impide que los intereses de los ciudadanos holandeses fueran lo suficientemente similares. Asimismo, *Shell* argumentó que los objetivos de la demanda eran políticos y no apropiados para un procedimiento civil. Sin embargo el Tribunal decidió que *Milieudéfensie* alegaba que *Shell* tenía de un deber jurídico de disminuir sus emisiones y que no importaba que la lucha contra el cambio climático también comportara decisiones de naturaleza política.

18. Respecto a la legitimación pasiva, el Tribunal se refirió a *Shell* como el accionista último de más de 1.100 compañías en todo el mundo y responsable de sus políticas de cambio climático⁹. Como sociedad *holding*, *Shell* incluía en sus informes las emisiones de CO₂ derivadas de los combustibles fósiles producidos y vendidos por las compañías de todo el grupo, el 95% de los cuales consistía en emisiones de Alcance 3. En sus informes, *Shell* admitía que tanto ella como sus filiales debían poner de su parte en la lucha contra el cambio climático y establecía algunos objetivos ambiciosos al respecto. No obstante, dichos informes también revelaban que la compañía había abandonado algunos de dichos objetivos a lo largo del tiempo y que había anunciado nuevas inversiones en combustibles fósiles, lo que dificultaba la transición energética.

V. Consenso científico y normativa sobre cambio climático

19. El Tribunal afirmó que ya existe un consenso científico sobre los impactos negativos del cambio climático¹⁰. Para ello se apoyó, entre otros, en informes del *Intergovernmental Panel on Climate*

⁸ §§ 6.1 a 6.9.

⁹ §§ 3.21 a 3.54.

¹⁰ §§ 3.6 a 3.11.

Change (IPCC) de las Naciones Unidas¹¹, con base en los cuales los peores efectos de dicho cambio climático se podrían evitar si las emisiones de CO₂ se redujeran en un 45% para 2030, en relación a los niveles de 2010 y en un 100% neto, para 2050. Para conseguir esto debería haber un fuerte descenso de la demanda de combustibles fósiles.

20. El Tribunal también aceptó que los efectos de dicho cambio climático ya se estaban empezando a advertir en Países Bajos¹² y que los estados habían reconocido dichos efectos y la necesidad de actuar, en sucesivos instrumentos internacionales¹³: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992¹⁴, el Protocolo de Kyoto de 1992¹⁵ o el Acuerdo de París de 2015¹⁶. Este último acuerdo establece que el calentamiento global debe mantenerse inferior a 2°C, en relación a la temperatura media de tiempos anteriores a la revolución industrial y que se debe apuntar a un incremento de la temperatura de no más de 1.5°C.

21. Asimismo, las políticas e instrumentos legales sobre cambio climático de la Unión Europea¹⁷ establecían un objetivo de reducción neta de las emisiones de gases de un 55% para 2030, en relación a los niveles de emisiones de 1990. La legislación de Países Bajos también obligaba al gobierno de este país a reducir a cero las emisiones netas de gases de efecto invernadero para 2050¹⁸. Además, como parte de los esfuerzos del gobierno holandés, se había llegado a un acuerdo no vinculante con *Shell*, conforme al cual la empresa se comprometía a reducir las emisiones de CO₂ derivadas de actividades bajo su control en 3.9 megatonnes.

VI. El efecto indirecto y horizontal de los derechos humanos

22. El Tribunal de Apelaciones repasó la jurisprudencia reciente en materia de cambio climático, destacando el caso *Urgenda*¹⁹, en el que el Tribunal Supremo holandés había establecido que el estado holandés tenía el deber de reducir las emisiones de gas en la medida acordada por el consenso de la comunidad científica y que este deber derivaba del derecho a la vida y al respeto a la vida familiar (artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)²⁰.

23. Asimismo, en el caso *Klimaseniorinnen c. Suiza*²¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también había visto una relación de causalidad entre el cambio climático y el disfrute de los derechos del Convenio, por lo que los estados tenían una obligación de garantizar dichos derechos en lo relativo al cambio climático, aunque existía un amplio margen de apreciación en lo relativo a los medios para alcanzar los objetivos de cambio climático²².

¹¹ El *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) es el órgano asesor de Naciones Unidas en materia de la ciencia del cambio climático (<https://www.ipcc.ch/>).

¹² §§ 3.12 y 3.13.

¹³ §§ 3.14 y 3.15.

¹⁴ United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107.

¹⁵ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 11 December 1997, entered into force 16 February 2005) 2303 UNTS 148.

¹⁶ Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) 3156 UNTS 79.

¹⁷ §§ 3.16 a 3.18.

¹⁸ §§ 3.19 y 3.20.

¹⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Hoge Raad der Nederlanden - Dutch Supreme Court*).

²⁰ §§ 7.7 y 7.8.

²¹ *KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland* [2024] ECHR 536 (Grand Chamber).

²² §§ 7.9 a 7.11.

24. El Tribunal de Apelaciones también hizo referencia a otras decisiones judiciales de tribunales no europeos²³. Asimismo, el Tribunal mencionó varios informes de las Naciones Unidas que calificaban a la protección frente al cambio climático como un derecho humano²⁴.

25. A continuación, el Tribunal de Apelaciones explicó que en Derecho holandés los derechos humanos no tienen por lo general, efecto horizontal; es decir, son exigibles frente al estado pero no frente a los particulares, que no pueden infringir tales derechos. Sin embargo, los valores contenidos en los derechos humanos son tan importantes que los particulares pueden invocar dichos derechos hasta cierto punto, en sus relaciones con empresas privadas²⁵.

26. En este sentido, el Tribunal repasó varios instrumentos e iniciativas en el plano de la empresa y los derechos humanos, que han tenido mucha aceptación y que han sido respaldados por organismos internacionales: Principios de las Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, el *Global Compact*²⁶, las *Net Zero Guidelines* de la *International Organization for Standardization*²⁷, la *Exponential Roadmap Initiative*²⁸ o la *Race to Zero*²⁹.

27. En tales instrumentos de *soft law* se considera que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos es un criterio global de conducta al que se espera que se adhieran todas las empresas, dondequiera que operen y que no es suficiente que las empresas hagan un mero seguimiento de los desarrollos normativos que se produzcan y que cumplan con lo dispuesto por los estados. Al contrario, se espera de las empresas que impidan o mitiguen los impactos negativos que dichas empresas tienen en los derechos humanos.

28. La conclusión del Tribunal de Apelaciones es que aunque los tratados de derechos humanos son de aplicación principal a los estados, los derechos humanos pueden afectar a las relaciones de derecho privado, al dar contenido a estándares abiertos de conducta como el criterio social de diligencia debida no escrito, del Código Civil holandés (artículo 6:162). Al definir este criterio, lo relevante sería establecer qué conducta es exigible a una persona o empresa, especialmente cuando tal conducta no está prescrita mediante normas específicas, de derecho público o no. Después de definir el contenido de tal deber de cuidado, su infracción dependerá de factores tales como la gravedad de la amenaza de un determinado peligro, la contribución a la creación de dicho peligro y la capacidad de contribuir a combatir tal peligro.

29. El Tribunal apoyó sus anteriores afirmaciones añadiendo que el cambio climático es un gran problema de nuestro tiempo, que los derechos a la vida y a la familia del Convenio Europeo de Derechos Humanos son decisivos para la interpretación del criterio social de diligencia debida, que la responsabilidad de combatir el cambio climático recae en todos, no solo en los estados, que las empresas han contribuido especialmente a la creación del problema y deben también contribuir a su solución, incluso cuando las normas de derecho público no les obliguen a ello.

²³ § 7.12.

²⁴ §§ 7.13 a 7.17.

²⁵ §§ 7.18 to 7.27.

²⁶ *United Nations Global Compact* (UNGC 2000) (<https://unglobalcompact.org/>).

²⁷ *Net Zero Guidelines* (International Organization for Standardization 2022) ISO/IEC Directives, Part 2 <https://www.iso.org/net-zero>

²⁸ *Exponential Roadmap Initiative: Halving Greenhouse Gas Emissions by 2030* (Exponential Roadmap Initiative 2023) <https://exponentialroadmap.org>

²⁹ *Race to Zero Campaign Criteria* (United Nations Framework Convention on Climate Change 2020) <https://racetozero.unfccc.int/>

VII. La imposibilidad de calcular una reducción específica de emisiones para *Shell*

30. El Tribunal también repasó la normativa de la Unión Europea en materia de cambio climático³⁰. La *Corporate Sustainability Reporting Directive* de 2022³¹ y la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* de 2024³² imponen a empresas como Shell la obligación de preparar planes de transición climática que se ajusten al Acuerdo de París y a los objetivos de la Unión Europea de neutralidad climática para 2050. Estos planes deben contener objetivos específicos que las empresas deben cumplir, desde 2030 hasta 2050. Sin embargo, dicha normativa comunitaria no establece una concreta tasa de reducción de emisiones para cada empresa y las empresas tienen – conforme a dichas normas – flexibilidad para escoger el modo de cumplir con los objetivos establecidos³³.

31. No obstante, el Tribunal observó que ni la normativa comunitaria, ni la holandesa, habían establecido que las compañías que cumplen con las medidas existentes para combatir el cambio climático dejan de tener ninguna otra obligación de reducir en mayor medida sus emisiones de CO₂. Es más, los gobiernos insisten en que las compañías tienen un deber propio de reducir sus emisiones. Así, las obligaciones derivadas de la normativa existente no impiden la existencia de un deber de cuidado basado en un criterio social no escrito, relativo a la obligación de las empresas de reducir sus emisiones de CO₂. Sin embargo, parte de tal deber de cuidado es, de todos modos, el cumplimiento de tal normativa.

32. En resumen, el Tribunal afirmó³⁴ que la protección frente a los peligros del cambio climático es un derecho humano y que los derechos humanos pueden tener un efecto en las relaciones humanas, a través de criterios de conducta abiertos, como el de diligencia debida. Tal criterio puede concretarse a través de instrumentos de *soft law* como los Principios de Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE. Las empresas tienen una obligación de contribuir a la mitigación de los peligros del cambio climático más allá de lo dispuesto por la normativa aplicable, nacional e internacional, pero dicha obligación dependerá de su contribución a dicho cambio climático, así como de su capacidad de hacer algo al respecto.

33. La Unión Europea estimula a grandes compañías como Shell a reducir sus emisiones mediante incentivos de precios pero, más allá de dichos incentivos, las compañías son libres de elegir su propia manera de reducir emisiones, dentro del plan de transición climática que deben adoptar, conforme a la normativa comunitaria, con tal de que dicho plan esté de acuerdo con los objetivos del Acuerdo de París³⁵. Por tanto, cumplir con el criterio de diligencia debida no exige una concreta reducción de emisiones del 45%.

VIII. Otros argumentos: inversiones, emisiones, reemplazo de mercado y efecto llamada

34. El Tribunal también se refirió a los planes de *Shell* para hacer nuevas inversiones en la producción de petróleo y gas³⁶. El problema estribaba en que una vez hechas dichas inversiones, la empresa que las realiza debe producir petróleo y gas durante mucho tiempo, para poder recuperar la gran inversión hecha al principio, a pesar de la posibilidad de sustituirlas por alternativas de bajas emisiones (*carbon*

³⁰ §§ 7.28 a 7.54.

³¹ Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting [2022] OJ L322/15.

³² Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859 [2024] OJ L, 2024/1760, 5.7.2024.

³³ § 7.51.

³⁴ §§ 7.55 a 7.57.

³⁵ § 7.56.

³⁶ §§ 7.58 a 7.62.

lock-in). Por esta razón el Tribunal aceptó que para lograr la deseada reducción de emisiones, no sólo debe haber una reducción de la demanda de combustibles fósiles, sino también una reducción de la oferta y por ello nuevas inversiones en este sector son contraproducentes. Sin embargo, el Tribunal afirmó que los demandantes solo habían solicitado que se ordenara a *Shell* reducir sus emisiones y que por ello no tenía que manifestarse sobre si estas nuevas inversiones son contrarias al criterio social de diligencia debida.

35. Respecto a las emisiones de Alcance 1 y 2, el Tribunal observó que *Shell* se había puesto como meta una reducción de este tipo de emisiones del 50% para el final de 2030, lo que iba más allá del requerido 45% y que en sus informes internos, *Shell* afirmaba haber reducido ya este tipo de emisiones en un 31% para el final de 2023. Por estas razones, el Tribunal entendió que no existía una inminente posibilidad de infracción de las obligaciones legales de *Shell* respecto a las emisiones de Alcance 1 y 2, como había afirmado la demanda³⁷.

36. Respecto a las Emisiones de alcance 3, el Tribunal partió nuevamente de que el consenso científico y de los organismos internacionales que se han ocupado del tema establecía que para limitar el calentamiento global a 1.5°C, debían reducirse las emisiones de CO₂ en un 45% para el final de 2030, en relación a los niveles de 2019 y en un 100% para 2050. Sin embargo, el Tribunal clarificó otra vez que estas son reducciones globales, lo que significa que habrá sectores y compañías en determinados países que tendrán que reducir más y otros menos y que el Tribunal no podía determinar qué específica reducción le correspondía conseguir a *Shell*³⁸. Además, como dijo el Tribunal de primera instancia, con respecto a las Emisiones de Alcance 3, *Shell* solo tendría una obligación de medios y no de resultado, porque lo máximo que *Shell* podría hacer es, por ejemplo, influir en el comportamiento de los consumidores finales de sus productos, pero no garantizar que dichos consumidores fueran a dejar de producir emisiones ellos mismos.

37. El Tribunal también puso el ejemplo de cómo *Shell* podría vender gas a una empresa que antes utilizara energía procedente del carbón. Esta venta incrementaría las emisiones de alcance 3 de *Shell* – emisiones de consumidores de productos de *Shell* –, pero como las emisiones procedentes de gas son menos peligrosas que las procedentes de carbón, en realidad esta operación llevaría a una disminución de las emisiones globales de CO₂³⁹. El Tribunal utilizó este ejemplo para, una vez más, justificar que cada empresa puede utilizar caminos distintos para contribuir a los deseados niveles de reducción de emisiones y de temperatura.

38. Asimismo, aunque la demandante aportó algunos informes para justificar la imposición de una específica tasa de reducción de emisiones a empresas como *Shell*, el Tribunal afirmó que dichos informes no eran unánimes y que el principio de prudencia no justificaba la imposición de una determinada tasa de reducción de emisiones, pues hay incertidumbre respecto a la tasa a emplear⁴⁰.

39. También con respecto a las Emisiones de Alcance 3, el Tribunal indicó que *Shell* sí puede influir en alguna medida en la demanda de los consumidores, pero por otro lado aceptó el argumento de la demandada de que una reducción en la oferta de combustibles fósiles por parte de *Shell* sólo conseguirá que tales combustibles fueran vendidos a los consumidores por otras empresas, sin que hubiera una verdadera reducción de emisiones (efecto reemplazo de mercado)⁴¹.

40. En este sentido, el Tribunal afirmó que es posible que hubiera una relación de causalidad entre una reducción de la producción de combustibles fósiles y una reducción de las emisiones de CO₂.

³⁷ §§ 7.63 a 7.66.

³⁸ §§ 7.67 a 7.73.

³⁹ §§ 7.74 a 7.75.

⁴⁰ §§ 7.82 a 7.96.

⁴¹ §§ 7.97 a 7.110.

Sin embargo, la demandante no había conseguido probar que hubiera una relación de causalidad entre una reducción de las ventas de combustible y una reducción de las emisiones, por el motivo explicado anteriormente: los combustibles que no vendiera *Shell* serían vendidos por otras empresas del sector. Así, la demandante no tenía realmente un interés en que se concediera lo pedido en la demanda, dado que incluso si el Tribunal ordenara a *Shell* la deseada reducción de emisiones del 45%, no se produciría una reducción global de emisiones en la misma medida, dado que los consumidores seguirían usando la misma cantidad de combustible, comprado de terceras partes.

41. Finalmente, el Tribunal también tachó de demasiado especulativo el argumento de la demandada de que si el Tribunal ordenara a *Shell* reducir sus emisiones en un 45%, como exigía la demandante, dicha orden tendría un efecto llamada que llevaría a semejantes reducciones por parte de otras empresas⁴².

IX. Conclusiones: la *lex artis* de los derechos humanos

42. Esta sentencia en apelación es relevante por tres motivos:

- a) Afirma claramente que las personas jurídicas tienen responsabilidades jurídicas derivadas de los derechos humanos o que estos se aplican indirectamente a ellas, como se deduce de muchos instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.
- b) Los aparentemente vagos criterios para la atribución de responsabilidad civil, presentes en muchos códigos civiles, pueden llenarse de contenido gracias a dichos instrumentos de *soft law*, que establecen las expectativas sociales respecto al comportamiento de las empresas.
- c) A día de hoy no es posible establecer en concreto el nivel de responsabilidad de una empresa por su contribución al cambio climático, ni es posible establecer en concreto la medida en que una empresa debe reducir dicha contribución.

43. Esta sentencia de apelación estaba siendo esperada ávidamente tanto por académicos expertos en el tema como por la industria del petróleo y el gas⁴³. La estrategia de los demandantes en el caso *Shell* no es única. Estrategias similares se han empleado en otras demandas relativas al cambio climático contra empresas contaminantes. Algunas de estas demandas se han interpuesto ante tribunales de países de tradición del *common law* (*Smith vs Fonterra*, en Nueva Zelanda⁴⁴) y otras en países del *civil law* o de tradición romano-germánica (*Greenpeace et al. vs ENI*, en Italia⁴⁵; *Asmania et al. vs Holcim* en Suiza⁴⁶). También se está llevando a juicio a los estados mediante demandas civiles. Uno de esos casos es el ya comentado más arriba, *Urgenda*, en el que los demandantes emplearon el mismo artículo del código civil holandés que se empleó contra Shell (artículo 6:162). También se puede señalar el caso *Giudizio Universale*, contra Italia, en el que se empleó la misma estrategia, alegando la aplicación del artículo 2043 del código civil italiano⁴⁷.

44. El primer punto que cabe destacar es que tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación señalan que las empresas tienen un especial deber de cuidado o de diligencia debida y que para satisfacer tal deber no basta únicamente el cumplimiento de las leyes y reglamentos aplicables, sino que

⁴² § 7.109.

⁴³ Carlo Vittorio Giabardo, Corporate Climate Responsibility After “Milieudéfensie vs. Shell” Court of Appeal Decision, *EJIL Talk*, 17 Diciembre 2024 (<https://www.ejiltalk.org/corporate-climate-responsibility-after-milieudéfensie-vs-shell-court-of-appeal-decision/>).

⁴⁴ *Smith v Fonterra Co-operative Group Ltd* [2024] NZSC 5.

⁴⁵ Tribunale di Roma, sez. I civile, ordinanza del 16 maggio 2023, n. 5867/2023.

⁴⁶ Bundesgericht, Urteil vom 9. Mai 2023, 1C_37/2023 (9 Mayo 2023).

⁴⁷ Tribunale Civile di Roma, sez. I, sentenza del 24 gennaio 2023, n. 502/2023.

hay que ir más allá. Esto es así porque dicho deber de cuidado se llena de contenido mediante referencias a las expectativas sociales que, en este caso, son expectativas de cumplimiento con estándares marcados por el consenso científico respecto a los peligros del cambio climático, sus causas y necesarias soluciones, los tratados de derechos humanos – cuyos valores impactan también en las relaciones privadas – y, por último, con el creciente número de instrumentos de *soft law* internacionales, que revelan las expectativas sociales respecto al comportamiento de las empresas, en especial las empresas transnacionales.

45. Es posible que este tipo de demandas y estrategias legales sean más viables en países del *civil law*, ya que es en estos países donde es más frecuente encontrar códigos civiles con una regulación de la responsabilidad civil que consiste en unos pocos principios generales que remiten a conceptos abiertos como el deber de cuidado, la diligencia debida o la prudencia. Es frecuente que estos principios generales se llenen de contenido por la jurisprudencia, a lo largo de décadas, en referencia a actividades e industrias concretas. Es así como surge el concepto de *lex artis*, como “conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”⁴⁸. Del mismo modo que el correcto modo de realizar una operación quirúrgica no tiene por qué estar regulado por una norma estatal y, sin embargo, en lo referente a la responsabilidad civil, es exigible del cirujano que desempeñe su tarea de un modo y con un cuidado específicos, determinados probablemente por la práctica profesional y publicaciones especializadas, podemos estar vislumbrando el amanecer de una *lex artis* de la empresa y derechos humanos, que estará formada, no sólo por los tratados, reglamentos y directivas comunitarios y leyes y reglamentos estatales, sino también por el ya ingente número de códigos de conducta, más o menos voluntarios, que van creando una especie de *lex mercatoria* de los derechos humanos en el mundo de la empresa transnacional, sobre todo en lo referente a aquellas empresas que tienen más posibilidades de causar daños tan graves a las personas y al medio ambiente que no cabe duda de que son – materialmente, si no formalmente – violaciones de los derechos humanos, como sucede en el campo de las empresas extractivas.

46. En lo referente a la responsabilidad por las Emisiones de Alcance 3, *Shell* argumentó que sería injusto declararla responsable de las emisiones de gas por productos solicitados y comprados por terceros, los consumidores finales de sus productos. *Shell* alegaba que no podía ser responsable tan solo por proporcionar productos de mercado que los participantes en el mercado necesitan y que la ley permite proporcionar. En opinión de *Shell*, es en todo caso tarea de la ley el actuar sobre la demanda de productos que se consideran nocivos. Se estaría de nuevo en el caso de productos como el tabaco, cuya producción y venta están permitidas por la ley, pero que tanto gobiernos como demandantes consideran nocivos. ¿Es posible, entonces, reclamar a una empresa tabacalera indemnizaciones millonarias por el daño que hacen sus productos “legales”? Estas objeciones de *Shell* son interesantes y revelan el potencial – positivo y negativo – que tienen las empresas como agentes sociales.

47. El argumento de los demandantes – y de los legisladores – sería el siguiente: las empresas son poderosísimas y están bien situadas para conseguir un cambio social positivo. Si no llevan a cabo tal cambio social – lo exija la ley o no – deben responder por ello. Este argumento ya se está empleando en la legislación de cambio climático y la prueba es que no sólo se tiene a las empresas energéticas en el punto de mira, sino también a los bancos y empresas financieras pues, ¿no es cierto que si los bancos dejaran de financiar a las empresas que emiten dióxido de carbono, las emisiones se acabarían o se reducirían en gran medida?

48. Se plantean por tanto dilemas ético-jurídicos interesantes sobre la responsabilidad de los agentes sociales en general. Si, como el Tribunal de Apelaciones holandés sostiene, la responsabilidad de las empresas va más allá del cumplimiento de la ley, ¿dónde acaba tal responsabilidad? El Tribunal parece decir que la responsabilidad la fija tanto el consenso científico como el consenso de las instituciones, en el seno de las cuales se han elaborado y aprobado los instrumentos de *soft law* en los que se

⁴⁸ *Lex artis*, Diccionario panhispánico del español jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>).

basa la sentencia. Sin embargo, ¿cómo de democrático es imponer obligaciones surgidas, no de un parlamento o institución intergubernamental, sino dentro de instituciones para-estatales, pretendidamente copadas por expertos, que no son necesariamente representativas de la población de ningún país?

9. Asimismo, resulta significativo que el Tribunal se refiriera en profundidad al problema de las inversiones, diciendo más tarde que, en realidad, no era relevante para el *petitum* de la demanda. Si no era relevante, ¿para qué *explayarse* diciendo que es cierto que *Shell* probablemente va a seguir contaminando más y más, debido a las inversiones que ha hecho, si el Tribunal no podía hacer nada al respecto? ¿Era quizá un guiño a futuros demandantes, indicándoles el camino a seguir?⁴⁹

50. Por último, se quiere hacer referencia al argumento del “reemplazo de mercado”. Como se recordará, *Shell* alegaba que si dejara de vender productos a sus consumidores, éstos simplemente los comprarían a otra empresa y el nivel de emisiones sería el mismo o peor, dado que si en vez de comprar gas a *Shell*, los consumidores compran carbón a un tercero, el nivel de emisiones podría incluso empeorar. La aparente validez de este argumento recalca la necesidad de una actuación coordinada sobre el nivel de emisiones, que alcance a todos los agentes, tanto las empresas como los consumidores; y esta es una acción que no pueden hacer los tribunales, sino los legisladores en el parlamento, o los gobiernos en las negociaciones de un tratado internacional que vincule al mayor número posible de estados y que se traduzca en normas estatales que obliguen a las empresas de cada país.

51. No obstante, el argumento de *Shell* también plantea interesantes dilemas éticos. ¿Podría un productor o traficante de drogas excusarse del daño que produce a la sociedad alegando que si no vende él las perniciosas drogas que se le han incautado, las vendería de igual modo cualquier otro traficante que está esperando para hacerse un hueco en el “mercado”? Es más, el mismo argumento de *Shell* se podría replicar aquí si el primer traficante alegara que su producto es más puro y por tanto menos nocivo que el de cualquier otro y que, sacándolo a él del mercado, lo que realmente se está haciendo es perjudicar a futuros compradores.

52. Sin embargo, la litigación de cambio climático se ocupa de un tipo de daños especial, en el que múltiples agentes actúan de modo que se causa un daño, sin que la conducta de ninguno de los agentes parezca aportar una diferencia significativa en sí misma⁵⁰. En estos casos es más difícil decir – como hace el Tribunal de Apelaciones – que los demandantes carecen de interés en la demanda – o en parte de ella – dado que, si se concediera lo que piden, el daño seguiría causándose. Si esto fuera así, se llegaría al probable absurdo de afirmar que, efectivamente, la contaminación, las emisiones y el aumento global de la temperatura son en verdad comportamientos-efectos nocivos y antijurídicos pero ante los que los tribunales no pueden hacer nada.

53. Un caso similar al del traficante de drogas puede arrojar algo de luz: un grupo de empresas arroja productos químicos nocivos a un lago. La polución de cualquiera de las empresas es suficiente para matar a todas las criaturas acuáticas del lago y cada una de las empresas demandadas alega que no tienen responsabilidad, puesto que el lago habría sido contaminado igualmente, incluso si ellas no hubieran realizado vertidos⁵¹. Tanto el derecho penal como el civil se han debido enfrentar a situaciones parecidas en las que varias causas producen un efecto determinado y la solución ofrecida por la ley suele ser la de considerar causantes a todos los agentes⁵². Quizá la misma argumentación deba aplicarse a la

⁴⁹ Brice Laniyan et Anne Stevignon, « *Affaire Shell : la Cour reste au milieu du gué* » *La revue des droits de l'homme*, Mayo 2025 (<https://journals.openedition.org/revdh/22549>).

⁵⁰ Paula Nieto, *The Market Substitution Argument in Milieudéfensie et al. v Shell judgment: A Threat to Justiciability for Scope 3 Emissions*, Ejil Talk, 20 December 2024 (<https://www.ejiltalk.org/the-market-substitution-argument-in-milieudéfensie-et-al-v-shell-judgment-a-threat-to-justiciability-for-scope-3-emissions/>).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Coautoría (artículo 28 del Código Penal español); responsabilidad solidaria entre varios autores del ilícito civil (artículo 1137 del Código Civil español) cuando existe “unidad de daño” y “conurrencia causal” (STS 241/2015, de 7 de mayo (RJ 2015, 1994)).

litigación de cambio climático, pero no es la que ha seguido el Tribunal de Apelaciones en el caso *Shell*. Se podría añadir que, incluso si lo hubiera hecho, el resultado habría sido el mismo, porque lo relevante de esta sentencia es que el Tribunal se muestra incapaz de calcular un porcentaje específico en el que la demandada deba reducir sus emisiones.

54. Se podría decir, para terminar, que la prueba de la causalidad que se exige habitualmente en otros casos – penales o civiles – no se debería exigir en este tipo de procedimientos. Como se ha visto, tener que probar que algo no habría ocurrido de no ser por la conducta del demandado – *Shell* – no es razonable cuando hay una multitud de agentes que pueden contribuir al daño de diversas maneras.

55. En definitiva, se podría decir que esta sentencia es una victoria pírrica para la litigación sobre cambio climático – ¿o quizá para *Shell*?⁵³ – puesto que, aunque el Tribunal de Apelaciones da la razón a la demandante en cuanto a que las empresas deben cumplir con obligaciones de derechos humanos derivadas de instrumentos internacionales – no sólo estatales o comunitarios – son esos mismos instrumentos internacionales los que no especifican las concretas obligaciones de conducta que deben de cumplir las empresas. Es decir, no especifican en qué medida deben dejar de emitir CO2 a la atmósfera. Habría que esperar a que dichos instrumentos internacionales fueran más concretos pero, para entonces, puede que los estados ya tengan obligación de legislar sobre las concretas tasas de emisiones que las empresas deben alcanzar y sentencias como ésta – que aplican indirectamente el derecho internacional de los derechos humanos – dejarán de tener tanto sentido.

⁵³ Bengt Johannsen, Louis J. Kotzé, Chiara Macchi, An empty victory? *Shell v. Milieudéfensie et al 2024*, the legal obligations of carbon majors, and the prospects for future climate litigation action, 10 March 2025, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (<https://doi.org/10.1111/reel.12604>), 270-278.

ESPECIAL

Special Section “EAPIL Winter School”

Attendees’ Contributions

Edited by

Silvia Marino

Professor in EU Law

University of Insubria, Como

From this issue, this Journal will host some contributions written by participants in the 2025 Winter School in European Private International Law of the European Association of Private International Law.

The course was organised by the University of Insubria, in cooperation with the Jagiellonian University in Kraków and the University of Murcia. It took place at the premises of the Department of Law, Economics and Culture of the University of Insubria. The School is co-funded by the European Union under the Jean Monnet Module: “European Private International Law: Recent Trends and Challenges” (EuPILART), and by the Insubria International Summer/Winter School Programme (IISS).

The Scientific Committee is composed by Silvia Marino, University of Insubria, as Director of the School; Javier Carrascosa González, University of Murcia; Anna Wysocka-Bar, Jagiellonian University in Kraków.

The 2025 edition of the Winter School was devoted to Multistate Torts. The lectures discussed a range of issues relating to the challenges of globalisation in the Private International Law treatment of cross-border torts. The first part of the course tackled the current rules and ongoing cooperation projects, taking into consideration the topic of jurisdiction parallel proceedings, applicable law and recognition and enforcement of judgments. The second part dealt horizontally most controversial, new and debated torts, such as online defamation, crypto assets, AI, patents, climate change, competition law, in a frame of human rights protection. The last lectures were organised in parallel sessions in order to discuss topics outside torts, that give rise to similar problems of multiplicity.

Due to the extremely interesting and challenging topics discussed, and the fruitful interaction with (and among) the participants during the course, some participants took the opportunity to study and research in depth some of the topics faced during the Winter School, in order to present their own contributions on related subject-matters. The first set is published in the following pages. It offers five comments to recent national case law and judgments of the Court of Justice of the European Union. These contributions are expression of the authors’ opinions only; ideas and views do not reflect necessarily those of the EU, or of the European Education and Cultural Executive Agency (EACEA), as funding entity; nor of EAPIL or its governing bodies.

The Scientific Committee wishes to thank *Cuadernos de Derecho Transnacional* for the great opportunity to host these contributions; and the attendees to the School for their engagement and their enthusiasm in the study and the research.

Il regolamento di Bruxelles I *bis* e la competenza giurisdizionale sulle eccezioni di nullità brevettuale. I riflessi della sentenza *BSH Hausgeräte*

The Brussels I *bis* Regulation and Jurisdiction over Patent Invalidity Exceptions. The Aftermath of the BSH Hausgeräte Judgment

STEFANO SIGNORIN

*Dottorando nell'Università degli Studi dell'Insubria
Como/Varese*

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:26.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9923

Riassunto: Il presente contributo si propone di esaminare la recente sentenza *BSH Hausgeräte*, attraverso cui la Corte di giustizia si è occupata della problematica relativa all'allocazione della giurisdizione quando, nell'ambito di un'azione per contraffazione, il convenuto rivendica incidentalmente la nullità del congegno brevettuale sottostante. In primo luogo, il caso è di assoluta rilevanza, poiché ha permesso alla Corte di precisare la portata dei propri insegnamenti ricavabili dalla pregressa giurisprudenza, che all'epoca avevano destato molti dubbi e interrogativi nella dottrina e tra gli operatori del diritto. Secondariamente, è stato possibile per la Corte riflettere circa il rapporto tra il sistema di Bruxelles e gli Stati terzi, palesando il contenzioso richiamato un forte fattore di collegamento situato al di fuori del perimetro dell'Unione.

Parole chiave: Tutela brevettuale, sistema di Bruxelles, azione per contraffazione, eccezione di invalidità, effetto riflesso.

Abstract: This contribution aims to examine the recent *BSH Hausgeräte* judgment, in which the Court of Justice addressed the issue of jurisdiction in cases where, within the context of an infringement action, the defendant incidentally raises the allegedly invalidity of the patent. First and foremost, the case is of particular significance as it allows the Court to clarify the scope of its earlier case law which, until now, had generated considerable debate and uncertainty among legal scholars and practitioners. Secondly, the Court reflects on the relationship between the Brussels regime and third States, to the extent that the dispute at hand reveals a strong connecting factor located outside the territorial framework of the European Union.

Keywords: Cross-border patent litigation, Brussels regime, infringement action, invalidity defense, reflexive effect.

Sommario: I. I tratti salienti della tutela brevettuale nell'UE. – II. I fatti del contenzioso e la domanda di pronuncia pregiudiziale. - III. L'armonia e la continuità interpretativa del sistema di *Bruxelles*. - IV. Il precedente storico: il caso GAT e i suoi strascichi. - V. La necessaria biforcazione del procedimento nelle controversie intra-UE, ovvero il coordinamento tra foro generale e foro esclusivo delle privative industriali. – VI. La fattispecie dell'eccezione di invalidità del brevetto convalidato in uno Stato terzo. - VII. Alcune considerazioni conclusive.

I. I tratti salienti della tutela brevettuale nell'UE

1. Uno degli aspetti caratteristici e maggiormente problematici del brevetto concerne la portata della protezione fornita¹. In virtù del principio di territorialità², proprio del diritto internazionale pubblico, uno Stato può disciplinare la materia del commercio esclusivamente all'interno del proprio territorio. Ne consegue perciò, nell'ottica dei soggetti che cercano di tutelare le proprie creazioni, un quadro frammentato e disomogeneo, dove ciascuno Stato tende a dotarsi di una apposita normativa brevettuale, la cui efficacia e i relativi effetti restano circoscritti al rispettivo ambito territoriale³.

2. Per questa ragione, sin dalla seconda metà dell'800 si sono susseguite molteplici iniziative improntate all'esigenza di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di salvaguardia della proprietà industriale⁴. Nel contesto europeo, la più rilevante è senza dubbio la Convenzione di Monaco del 1973, entrata in vigore nel 1977, a cui si deve l'istituzione dell'Organizzazione europea dei brevetti (EPOrg) e, in qualità di suo organo, dell'Ufficio europeo dei brevetti (EPO)⁵. Tale accordo è stato oggetto prima nel 1991, poi nel 2000 di una apposita Conferenza di Revisione che ha condotto all'adozione dello strumento emendato, vigente dal 2007 e denominato EPC2000⁶. Peraltro, tali modifiche si resero necessarie per recepire gli *standard* introdotti dall'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS), emerso al termine del c.d. *Uruguay Round* (1986-1994)⁷.

3. L'EPC2000 annovera tra gli Stati parti tutti gli attuali membri dell'Unione, nonché Stati terzi come la Turchia, la Svizzera e, a seguito della *Brexit*, il Regno Unito. La Convenzione non interviene, eccetto limitatamente, sui regimi brevettuali domestici. Essa prescrive una disciplina uniforme tanto in relazione ai presupposti della domanda di brevetto (questioni definitorie, requisiti di brevettabilità, soggetti legittimati), quanto alla procedura innanzi all'EPO, quindi centralizzata, di rilascio del titolo (valutazione, termini di durata, fase di opposizione)⁸. Nell'ipotesi di esito positivo, il soggetto interessato potrà vantare non già un singolo diritto di privativa, ma tanti quanti sono gli Stati aderenti che costui, secondo la propria discrezionalità, ha eletto in sede di compilazione della richiesta⁹. Il brevetto europeo in quanto tale non è allora un titolo propriamente unitario, bensì corrisponde ad un mosaico di brevetti

¹ Il brevetto rappresenta uno strumento attraverso cui bilanciare da un lato gli interessi del creatore o ideatore di una data innovazione della tecnica dall'altro, le aspettative della collettività in relazione ai benefici e all'esternalità positive derivanti da quella stessa opera dell'ingegno. Sotto il profilo strettamente giuridico-formale, esso implica conferire all'inventore, solitamente per un periodo di tempo ben definito, dei diritti di privativa sulla propria invenzione. In altri termini, ciò equivale alla possibilità per il soggetto titolare di godere del monopolio temporaneo nell'utilizzazione commerciale della *res* brevettata (A. VANZETTI/V. DI CATALDO/M. S. SPOLIDORO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2024, pp. 379-380; V. IAIA, "Le invenzioni. L'oggetto e i requisiti di brevettazione", in F. A. GENOVESE/G. OLIVIERI (a cura di), *Proprietà intellettuale. Segni distintivi, brevetti, diritto d'autore*, Torino, UTET, 2021, pp. 392-403; R. A. EPSTEIN, "The Basic Structure of Intellectual Property Law", in AA.VV. (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 25 ss.; G. PRESTI/M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. Volume I, Impresa – Contratti – Titoli di credito – Fallimento*, Torino, Zanichelli, 2017, pp. 64-65. M. BERALDO, *Brevetti e innovazioni. La difesa della proprietà industriale dall'Europa alla Cina*, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 16-17).

² N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 77-78; M. FORTEAU/A. MIRON/A. PELLET, *Droit International Public*, Parigi, LGDJ, 2022, pp. 671-736; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2019, pp. 315-324; J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 431 ss.

³ X. SEUBA, *The Global Regime for the Enforcement of Intellectual Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 328 ss.; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Cross-Border adjudication of intellectual property rights and competition between jurisdictions", *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, 2007, pp. 105-154.

⁴ Il primo strumento pattizio a vocazione universale sul tema è la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, fatta a Parigi, il 20 marzo 1883.

⁵ Convenzione sul brevetto europeo, siglata a Monaco di Baviera, il 5 ottobre 1973.

⁶ Atto di revisione della Convenzione sulla concessione di brevetti europei (EPC) del 5 ottobre 1973, riveduta il 17 dicembre 1991, sottoscritto a Monaco di Baviera, il 29 novembre 2000.

⁷ Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, concluso a Marrakech, il 1° gennaio 1995, nel quadro degli accordi che hanno portato alla creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC); A. C. STRENC, *Intellectual Property Law: European Patent Convention*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2022, p. 1 ss.

⁸ G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 45.

⁹ G. BENNACCHIO, *Diritto Privato dell'Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, CEDAM, 2022, pp. 409-410.

nazionali indipendenti e paralleli¹⁰. A questo proposito, la Convenzione in parola non si discosta dal principio di territorialità poiché, con riguardo alle vicende posteriori al rilascio, la “vita” di ciascuna delle porzioni nazionali che compongono il titolo europeo è assoggettata alla legge dello Stato parte a cui lo stesso si rivolge. Così, la protezione fornita corrisponde essenzialmente a quella risultante da un normale brevetto nazionale¹¹. Su questa linea, la Convenzione è sprovvista di norme materiali intese a regolare le dispute transfrontaliere che sorgano in relazione a questa particolare specie di brevetto, rimettendo la questione al diritto internazionale privato e processuale degli Stati contraenti. Parimenti, si disinteressa di uniformare quegli adempimenti interni di varia natura, in genere pecuniari, previsti a pena di decadenza per il perfezionamento del titolo¹².

4. In relazione all’Unione europea, per ovviare a tali limiti si è cercato di introdurre, inizialmente senza successo, un titolo brevettuale dal carattere unitario ed autonomo, opponibile nel territorio di ciascuno Stato membro e di conseguenza interamente sottoposto alle norme di diritto materiale uniforme, sia quelle sostanziali inerenti al contenuto della privativa, sia quelle processuali¹³.

5. La svolta si è registrata solo a seguito dell’instaurazione della procedura di cooperazione rafforzata *ex art. 20 TUE*, vale a dire la possibilità di porre in essere per un gruppo di Stati membri un’integrazione avanzata in uno specifico settore. Per la tutela brevettuale unitaria, essa veniva autorizzata dal Consiglio con la Decisione (UE) 2011/167 del 10 marzo 2011¹⁴. A quest’ultima facevano seguito i regolamenti n. 1257/2012 e n. 1260/2012 che, con base giuridica fissata nell’art. 118 TFUE, stabiliscono il sistema di tutela brevettuale unitaria (“*patent package*”)¹⁵. A rigore, la piena operatività di quest’ultimo era subordinata all’adozione dell’Accordo sul tribunale unificato dei brevetti (UPCA) avvenuta già nel 2013, ma in vigore solamente dal 1° giugno del 2023¹⁶.

6. La disciplina regolamentare trova la propria *raison d’être* all’art. 142 dell’EPC2000¹⁷, mentre lo strumento che istituisce il Tribunale unificato rappresenta un “accordo speciale” ai sensi dell’art. 149a della medesima Convenzione che, nell’ultima revisione, si preparava ad accogliere i potenziali sviluppi

¹⁰ *Ibid.*; al riguardo, la dottrina è solita adoperare l’espressione “fascio di brevetti nazionali”. Per un’analisi approfondita delle implicazioni di tale dizione e più in generale della protezione offerta dal titolo europeo, M. S. SPOLIDORO, “Le garanzie sui brevetti europei”, *AIDA*, 2010, p. 171 ss.

¹¹ G. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 26-30.

¹² *Ibid.*

¹³ Negli anni ’70 del secolo scorso, si segnala la Convenzione sul brevetto europeo per il Mercato comune (76/76/CE), *GUCE* L 017 del 26 gennaio 1976, pp. 1-28, che non è mai entrata in vigore e la stessa sorte toccò allo strumento di revisione, cioè all’Accordo sul brevetto comunitario (89/695/CEE), *GUCE* L 401 del 30 dicembre 1989, pp. 1-27. Negli anni 2000, rileva la proposta di regolamento del Consiglio relativo al brevetto comunitario (presentato dalla Commissione), COM(2000) 412 def., *GUUE* C 337E del 28 novembre 2000. L’impianto ideato dalla Commissione “agganciava” il brevetto comunitario all’EPC2000. In termini pratici, esso si basava sull’attivazione della clausola di flessibilità di cui all’art. 308 TCE (ora 352 TFUE), prevedendo, fra l’altro, la creazione di istanze giurisdizionali specializzate sulla scorta dell’art. 229A TCE, introdotto appositamente con il Trattato di Nizza (G. GUGLIEMETTI, “Natura e contenuto del brevetto europeo con effetto unitario”, in C. HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 10).

¹⁴ Decisione (UE) 2011/167 del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell’istituzione di una tutela brevettuale unitaria, *GUUE* L 76 del 22 marzo 2011, pp. 53-55.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell’istituzione di una tutela brevettuale unitaria, *GUUE* L 361 del 31 dicembre 2012, pp. 1-8; Regolamento (UE) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell’istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, *GUUE* L 361 del 31 dicembre 2012, pp. 89-92.

¹⁶ Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, fatto a Bruxelles, il 19 febbraio 2013, *GUUE* C 175 del 20 giugno 2013, pp. 1-40.

¹⁷ Art. 142, par. 1 e 2 EPC2000: “1. Any group of Contracting States, which has provided by a special agreement that a European patent granted for those States has a unitary character throughout their territories, may provide that a European patent may only be granted jointly in respect of all those States. 2. Where any group of Contracting States has availed itself of the authorisation given in paragraph 1, the provisions of this Part shall apply”.

dell'ambito brevettuale dell'UE¹⁸. Nello schema attuale l'EPO è l'organo competente della procedura di rilascio del titolo unitario; sono state create istanze giurisdizionali *ad hoc* e il regime linguistico è determinato mediante il rinvio, operato dall'art. 2 del regolamento n. 1260/2012, all'art. 14, par. 3, dell'EPC2000, dove si prevede la soluzione del trilinguismo (inglese, francese, tedesco)¹⁹.

7. Al brevetto europeo si può anettere un effetto unitario, tale per cui il suo titolare disporrà di una tutela uniforme in tutti gli Stati membri per i quali è stato richiesto purché questi, ovviamente, vi abbiano debitamente aderito. A rigore, la giurisdizione speciale del Tribunale unificato (UPC) ricomprende anche il brevetto europeo “puro” (artt. 3, 32 e 33 UPCA), sennonché è previsto un periodo transitorio di sette anni, prorogabile, durante il quale il rispettivo titolare o il richiedente ha facoltà di *opt-out*, cioè di rinunciare alla cognizione esclusiva di tale istanza (art. 83 UPCA)²⁰. Al riguardo, l'entrata in vigore dell'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti è stata subordinata, come indica l'articolo 89 UPCA, agli opportuni adattamenti del regolamento n. 1215/2012 (nel prosieguo: *Bruxelles I bis*)²¹.

II. I fatti del contenzioso e la domanda di pronuncia pregiudiziale

8. Con sentenza del 25 febbraio 2025, la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, si è pronunciata sul caso *BSH Hausgeräte*²², concernente le implicazioni sul titolo di giurisdizione esclusivo in materia di privative, in ipotesi di questione incidentale di nullità brevettuale sollevata nel corso di un procedimento per contraffazione. In particolare, la Corte ha avuto modo di precisare alcuni insegnamenti già ricavabili dalla propria giurisprudenza, ma per certi versi rimasti “oscuri” e assai problematici. Dunque, la pronuncia rafforza la certezza e la prevedibilità delle soluzioni del diritto internazionale privato dell'Unione, *a fortiori* considerando che la Corte, palesando la controversia un forte collegamento con uno Stato terzo, ha adombrato – ancora una volta - la teoria del c.d. “*effet réflexe*” con specifico riguardo all'art. 24, par. 4, del regolamento *Bruxelles I bis*²³.

9. Questi, in breve, i fatti di causa. La BSH Hausgeräte GmbH (BSH), società di diritto tedesco, detiene il brevetto europeo “EP 1434 512”. Il titolo rilasciato dall'EPO risulta opponibile non solo in molteplici Stati membri (Austria, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Spagna, Regno di Svezia), ma anche in Paesi terzi, cioè Turchia e Regno Unito²⁴. Nella qualità di attore, la BSH intenta una azione per contraffazione fondandola sul brevetto europeo, del quale lamenta una violazione plurilocalizzata, ossia di tutte le sue frazioni nazionali, da parte della Aktiebolaget Electrolux (Electrolux), società con sede legale in Svezia.

¹⁸ Art. 149a EPC2000: “*Nothing in this Convention shall be construed as limiting the right of some or all of the Contracting States to conclude special agreements on any matters concerning European patent applications or European patents which under this Convention are subject to and governed by national law*”.

¹⁹ L'Italia e la Spagna avevano deciso di sottrarsi alla cooperazione rafforzata, avversando addirittura la Decisione del Consiglio dinanzi alla Corte di giustizia, in aperta opposizione proprio alla soluzione del trilinguismo. Sempre l'Italia, vedendo respinte per intero le proprie doglianze, e con il rischio di danneggiare gli attori economici nazionali, ha deciso di partecipare a questo nuovo sistema di protezione brevettuale. Corte di giustizia 16 aprile 2013, *Italia e Spagna v. Consiglio*, cause riunite C274/11 e C295/11, ECLI:EU:C:2013:240, in F. POCAR, “La cooperazione rafforzata in materia di brevetti e la Corte di giustizia dell'Unione europea”, in C. HONORATI (a cura di), *op. cit.*, pp. 1-9; altresì O. FERACI, “L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico”, *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2013, pp. 955-964.

²⁰ Sull'ambiguità del meccanismo di “*opt-out*”, M. BOSSHARD, “L'entrata in vigore del pacchetto sul brevetto unitario. Il regime transitorio e la dichiarazione di *opt-out*”, in C. HONORATI (a cura di), *op. cit.*, p. 203 ss.

²¹ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), *GUUE L 351* del 20 dicembre 2012, pp. 1-32.

²² Corte di giustizia 25 febbraio 2025, *BSH Hausgeräte*, C339/22, ECLI:EU:C:2025:108.

²³ Vedi *infra* par. VI, nota 75.

²⁴ Art. 67 dell'Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, *GUUE C 384I* del 12 novembre 2019, pp. 1-177.

10. Viene adito proprio il giudice svedese del Tribunale della proprietà intellettuale e del commercio (*Patent-och marknadsdomstolen*), quale foro del domicilio della convenuta ai sensi dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis. Alla luce dell'illustrata conformazione del brevetto europeo, la scelta operata dell'attore ha un indubbio vantaggio. La norma processuale enunciata dall'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis designa un foro generale sia per le persone fisiche sia giuridiche, codificando il principio dell'*actor sequitur forum rei*²⁵. Pertanto, la portata della competenza giurisdizionale attribuita al giudice è generale, nel senso che permette all'attore di agire a tutela integrale dei propri diritti di esclusiva, concentrando tutte le proprie pretese in un'unica azione complessiva dinanzi allo stesso organo di giustizia, evitando di proporre un numero di ricorsi indipendenti pari alle parti nazionali del brevetto che si suppone violato. A corredo, la BSH sollecita l'emissione di un provvedimento ingiuntivo volto alla cessazione dell'illecito, unitamente alla richiesta di essere compensata per i danni subiti dalla condotta del presunto contraffattore.

11. Sul piano della *litigation strategy*, un'altra strada percorribile dalla BSH poteva essere quella di convenire l'Electrolux nel foro dello Stato dove l'evento dannoso si è prodotto o poteva avvenire (c.d. *locus commissi delicti*)²⁶, ai sensi dell'art. 7, par. 2, del regolamento Bruxelles I bis. Nondimeno, gli svantaggi di tale scelta sono immediatamente percepibili dai connotati peculiari dal meccanismo di protezione brevettuale dedotto in lite. Come emerge dai casi *Wintersteinger*²⁷ e *Hejduk*²⁸, il giudice competente alla stregua della regola richiamata non può che coincidere con quello dello Stato membro in cui risulta convalidata la parte nazionale del brevetto europeo, quale effetto del principio di territorialità. È evidente che all'attore non gioverebbe frammentare la propria domanda, oltre al fatto che tale norma non gli consentirebbe comunque di evocare in giudizio l'Electrolux dinanzi al giudice turco.

12. Dal proprio canto, la convenuta contesta sotto più profili il titolo di giurisdizione risultante dall'art. 4, par. 1 del regolamento Bruxelles I bis. In primo luogo, essa chiede al giudice adito di respingere il ricorso nella parte riguardante le componenti "straniere" del brevetto, vale a dire di tutte, fuorché quella svedese. Secondariamente, per ciascuna di quelle porzioni ne eccepisce l'invalidità. In tale circostanza, secondo l'Electrolux, il procedimento per contraffazione verrebbe necessariamente assorbito, vista l'inscindibilità delle due questioni, nell'ambito di competenza dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis. Ivi, si configura un foro esclusivo delle privative industriali, stabilendo che lo Stato di registrazione o di deposito del brevetto sia il solo competente a conoscere di azioni "*in materia di registrazione e di validità [...] a prescindere dal fatto che la questione sia sollevata mediante azione o eccezione*". Per fisiologica conseguenza, il giudice svedese dovrebbe dichiarare d'ufficio la propria incompetenza conformemente all'art. 27 del regolamento Bruxelles I bis. Inoltre, la particolare di disciplina interna (art. 61, par. 2 della c.d. *patentlagen*)²⁹, che reca un termine al convenuto per la proposizione della domanda di nullità, sarebbe irrilevante.

13. Nelle memorie di replica, ad avviso della BSH, la norma imperativa sulla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis non travolge l'azione principale che è *per se* di mera contraffazione né, in ogni caso, può estendersi a Paesi terzi, interferendo con la competenza dei giudici degli Stati membri. L'azione di contraffazione e la relativa eccezione di nullità, sollevata con intento difensivo, devono essere trattate separatamente. Per questi motivi e sulla scorta dell'art. 61, par. 2 della

²⁵ Ai sensi dell'art. 63, è talvolta possibile individuare più di un solo foro generale dal carattere alternativo a disposizione di chi agisce (F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I, parte generale e obbligazioni*, Milano, UTET, 2024, pp. 97-101; S. MARINO, "Cross Border Private Enforcement of EU Competition Law: In Quest of Localisation", *FSJE*, n. 1, 2025, p. 114. Per un approccio critico: J. C. GONZÁLEZ, "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2019, pp. 112-138).

²⁶ F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, pp. 111-123.

²⁷ Corte di giustizia 19 aprile 2012, *Wintersteiger*, C523/10, ECLI:EU:C:2012:220, par. 27 e 28.

²⁸ Corte di giustizia 22 gennaio 2015, *Hejduk*, C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28, par. 36 e 37.

²⁹ Legge sui brevetti, n. 837 del 12 gennaio 1967 (SFS: 1967/837), Sezione 61.

patentlagen, l'attore è convinto che la competenza giurisdizionale vada ridistribuita: mentre la convenuta dovrebbe far valere l'asserita invalidità presso il foro di ciascuno Stato di registrazione, il giudice adito resta competente a definire, anche provvisoriamente, il procedimento per contraffazione sull'intera condotta illecita attribuita all'Electrolux, compresa la violazione della componente turca del brevetto controverso.

14. In prime cure prevalgono le ragioni dell'Electrolux e la BSH si vede parzialmente soccombere. A seguito di ricorso, la Corte d'appello di Stoccolma (Svea hovrätt) dubita di poter conoscere e trattare l'azione cumulativa intentata dalla BSH sulla scorta dell'art. 4, par 1, del regolamento Bruxelles I bis, nella misura in cui non gli è chiaro come si coordini tale disposizione con l'art. 24, par. 4. Nello specifico, con riguardo ai brevetti stranieri, il dubbio verte sull'ampiezza della declinatoria di competenza, se è tale da estendersi all'intero procedimento, ovvero solamente alla questione incidentale di nullità. In relazione al primo quesito, il giudice del rinvio si interroga sul contributo che le norme interne, quali l'art. 61 della *patentlagen*, hanno in relazione alla corretta interpretazione e applicazione dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis.

15. Da ultimo, ma di grande interesse, si chiede alla Corte di giustizia di fare luce circa l'applicazione dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis nei riguardi degli Stati terzi. Per la verità, la formulazione dell'ultimo quesito pregiudiziale è fuorviante e non coglie appieno il dubbio nutrito dal giudice del rinvio³⁰. Occorre muovere dall'assunto che il giudice di uno Stato membro, conformemente all'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis è certamente competente per controversie aventi legami con Paesi terzi. In aggiunta, è altrettanto assodato che detto regolamento configuri un "regime di competenza interna all'Unione"³¹ e perciò non intenda attribuire giurisdizione alle autorità degli Stati terzi. Diversamente, ciò che viene chiesto è se, oltretutto sulla contraffazione, il giudice del domicilio del convenuto conservi cognizione sulla questione della nullità, introdotta come eccezione processuale, della porzione di brevetto convalidata in Turchia.

III. L'armonia e la continuità interpretativa del sistema di Bruxelles

16. La Corte di giustizia ha sempre interpretato le norme del sistema di Bruxelles³², e più in generale quelle degli altri strumenti normativi dell'Unione, enucleando nozioni "autonome" o "comuni"³³ che, proprio come nel caso di specie, in assenza di specifici riferimenti o rinvii, non risentono dei diritti nazionali degli Stati membri³⁴.

17. Tale compito, demandato alla Corte di giustizia, volto a garantire l'uniformità del diritto dell'Unione, ha una diversa sfumatura quando essa è chiamata ad esprimersi su discipline che costituiscono il risultato di una rifusione di precedenti normative. In linea di principio, essa opera in conformità all'esigenza di mantenere una continuità interpretativa con le normative previgenti. Altre volte, invece, come fatto notare in dottrina, la dote innovativa della revisione è tale che alla Corte non resta – si potrebbe dire – che ricominciare da capo, fornendo una nuova interpretazione autonoma³⁵.

³⁰ Vedi *infra* par. VI.

³¹ BSH, cit., par. 55.

³² Con la formula "sistema di Bruxelles" si ricomprende: la Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, siglata a Bruxelles, il 27 settembre 1968, GUCE C 027 del 26 gennaio 1998, pp. 1-27, sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GUUE L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-12 (noto come regolamento di Bruxelles I), sostituito a sua volta dal richiamato regolamento di rifusione "Bruxelles I bis".

³³ S. M. CARBONE/C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento (UE) n. 1215/2012*, Torino, Giappichelli, pp. 66-73.

³⁴ BSH Hausgeräte, cit., par. 26-27.

³⁵ Vedi le considerazioni di S. MARINO, "La scissione fra creditore e foro del creditore nelle obbligazioni alimentari. Osservazioni a margine della sentenza WV della Corte di giustizia dell'Unione europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2021, pp. 989-990.

18. In relazione al regolamento Bruxelles I *bis*, l'armonia e la continuità interpretative con le normative che ha sostituito sono state tanto auspicate dallo stesso legislatore, quanto ribadite da una costante giurisprudenza della Corte³⁶. Nondimeno, la sentenza *BSH* è del tutto peculiare, in quanto il giudice dell'Unione ha dovuto scontare le conseguenze infelici di un proprio precedente giurisprudenziale molto criticato, vale a dire il caso *GAT*³⁷. Chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*, essa si è ritrovata "intrappolata" in un orientamento che con tutta probabilità avrebbe reso oggetto di un *revirement*³⁸.

IV. Il precedente storico: il caso GAT e i suoi strascichi

19. L'odierno dettato dell'art. 24, par. 4, del Regolamento Bruxelles I *bis* costituisce la codificazione degli approdi giurisprudenziali maturati nell'ambito del caso *GAT*³⁹. La causa presentava, in effetti, molteplici profili di sovrapposizione con la fattispecie da cui origina il rinvio pregiudiziale nel caso *BSH*. In quella circostanza entrambi i litiganti, ovverosia la Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG (*GAT*) e la Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (*LuK*), erano società stabilite in Germania. La prima aveva intrapreso presso il Tribunale di Düsseldorf (Landgericht Düsseldorf) una azione di accertamento di non contraffazione (c.d. *non infringement action*), per negare i diritti di privativa della seconda, legati a due brevetti convalidati in Francia. A sostegno della propria domanda, ne rivendicava anche la nullità. Il giudice dell'azione, dichiarandosi competente a pronunciarsi globalmente, quindi anche sulla questione accessoria, respingeva la domanda attorea. In appello, il giudice dell'impugnazione (Oberlandesgericht Düsseldorf) decideva invece di sospendere il giudizio, per interpellare la Corte.

20. All'epoca, per fare fronte alla laconicità della normativa, i giudici dei vari Stati membri seguivano diversi approcci⁴⁰. Taluni operavano come il giudice di prime cure del caso *GAT*; altri ritenevano di separare le due questioni e contestualmente allocare la competenza giurisdizionale⁴¹; altri ancora, specie i giudici inglesi e italiani, si dichiaravano incompetenti a favore indirettamente dello Stato di registrazione⁴².

21. Con una pronuncia salutata con scetticismo dalla dottrina⁴³, la Corte aveva statuito che l'indicazione del foro esclusivo di cui all'art. 16, par. 4, della Convenzione di Bruxelles del 1968, si

³⁶ Considerando n. 34 del regolamento Bruxelles I *bis*; sull'equivalenza tra le interpretazioni fornite per le differenti generazioni di regole enunciate dagli strumenti costitutivi del sistema di Bruxelles, *ex multis*: Corte di giustizia 31 maggio 2018, *Nothartová*, C306/17, ECLI:EU:C:2018:360, par. 18. Ancora più emblematica, Corte di giustizia 1° luglio 2019, *Reitbauer*, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577, par. 36: "In via preliminare, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, nella misura in cui il regolamento n. 1215/2012 abroga e sostituisce il regolamento n. 44/2001 che, a sua volta, sostituisce la convenzione del 27 settembre 1968 [...] l'interpretazione fornita dalla Corte in merito alle disposizioni di questi ultimi strumenti giuridici vale parimenti per il regolamento n. 1215/2012, laddove tali disposizioni possano essere qualificate [come] equivalenti".

³⁷ Corte di giustizia 13 luglio 2006, *GAT*, C4/03, ECLI:EU:C:2006:457.

³⁸ Si coglie lo spunto offerto dalle Conclusioni dell'Avvocato generale (AG), N. Emiliou, 22 febbraio 2024, *BSH Haugeräte*, C339/22, ECLI:EU:C:2024:159, par. 64.

³⁹ Sulla "valenza normativa" del dispositivo della sentenza *GAT*: P. FRANZINA, "Armonia decisoria e competenza giurisdizionale nel regolamento di 'Bruxelles I-bis'", in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 118, nota come lo stesso insegnamento sia riscontrabile nell'art. 22, par. 4 della Convenzione riguardante la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, aperta alla firma a Lugano, il 20 ottobre 2007, *GUUE* L 147 del 10 giugno 2009, pp. 5-43 (Convenzione di Lugano II).

⁴⁰ J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 343-347.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*; sulla prassi seguita dalle corti inglesi, B. UBERTAZZI, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 79.

⁴³ In particolare, P. JOHNSON, "Adjudication of patent validity is sent home", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n. 1, 2006, pp. 688-689; L. FUMAGALLI, "Giurisdizione esclusiva e accertamento incidentale della validità di brevetto nel sistema di Bruxelles I", *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 2007, p. 735 ss.; M. E. ANCEL, "L'arrêt GAT: une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe", *ERA forum*, n. 1, 2007, pp. 27-38.

applicasse a tutte le liti in materia di registrazione e di validità del brevetto, indipendentemente dal mezzo processuale mediante il quale veniva introdotta la questione. Il dispositivo della Corte poggiava su tre argomenti portanti.

22. Anzitutto, la Corte ricavava la *ratio* della regola discussa dalle esigenze di buona amministrazione della giustizia, vale a dire conferire competenza ad Autorità giurisdizionali che, per prossimità materiale e giuridica, sono in una posizione migliore per conoscere e trattare di determinate controversie⁴⁴. Questo è il caso della materia brevettuale, dove peraltro le operazioni di convalida dei titoli di privativa sono di pertinenza dell'amministrazione nazionale, integrando l'esercizio delle prerogative sovrane. Sempre in relazione alla peculiarità della protezione fornita dai brevetti, gli Stati riservano il contenzioso in tale ambito a istanze specializzate⁴⁵. Da qui, la Corte prendeva in considerazione la collocazione della norma discussa e la sua funzione teleologica nel sistema della Convenzione di Bruxelles, ricavandone, dal carattere imperativo ed esclusivo, la prevalenza sulle altre regole generali disciplinanti i titoli di giurisdizione⁴⁶. La Corte ha privilegiato un'interpretazione estensiva di una regola che, a livello sistematico, rappresentava invece un'eccezione al regime giurisdizionale ordinario dettato dalla Convenzione.

23. Su questa iniziale premessa, la Corte ravvisava l'urgenza di non consentire a un giudice diverso da quello dello Stato di registrazione di definire, pure in via incidentale, l'eccezione di invalidità. Essa affermava che sarebbe stato agevole per l'attore formulare la propria domanda giudiziale in modo tale da eludere la natura vincolante della competenza prefigurata dall'art. 16, par. 4 della Convenzione⁴⁷. A rigore, però, questa posizione pare tuttora condivisibile unicamente in relazione alle azioni di accertamento negativo della contraffazione, come nel caso citato, dove il margine di chi agisce è ampio in sede di formulazione della domanda⁴⁸.

24. Gli altri due argomenti delineano le ripercussioni che, secondo la Corte, si sarebbero verificate, qualora si fosse acconsentito allo scenario censurato, ossia la moltiplicazione dei fori abilitati a esprimersi sul medesimo punto controverso e, conseguentemente, il rischio di potenziali pronunce inconciliabili, a detrimento della prevedibilità dello schema della Convenzione di Bruxelles⁴⁹.

25. In realtà, i due pericoli intravisti dalla Corte afferiscono complessivamente ad una lacuna tuttora attuale del sistema di Bruxelles, cioè l'assenza di una regola di diritto uniforme sugli effetti della decisione resa *incidenter tantum* sulla questione della validità del brevetto, ma che virtualmente potrebbe riguardare altre materie per le quali sono stabiliti fori esclusivi, ad esempio quelle enunciate dall'art. 24, par. 1-3, del regolamento Bruxelles I bis. In effetti, stante la difformità delle legislazioni processuali domestiche non si può escludere che, nello Stato del foro in cui è rilasciata, detta decisione assurga a giudicato implicito con efficacia *erga omnes*⁵⁰.

26. Pur non sottovalutando il tema, la Corte in *GAT* avrebbe potuto ragionare in termini meno assolutistici e fornire una risposta più elastica. Le osservazioni del Governo tedesco, condivise dalla LuK, rimarcavano come il diritto nazionale alla statuizione incidentale sulla nullità annettesse efficacia *inter partes*. Può essere interessante rammentare che ciò si verifica anche nell'ordinamento italiano⁵¹.

⁴⁴ *GAT*, cit., par. 21.

⁴⁵ *GAT*, cit., par. 22.

⁴⁶ *GAT*, cit., par. 24-25.

⁴⁷ *GAT*, cit., par. 27.

⁴⁸ M. E. ANCEL, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁹ *GAT*, cit., par. 28-30.

⁵⁰ F. SALERNO, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2010, p. 11; P. FRANZINA, "Considerazioni intorno alla cognizione delle questioni pregiudiziali nella disciplina comunitaria della competenza", *Int'l Lis*, n. 3-4, 2006, pp. 119-122.

⁵¹ A. VANZETTI/V. DI CATALDO/M. S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 557; M. FALABELLA, "Nullità ed estinzione del brevetto", in F. A. GENOVESE/G. OLIVIERI (a cura di), *op. cit.*, pp. 577-584. Ciò è oggi pacifico, a seguito di un'evoluzione giurisprudenziale e normativa. Al contrario, in tempi più risalenti la dottrina dava conto dell'efficacia *erga omnes* della decisione resa incidental-

Nel difetto di una nozione comune di “*res judicata*”, la Corte aveva accolto quelle degli Stati membri. In tal senso, nella sentenza *Hoffmann* essa aveva stabilito che la portata e gli effetti del giudicato straniero dovevano essere determinati alla stregua dell’ordinamento da cui promanava⁵². Inoltre, nella stessa causa la Corte spiegava con linearità che l’inconciliabilità delle pronunce sussiste solo quando dei provvedimenti giurisdizionali producono conseguenze giuridiche reciprocamente escludenti⁵³. Orbene, si tratta di provvedimenti giurisdizionali che devono logicamente avere pari forza giuridica. Independentemente dall’approccio, non vi può essere contrasto tra una pronuncia incidentale con effetti limitati alle parti sulla nullità del brevetto, e una successiva decisione di opposto tenore con efficacia *erga omnes* emessa dallo Stato di registrazione. Tale assunto regge, fintantoché il convenuto invoca la nullità a mezzo di difesa, arricchendo di questo nuovo fatto la cognizione del giudice adito. Di contro, è certa ed esclusiva la competenza del giudice dello Stato di registrazione o di convalida del titolo, qualora l’interessato sfrutti la domanda attorea per soddisfare una propria pretesa in corso di causa, quindi proponga un’azione riconvenzionale di nullità del brevetto⁵⁴.

27. Come accennato sopra, questa prospettiva avrebbe comportato che la vicenda processuale del caso *GAT* e quelle analoghe ricevessero un trattamento differenziato, in funzione delle particolarità degli ordinamenti nazionali coinvolti. A questo proposito, la Corte ravvisava comprensibilmente il pericolo di pregiudicare la parità e l’uniformità dei diritti e degli obblighi degli Stati membri posti dalla Convenzione di Bruxelles e nel farlo citava la sentenza *Duijnste*. Qui, la Corte si era soffermata sul principio di certezza del diritto comunitario in relazione agli scopi perseguiti dalla Convenzione, rimarcando la prevalenza di quest’ultima sulle norme interne con essa incompatibili⁵⁵. Sennonché, in tempi non sospetti, taluni autori avevano rimarcato come tale statuizione avrebbe potuto essere sviluppata nel caso *GAT*, per imporre una soluzione uniforme circa gli effetti della risoluzione incidentale di nullità da parte di un giudice diverso da quello dello Stato del rilascio, sottintendendo l’incompatibilità con il regime di Bruxelles della legge nazionale che attribuisce a siffatto provvedimento efficacia *erga omnes*⁵⁶.

28. In subordine, benché meno ottimale in chiave sistemica, la Corte avrebbe comunque potuto accogliere l’argomento addotto dal Governo tedesco e dalla convenuta, ossia ritenere competente il giudice diverso da quello dell’art. 16, par. 4 della Convenzione di Bruxelles a statuire incidentalmente sulla nullità, purché la relativa decisione producesse effetti solamente per le parti. Così facendo, avrebbe per un verso preservato, quindi massimizzato, l’effetto utile della Convenzione; per l’altro, avrebbe valorizzato il principio di mutua fiducia tra gli Stati membri che informa il settore dell’assistenza giudiziaria transfrontaliera⁵⁷. Del resto, a favore di questa alternativa militava l’art. 19 della Convenzione,

mente sulla nullità del brevetto (S. BARIATTI, “La giurisdizione e l’esecuzione delle sentenze in materia di brevetti di invenzione nell’ambito della CEE”, *RDPP*, n. 3, 1982, pp. 521-523, citata in M. E. ANCEL, *op. cit.*, p. 35).

⁵² Corte di giustizia 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, C-145/86, ECLI:EU:C:1987:358, par. 11: “Una decisione straniera riconosciuta in forza dell’art. 26 della convenzione deve avere nello Stato richiesto, in linea di massima, la medesima efficacia che essa ha nello Stato di origine”.

⁵³ *Hoffmann*, cit., par. 22: “Per stabilire se vi sia inconciliabilità [...] occorre ricercare se le decisioni controverse producano effetti giuridici che si escludono reciprocamente”.

⁵⁴ L’eccezione processuale non è preordinata ad introdurre nel giudizio un nuovo *thema decidendum*, come invece si verifica con l’azione riconvenzionale. Quest’ultima, pur palesando anch’essa una finalità difensiva, in quanto volta a contrapporsi all’azione principale, si sostanzia nella proposizione da parte del convenuto di una domanda autonoma, ma connessa a vario titolo a quella attorea, suscettibile perciò di essere trattata congiuntamente e nella stessa sede dal giudice che ne è investito. Sul punto, Corte di giustizia 13 luglio 1995, *Danvørn*, C-341/93, ECLI:EU:C:1995:239, par. 12-15. Per la dottrina, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 259 e p. 295; C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 88; M. DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 97-99.

⁵⁵ Corte di giustizia 15 novembre 1983, *Duijnste*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326, par. 14: “Si deve concludere che la Convenzione, intesa a determinare la competenza dei giudici degli Stati contraenti nell’ordinamento intracomunitario in materia civile, deve prevalere sulle norme interne con essa incompatibili”.

⁵⁶ M. E. ANCEL, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁷ *Ibid.*

corrispondente all'art. 27 del regolamento n. 1215/2012. Tale parametro emerge per la verità in *GAT*, ma viene sminuito dalla Corte, poiché oggetto di divergenze linguistiche⁵⁸.

29. La pronuncia nel caso *GAT* si contraddistingue per ulteriori incongruenze con il panorama giurisprudenziale coevo. Sempre in *Duijnste*, la Corte aveva ricostruito la portata restrittiva dell'art. 16, par. 4 della Convenzione di Bruxelles, quale eccezione alle regole generali sulla competenza giurisdizionale, affermando che il foro istituito dalla norma controversa si applicasse alle liti che vertevano direttamente sulla validità e sulla registrazione del brevetto⁵⁹. Tra i precedenti virtuosi trascurati dalla Corte si devono annoverare anche i casi *Gantner Electronic*⁶⁰ e *Danværn Production A/S*⁶¹. Nel primo, si stabiliva che la determinazione del foro si dovesse basare sulla domanda dell'attore e non già sulle questioni preliminari o incidentali sollevate dal convenuto. Dalla seconda si ricavava che i mezzi di difesa, qualunque fosse la loro materia di pertinenza, restavano assoggettati alla competenza dello stesso foro determinato alla stregua del contenuto dell'azione principale, in quanto sue mere componenti.

30. Da ultimo, la Corte non era entrata nel merito delle ricadute pragmatiche del proprio *dictum* sulla cognizione dell'autorità giurisdizionale interessata. L'interrogativo lasciato in sospeso, che è poi quello su cui si innesta il caso *BSH*, concerne il difetto di competenza del giudice del domicilio del convenuto: se questo è tale da estendersi all'intero procedimento, ovvero solo sull'eccezione di invalidità. Sulla falsariga, si può solo affermare che la Corte abbia censurato – secondo l'AG in maniera ingiustificata – l'approccio dei giudici tedeschi, lasciando alla prudenza e alla discrezionalità degli operatori del diritto e dei contendenti la scelta tra le altre due prassi che, peraltro, non soddisfano appieno né le aspettative di chi propone l'azione, né di chi la subisce.

V. La necessaria biforcazione del procedimento nelle controversie intra-UE, ovvero il coordinamento tra foro generale e foro esclusivo delle privative industriali

31. Nella causa *BSH*, la Corte ha finalmente chiarito come il giudice dello Stato membro del foro del convenuto resti competente a trattare dell'azione per contraffazione. Ne discende che la declinatoria di cui all'art. 27 del regolamento contempla unicamente la cognizione incidentale dell'Autorità giurisdizionale adita, comportando una scissione del procedimento pendente dinanzi ad essa in quanto, seguendo la sentenza *GAT*, qualsiasi forma di accertamento sull'invalidità del meccanismo brevettuale è invece riservata all'organo giurisdizionale designato a titolo esclusivo dall'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis.

32. Secondo la Corte questa soluzione, basata su un'interpretazione ora restrittiva dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis è coerente con l'impianto e con gli scopi perseguiti dello strumento. Essa ha riscoperto quanto già determinato nell'ambito della sentenza *Duijnste* e in numerose altre pronunce, alcune antecedenti al caso *GAT*⁶². Del resto, ammettere l'opposto equivarrebbe a sovvertire il principio cardine incorporato dall'art. 4, par. 1, quale titolo generale di giurisdizione. Per essere più precisi, la competenza del giudice del domicilio del convenuto dovrebbe prevalere in ogni ipotesi, salvo

⁵⁸ *GAT*, cit., par. 19. L'art. 19 della Convenzione di Bruxelles disciplina la declinatoria di competenza, prescrivendo che il giudice di uno Stato contraente, investito a *titolo principale* (corsivo aggiunto) di una controversia per la quale l'articolo 16 stabilisce la competenza esclusiva di un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente, dichiara d'ufficio la propria incompetenza. Sul punto, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 140-141; S. BARIATTI, *op. cit.*, pp. 515-520.

⁵⁹ *Duijnste*, cit., par. 22-25.

⁶⁰ Corte di giustizia 8 maggio 2003, *Gantner Electronic*, C-111/01, ECLI:EU:C:2003:257, par. 31 e 32: “Per stabilire se due domande proposte tra le stesse parti davanti a giudici di Stati contraenti differenti abbiano il medesimo oggetto, sono determinanti unicamente le domande dei rispettivi attori, con esclusione dei mezzi di difesa fatti valere da un convenuto”.

⁶¹ *Danværn*, cit., par. 13: “Sul piano processuale l'eccezione costituisce parte integrante del processo instaurato dall'attore”.

⁶² *BSH*, cit., par. 40-44. Senza pretesa di esaustività: Corte di giustizia 19 gennaio 1993, *Shearson Lehman Hutton*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15, par. 16; Id., 3 luglio 1997, *Benincasa*, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337, par. 13; Id., 27 ottobre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97 ECLI:EU:C:1998:509, par. 16.

le circostanze tassativamente enumerate dal legislatore, nelle quali trovano invece applicazione regole speciali dal carattere derogatorio e come tali richiedono una lettura condizionata.

33. Fra queste, nella pronuncia relativa caso *JP Morgan (BVG)*⁶³, la Corte per un verso non aveva trasposto il rigido orientamento sviluppato in *GAT* alle controversie in materia societaria sottoposte alla competenza esclusiva stabilita dall'art. 22, par. 2 del regolamento n. 44/2001 (ora, art. 24, par. 2, del regolamento n. 1215/2012) per l'altro⁶⁴, sembrava essersi espressa con *obiter dictum* in senso contrario a quanto stabilito adesso in *BSH*. Al tempo, essa aveva giustificato questa sorprendente impostazione, enfatizzando la diversa sensibilità delle materie "in gioco", rimarcando poi come la valutazione sulla nullità del brevetto fosse premessa indispensabile per giudicare della contraffazione e quindi rientrasse nell'interesse della buona amministrazione della giustizia che ad esprimersi su entrambe le questioni fosse il giudice dello Stato di registrazione. Al di là della tenuta complessiva del ragionamento della Corte, ritenuto poco persuasivo dalla dottrina⁶⁵, è evidente che la nullità eccepita in seno al procedimento per contraffazione si ponga a presupposto logico-giuridico per poter statuire sulla questione principale della contraffazione medesima. Tale rilievo tornerà utile nell'immediato prosieguo.

34. Ritornando alla soluzione accolta in *BSH*, questa è altresì coerente sotto il profilo pratico. Nei procedimenti per contraffazione, la Corte è conscia che l'eccezione di nullità del brevetto venga frequentemente sollevata come mezzo di difesa. Se a siffatta rivendicazione venisse riconosciuto l'effetto di convogliare l'intero contenzioso presso il foro esclusivo dello Stato di registrazione, l'art. 24, par. 4, del regolamento, da mera eccezione sostituirebbe la regola generale, svuotandola di significato e, oltretutto, premiando le potenziali strategie dilatorie dal convenuto. A quest'ultimo sarebbe infatti conveniente opporre la nullità del brevetto per spogliare il giudice adito del titolo di giurisdizione, con il risultato di impedire sistematicamente a chi si ritiene leso nel diritto di privativa di agire ai sensi dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis⁶⁶. In senso peggiorativo, si potrebbe addirittura concretizzare un diniego di giustizia, che è un esito nefasto, contrario al sistema di Bruxelles, parimenti al nucleo di diritti e valori fondamentali su cui poggia l'UE, segnatamente all'art. 47 CDFUE. Tale scenario sarebbe verosimile per tre condizioni suscettibili di presentarsi simultaneamente⁶⁷. Il diritto nazionale dello Stato membro coinvolto potrebbe essere sprovveduto di limiti temporali circa l'opportunità di far valere, in via di eccezione, la nullità. La questione potrebbe così sorgere in uno stadio assai avanzato di trattazione dell'azione per contraffazione, tale per cui si dovrebbe porre fine al relativo procedimento, senza che il giudice dapprima investito possa rimettere la causa alla pertinente Autorità giurisdizionale. L'attore sarebbe così costretto a rivolgersi prontamente a uno o più giudici degli Stati membri di registrazione del brevetto sul quale si controverte, nella speranza di ottenere un rimedio completo. Tuttavia, ciò potrebbe essergli precluso, laddove fossero già spirati, anche solo in alcuni di detti Stati, i termini utili per promuovere le nuove domande.

35. Fermi restando gli aspetti positivi, il sistema di biforcazione del procedimento per contraffazione avallato in *BSH* presenta altrettante criticità, che sono dovute all'assenza di disciplina organica nel regolamento Bruxelles I bis riguardo al coordinamento tra il foro generale della contraffazione e il foro esclusivo della nullità. Pertanto, l'eccezione di invalidità in questo contesto si tramuta in azione vera e propria che il convenuto dovrebbe radicare presso il corrispondente Stato di registrazione o deposito del brevetto, avviando a sua volta un procedimento formalmente autonomo e specifico, ma il cui esito – come detto sopra – è necessario a che si possa dirimere la controversia sulla violazione del titolo di privativa. Nell'evenienza di illecito plurilocalizzato come nella fattispecie descritta in *BSH*, questo

⁶³ Corte di giustizia 12 maggio 2011, *BVG v. JPMorgan*, C-144/10, ECLI:EU:C:2011:300, dispositivo.

⁶⁴ P. FRANZINA, "Armonia decisoria e competenza giurisdizionale nel regolamento di "Bruxelles I-bis", in G. BIAGIONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 118-119.

⁶⁵ *Ibid.*; M. LEHMANN, "Exclusive Jurisdiction under art. 22(2) of Brussels I Regulation: The ECJ Decision Berliner Verkehrsbetriebe v. JPMorgan Chase Bank (C-144/10)", *Yearbook of Private International Law*, Vol. XIII, 2011, pp. 507-522.

⁶⁶ *BSH*, cit., par. 46-47.

⁶⁷ Conclusioni dell'AG, cit., parr. 72-76.

sistema conduce ad una moltiplicazione dei procedimenti sulla nullità da coordinare con quello di contraffazione, dispendiosa per i contendenti, ma soprattutto con implicazioni importanti sui loro diritti di azione e di difesa.

36. In effetti, l'AG nelle sue conclusioni ha definito questo quadro “*il male minore*”⁶⁸, cercando di entrare nel merito della problematica del coordinamento tra fori sopra prospettata, al fine di bilanciare esigenze contrapposte⁶⁹. Sul medesimo punto, la Corte ha invece speso poche parole, tanto che si può già ipotizzare che le future pronunce pregiudiziali in questo ambito verteranno propriamente sull'incertezza e sull'alea venutasi a creare.

37. La Corte afferma lapidariamente che il giudice dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis non debba ignorare il fatto che il convenuto abbia debitamente proposto nello Stato di registrazione un'azione di nullità insistente sul titolo controverso, potendo il giudice competente per la contraffazione sospendere il procedimento, laddove ritenga fondata la possibilità che il giudice di cui all'art. 24, par. 4, del regolamento si pronunci negando il diritto di privativa⁷⁰. Quanto asserito dalla Corte è ambiguo, poiché sembra che il giudice della contraffazione possa sospendere il proprio giudizio solo quando l'azione di nullità risulta già preventivamente intrapresa nel foro esclusivo. Si deve ritenere che la Corte non voglia intendere solo questo.

38. Certo, si tratta dell'unica, per ora, ipotesi codificata di coordinamento tra giurisdizioni di Stati membri prevista dall'art. 30 del regolamento Bruxelles I bis, dedicato alle cause connesse. Non dimeno, è anche quella meno probabile nelle situazioni pratiche di cui si sta discorrendo, in quanto la nullità del brevetto si connota per essere una “reazione” successiva del presunto contraffattore, sia come mezzo di difesa dai risvolti meramente strategici, quindi ritardare l'accertamento giudiziale sulla violazione del brevetto, sia per respingere azioni fasulle intentate a suo nocimento dall'attore. Gli scenari da esaminare sono perciò quelli che si articolano dall'eccezione di invalidità sollevata nel procedimento per contraffazione, ma che non è ancora divenuta oggetto di una apposita domanda indirizzata dal convenuto al giudice dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis.

39. Qualora l'eccezione di invalidità venga sollevata ritualmente⁷¹, il giudice dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I bis potrebbe, ai fini della buona amministrazione della giustizia, sospendere il procedimento per contraffazione, onde evitare pronunce contrastanti. Secondo l'AG, per determinare l'opportunità di sospendere il giudizio, se ne dovrebbe altresì vagliare *prima facie* la fondatezza⁷², così da salvaguardare al massimo grado le posizioni soggettive dei litiganti, ossia evitare ingiustificati ritardi lesivi del diritto a una tutela effettiva dell'attore, senza trascurare il diritto di difesa del convenuto. Invero, la sospensione è misura discrezionale del giudice della contraffazione, che deve però essere proporzionata alle esigenze specifiche del caso.

40. Posto quanto sopra e valorizzando gli obiettivi avuti di mira dal regime di Bruxelles, sembra ricavarsi un vero e proprio potere per il giudice della contraffazione di sospendere il procedimento, ove l'eccezione appaia fondata, tanto da revocare il dubbio la validità del brevetto (*rectius*: “*esista una possibilità ragionevole e non trascurabile che tale brevetto sia annullato*”⁷³). Tuttavia, tale sospensione resta logicamente interrelata all'azione di nullità che il convenuto deve concretamente intentare nello Stato di registrazione. Ne deriva che, nel sistema di biforcazione propiziato dalla Corte, il giudice del domici-

⁶⁸ Ivi, par. 88.

⁶⁹ Ivi, par. 89-94.

⁷⁰ BSH, cit., par. 51.

⁷¹ Naturalmente, la rivendicazione incidentale di nullità deve soddisfare i requisiti imposti della *lex fori*, sempreché siano compatibili con il diritto dell'Unione. In ipotesi di irrivalenza, il giudice della contraffazione rigetterà l'eccezione processuale fatta valere dal convenuto, che resta così priva di effetti sul procedimento (*tanquam non essent*).

⁷² Conclusioni dell'AG, cit., par. 92.

⁷³ BSH, cit., par. 51.

lio del convenuto debba in qualche modo poter intimargli di esperire entro termini congrui o prestabiliti la pertinente azione presso il giudice esclusivamente competente per la nullità, altrimenti si porrebbe ad un risultato contrario ad ogni criterio di giustizia, vale a dire consentire a costui di temporeggiare, financo di paralizzare il procedimento per contraffazione. In effetti, guardando alle situazioni prettamente interne, per far fronte a questa evenienza negli ordinamenti degli Stati membri potrebbero operare meccanismi simili a quello di cui all'art. 61 della legge svedese sui brevetti. Nondimeno, il potere del giudice in relazione al provvedimento di sospensione e le implicazioni per il convenuto suscitano delle perplessità in chi scrive, poiché l'autonomia e l'autosufficienza interpretative e applicative del regolamento Bruxelles I bis sollecitano soluzioni svincolate dalla *lex fori*. Sia chiaro, non si nega l'utilità del diritto nazionale, laddove operi conformemente all'impianto di Bruxelles, ma occorre guardare a una soluzione uniforme che garantisca la tenuta complessiva di tale sistema, basandola sull'orientamento della Corte. Nel silenzio di quest'ultima, si potrebbe considerare tale potere insito nell'interpretazione fornita sull'art. 24, par. 4, del regolamento, o meglio nel rapporto che sussiste tra questo e l'art. 4, par. 1, come tratteggiato in *BSH*⁷⁴. Su questa linea, l'AG afferma che la sospensione possa essere revocata e il procedimento riprende, qualora il presunto contraffattore disattenda le indicazioni impartitegli dal giudice della contraffazione, circa i termini entro cui instaurare il procedimento per nullità sul titolo di privativa controverso avanti i pertinenti organi giurisdizionali dello Stato di registrazione o deposito⁷⁵.

41. *Nulla quaestio*, invece, alla luce del caso *Solvay* sulla facoltà del giudice della contraffazione di adottare le opportune misure provvisorie, pure di carattere cautelare, nelle more della valutazione sulla nullità del brevetto condotta dal giudice dello Stato di registrazione⁷⁶. Infatti, siffatte decisioni provvisorie non hanno, per natura ed effetti, alcuna ricaduta o incidenza sull'accertamento che dovrà compiere il giudice dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis.

42. Poiché, come evidenziato, al giudice della contraffazione è demandato un sindacato – nei limiti della propria cognizione – sulla forma e sul contenuto delle contestazioni relative al brevetto, restano da considerare le ipotesi in cui quest'ultimo riscontri che detta nullità sia stata eccepita dal convenuto pretestuosamente, allegando motivazioni futili, ovvero appaia, rievocando le parole della Corte, non ragionevole e trascurabile, ossia infondata. In relazione alla prima fattispecie, non si tratta di una strategia difensiva legittima, ma di una condotta processuale che integra, come emerge dalle conclusioni dell'AG nel caso *GAT*, la malafede nell'abuso del diritto⁷⁷. In effetti, prima della sentenza *BSH*, invocando nella modalità qui descritta gli equivalenti dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I bis era alta la probabilità di sottrarre nell'interesse la causa al giudice naturale della contraffazione. Sviluppando tali considerazioni, la dottrina sosteneva anzitempo che tale giudice potesse pronunciarsi nel merito della domanda principale, quindi non dovesse dichiararsi incompetente per effetto dell'eccezione sull'invalidità manifestamente pretestuosa o – aggiunge chi scrive – palesemente infondata⁷⁸. L'*impasse* tuttora ravvisabile è che questo implica necessariamente ammettere che il giudice della contraffazione possa trattare la questione incidentale, quando l'eccezione processuale da cui origina appare a prima vista pretestuosa o infondata⁷⁹. Coerentemente, sempre la dottrina, anche la più recente, afferma che in tal modo il giudice

⁷⁴ Di questo avviso anche M. Rossi, "Giurisdizione in materia di validità e contraffazione di un brevetto europeo: note a margine della sentenza *BSH Hausgeräte c. Electrolux*", *SIDI Blog*, 14 maggio 2025 (disponibile all'url: <http://www.sidiblog.org/2025/05/12/giurisdizione-in-materia-di-validita-e-contraffazione-di-un-brevetto-europeo-note-a-margine-della-sentenza-bsh-hausgerate-c-electrolux/>).

⁷⁵ Conclusioni dell'AG, cit., par. 93.

⁷⁶ Corte di giustizia 12 luglio 2012, *Solvay*, C616/10, ECLI:EU:C:2012:445, par. 49-50.

⁷⁷ Conclusioni dell'AG, L.A. Geelhoed, C-4/03, ECLI:EU:C:2004:539, par. 46: "Il giudice che conosce della contraffazione può rinviare integralmente la causa, può sospenderla fino a che il giudice di un altro Stato membro, competente ai sensi dell'art. 16, punto 4, abbia deciso sulla validità del brevetto, e può infine deciderla egli stesso quando il convenuto sia in malafede".

⁷⁸ C. GALLI, *Unified patent court e tutela dell'innovazione. Articoli tratti dalla Rivista di diritto industriale*, Milano, Wolters Kluwer, 2024, p. 119; Id., "La Corte di giustizia restringe drasticamente lo spazio per le azioni *cross-border* in materia di brevetti", *Int'l Lis*, n. 3-4, 2006, p. 146 ss.

⁷⁹ *Ibid.*

del domicilio del convenuto possa decidere *incidenter tantum* sulla validità del brevetto⁸⁰. È corretto, specie poiché si preserva l'effetto utile del sistema di *Bruxelles* a tutto vantaggio delle parti e dell'efficienza delle procedure, ma resta sullo sfondo irrisolta la problematica inerente al differente trattamento delle vicende processuali, dovuta come ampiamente dimostrato alle difformità tra ordinamenti giuridici nazionali. In sintesi, la *lex fori* potrebbe non contemplare un controllo simile sull'eccezione in discorso, ovvero garantire alla statuizione incidentale efficacia *erga omnes*. Si deve infatti ritenere, per coerenza sistemica, che tale decisione debba esplicare i propri effetti solo sulle parti, onde evitare di eludere le competenze esclusive dell'art. 24 del regolamento *Bruxelles I bis*, peraltro con il rischio di possibili pronunce inconciliabili. Il fatto che appaia poco ragionevole, o meglio trascurabile, la possibilità che il brevetto venga annullato dal giudice dello Stato di registrazione, non significa che ciò non possa accadere.

VI. La fattispecie dell'eccezione di invalidità del brevetto convalidato in uno Stato terzo

43. Il sistema di *Bruxelles* non si preoccupa della competenza giurisdizionale degli Stati terzi né del coordinamento con azioni pendenti al di fuori dell'Unione, salvo l'introduzione degli artt. 33 e 34 del regolamento n. 1215/2012, rispettivamente sulla litispendenza e sulle domande connesse. Nella neutralità della normativa europea, la dottrina e le Corti nazionali hanno variamente affrontato la problematica. In particolare, già in relazione alla Convenzione di *Bruxelles*, per ovviare a questo "sistema chiuso" è stata sviluppata la c.d. la teoria dell'effetto riflesso (*effet réflexe*). Quest'ultima, come si preciserà, vanta una duplice accezione, ma ad ogni modo il risultato sostanziale avuto di mira è identico, ossia quello di estendere lo scopo e gli effetti di quelli che sono ora gli artt. 24 e 25 del regolamento *Bruxelles I bis* agli Stati terzi⁸¹.

44. Un primo modo di intendere l'applicazione riflessa di tali regole corrisponde allo "*strict reflexive effect*"⁸², cioè una mera applicazione analogica delle discipline di dettaglio qui considerate del regolamento *Bruxelles I bis* agli Stati terzi, come se si trattasse di Stati membri: "*equally to non-Member States as they do to Member States*"⁸³. Peraltro, questa impostazione, supportata da una dottrina minoritaria, appare viziata da molteplici profili di incompatibilità con il diritto dell'UE. Al di là del tenere lettere delle norme processuali citate, che menzionano solo gli "Stati membri", siffatta estensione in chiave analogica pare in contraddizione con il principio di interpretazione restrittiva delle deroghe al regime di competenza ordinario fissato dal regolamento *Bruxelles I bis*. Inoltre, non si può trascurare il fatto che il sistema obbligatorio di competenza ivi prestabilito si imperni sulla mutua fiducia che sussiste esclusivamente tra Stati membri⁸⁴. Ancora, le norme di diritto internazionale privato dello Stato terzo

⁸⁰ M. ROSSI, *op. cit.*

⁸¹ Consulta, S. DOMINELLI, *Regolamento Bruxelles I bis e US jurisdiction in personam: riflessioni e proposte su condivisioni valoriali, influenze e osmosi di metodi*, Napoli, ESI, 2025, p. 105 ss.; J. UNGERER, "Extending the Brussels I Regulation to Third State Defendants – Cui Bono? A Third State Perspective from the UK", in T. LUTZI/D. Z. ROTAR/E. PIOVESANI (eds.), *Jurisdiction Over Non-EU Defendants. Should the Brussels I Regulation be Extended?*, Londra, Bloomsbury, pp. 315-316; A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Abingdon, Routledge, 2021, pp. 355-369; A. LAYTON, "Shadows and Illusion in European Private International Law: Reflection on Reflexive Effect", in G. BARRETT/J.-P. RAGEADE/D. WALLIS/H. WEIL (eds.), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It?*, Cham, Springer, 2021, p. 503 ss.; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law*, Bad Langensalza, Otto Schmidt, pp. 560-561 e pp. 757-761; B. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 84; K. TAKAHASHI, "Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Member States (Third States)", *Journal of Private International Law*, n. 1, 2012, pp. 1-15; J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *op. cit.*, da p. 205 poi diffusamente; J. HARRIS, "Stays of Proceedings and the Brussels Convention", *ICLQ*, n. 4, 2005, pp. 933-955; M. P. SENDER, *Cross-border Enforcement of Patent Rights. An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 158-159; A. NUYS, "La théorie de l'effet réflexe", in G. DE LEVAL/M. STORME (coord.), *Le droit processuel et judiciaire européen, Bruxelles*, La Charte & Die Keure, 2003, pp. 73-89; G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Parigi, Dalloz, 1972, p. 109 ss.

⁸² A. LAYTON, "Shadows and Illusion...", in G. BARRETT/J.-P. RAGEADE/D. WALLIS/H. WEIL (eds.), *op. cit.*, p. 504.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Corte di giustizia 9 dicembre 2003, *Gasser*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, par. 72. Per la dottrina, K. LENAERTS, "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2015, p.

del giudice a favore di cui si rinuncia alla giurisdizione potrebbero non configurare come esclusiva detta competenza, ovvero non prevederla affatto, epilogando il tutto in un diniego di giustizia.

45. Nella sua seconda accezione, quella più nota e condivisa, l'effetto riflesso si traduce nella facoltà per il giudice di uno Stato membro, sia pure competente in base al regolamento Bruxelles I bis, di non esercitare tale competenza, qualora il proprio diritto nazionale lo consenta e purché ciò rispecchi il sistema di Bruxelles, vale a dire comportandosi come avrebbe fatto in presenza di una situazione puramente interna all'Unione⁸⁵. In termini pratici, se il fattore di collegamento è situato in uno Stato terzo e la controversia, ad esempio, rientra nel campo di applicazione dell'art. 24 del regolamento, il giudice dello Stato membro, in accordo alla *lex fori*, potrebbe spogliarsi della cognizione sulla lite, poiché così farebbe normalmente se il collegamento analogo sussistesse con uno Stato membro. Tuttavia, una simile applicazione riflessa implica altresì il rispetto degli obiettivi intrinseci ed estrinseci della normativa europea. In questo senso, prima di rinviare la causa al giudice extracomunitario si rende necessario verificare che quest'ultimo sia davvero in grado di giudicare in via esclusiva la disputa e così garantire alle parti litiganti un rimedio giudiziale effettivo, tutelandone nell'ambito della relativa procedura i rispettivi diritti di azione e di difesa. Il giudice dello Stato membro potrebbe anche optare per una sospensione temporanea del procedimento, al fine di chiarire se sussistono le condizioni per declinare o meno la propria giurisdizione⁸⁶.

46. Dunque, quest'ultima impostazione dottrinale rifiuta l'idea di estendere per via analogica le norme speciali del sistema di Bruxelles agli Stati terzi, proponendo una soluzione molto più sofisticata. In particolare, nell'ambito del contenzioso extra-UE, si revoca in dubbio l'effetto vincolate delle regole generali sulla competenza, come l'art. 4, par. 1, del regolamento n. 1215/2012, ammettendo ulteriori deroghe, in questo caso implicite, rispetto a quelle prestabilite dal legislatore europeo. Su questa linea, il diritto nazionale dei Paesi membri svolgerebbe, come visto sopra "di riflesso", un ruolo di supplenza nel difetto della normativa dell'Unione. L'esistenza di simili eccezioni non contemplate nel testo normativo, secondo l'AG, emergerebbe nei casi *Coreck Maritime*⁸⁷ e *Mahamdia*⁸⁸, tuttavia si tratta di una lettura che, ad avviso di chi scrive, eccede quanto poi affermato in concreto dalla Corte.

47. Su questo solco, nel celebre caso *Owusu*⁸⁹, la Corte aveva riflettuto sulla possibilità che il giudice di uno Stato membro, adito a norma dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles, declinasse la propria giurisdizione sulla base del rilievo che il foro di uno Stato terzo risultasse oggettivamente più idoneo a decidere della controversia, sulla base della teoria del *forum non conveniens*⁹⁰. Al riguardo, la Corte si era pronunciata negativamente, escludendo che il giudice dello Stato membro adito potesse rifiutare la competenza per il motivo che il foro di uno Stato terzo apparisse più adeguato. Nell'adottare tale orientamento, essa aveva asserito che tale regola è derogabile per l'appunto solo nelle ipotesi espressamente previste dalla Convenzione stessa. Vero è che anche in questa occasione, i commentatori si sono divisi tra chi ha estrapolato dalla pronuncia una preclusione generale a declinare la competenza a

525 ss; ID., "La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust", *Common Market Law Review*, n. 3, 2017, pp. 805-840.

⁸⁵ Questa è la teoria come originariamente concepita da G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, cit., p. 109, a cui si deve la paternità dei primi studi incentrati sulla problematica in esame. Altresì, ID., "Sur la convention de Saint-Sébastien", *Revue critique de droit international privé*, 1990, n. 1, p. 14, citato in A. BRIGGS, *op. cit.*, p. 357: "Si un juge français est radicalement incompetent pour juger d'un immeuble ou d'un brevet allemand, en raison de la spécificité, et de la particularité, du droit réel ou droit des brevets allemands, on ne voit pas pourquoi il serait mieux armé pour juger d'un bail rural argentin ou de la validité d'un brevet japonais!".

⁸⁶ Conclusioni dell'AG, cit., par. 152-157.

⁸⁷ Corte di giustizia 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, par. 17-19 (punti suggestivi evidenziati dall'AG).

⁸⁸ Corte di giustizia 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C154/11, ECLI:EU:C:2012:491, par. 64 (punto indicato dall'AG).

⁸⁹ Corte di giustizia 1° marzo 2005, *Owusu*, C-281/02, ECLI: EU:C:2005:12.

⁹⁰ Per una disamina approfondita, M. A. LUPOLI, "Del caso *Owusu*: l'ultima spiaggia del *forum non conveniens* in Europa?", *Int'l Lis*, n. 1, 2006, pp. 15-21; R. MARTINO, *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 80-82.

favore di Paesi terzi anche in presenza delle circostanze specifiche ora prefigurate dagli artt. 24 e 25 del regolamento Bruxelles I *bis*, e chi invece ha ritenuto che il *dictum* della Corte dovesse restare circoscritto alla sola questione del *forum non conveniens*⁹¹.

48. Tutti questi rilievi concorrono alla definizione del caso *BSH*, con riguardo alla porzione turca del brevetto. Ai fini dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*, è sufficiente che il rapporto giuridico enunciato nella controversia presenti un elemento di estraneità. Coerentemente alla giurisprudenza *Owusu* e *IRnova*⁹², il carattere internazionale del rapporto di cui trattasi non è limitato all'implicazione di soli Stati membri, ma può derivare altresì dal coinvolgimento di uno Stato membro e di uno Stato terzo, ove nel primo è domiciliato il convenuto, mentre nel secondo sono localizzati i fatti controversi. Ne discende che il giudice del domicilio del convenuto è pienamente legittimato a conoscere la parte di azione insistente sulla componente turca della privativa.

49. In relazione all'eccezione di nullità del titolo, la Corte replica il proprio ragionamento condotto in *IRnova* sull'applicazione dell'art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*, al giudice turco. Come i suoi predecessori, tale strumento è conforme al principio dell'effetto relativo dei trattati, vale a dire che non può imporre obblighi né attribuire diritti a Stati che non sono membri dell'Unione. A tal riguardo, la disposizione richiamata stabilisce un titolo di competenza esclusiva nelle materie ivi elencate per i giudici degli Stati membri e soltanto ad essi si rivolge, istituendo un regime di competenza intra-UE. Pertanto, la Corte afferma lapidariamente che nel caso di specie non trova applicazione tale disposizione, sicché questa non conferisce alcuna competenza - nemmeno "di riflesso" qualunque esso sia - al giudice dello Stato terzo⁹³.

50. Infatti, da un lato la Corte afferma che la portata della competenza assegnata dall'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*, al giudice della contraffazione è tale da estendersi alla questione incidentale di nullità della parte turca del brevetto, dall'altra rivitalizza le sue precedenti conclusioni, ribadendo che gli unici limiti all'effetto vincolante della regola sono quelli fissati dagli artt. 33, 34 e 73, parr. 1 e 3⁹⁴. L'ultima previsione citata opera come "norma di chiusura", nella misura in cui coordina la disciplina recata dal regolamento con la Convenzione di Lugano riveduta, parimenti con trattati o accordi bilaterali conclusi tra uno Stato terzo e uno Stato membro prima di una certa data. L'art. 22, par. 4 di predetta Convenzione continentale, *mutatis mutandis*, una regola analoga a quella di cui all'art. 22, par. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*⁹⁵.

51. Il *punctum dolens* delle soluzioni improntate al pragmatismo della Corte è, ancora una volta, rappresentato dall'esigenza di non ingerire nelle competenze esclusive altrui. Una deroga esplicita, se così la si vuole considerare, è rappresentata dal diritto internazionale generale, le cui norme e principi

⁹¹ R. FENTIMAN, "Civil Jurisdiction and Third States: *Owusu* and After", *Common Market Law Review*, n. 3, 2006, pp. 705-734.

⁹² Corte di giustizia 8 settembre 2022, *IRnova*, C399/21, ECLI:EU:C:2022:648, par. 28

⁹³ Ivi, par. 35.

⁹⁴ *BSH*, cit., parr. 62-65.

⁹⁵ Infatti, qualora la menzionata norma equivalente della Convenzione di Lugano (II) risulti applicabile ad una determinata controversia, il foro esclusivo dello Stato terzo di registrazione o convalida del titolo prevale sul foro istituito dall'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*. Come discusso sopra, si tratta di un'eccezione espressamente positivizzata. Coerentemente, nel contenzioso dove invece trova applicazione, come nel caso *BSH*, unicamente il regolamento Bruxelles I *bis*, viene mantenuta la competenza del giudice dello Stato membro in cui il convenuto è domiciliato. In questi termini, negando in maniera implicita la teoria dell'effetto riflesso, si era già espressa la Corte di giustizia nel Parere 1/03, reso il 7 febbraio 2006, relativo alla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano, ECLI: ECLI:EU:C:2006:81, par. 153: "Così, laddove la nuova Convenzione di Lugano contenga articoli identici agli artt. 22 e 23 del regolamento n. 44/2001 e conduca su tale base alla designazione come foro competente di uno Stato terzo parte contraente di tale convenzione, mentre il convenuto è domiciliato in uno Stato membro, in assenza della convenzione, quest'ultimo Stato sarebbe il foro competente, mentre con la convenzione è competente lo Stato terzo". Tali conclusioni sono poi state riprese, tra i vari precedenti in cui è venuta in rilievo la tematica dell'esistenza della teoria dell'effetto riflesso, dall'AG, J. Kokott, nell'ambito del caso *Apostolides* (Conclusioni dell'AG 18 dicembre 2008, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2008:749, par. 86).

costituiscono peraltro fonti intermedie dell'ordinamento dell'Unione. È palese che la designazione di un giudice di uno Stato membro come competente a giudicare di una controversia collegata tanto a quest'ultimo, quanto ad uno Paese terzo non intacchi tali prerogative né ecceda l'effetto relativo dei trattati. Tuttavia, l'allocazione della competenza è cosa diversa dal relativo esercizio: si tratta di due piani concettualmente distinti. In relazione alla tutela brevettuale, l'accertamento dell'esistenza di un diritto di esclusiva, ovvero del suo contenuto, spetta allo Stato di registrazione o convalida, poiché un'eventuale decisione di annullamento, sia pure anche solo parziale, è questione di sovranità nazionale. La Corte diverge dallo schema adottato per le corrispondenti controversie intra-UE, affermando che il giudice dello Stato membro del domicilio del convenuto non debba spogliarsi della propria cognizione sull'eccezione di invalidità, fintantoché la relativa pronuncia sulla questione sortisca effetti esclusivamente *inter partes*. Essa elegge nel diritto internazionale generale un limite che va oltre alla semplice cortesia tra Enti sovrani (*i.e. comitas gentium*), supportando l'esistenza di un preciso dovere giuridico cristallizzato in una regola consuetudinaria che impone agli Stati, e per identità ai relativi organi giurisdizionali, un certo modo di esercitare la giurisdizione civile⁹⁶. È suggestivo notare come i giudici inglese e francesi ritenevano di dover agire secondo questa modalità ben prima della sentenza *BSH*⁹⁷. Ad avviso di chi scrive, la Corte avrebbe fornito, qualora non fosse stato incorporato nell'art. 24, par. 4, del regolamento l'insegnamento del caso *GAT*, la stessa risposta anche in relazione alle liti transfrontaliere interne all'Unione, a maggior ragione in un contesto di fiducia reciproca tra Autorità giurisdizionali.

52. Se invece la pronuncia incidentale avesse efficacia *erga omnes*, ovvero si trattasse di un'azione riconvenzionale di nullità, il giudice dello Stato membro dovrebbe dichiararsi incompetente a statuire su quel determinato segmento di controversia, con il risultato che le parti dovranno individuare un altro giudice competente, anche sulla base dei titoli di giurisdizione degli Stati terzi con cui la controversia ha collegamenti.

VII. Alcune considerazioni conclusive

53. La sentenza commentata fornisce certo alcuni utili chiarimenti nell'ambito delle competenze esclusive. In primo luogo, i titolari dei diritti di privativa assertivamente violati possano riunire presso un unico foro, ossia quello del domicilio del convenuto, tutte le azioni per contraffazione, nonché le correlative pretese risarcitorie. In secondo luogo, viene ridotto ai minimi termini il rischio che il presunto contraffattore possa paralizzare il procedimento sulla violazione dei brevetti, eccependone con intento difensivo la nullità. Sotto questo profilo, si deve allora ritenere positivo lo sforzo compiuto dalla Corte volto a mitigare la situazione di incertezza venutasi a creare all'indomani della pronuncia sul caso *GAT*. Ciononostante, si deve notare che tale incertezza permanga sotto altre spoglie, stante un eccessivo silenzio della Corte su taluni aspetti, determinato dal limite di oggetto del rinvio pregiudiziale. La reale portata di tali preoccupazioni potrà essere determinata solo in punto di applicazione della sentenza *BSH* da parte dei giudici nazionali degli Stati membri. Sulla falsariga, giova rammentare che tale orientamento avrà importanti ripercussioni anche in relazione al sistema giurisdizionale istituito attraverso l'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti. Infatti, nel momento in cui si scrive, la Corte di prima istanza con sezione centrale a Parigi della UPC, con ordinanza del 21 marzo 2025 ha dichiarato che applicherà l'insegnamento del caso *BSH* proprio al giudizio per contraffazione del quale è stata investita⁹⁸.

⁹⁶ Ivi, par. 68-75. Sulla tematica dei limiti posti dal diritto internazionale pubblico all'esercizio della giurisdizione civile, S. RYAN, "Fundamental Legal Conceptions and the International Law of (Civil) Jurisdiction", *Australian Year Book of International Law*, n. 1, 2024, p. 131 ss; L. ROORDA/C. RYNGAERT, "Public International Law Constraints on the Exercise of Adjudicatory Jurisdiction in Civil Matters", in S. FORLATI/P. FRANZINA (a cura di), *Universal Civil Jurisdiction. Which Way Forward?*, Leida, Brill, 2021, pp. 74-98; J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 441 ss.

⁹⁷ B. UBERTAZZI, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁹⁸ Tribunal de première instance de la Jurisdiction unifiée du brevet (JUB), ordinanza del 21 marzo 2025, *Mul-T-Lock France et Mul-T-Lock Suisse v. IMC Créations*, ORD_11997/2025, par. 12 ss. ; Cfr. G. V. CALSTER, «In Essence: Owusu rules.

54. Proprio per tali effetti, sembrerebbe logico, in chiave *de jure condendo*, propiziare un ritorno alla formulazione “primitiva” dell’art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*, vale a dire espungendo l’inciso che codifica la sentenza *GAT*⁹⁹. In tal modo, si uniformerebbe, per quanto possibile, il trattamento tra liti interne all’Unione e quelle implicanti anche Stati terzi.

55. Quanto alla teoria dell’effetto riflesso, essa è suggestiva in relazione allo scopo che si propone, ma è sempre stata ignorata sia dalla Corte sia dal legislatore¹⁰⁰. Quest’ultimo, se avesse voluto o quantomeno lo avesse ritenuto indispensabile, avrebbe potuto in più occasioni novellare gli strumenti normativi per adattarli alle problematiche che tale teoria si propone di affrontare. Al contrario, le uniche, benché significative, modifiche sono rappresentate, come accennato, dagli artt. 33 e 34 del regolamento Bruxelles I *bis*. A questo proposito, l’AG parla di un “vizio di progettazione del regime di Bruxelles”¹⁰¹, in quanto esso manca di disciplinare le fattispecie di contenzioso contraddistinto dai fattori di collegamento di cui agli artt. 24 e 25 dello strumento localizzati in uno Stato terzo. Nel merito, pare opportuno dissentire, nella misura in cui tale supposto “vizio” appare al contrario una scelta ben ponderata altresì nelle criticità, volta a preservare, sia anche a scapito dell’autonomia privata delle parti come si ricava dalla pronuncia della Corte in *Società Italiana Lastre*¹⁰², la certezza, la prevedibilità e la trasparenza di suddetto impianto normativo.

CJEU confirms absence in principle of reflexive effect of Brussels Ia’s exclusive jurisdictional rules in BSH Hausgeräte”, *GAVC Law Blog*, del 22 marzo 2025 (disponibile all’url: <https://gavclaw.com/2025/02/25/in-essence-owusu-rules-cjeu-confirms-absence-in-principle-of-reflexive-effect-of-brussels-ias-exclusive-jurisdictional-rules-in-bsh-hausgerate/>).

⁹⁹ Tale proposta è condivisa da L. LUNDSTEDT, “BSH Hausgeräte: A Game-Changer in Cross-border Patent Litigation”, *EAPIL Blog*, 5 marzo 2025 (consultabile all’url: <https://eapil.org/2025/03/05/bsh-hausgerate-a-game-changer-in-cross-border-patent-litigation/>). Si segnala che l’ipotesi di intervenire sulla formulazione dell’art. 24, par. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*, viene contemplata anche dalla Commissione europea, Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull’applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), COM(2025) 268 def., del 2 giugno 2025, pp. 14-15.

¹⁰⁰ Commissione europea, *loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Conclusioni dell’AG, cit., par. 101.

¹⁰² Corte di giustizia 27 febbraio 2025, *Società Italiana Lastre*, C537/23, ECLI:EU:C:2025:120, dispositivo.

La parola alla difesa! - Giurisdizione, principio dell'unità economica e tutela della parte debole

Defence takes the floor! - Jurisdiction, concept of economic unity and protection of the weaker party

ANDREA MANENTI

*Ph.D. Student in Law and Humanities
University of Insubria
Como/Varese, Italy*

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:26.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9925

Riassunto: il presente contributo analizza l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea del principio dell'unità economica a partire dalla recente sentenza *Heineken*. L'analisi è concentrata, in particolare, sulle problematiche che l'attuale orientamento comporta rispetto all'onere probatorio nei procedimenti *antitrust* e rispetto al diritto di difesa. Infine, alla luce dei precedenti della Corte di Giustizia, il contributo approfondisce – con alcune osservazioni critiche – come tale principio venga adoperato dagli organi giurisdizionali in sede di valutazione della propria eventuale giurisdizione.

Parole chiave: private enforcement del diritto della concorrenza, principio dell'unità economica, giurisdizione, onere della prova.

Abstract: the article tackles the evolution in the case law of the Court of Justice of the European Union of the concept of economic unity starting from the recent *Heineken* judgment. The analysis is focused particularly on the problems that the current general approach creates in relation to the burden of proof in antitrust proceedings and the protection of the defense's rights. In the end, considering the Court of Justice established case law, the article examines – with some critical notes – how the concept is used by national courts during the evaluation of their own jurisdiction.

Keywords: private enforcement of EU competition law, concept of economic unity, jurisdiction in torts, burden of proof.

Sommario: I. La causa *MTB c. AB e Heineken*: i fatti. II. Imprese e principio di «unità economica». III. Onere probatorio, ragionamento presuntivo e confutazione delle argomentazioni. 1. Presumere o dimostrare, questo è il dilemma. 2. La *probatio diabolica*: dimostrare l'indipendenza infragruppo. IV. Principio di unità economica e giurisdizione *ex art. 8* del Regolamento 1215/2012. 1. Le conclusioni della Corte. 2. Le conseguenze sul foro competente. V. Considerazioni conclusive.

I. La causa *MTB c. AB e Heineken*: i fatti

1. Il 13 febbraio 2025 la Corte di Giustizia si è pronunciata su alcune rilevanti questioni attinenti all'individuazione del foro competente in materia di concorrenza sleale alla luce del principio dell'unità economica¹. La causa ha avuto origine dalla controversia che ha coinvolto due società attive nel mercato greco della birra: la società Macedonian Thrace Brewery SA (d'ora in poi "MTB") e la società Athenian Brewery SA (in prosieguito "AB"), società detenuta mediante il possesso indiretto del 98,8% di azioni nel capitale dal gruppo Heineken Holding NV ("Heineken"), quest'ultima con sede ad Amsterdam e avente funzioni di coordinamento delle politiche commerciali del noto marchio olandese.

2. A seguito di una denuncia presentata nel 2014 da MTB nei confronti di AB per violazioni dell'art. 102 TFUE e dell'art. 2 della legge greca nr. 3959/2011² per abuso di posizione dominante, la Commissione greca per la concorrenza (Επιτροπή Ανταγωνισμού) ha irrogato nei confronti di questa seconda società una multa di circa 31.500.000,00€³. Infatti, dall'indagine delle autorità greche era emerso che la società AB aveva adottato e realizzato dal 1998 – e negli anni successivi – una politica mirata a escludere e limitare il potenziale di crescita dei concorrenti, imponendo l'esclusività nelle vendite all'ingrosso e al dettaglio, oltre a porre in essere altre pratiche che avevano determinato l'effetto cumulativo di limitare la concorrenza nei mercati rilevanti per la distribuzione e la fornitura di prodotti a base di birra. Inoltre, le azioni sleali poste in essere da tale società erano risultate finalizzate a stabilirne l'esclusività nel mercato del consumo immediato dei suoi prodotti attraverso la concessione ai clienti di significativi incentivi di vario genere alle condizioni di esclusività e/o limitazione delle forniture da parte dei fornitori concorrenti.

3. Sulla base del provvedimento emesso dall'Autorità greca per la concorrenza, la MTB ha domandato al Rechtbank di Amsterdam (Tribunale ordinario di Amsterdam) di dichiarare AB e la capogruppo Heineken responsabili in solido per l'infrazione del diritto della concorrenza greco e dell'Unione europea e, conseguentemente, di condannarle solidalmente a risarcirla dei danni patiti. Di contro, Heineken e AB hanno presentato una domanda incidentale eccependo l'incompetenza a decidere del Tribunale di Amsterdam.

4. Alla luce di tali domande, il Rechtbank ha dichiarato, da un lato, sulla base dell'art. 4, par. 1, Regolamento Bruxelles I-bis⁴, la propria competenza a conoscere delle domande proposte da MTB nei confronti di Heineken quale società con sede legale in Amsterdam; dall'altro, alla luce dell'art. 8 del

¹ Corte di Giustizia 13 febbraio 2025, *Athenian Brewery e Heineken*, C-393/23, ECLI:EU:C:2025:85.

² La L. 3959 del 2011 (*Gov't Gazette Issue A' 93/20* aprile 2011) è rubricata "protezione della libera concorrenza" ed è stata recentemente modificata tramite la Legge 4886/2022 (*Gov't Gazette Issue A' 12/24* gennaio 2022) che ha aggiornato la legge greca sulla concorrenza, recependo la Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, *GUUE L 11* del 14 gennaio 2019, pp. 3-33, e ha introdotto ulteriori poteri ed elementi, per esempio l'art. 1A che prevede il divieto di "invitation to collude and announcement relating to communicating future pricing intentions for products and services between competitors"; per approfondimenti E.N. TRULI, "New Greek Law on the Protection of Free Competition: Key Changes and First Impressions", *European Competition Law Review*, n. 6, 2012, pp. 280-285. Sulla Direttiva (UE) 2019/1 si rinvia a: A.M. ROMITO, "La Direttiva (UE) 1/2019: l'evoluzione del public enforcement del diritto europeo della concorrenza", *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2020, pp. 341 ss.; E. LATORRE, "La Direttiva n. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea", *Eurojus*, n. 3, 2019, pp. 239 ss.; S. MARINO, "Il rafforzamento dell'azione delle Autorità Nazionali Garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione Europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2019, pp. 537 ss. Sull'implementazione della legge nazionale greca sulla concorrenza si rinvia a I. LIANOS/F. WAGNER-VON PAPP, "Tackling invitations to collude and unilateral disclosure: the moving frontiers of competition law?", *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 4, 2022, pp. 249 ss.

³ Decisione 2014/590 19 settembre 2014 della Commissione greca per la concorrenza, relativa all'indagine d'ufficio sul mercato della birra per una possibile violazione dell'articolo 2 della precedente L. 703/1977 e dell'attuale L. 3959/2011, nonché dell'articolo 82 dell'ex Trattato CE, dell'articolo 102 dell'attuale TFUE a seguito della denuncia n. 8461 del 29 dicembre 2006 presentata da Mythos Brewery SA contro Athenian Brewery SA (reperibile sul sito dell'autorità greca <https://www.epant.gr/en/decisions/item/1975-decision-590-2014.html> - ultima visita 18 febbraio 2025).

⁴ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE L 351* del 20 dicembre 2012, pp. 1-32.

medesimo Regolamento, la propria incompetenza rispetto alle domande proposte da MTB nei confronti di AB in ragione dell'insussistenza di un vincolo di connessione fra le domande.

5. La sentenza di primo grado è stata successivamente annullata dal Gerechtshof Amsterdam (Corte d'Appello di Amsterdam) e le domande incidentali delle imprese convenute sono state rigettate poiché, secondo le motivazioni di secondo grado, nel giudicare la controversia contro Heineken, il giudice di primo grado non può esimersi dal tenere conto delle azioni compiute dalla controllata AB come ricostruite dal provvedimento dell'autorità greca per la concorrenza⁵. In particolare, la decisione d'appello si basa principalmente sull'argomento che, laddove venisse proposta una domanda di risarcimento del danno dinnanzi al giudice greco da parte di MTB nei confronti di AB per le medesime condotte contestate ad Heineken, sussisterebbe un potenziale rischio di conflitto tra giudicati sufficiente a determinare l'applicazione dell'art. 8 del Reg. 1215/2012.

6. A loro volta, Heineken e AB hanno presentato ricorso dinanzi alla Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) eccependo l'infondatezza della decisione emessa dalla Corte d'appello e la carenza delle motivazioni in merito alla dimostrazione e alla descrizione della capacità di influenza di Heineken sull'operato di AB e sulla conseguente possibilità o meno di considerarle un'unica entità economica.

7. Investita della questione, la Suprema Corte olandese ha sospeso il giudizio e presentato un ricorso ai sensi dell'art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia in ragione delle implicazioni che la propria decisione avrebbe potuto determinare rispetto all'applicazione e alla corretta interpretazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Più precisamente, i giudici olandesi hanno chiesto di chiarire se il giudice del domicilio della società madre, nel valutare la propria competenza ai sensi dell'art. 8, punto 1, del regolamento Bruxelles I-bis, debba tenere conto dell'indirizzo giurisprudenziale europeo circa la presunzione di influenza determinante, circostanza contestata ad Heineken nei confronti di AB e basata sulla detenzione indiretta di rilevanti quote di capitale da parte della prima nella seconda impresa. In secondo luogo, in caso di risposta affermativa, è stato chiesto di precisare, ove sia constatata l'influenza determinante della società madre, se sia sufficiente per il giudice, nel momento in cui deve determinare la propria competenza, che non si possa considerare escluso *a priori* che tale autorevolezza si sia configurata.

II. Imprese e principio di «unità economica»

8. La questione concernente la dimostrazione della sussistenza di una c.d. «unità economica» o, nello specifico, di una influenza di fatto e di diritto di una società madre rispetto alle condotte di una società figlia è un argomento affrontato frequentemente nella giurisprudenza *antitrust* dell'Unione europea in ragione delle implicazioni che essa pone in materia di sanzioni e di coordinamento con alcuni principi cardine, tra cui la responsabilità personale e il diritto di difesa⁶.

9. Alla luce dei precedenti della Corte di Giustizia⁷, la sussistenza di un'unità economica viene evinta laddove una o più società, pur avendo personalità giuridica distinta, non godano del potere di

⁵ Art. 9, Direttiva (UE) 2014/104 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, *GUUE* L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1-19.

⁶ F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, "L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive", *Rivista delle società*, n. 5, 2014, pp. 1078 ss.; M. CASORIA, "L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2014, pp. 368 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 83-106; M. D'OSTUNI/M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, II ed., Vol. 1, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 138 ss.

⁷ *Leading case* in materia è dato da Corte di Giustizia 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd*, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 132 ss. ove una società controllata da una impresa con sede in uno Stato terzo aveva ricevuto da quest'ultima istruzioni per prendere parte ad una condotta restrittiva della concorrenza. C. PICCIAU, "Singola entità economica e responsabilità civile «di gruppo» nella giurisprudenza antitrust della Corte di Giustizia", *Rivista delle Società*, n. 1, 2024, pp. 187 ss.

autodeterminarsi⁸, ma si attengano, sostanzialmente, alle istruzioni che vengono loro impartite da una società c.d. “controllante”. Quest’ultima è chiamata a rispondere delle infrazioni *antitrust* laddove sia dimostrata la sussistenza di rilevanti vincoli organizzativi, economici e giuridici che la legano alla controllata e tali da determinarne il comportamento sul mercato; oppure laddove, omettendo di esercitare il proprio potere di vigilanza e controllo, venga permesso all’impresa satellite di agire in violazione della normativa a tutela della concorrenza⁹.

10. Posta l’impossibilità delle società membri di un gruppo di poter stabilire una concorrenza *inter se* in ragione dei legami giuridici – poteri di controllo ed indirizzo della controllante rispetto alle società-figlie – e degli interessi comuni intercorrenti tra le stesse, consegue ragionevolmente la riconducibilità delle violazioni *antitrust* in capo al gruppo, senza escludere una valutazione specifica circa gli eventuali e diversi gradi di responsabilità di ogni membro¹⁰.

11. È bene infatti sottolineare che la responsabilità della società madre non assume in alcun modo la natura di responsabilità a titolo oggettivo (c.d. *strict liability*) poiché, posto che “in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa”¹¹, in applicazione del principio di responsabilità personale dell’entità economica, “anche se la società controllante non partecipa direttamente all’infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un’influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa”¹².

12. Il fatto che non possa delinearci una responsabilità oggettiva deriva anche dalla nozione di “impresa” accolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³ e che interessa qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico, anche laddove l’unità economica

⁸ Corte di Giustizia 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, ECLI:EU:C:2004:6, par. 60; 10 settembre 2009, *Akzo Nobel*, C-97/08P, ECLI:EU:C:2009:536, par. 58 ss.; 27 gennaio 2021, *The Goldman Sachs Group c. Commissione*, C-595/18P, ECLI:EU:C:2021:73, par. 35 ss.

⁹ L. DE SANCTIS, “L’imputabilità della responsabilità delle violazioni antitrust e i gruppi di società”, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene Editore, 2013, pp. 211 ss.; O. ODUDU/D. BAILEY, “The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law”, *Common Market Law Review*, n. 6, 2014, pp. 1721-1758; M. D’OSTUNI/M. BERETTA, *op. cit.*, pp. 140-144.

¹⁰ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1 del 4 gennaio 2003, pp. 2-5. F. AMATO, “I nuovi orientamenti della Commissione in materia di ammende per violazioni del diritto della concorrenza”, *Il diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2007, pp. 260 ss. in merito alla circostanza attenuante che tiene conto dell’aver commesso l’infrazione “per negligenza”; P. MANZINI/M.F. PORTINCASA, “La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust”, *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2007, pp. 559 ss. i quali richiamano il fenomeno del c.d. “grouping” avallato dal Trib. UE 19 marzo 2003, *CMA CGA*, T-213/00, ECLI:EU:T:2003:76, par. 385; O. ODUDU/D. BAILEY, *op. cit.*, p. 1727 ss. i quali richiamano altresì la giurisprudenza americana circa l’applicazione della c.d. *single economic entity doctrine*. In materia di responsabilità civile derivante da violazione *antitrust* da parte di un gruppo, si vedano le valutazioni di C. PICCIAU, *op. cit.*, p. 187 ss. Nella giurisprudenza europea si veda, *ex multis*, Corte di Giustizia 24 ottobre 1996, *Viho*, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, par. 59 ss.

¹¹ Corte di Giustizia 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV*, cit., par. 59.

¹² *Ibidem*, par. 77; si veda anche, *ex multis*, Corte di Giustizia 14 luglio 1972, *ICI*, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 132-135; 20 gennaio 2001, *General Química*, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21, par. 86-88; 6 ottobre 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, par. 43. Si veda P. IANNUCELLI, *op. cit.*, p. 86 ss.

¹³ *Ex multis* Corte di Giustizia 23 aprile 1991, *Höfner e Elser*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21; 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d’assurances e a.*, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, par. 14; 1 luglio 2010, *Knauf*, C-407/08P, ECLI:EU:C:2010:389, par. 64; 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich*, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, par. 35. In dottrina, G. CAGGIANO, “Il concetto di impresa”, in L.F. PACE (a cura di), *op. cit.*, pp. 47 ss.; A. TIZZANO, “La Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto antitrust”, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 29 ss.; A. DI MEGLIO, “Capitolo IV – Intese restrittive”, in G. CASSANO/A. CATRICALÀ/R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, UTET giuridica, 2018, pp. 521-522, il quale richiama altresì la dottrina della c.d. “*intra-enterprise conspiracy*” di matrice americana; S. MARINO, “Gruppi di società e giurisdizione nell’ambito del private enforcement del Diritto della Concorrenza dell’Unione europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2022, p. 1139.

sia composta da più persone fisiche o giuridiche¹⁴, eventualmente distinte¹⁵. Ne consegue da tale presupposto che una eventuale infrazione anticoncorrenziale viene contestata al gruppo sulla base della solidarietà scaturente dai rapporti giuridici ed economici sussistenti tra i membri e che si presume perseguano gli stessi obiettivi e rischi commerciali¹⁶.

13. Sulla base di tali argomenti, in un caso recente, la Corte di Giustizia¹⁷ ha affermato la possibilità di citare solidalmente le società figlie per gli illeciti commessi dalla società madre (c.d. *downward liability*)¹⁸. Di fatto, sulla base del principio dell'unità economica, il gruppo di società agisce unitariamente, perseguendo il medesimo scopo commerciale ed economico. Come chiarito dall'Avvocato Generale Pitruzzella nelle proprie conclusioni, “in questo modello ricostruttivo dell'unità economica non ci sono ragioni logiche per escludere che l'allocatione della responsabilità possa operare non solo in senso «ascendente» (dalla controllata alla società madre), ma anche in senso «discendente» (dalla società madre alla controllata)”¹⁹. Da tali conclusioni discende la possibilità di affermare l'esistenza di un litisconsorzio facoltativo passivo per mezzo del quale al danneggiato è riconosciuto il potere di chiamare in giudizio la controllata per la condotta della *holding*, subordinatamente alla dimostrazione dei vincoli sussistenti tra le convenute²⁰.

14. Da tale ultima considerazione si evince che, nel corso dei procedimenti *antitrust*, per individuare il soggetto o, in questi casi, il gruppo responsabile della condotta anticoncorrenziale, viene in un primo momento utilizzato il principio dell'unità economica e, solo successivamente, tenuto conto degli elementi che emergono dall'istruttoria e dalla documentazione fornita dalle parti coinvolte, la sanzione viene comminata tenendo altresì conto della effettiva responsabilità di ogni singolo membro del gruppo rispetto alla condotta contestata²¹.

III. Onere probatorio, ragionamento presuntivo e confutazione delle argomentazioni

1. Presumere o dimostrare, questo è il dilemma

15. È bene notare che, fino a qualche anno fa, all'interno del panorama giurisprudenziale europeo esistevano orientamenti diversi rispetto al tema finora affrontato. Alcune sentenze ponevano maggiore accento sulla sussistenza di determinate prove – per lo più di natura indiziaria – in grado di dimostrare l'esistenza di una “influenza determinante”²², mentre altre si incentravano sull'applicazione del

¹⁴ Corte di Giustizia 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV*, cit., par. 55; 27 aprile 2017, *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, C-516/15P, ECLI:EU:C:2017:314, par. 48; *Sumal*, cit., parr. 43-44; 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, par. 105; *Athenian Brewery SA e Heineken NV*, cit., par. 29.

¹⁵ *Ex multis* 10 settembre 2009, *Akzo Nobel*, cit., parr. 54-55 e giurisprudenza ivi citata; 1 luglio 2010, *Knauf*, C-407/08P, ECLI:EU:C:2010:389, par. 64.

¹⁶ Corte di Giustizia 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, parr. 40 ss.

¹⁷ Corte di Giustizia, *Sumal*, cit.

¹⁸ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *Journal of European and International IP Law*, n. 8, 2021, pp. 731-743; C. KERSTING/J. OTTO, “Up and Down-Stream” Liability Within the Economic Unit: Children are Liable for their Parents!”, *Global Competition Litigation Review*, n. 3, 2021, pp. 126 ss. i quali evidenziano anche alcune problematiche circa la compatibilità della normativa e della prassi giurisprudenziale tedesca rispetto al diritto della concorrenza europeo; S. MARINO, “Gruppi di società”, cit., pp. 1137 ss.; E. STABILE, “La responsabilità dell'“impresa” per illeciti antitrust: la sentenza Sumal”, *Giustiziacivile.com*, 2022, pp.1-17; C. PICCIAU, *op. cit.*, pp. 193 ss.

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella del 15 aprile 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293, par. 52.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ L. DE SANCTIS, *op. cit.*, pp. 216 ss. Si permetta il rinvio a A. MANENTI, “Abuso di posizione dominante e interesse dei consumatori: conferme giurisprudenziali ed ambiguità applicative”, *Eurojus*, n. 1, 2023, pp. 66 ss. per alcune considerazioni in merito all'elemento psicologico, alla quantificazione delle sanzioni e all'imputabilità all'interno dei gruppi di società per condotte anticoncorrenziali.

²² *Ex multis* Trib. UE 26 aprile 2007, *Bolloré*, da T-109/02 a T-136/02, ECLI:EU:T:2007:115, par. 132 secondo cui: “l'elemento relativo alla detenzione della totalità del capitale della controllata, sebbene costituisca un forte indizio dell'esistenza,

principio di unità economica sulla base della presunzione di controllo, determinando conseguentemente diversi effetti sul piano giuridico²³. Tali approcci, stabilendo in conseguenza un onere probatorio differente, hanno portato al sorgere di una corrente dottrinale che ne ha denunciato la capacità di generare confusione ed ambiguità all'interno del diritto della concorrenza dell'Unione europea per mezzo del principio dell'unità economica e della presunzione di controllo²⁴.

16. Di fatto, dall'applicazione della c.d. *single economic entity* si desume che la responsabilità dell'infrazione *antitrust* sia attribuita *ex se* direttamente in capo a tutte le imprese parte del gruppo, salva la successiva specifica valutazione circa le responsabilità di ogni singola impresa²⁵. Risulta necessario evidenziare che, a livello pratico, benché l'applicazione di tale orientamento determini quale effetto l'attribuzione dell'ammenda all'intero gruppo, la diversa ponderazione circa l'elemento soggettivo può determinare effetti differenti non solo nel calcolo dell'ammenda da irrogare, ma anche nel caso vengano imposti rimedi comportamentali o strutturali alle imprese coinvolte²⁶.

17. In merito alla dimostrazione della sussistenza di un "gruppo", la giurisprudenza europea ha – anche se non in modo tassativo – individuato differenti indizi ed elaborato diverse presunzioni²⁷, le quali alleggeriscono e, in alcuni casi, invertono l'onere probatorio. Tra di esse, rientra la c.d. "presunzione di controllo" che si lega al concetto di "influenza determinante", corollario del principio di unità economica. La presunzione si ritiene soddisfatta laddove un'impresa, per il tramite anche di terzi, detenga una rilevante quota di azioni di un'altra società²⁸. Ciò è confermato considerando che, nella prassi, un gruppo viene ritenuto sussistente laddove una società, pur non detenendo un numero considerevole o alcuna quota di azioni in altra impresa, sia comunque in grado, attraverso comportamenti differenti, di poter determinarne il comportamento sul mercato²⁹.

18. La prova che tali rapporti di controllo esistano può essere data attraverso diversi indizi – individuati dalla giurisprudenza – tra i quali rientrano la struttura gerarchica del gruppo, la costituzione di comitati per il coordinamento delle attività, la comunanza di amministratori e dirigenti tra le società membri del gruppo e/o la condivisione del personale. Tuttavia, data la loro natura indiziaria, è bene met-

in capo alla società controllante, di un potere di influenza determinante sul comportamento della controllata sul mercato, non è sufficiente, di per sé, per permettere di imputare la responsabilità del comportamento della controllata alla società controllante", decisione annullata nella successiva fase di impugnazione dalla sentenza della Corte di Giustizia 3 settembre 2009, *Bolloré e a. c. Commissione*, C-322/07P, C-327/07P, C-338/07P, ECLI:EU:C:2009:500.

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, cit., par. 37-38.

²⁴ J. BRIGGS/S. JORDAN, "Presumed guilty: Shareholder liability for a subsidiary's infringements of Article 81 of the EC Treaty", *Business Law International*, n. 1, 2007, pp. 1 ss.; A. JONES, "The boundaries of an undertaking in EU competition law", *European Competition Journal*, n. 2, 2012, pp. 301 ss.; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, pp. 1096 ss.; D. BAILEY/O. ODUDU, *op. cit.*, pp. 1722, nota 6, e pp. 1746 ss.; A. KALINTIRI, "Revisiting Parental Liability in EU Competition Law", *European Law Review*, n. 2, 2018, pp. 145-166 (<https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/publications/revisiting-parental-liability-in-eu-competition-law/>); M. D'OSTUNI/M. BERETTA, *op. cit.*, p. 143, nota 56.

²⁵ A.L. HAMILTON/W. VAN MEERT, "Parental liability", *Competition Law Insight*, n. 5, 2011, pp. 7 ss.; L. DE SANCTIS, *op. cit.*, pp. 215 ss.; M. D'OSTUNI/M. BERETTA, *op. cit.*, pp. 397-398 e 438 ss. In giurisprudenza si veda sul punto Corte di Giustizia 26 gennaio 2017, *Villeroy & Boch*, C-625/13P, ECLI:EU:C:2017:52, par. 151 ss. che ben evidenzia come la ripartizione di quote di ammenda tra debitori solidali non sia un dovere della Commissione, ma una mera facoltà della stessa. Di fatto, "il meccanismo della solidarietà costituisce uno strumento giuridico supplementare a disposizione della Commissione inteso a rafforzare l'efficacia dell'azione della medesima nella riscossione delle ammende inflitte per infrazioni al diritto della concorrenza, giacché tale meccanismo riduce, per la Commissione in quanto creditore del debito costituito da tali ammende, il rischio di insolvenza; ciò concorre all'obiettivo di dissuasione che è generalmente perseguito dal diritto della concorrenza".

²⁶ Art. 7, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1 del 4 gennaio 2003, pp. 1-25, per i poteri riconosciuti in capo alla Commissione europea e art. 10, Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, *GUUE* L 11 del 14 gennaio 2019, pp. 3-33.

²⁷ F. AMATO, "Commento all'art. 101 TFUE", in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, II ed., 2014, pp. 1019 ss.

²⁸ Corte di Giustizia 20 gennaio 2011, *General Química*, C-90/09P, ECLI:EU:C:2011:21.

²⁹ Corte di Giustizia *Knauf*, cit. In dottrina, L. DE SANCTIS, *op. cit.*, pp. 211-215.

tere in chiaro che tali elementi debbano essere caratterizzati da precisione e congruenza tra loro per poter vincere l'*onus probandi*, ancorché giudicati insufficienti a tale fine laddove considerati in modo isolato³⁰.

2. La *probatio diabolica*: dimostrare l'indipendenza infragruppo

19. La presunzione di controllo appare chiaramente favorevole al *public* e al *private enforcement* in ragione dell'alleggerimento dell'onere probatorio che ne deriva, mentre risulta difficilmente superabile da parte delle imprese convenute³¹. Tale situazione di svantaggio è ben illustrata nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Bot nella causa *AcelorMittal Luxembourg* del 2009³², secondo il quale “la responsabilità della società controllante non [può] essere dimostrata soltanto sulla base di una presunzione fondata sulla detenzione del capitale. Infatti, benché la detenzione del 100% del capitale sia sufficiente a dimostrare l'esistenza del collegamento sotto il profilo societario, ritengo che essa non possa far presumere di per sé l'esercizio effettivo di un potere di direzione costituente una complicità nell'infrazione”. Inoltre, si osservava che la Commissione non potesse basarsi unicamente su tale presunzione, ma dovesse integrare con altri elementi la dimostrazione dell'assenza di autonomia della controllata al fine di tutelare i diritti fondamentali di difesa garantiti dall'art. 6 CEDU nonché dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

20. Tale argomentazione trova sostegno in alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo³³, la quale ha affermato come la presunzione di responsabilità utilizzata dalla Commissione abbia una natura di eccezione rispetto al principio generale della presunzione di innocenza e sia, pertanto, accettabile solo entro “limiti ragionevoli”. Dal canto suo, la Corte di Giustizia ritiene che tale presunzione sia rispettosa di tale principio poiché, da un lato, non determina la sussistenza nel diritto dell'Unione europea di una presunzione di colpevolezza di una qualsiasi delle società coinvolte³⁴ e, dall'altro lato, la deduzione utilizzata non ha carattere assoluto, neppure per il semplice fatto di essere difficilmente superabile³⁵.

21. Di fatto, riconoscere l'esistenza di una presunzione legale assoluta non determinerebbe altro che l'individuazione di una norma di diritto sostanziale non positivizzata in evidente contrasto con numerosi principi generali. Tale conclusione risulta coerente laddove si tenga conto del fine perseguito da tale strumento probatorio: assicurare che la repressione e la prevenzione di comportamenti contrari alle norme *antitrust* siano ponderate ed equilibrate rispetto alle esigenze di tutela poste dalla presunzione di innocenza, di personalità delle pene e di certezza del diritto³⁶.

22. La giurisprudenza della Corte di Giustizia risulta ormai consolidata nell'applicare le basi della teoria dell'unità economica – in particolare la presunzione analizzata – poiché i suoi effetti risulta-

³⁰ *Ibidem*, par. 65. Si vedano anche Corte di Giustizia 24 giugno 2015, *Fresh Del Monte Produce*, C-293/13P e C-294/13P, ECLI:EU:C:2015:416, par. 77; 18 gennaio 2017, *Toshiba*, C-623/15P, ECLI:EU:C:2017:21, par. 47; 25 marzo 2021, *Deutsche Telekom AG*, C-152/19P, ECLI:EU:C:2021:238, par. 76. In dottrina, M. BERETTA/M. D'OSTUNI, *op. cit.*, p. 144.

³¹ *Supra* nota 24. Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, *cit.*, par. 31. In giurisprudenza, Corte di Giustizia 16 giugno 2016, *Evonik Degussa e AlzChem*, C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446, par. 44.

³² Corte di Giustizia, Grande Sezione 29 marzo 2011, *AcelorMittal Luxembourg SA e a. c. Commissione*, C-201/09P e C-216/09P, ECLI:EU:C:2011:190, parte VII, sez. A, punto 2, par. 81 ss.

³³ Corte eur. D.U. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*, nr. 10519/1983, ECLI:CE:ECHR:1988:1007JUD001051983, par. 28; Corte eur. D.U. 23 luglio 2002, *Janosevic c. Svezia*, nr. 34619/2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0723JUD003461997, par. 101.

³⁴ Corte di Giustizia 26 gennaio 2017, *Villeroy & Boch*, C-625/13P, ECLI:EU:C:2017:52, par. 149 e giurisprudenza *ivi citata*.

³⁵ Corte di Giustizia 19 giugno 2014, *FLS Plast*, C-243/12P, ECLI:EU:C:2014:2006, par. 27; *Evonik Degussa e AlzChem*, *cit.*, par. 44 e giurisprudenza *ivi citata*.

³⁶ Corte di Giustizia 25 ottobre 1983, *AEG-Telefunken*, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, par. 50; 10 settembre 2009, *Akzo Nobel*, *cit.*, par. 60; 20 gennaio 2011, *General Química e a.*, C-90/09P, ECLI:EU:C:2011:21, par. 39; 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine*, C-521/09P, ECLI:EU:C:2011:620, par. 59; 19 giugno 2014, *FLS Plast*, C-243/12P, ECLI:EU:C:2014:2006, par. 27; 27 gennaio 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18P, ECLI:EU:C:2021:73, par. 38 ss.

no capaci di garantire un alleggerimento dell'*onus probandi* a favore delle parti attrici nei procedimenti di *public e private enforcement* e, contestualmente, una maggiore efficacia general-preventiva nell'applicazione del diritto della concorrenza³⁷.

23. È quindi dubbio se le società convenute possano confutare tale presunzione. In primo luogo, tenuto conto che la giurisprudenza della Corte di giustizia non consente di superare tale tipologia di prova sulla base di semplici affermazioni, appare fin da subito evidente che la controprova sia caratterizzata da una certa complessità. Tale affermazione si fonda sulla circostanza secondo la quale, mentre la presunzione può basarsi sulla semplice prova di un controllo pari al 100% o di una percentuale di poco inferiore delle quote societarie da parte della *holding* nelle imprese satellite, la società convenuta è costretta, invece, a fornire un insieme di elementi probatori sufficientemente approfonditi e coerenti tali da convincere il giudice – o altra autorità procedente – della propria inidoneità a poter indirizzare l'agire della controllata ovvero a dimostrare l'indipendenza di quest'ultima³⁸.

24. Sorge pertanto il dubbio che l'*onus probandi* imposto ai convenuti sia caratterizzato da una gravità tale da poter affermare la sussistenza di una *probatio diabolica*. Tenuto conto che il soggetto contro cui la presunzione opera deve, in linea di principio, apportare la prova negativa del fatto accertato “in via meramente presuntiva”³⁹, in passato la giurisprudenza è giunta ad affermare che “la mera circostanza che un'entità non produca, in un determinato caso, elementi di prova tali da superare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante non significa che detta presunzione non possa essere confutata in nessun caso”⁴⁰.

25. Di fatto, tenuto conto dell'onere di rovesciare la presunzione cui sono chiamate le imprese, una prima teorica prova negativa può essere individuata nell'assenza di comuni intenti in grado di determinare condotte autonome delle società sul mercato e, conseguentemente, il venir meno della configurabilità di una responsabilità solidale. A titolo di esempio, si pensi al caso di una società satellite che ponga in essere accordi commerciali in violazione della normativa *antitrust* in concerto con altre imprese concorrenti in un mercato differente oppure in quanto attiva nella vendita di prodotti eterogenei rispetto a quelli commercializzati dalla società-madre⁴¹. In casi simili non sembra ravvisabile una condotta comune in grado di determinare una responsabilità solidale ai fini dell'applicazione delle sanzioni *antitrust*, specie laddove rilevi un diverso mercato del prodotto⁴².

26. In una recente causa, in materia di violazione dell'art. 102 TFUE, la società-madre, a cui era stata contestata la condotta della “figlia”, ha declinato ogni responsabilità sostenendo che il processo di ristrutturazione operato fin dal 2014 al proprio interno avesse avuto come fine la valorizzazione di

³⁷ Di fatto, la sanzione viene calcolata sulla base del fatturato dell'intero gruppo (v. nota 10).

³⁸ Corte di Giustizia, *AEG-Telefunken*, cit., par. 50; 10 settembre 2009, *Akzo Nobel*, cit.; *Elf Aquitaine*, cit., par. 56 ss.; Trib. UE 30 settembre 2009, *Arkema SA*, T-168/05, ECLI:EU:T:2009:367; 17 maggio 2011, *Elf Aquitaine SA*, T-299/08, ECLI:EU:T:2011:217, par. 53. In dottrina, A.M. ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, Bari, Cacucci Editore, p. 123, nota 337.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Mengozzi, 17 febbraio 2011, *Elf Aquitaine SA*, C-521/09P, par. 64.

⁴⁰ Corte di Giustizia, *Elf Aquitaine*, cit., par. 66.

⁴¹ U.S. Supreme Court, *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. 183 (2010). Il caso, più precisamente, riguardava la causa intentata da *American Needle Inc.*, società fornitrice di articoli sportivi, nei confronti di 32 squadre membri della *National Football League* e della società costituita da tali squadre, NFLP (*National Football League Properties*), per violazione della normativa *antitrust* americana poiché NFLP aveva concesso a Reebok una licenza esclusiva per produrre cappellini riproducenti i loghi delle predette squadre. La causa rileva ai fini del presente contributo in ragione del fatto che la Suprema Corte degli Stati Uniti d'America ha evidenziato i motivi per cui le squadre membri della NFL (*National Football League*) non avevano agito come “*single economic entity*”, ma come imprese separate ed indipendenti, dichiarandole responsabili della condotta collusiva denunciata dalla società attrice.

⁴² Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, Bruxelles, 08.02.2024, C(2023) 6789 final, *GUUE C/2024/1645* del 22 febbraio 2024, pp. 14 ss. e p. 24. G. D'IPPOLITO, “Il mercato rilevante”, in G. CASSANO/A. CATRICALÀ/R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, UTET Giuridica, 2018, pp. 479 ss.

specifiche attività del proprio marchio nei diversi paesi ove lo stesso era presente, mediante il decentramento dei processi decisionali. All'interno di tale riassetto, la controllante avrebbe svolto il ruolo di mediatrice tra le varie società operative al fine di promuovere obiettivi comuni e *best practices*, dismettendo completamente qualsiasi ruolo decisionale⁴³. Ebbene, tali affermazioni non sono state considerate sufficienti a superare la presunzione poiché le stesse non escludevano che rappresentanti della società madre fossero o potessero sedere negli organi decisionali delle società figlie ovvero che fosse garantito che i membri di questi organi fossero funzionalmente indipendenti⁴⁴. In sostanza, ne deriva che la *holding* risponde pur senza alcuna diretta implicazione soggettiva nell'infrazione perché ai fini della responsabilità “risponde il soggetto giuridico che costituisce il centro dell'imputazione dei rapporti giuridici dell'impresa stessa”⁴⁵.

27. Eppure, benché l'uso della presunzione di controllo risulti ormai consolidato, permangono dubbi circa la validità di tale strumento nel caso di imprese che detengano azioni che non rientrino nel tradizionale principio “*one share, one vote*” in ambito commerciale. A titolo esemplificativo, si pensi ad una impresa che investa nell'acquisizione di un pacchetto di azioni in una qualsiasi società solo allo scopo di trarne un profitto per i suoi azionisti⁴⁶. Appare dubbia l'applicazione del criterio dell'unità economica in questo ambito poiché il mero investitore, privo di potere di decisione o comunque limitato in esso, investe nella società che ha violato o viola il diritto della concorrenza, ma non ne determina l'agire né sul piano commerciale, né sul piano amministrativo-contabile. In un caso simile, l'autorità *antitrust* precedente – o altro attore – non appare legittimata a richiamare il principio di unità economica, ma sembra piuttosto onerata di porre in essere una istruttoria più approfondita – o di presentare prove più precise – in grado di dimostrare l'effettiva capacità di influenza, sebbene latente, del mero investitore.

28. Ulteriore esempio di potenziale difficoltà applicativa della presunzione può essere individuato nel caso del *trust* poiché tale istituto prevede che un soggetto ponga sotto il controllo di un *trustee* un insieme di beni⁴⁷ – anche al fine di trarne solo profitto – cui possono essere estese le valutazioni sopra esposte in materia di mero investitore. Di fatto, in un caso simile, risulterebbe assai difficile poter presumere l'esistenza di una unità economica poiché, tenuto conto della natura dell'istituto in esame, i ruoli svolti dalle parti private coinvolte appaiono tali da non poter dedurre *a priori* l'esistenza di una influenza determinante ed effettiva rispetto all'operato di una società controllata mediante il *trust*. In sintesi, il *settlor*, quale disponente, si spoglia della proprietà dei propri beni affidandoli ad un *trustee* che agisce, secondo le finalità di cui all'atto istitutivo del *trust*, nell'interesse del beneficiario. Quest'ultimo gode indirettamente dei vantaggi derivanti dalla gestione dei beni vincolati all'interno del *trust* e che, pertanto, non ha il potere di amministrare. In tale ambito, come visto in precedenza, le autorità *antitrust* – o i privati nell'ambito del *private enforcement* – appaiono onerati di provare l'elusione della normativa a tutela della concorrenza, per esempio, mediante la dimostrazione di direttive implicite da parte del *settlor* e, pertanto, l'esistenza di una influenza da parte del *trustee*.

29. Posti tali dubbi, parte della dottrina è giunta a suggerire alcuni differenti orientamenti interpretativi sia in chiave comparatistica⁴⁸, sia mediante nuove concezioni della problematica della responsabilità

⁴³ Corte di Giustizia, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit., par. 109 ss. A. MANENTI, *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 122-123.

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocata Generale J. Kokott del 23.04.2009, *Akzo Nobel*, C-97/08P, par. 39. N. WAHL, “Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption?”, *19th St. Gallen International Competition Forum ICF*, 2012, pp. 1-15; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 1094.

⁴⁶ M. STANEVIČIUS, “Portielje: Bar remains high for rebutting parental liability presumption”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 1, 2014, pp. 24-26; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 1108 ss.

⁴⁷ Art. 2, Convenzione de l'Aja del 1 luglio 1985, *Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento*. Per alcune nozioni generali in merito all'istituto del *trust* nell'ambito europeo e le sue implicazioni in materia di diritto privato internazionale: Z. CRESPI REGHIZZI, “Il Trust nello spazio giuridico europeo”, in P. IVALDI/F. MUNARI/I. QUEIROLO/L. SCHIANO DI PEPE/C. TUO (a cura di), *Verso il completamento dello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Padova, CEDAM, 2025, pp. 291-306.

⁴⁸ C. KOENIG, “Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law”, *World Competition*, n. 1, 2018,

infragrappo⁴⁹. Nella causa in esame, invece, la Corte di Giustizia ha affermato, confermando il proprio orientamento, che il giudice del domicilio della società madre, investito della domanda di condanna di quest'ultima al risarcimento del danno in solido con altre imprese membri del medesimo gruppo, possa basarsi, per stabilire la propria competenza a decidere, sulla presunzione di influenza determinante purché i convenuti non siano privati della possibilità (assai impegnativa da realizzare) di confutare tale presunzione.

IV. Principio di unità economica e giurisdizione *ex art. 8 del Regolamento 1215/2012*

1. Le conclusioni della Corte

30. L'orientamento maturato rispetto al principio di unità economica viene impiegato dalla Corte per interpretare – benché in modo restrittivo, in ragione della natura di eccezione al foro generale del convenuto⁵⁰ – l'art. 8 del Reg. 1215/2012 che prevede esplicitamente la sussistenza di un “collegamento così stretto” tra le domande aventi come destinatari una pluralità di convenuti e tali da rendere opportuna la trattazione e decisione unitaria delle stesse. Lo scopo di tale previsione come reso esplicito dai considerando 16 e 21 del medesimo regolamento, viene individuato nella buona amministrazione della giustizia e nella riduzione di possibili conflitti tra procedimenti paralleli, oltre che tra giudicati⁵¹. Sul punto appare doveroso evidenziare il fatto che tale norma risulta scarsamente invocata nelle cause in ragione delle difficoltà incontrate dai giudici nazionali non solo nella valutazione degli elementi su cui basare il “collegamento così stretto” tra le domande, ma anche per l'interpretazione che viene data rispetto al significato di tale proposizione da parte della Corte di Giustizia che risulta lesiva del diritto di prevedibilità rispetto alle norme attinenti alla giurisdizione⁵².

31. La Corte sottolinea come il giudice nazionale⁵³, in quanto competente nella valutazione dei fatti, sia chiamato, ancora prima di affermare la propria giurisdizione, a verificare che l'attore non ponga la domanda al solo scopo di sottrarre uno dei convenuti al giudice dello Stato in cui quest'ultimo è domiciliato, così limitando il fenomeno del *c.d. forum shopping*⁵⁴.

pp. 69-100; S. DALY/A. JONES, “The Undertaking and Single Entity Doctrine in EU and UK Competition Law: Proposals for a Refined Approach”, in F. THEPOT/A. TZANAKI (eds.), *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Cheltenham, Edward Elgar, Forthcoming – 2025, pp. 1-23 (reperibile online <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4426129>).

⁴⁹ A. KALINTIRI, *op. cit.*, pp. 161 ss. il quale teorizza due possibili e differenti concezioni del problema, da un lato, la “*failure to exercise vigilance theory*”, dall'altro, la “*enterprise liability theory*”.

⁵⁰ Corte di Giustizia 7 settembre 2023, *Beverage City Polska*, C-832/21, ECLI:EU:C:2023:635, par. 35 e giurisprudenza citata. In dottrina, V. LAZIC/P. MANKOWSKI, *The Brussels I-bis Regulation – Interpretation and Implementation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 76-219; P. BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 50 ss.

⁵¹ Corte di Giustizia, *Athenian Brewery e Heineken*, cit., par. 20 e giurisprudenza ivi citata. P. FRANZINA, “La garanzia dell'osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2011, pp. 146-147.

⁵² Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), COM(2025) 268, 2 giugno 2025, p. 6; Commission Staff Working Document [...] Accompanying the document The Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), SWD/2025/135, 2 giugno 2025, par. 2.1 (al momento disponibile solo in lingua inglese su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52025SC0135&qid=1749650988054>).

⁵³ Corte di Giustizia 13 luglio 2006, *Roche Nederland BV e a. c. Frederick Primus e Milton Goldenberg*, C-539/03, ECLI:EU:C:2006:458, par. 26, la quale ha affermato l'insussistenza di una medesima situazione di fatto nell'ambito di una controversia concernente la contraffazione di brevetti europei posta in essere da diverse società in diversi Stati membri. Nella medesima decisione si afferma altresì che: “Una competenza giurisdizionale fondata unicamente sui criteri di fatto indicati dal giudice del rinvio condurrebbe ad una moltiplicazione delle potenziali competenze e sarebbe quindi tale da inficiare la prevedibilità delle norme sulla competenza stabilite dalla Convenzione, pregiudicando, conseguentemente, il principio della certezza del diritto quale fondamento della Convenzione stessa” (par. 37).

⁵⁴ *Ibidem*, par. 38.

32. Nel caso in esame, la possibilità di convenire in giudizio la società Heineken si fonda sul fatto che essa detiene una quota rilevante nel capitale sociale della AB. Conseguentemente, potendosi affermare, come illustrato⁵⁵, l'esistenza di un'unità economica a livello sostanziale tra le citate società, MTB risulta legittimata ad invocare il foro facoltativo a sé più conveniente e corrispondente, nel caso in esame, al giudice del domicilio della capogruppo. Richiamando la propria giurisprudenza, la Corte ha altresì affermato che tale conclusione risulta conforme al principio di certezza del diritto poiché le norme sulla competenza speciale devono essere interpretate in modo da consentire a chiunque “di prevedere ragionevolmente dinnanzi a quale giudice, diverso da quello dello Stato del proprio domicilio, potrà essere citato”⁵⁶.

33. Dal momento che le imprese vengono ritenute responsabili in solido dell'illecito *antitrust*, la Corte evidenzia come, proprio in virtù di tale condizione, sussista il rischio di potenziali incompatibilità di giudicato. Nel caso di specie, infatti, non vi è alcuna decisione vincolante della Commissione⁵⁷, ma una decisione emessa da un'autorità nazionale della concorrenza, il che determina un implicito problema nel caso di giudizi separati. Più precisamente, considerato che le decisioni in materia di *public enforcement* hanno natura amministrativa, il problema consiste nel fatto che, ad oggi, non sussiste alcuno strumento normativo che sancisca un meccanismo che, sulla base del principio di mutuo riconoscimento, riconosca come vincolante un medesimo provvedimento amministrativo tra Stati membri.

34. Rispetto alla problematica in esame, la Dir. 2014/104 ha attenuato, ma non risolto, il problema. L'art. 9 ha sancito la necessità di introdurre negli ordinamenti nazionali norme che, pur nel rispetto del principio di autonomia procedurale, consentano alle parti interessate di presentare le decisioni definitive di un'autorità nazionale garante della concorrenza⁵⁸ o di un giudice di un altro Stato membro⁵⁹ dinnanzi ai propri organi giurisdizionali, oltre a prevedere che le stesse vengano considerate come prove privilegiate nel corso del processo⁶⁰. Inoltre, in materia di trasferimento del sovrapprezzo nei diversi gradi della catena di approvvigionamento, l'art. 15, lett. c), pone in capo agli Stati membri l'onere di introdurre disposizioni che consentano ai giudici investiti di un'azione di risarcimento per il danno da illecito *antitrust* di tenere in debito conto le “pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza”.

35. La normativa richiamata non impedisce che le imprese convenute in giudizio possano dimostrare il contrario mediante la produzione di qualsivoglia prova in grado di confutare le infrazioni contestate⁶¹. Inoltre, le asserite vittime rimangono in ogni caso onerate di provare l'entità del danno patito e il nesso di causa tra quest'ultimo e la violazione del diritto *antitrust*.

36. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Athenian Brewery e Heineken*, “in sede di verifica della competenza internazionale, il giudice adito non valuta né la ricevibilità né la fondatezza della domanda, bensì individua unicamente gli elementi di collegamento”⁶². Pertanto,

⁵⁵ *Supra* p. II.

⁵⁶ Corte di Giustizia, *Athenian Brewery e Heineken*, cit., par. 34 e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁷ Art. 16, Regolamento (CE) N. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1 del 4 gennaio 2003.

⁵⁸ T. SCHEREIBER/C. KRÜGER/P. BURKE, “Practical challenges for cross-border follow-on actions”, in P.L. PARCU/G. MONTI/M. BOTTA (eds.), *Private enforcement of EU competition law: the impact of the damages directive*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 17 ss.

⁵⁹ Si tenga conto che pur essendo prove privilegiate, gli organi giurisdizionali conservano un potere di controllo e di riforma di tali atti.

⁶⁰ Circa le problematiche sorte nell'Ordinamento italiano si rinvia a M. REA, “L'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM nel processo civile. Verso il superamento dei dubbi di costituzionalità alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019”, *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2, 2019, p. 188 ss. e dottrina ivi citata.

⁶¹ Corte di Giustizia 28 gennaio 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, par. 64; 16 giugno 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, par. 45.

⁶² Corte di Giustizia, *Athenian Brewery e Heineken*, cit., par. 41.

la prima valutazione che il giudice è chiamato a operare può essere definita “di rito”: posto che le imprese convenute sono parte di un medesimo gruppo, tenuto conto degli elementi fattuali che *prima facie* risultano aver condotto ad un abuso di posizione dominante, si può applicare l'art. 8, Reg. 1215/2012, poiché sussiste il rischio concreto che possano essere pronunciate decisioni incompatibili. La conclusione risulta rafforzata dal richiamo che la Corte compie in riferimento al principio dell'effetto utile di detto regolamento, i cui obiettivi sono già stati esplicitati in precedenza⁶³.

2. Le conseguenze sul foro competente

37. Alla luce della conclusione della Corte, appare opportuno osservare come la sentenza *Athenian Brewery e Heineken* abbia ampliato i fori potenzialmente competenti a decidere, favorendo – seppur indirettamente – il fenomeno del c.d. *forum shopping*. Con il riconoscimento della giurisdizione in capo al giudice del domicilio della capogruppo, la Corte di Giustizia ha di fatto ampliato i fori presso i quali l'attore può presentare la propria domanda benché, come nel caso di specie, appaia prospettabile un discostamento dal principio di prossimità tra giudice adito e controversia⁶⁴.

38. Più precisamente, il giudice olandese risulta adito quale foro del domicilio del convenuto Heineken, quale capo-gruppo, e quale *forum connectionis* ai sensi dell'art. 8 Reg. 1215/2012 per quanto attinente alla posizione processuale di AB in virtù del principio di unità economica. Tuttavia, altro foro potenzialmente in grado di pronunciarsi sulla causa risulta essere quello del giudice greco. Non solo quest'ultimo può essere considerato foro del domicilio della convenuta AB, ma in tale foro si riunirebbero il *forum connectionis*, in virtù delle argomentazioni utilizzate in precedenza a favore della giurisdizione olandese, nonché il *forum damni*, in ragione della coincidenza del luogo del danno con il mercato greco della birra, e il *forum commissi delicti*, in quanto l'azione anticoncorrenziale ha avuto luogo ed effetti in Grecia. A rafforzare la convenienza del foro greco si aggiunge il fatto che l'autorità garante greca della concorrenza ha emesso una decisione che, seppur limitata all'accertamento di un abuso di posizione dominante da parte di AB, non ha del tutto escluso il coinvolgimento di Heineken nell'infrazione limitandosi, senza tener conto della possibilità di applicare il principio di unità economica, ad affermare che nulla facesse presumere un coinvolgimento di detta società. Inoltre, come disposto dalla Dir. 2014/104⁶⁵ e dalla legge di trasposizione della stessa nell'ordinamento greco⁶⁶, la decisione emessa dall'autorità garante greca – laddove definitiva – assume la natura di prova piena rispetto ai fatti da essa accertati e sanzionati e, pertanto, vincola il giudice rispetto a tali conclusioni, sollevando il ricorrente principale dall'onore di dover dimostrare nuovamente la condotta anticoncorrenziale contestata al convenuto.

39. In merito alla sussistenza in capo al giudice greco di una giurisdizione ai sensi dell'art. 7, n. 2, Reg. 1215/2012, può essere utile ricordare il precedente giurisprudenziale in materia di abuso di posizione dominante *flyLAL II*⁶⁷, la cui soluzione, pur avendo ad oggetto l'applicazione dell'art. 5, Reg.

⁶³ *Supra*, punto 30.

⁶⁴ Considerando 16 del Regolamento 1215/2012 secondo cui “Il criterio del foro del domicilio del convenuto dovrebbe essere completato attraverso la previsione di fori alternativi, basati sul collegamento stretto tra l'autorità giurisdizionale e la controversia, ovvero al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia”.

⁶⁵ *Supra*, punto 34.

⁶⁶ Art. 9, Transposition into national law of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, in Εφημερίς της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ) (Τεύχος Α), nr. 56 del 23 marzo 2018, pp. 7361-7376 (consultabile in greco online sul sito <https://www.opengov.gr/ypoiain/?p=8361>). L'art. 9 al comma 1 vincola l'autorità greca al rispetto della decisione definitiva eventualmente emessa dalla Commissione o dall'Autorità nazionale greca della concorrenza; mentre il comma 2 prevede che le decisioni emesse dalle autorità nazionali di altri Stati membri siano considerate prove privilegiate delle infrazioni accertate e sanzionate.

⁶⁷ Corte di Giustizia 5 luglio 2018, *AB «flyLAL-Lithuanian Airlines» c. «Starptautiskā lidosta “Rīga”» VAS, «Air Baltic Corporation» AS*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533.

44/2001, può essere estesa al nuovo articolo. Nella decisione *flyLAL II*, la Corte ha confermato il proprio consolidato orientamento⁶⁸ secondo il quale l'attore può adire sia il giudice del luogo ove il danno si è verificato sia quello del luogo ove è venuto in essere l'evento generatore del danno. A tal fine onde individuare il *locus commissi delicti* è demandato al giudice il dovere di compiere una analisi *prima facie* degli eventi risultanti dagli atti di causa e individuare l'evento che si distingue quale particolarmente significativo ed in grado di legittimare la competenza giurisdizionale⁶⁹.

40. La citata sentenza del 2018 risulta utile altresì per evidenziare la coincidenza del *forum damni* con l'autorità giurisdizionale greca. La Corte, infatti, ha affermato in tale circostanza non solo che "qualora il mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale si trovi nello Stato membro sul cui territorio è presumibilmente avvenuto il danno asserito, occorre ritenere che il luogo in cui si è concretizzato il danno, ai fini dell'applicazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, si trovi in tale Stato membro"⁷⁰, ma che la soluzione prospettata risulta la più congrua ai principi di prossimità e di prevedibilità delle regole di competenza. Ciò consente, a conclusione del ragionamento, che l'attore possa convenire in giudizio anche una pluralità di convenuti considerati responsabili di una condotta lesiva dei propri diritti dinnanzi al giudice del luogo in cui si è verificato l'asserito danno⁷¹.

41. In considerazione di quanto osservato, sembra potersi affermare che il giudice greco risulta l'autorità giurisdizionale più vicina agli interessi della parte attrice. Tale conclusione si fonda non solo sul fatto che tale giudice risulta, in applicazione del principio di prossimità, il più vicino all'evento e alla prova, ma anche per mezzo di una lettura combinata del Regolamento Bruxelles I-bis e Roma II in materia di legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, quali i danni da concorrenza sleale e da violazione del diritto della concorrenza⁷². Di fatto, nel caso *AB e Heineken*, il giudice olandese anche laddove competente, sarà chiamato ad applicare la legge greca tenuto conto della disciplina di cui al Regolamento Roma II.

V. Considerazioni conclusive

42. Il consolidato orientamento della Corte di Giustizia rispetto all'applicazione del principio di unità economica e, in particolare, dell'uso che essa ha avvallato della presunzione di controllo appare discutibile se, come precedentemente visto, esso viene posto in relazione con alcuni principi chiave dell'Unione europea. Tuttavia, si deve evidenziare che sebbene la prassi consolidata risulti discutibile dal punto di vista sostanziale, la medesima appare facilitare il controllo di competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 8, Reg. 1215/2012.

43. Più precisamente, l'uso della presunzione di controllo e la conseguente deduzione di esistenza di un'unità economica tra più convenuti sembra possa alleggerire, senza determinare dubbi di implicite presunzioni di colpevolezza, laddove venga tali elementi vengano utilizzati al fine di determinare la competenza del giudice a decidere in merito alla domanda. Sostanzialmente, come affermato dalla Corte di Giustizia, il giudice investito della questione può stabilire la sussistenza di un vincolo di connessione sulla base del fatto che quanto dedotto mediante ricorso abbia effettivamente ad oggetto una medesima situazione di fatto e di diritto⁷³. In tale circostanza, infatti, l'organo giudicante non è chiamato a valutare

⁶⁸ Corte di Giustizia 30 novembre 1976, *Handelskwekerij G.J. Bier B. V. c. Mines de potasse d'Alsace S.A.*, 21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 53 ss.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 40.

⁷¹ *Ibidem*, par. 42. Corte di Giustizia 3 aprile 2014, *Hi Hotel HCF*, C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215, par. 40.

⁷² Art. 6, Reg. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *GUCE* L 199/40 del 31 luglio 2007, pp. 40-49.

⁷³ Corte di Giustizia, *Athenian Brewery e Heineken*, cit., par. 44; *Universal Music International Holding*, cit., par. 44 e giurisprudenza citata.

la fondatezza della domanda mediante una istruzione probatoria dettagliata, ma dovrà basare la propria valutazione su tutti gli elementi di cui dispone comprese le eventuali contestazioni del convenuto⁷⁴.

44. Da questo punto di vista, nel corso dell'istruttoria ed al fine di garantire un equilibrio tra gli interessi degli attori e i diritti di difesa dei convenuti, sembrerebbe più ragionevole supporre che non possa bastare il mero richiamo alla presunzione relativa di controllo. Una presunzione non può essere per sé sola posta a fondamento di una condanna, ma sembra debba necessariamente essere integrata da ulteriori elementi in grado di rafforzarla. L'effetto che deriverebbe da tale differente applicazione del principio consisterebbe in un riequilibrio del potere tra le parti in causa, senza negare la possibilità di utilizzare lo strumento probatorio della presunzione.

45. Poste tali valutazioni circa l'onere probatorio rispetto all'esistenza di un'unità economica, alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, deve essere evidenziato come l'ampliamento delle possibilità di adire il giudice da parte dei legittimati attivi rischia anche di favorire il fenomeno del c.d. *forum shopping*, poiché ragionevolmente gli attori sceglieranno il foro a sé più favorevole dal punto di vista procedurale. Sembra opportuno rammentare che nel diritto dell'Unione europea non trova applicazione la c.d. "*forum non conveniens doctrine*", concezione ammessa nei sistemi di *common law* e che risponde in tali contesti ad una finalità di economia processuale per mezzo del riconoscimento in capo al giudice della facoltà di poter declinare la giurisdizione ad altro giudice ritenuto oggettivamente più adeguato a decidere della controversia⁷⁵. Difatti, l'applicazione di tale dottrina è stata negata dalla giurisprudenza europea⁷⁶ in applicazione dei principi di certezza del diritto e di prevedibilità del foro dinanzi al quale il convenuto può essere chiamato a rispondere; conseguentemente, se da un lato il sistema europeo mantiene una rigidità in grado di garantire la certezza del diritto, dall'altro favorisce un fenomeno che ha sempre tentato di limitare quale l'abuso nella facoltà di scelta del foro presso cui agire. In conclusione, il rischio insito nella sentenza *AB e Heineken* sembra ravvisabile in un orientamento tendenzialmente *claimant-friendly* attraverso l'uso di presunzioni relative – quasi assolute – e mediante una valutazione degli elementi fondanti la giurisdizione limitata alle dichiarazioni delle parti al momento della loro costituzione in giudizio. Tale orientamento, per certi aspetti, non sembra pienamente conciliabile con il diritto di difesa del convenuto e, paradossalmente, con il principio di prossimità.

46. Infine, tenuto conto della pronuncia *Athenian Brewery e Heineken*, ci si chiede se, nonostante le osservazioni di cui sopra, la medesima non sia in grado di fondare un nuovo orientamento in materia di giurisdizione internazionale. Preso atto della tendenza di avvicinare alla parte debole il *forum iurisdictionis*, un'estensione del principio di unità economica potrebbe consentire di convenire in giudizio società con sede all'estero all'interno dello spazio giudiziario europeo, ma controllate da una società-madre europea. Tuttavia, se da un lato, una applicazione di tale portata consentirebbe di convenire in giudizio le società madri per comportamenti delle società figlie per comportamenti posti in essere in violazione non solo di concorrenza, ma anche della normativa a tutela dei diritti dei lavoratori e umani, o ancora, ambientale; dall'altro, rischierebbe di generare una fuga generale delle imprese mediante il trasferimento delle sedi amministrative e societarie. Come rilevato dalla stessa Commissione⁷⁷, ad oggi, risultano pendenti altre questioni attinenti all'interpretazione ed applicazione dell'art. 8 Reg.

⁷⁴ Corte di Giustizia, *Kolassa*, cit., par. 63.

⁷⁵ *Ex multis* M. DE CRISTOFARO, "La Corte di Giustizia tra *forum shopping* e *forum non conveniens* per le azioni risarcitorie da illecito", *Giurisprudenza Italiana*, n. 4, 1997, p. 7 ss. e dottrina *ivi* richiamata; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, Brussels, Bruylant, 2003; C. MEO, "Azioni di risarcimento dei danni antitrust e «forum shopping»: il modello UK", *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2017, pp. 533-564.

⁷⁶ Corte di Giustizia 1 marzo 2005, *A. Owusu c. N.B. Jackson e a.*, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, parr. 37 ss. secondo la quale "il rispetto del principio della certezza del diritto, che costituisce uno degli obiettivi della Convenzione di Bruxelles (v., segnatamente, sentenze 28 settembre 1999, *GIE Groupe Concorde e a.*, C-440/97, ECLI:EU:C:1999:456, par. 23, e 19 febbraio 2002, *Besix*, C-256/00, ECLI:EU:C:2002:99, par. 24), non sarebbe pienamente garantito se si dovesse consentire ad un giudice competente ai sensi della detta Convenzione di applicare l'eccezione del *forum non conveniens*".

⁷⁷ Commission staff working document, *cit.*, par. 2.1.

1215/2012⁷⁸; tuttavia, benché la stessa Istituzione europea concluda auspicando un costante intervento interpretativo della Corte di Giustizia, sarebbe piuttosto desiderabile una scelta più omogenea e selettiva nella selezione dei criteri ermeneutici di interpretazione delle norme in materia di competenza giurisdizionale onde tutelare non solo le parti deboli, ma anche gli interessi dei convenuti, nel rispetto del diritto di difesa e del principio di prevedibilità⁷⁹.

⁷⁸ In particolare, Corte di Giustizia, *Electricity & Water Authority of the Government of Bahrain e a. c. Unilever Europe BV e a.*, C-672/23 e C-673/23, nel corso della quale risultano essere state già depositate in data 3 aprile 2025 le conclusioni dell'Avvocata Generale J. Kokott.

⁷⁹ *Supra* nota 76.

The localization of torts pursuant to Art. 4 of the Rome II Regulation between “*lex loci damni directi*”, common habitual residence and escape clause

La localizzazione del fatto illecito ai sensi dell’Art. 4 del Regolamento Roma II tra “*lex loci damni directi*”, residenza abituale comune e clausola d’eccezione

FEDERICA SARTORI

*Ph.D. Candidate in Public Law, Criminal and International Justice
University of Pavia (Italy)*

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:27.08.2025

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9926>

Abstract: The Italian Supreme Court has clarified the interpretation of Art. 4 (1) of Rome II, reaffirming that in road traffic accidents, the applicable law is that of the place where the primary victim sustained physical injuries, as the *lex damni* coincides with the *lex loci actus* identifying a peculiar *lex loci damni directi*. However, if both the direct victim and the person claimed to be liable share a common habitual residence, the law of that residence applies as an exception. Since the European Commission’s Report on Rome II did not raise significant issues or propose reforms about Art. 4, it is preferable for case law to remain consistent, ensuring the principles of Rome II are applied as an “*acte claire*”.

Keywords: traffic accidents, direct damage, *lex damni*, common habitual residence, Rome II.

Riassunto: La Corte di cassazione italiana si è pronunciata sull’interpretazione dell’Art. 4 (1) Roma II, ribadendo che in ipotesi di sinistri stradali il luogo del danno è quello in cui la vittima primaria subisce lesioni personali, poiché la *lex damni* e la *lex loci actus* coincidono integrando una peculiare *lex loci damni directi*. Tuttavia, se la vittima diretta e il presunto responsabile hanno una residenza abituale comune, si applica tale legge quale eccezione alla regola generale che, pertanto, ha portata residuale. Non essendo emerse particolari problematiche sul tema dalla Relazione sull’applicazione di Roma II, in mancanza di proposte di riforma in merito, è auspicabile che l’elaborazione giurisprudenziale si mantenga uniforme nell’applicazione dei profili che rendono Roma II un “*acte claire*”.

Parole chiave: sinistri stradali, danno diretto, *lex damni*, residenza abituale comune, Roma II.

Summary: I. Introduction. II. The connecting factor of the place where the direct damage occurred. III. The relevance of the common habitual residence. IV. Notes on the escape clause. V. The 2025 European Commission’s Report on the application of the Rome II Regulation. VI. Concluding remarks.

I. Introduction

1. The Italian Court of Cassation¹ has recently been confronted with questions of interpretation regarding the scope of application of Art. 4 of the Rome II Regulation² in two separate cases, both concerning road traffic accidents, and focusing respectively on its first and second paragraphs. These cases share the Court's firm position in reaffirming the general principles held by the prevailing orientation. Confirming the firmness of the hermeneutic positions developed by European case law, the Report on the application of the Rome II Regulation, recently published by the European Commission, did not highlight any particular problems in the application of the paragraphs that make up Art. 4, not even for the purposes of the advisability of a possible revision of the Regulation. Consequently, there are no valid reasons for national Courts to deviate from the consolidated interpretation lines.

2. The Supreme Court decided in conformity with the CJEU's interpretation in a case which involved a claim for non-pecuniary damages made by the injured party in a traffic accident that occurred in Slovenia, before the Court of Trieste against the insurance company and the liable party. The latter argued for the applicability of Slovenian law, which would lead to the prescription of the right enforced. However, the trial Court applied Italian law and, after confirming the exclusive liability of the defendant, ordered the payment of an amount calculated on the well-known "Milan Tables"³. The insurance company filed an appeal to the Court of Cassation against the confirmation of the first-instance judgment by the appellate Court, which merely recalculated the amounts based on the updated Tables introduced in the meantime. The company reiterated its objection regarding the applicability of Slovenian law instead of Italian law.

3. The case was then reassigned to another Section of the same appellate Court to be treated in a public hearing, given the interpretative relevance of the legal issue raised by the applicant. Indeed, the insurance company argued that the first- and second-instance Courts had misinterpreted the European private international law, where Art. 4 (1) of Rome II establishes the place of the damage as the connecting factor for determining the applicable law in cases of non-contractual liability. According to this provision, the place of the damage is where the injured party, the primary and direct victim, directly sustained physical personal injuries. In contrast, the judges of first- and second-instance had identified the place of damage where permanent after-effects and the period of temporary disability were localized. In essence, the place of direct damage was interpreted to be as the place where the patient-injured person was treated, since the time and place of the perpetration of the physical injury were not considered relevant, but only the subsequent moment when the concrete and real physical damage suffered by the injured party was discovered and ascertained.

4. However, such a reconstruction is questionable in that, by not taking into account the consolidated jurisprudence, it changes the ontological consistency of the criterion of the spatial localization of the damage laid down by the European private international law. In fact, the connecting factor in

¹ This is the decision of Cass. of December 23rd, 2024 no. 34017.

² Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ L* 199, 31.7.2007, pp. 40-49.

³ Since the decision of Cass., civ., June 7th, 2011 no. 12408, in *Corriere giur.*, 2011, p. 1075 ff. with comment of M. FRANZONI, "Tabelle nazionali per sentenza, o no?", *ivi*, p. 1085 ff. e *Danno resp.*, 2011, p. 943, and M. HAZAN, "L'equa riparazione del danno (tra R.C. Auto e diritto comune)", *ivi*, p. 946 ff., the Tables of Milan have had a sort of national vocation and now are used by most Italian Courts for the liquidation of compensation for non-pecuniary damage on the basis of equitable criteria pursuant to Art. 1226 of the Civil Code and Art. 2056 of the Civil Code. The criterion used by the Court of Milan in drawing up its own tables (the first introduction was in 2009) is based on the average value of the point, calculated on the basis of compensation previously decided for similar cases by the same Court (Trib. Milano, July 11th, 2022 no. 6059, in *Danno resp.*, 2022, p. 625 ff.). See on this issue F. SARTORI, "Sull'ammissibilità di un'eterointegrazione tra legge straniera e lex fori in materia di risarcimento del danno non patrimoniale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, no. 2, 2023, pp. 314-336, p. 328 ff.; F.D. BUSNELLI, "Responsabilità aquiliana e diritto giurisprudenziale positivo", *Danno resp.*, 2022, p. 572; M. FRANZONI, "Le tabelle milanesi sul danno parentale", *Danno resp.*, 2022, p. 548.

question, instead of having an objective nature, since it is linked to the place where the injury to the personal or patrimonial sphere was suffered as direct damage, would take on a subjective nature, resulting from the variability of the place where the treatment is supplied, thus favoring the phenomenon of the transportation of the injured party to the place of treatment, whose system provides for a more favorable compensation regime.

5. Therefore, the Supreme Court, according to the prevailing interpretation, has decided to follow the objective criterion of the place where the direct damage occurred, that is the place in which the victim was injured. Consequently, the applicable law is the Slovenian one, as the road traffic accident occurred in Slovenia. This is the interpretation developed by the European case law⁴, now constant on such issues, so that, in such cases, involving the identification of the place of the direct damage, Rome II Regulation can be qualified as an “*acte claire*”⁵. For this reason, in the absence of any margin of uncertainty that would justify a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union on this issue, the Court of Cassation referred the case to another Section of the same Court of Appeal to decide the dispute, on the basis of the correct applicable law identified pursuant to Art. 4 (1) of Rome II⁶.

II. The connecting factor of the place where the direct damage occurred

6. The decision deserves attention in the part in which it fully reconstructs the legal and jurisprudential context surrounding the issue of the localization of non-contractual damage. Specifically, the normative references from which it is necessary to begin the examination are Art. 2 and Art. 4 of Rome II Regulation. The former establishes that the “damage shall cover any consequence arising out of tort/delict”, while the latter establishes the general and residual rule. According to Art. 4, indeed, “unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict, shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur”.

7. According to the well-established interpretation⁷, the place where the damage occurs, under Art. 4 (1) of Rome II, is to be understood as the place where the direct damage suffered by the main victim occurs and, in case of injuries to the personal or patrimonial sphere, such a place coincides with the place where the damage to the personal sphere was suffered or where the patrimonial damage occurred, as specified in Recital 17⁸. As a result, in all cases where the direct damage is relevant for determining the applicable law, as typically happens in road traffic accidents cases, the *lex damni* is identified with the *lex loci actus*, despite the fact that Art. 4 of the Rome II Regulation clearly establishes the irrelevance of the place where the event that caused the damage occurred. This peculiarity is deducted logically, not

⁴ See the decision of the Court of Justice of European Union, 10th December 2015, case C-350/14, *Florin Lazar c. Allianz Spa*.

⁵ See point no. 14 of the decision under comment.

⁶ *Ibidem*.

⁷ See F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, 11^a ed., UTET, Milano, 2024, p. 492 ff.; S. ARMELLINI / B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2024, p. 421 ff.; G. VAN CALSTER, *European Private International Law. Commercial Litigation in the EU*, 4th ed., HART, Oxford, 2024, p. 336 ff.; P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 261 ff.; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El reglamento «Roma II»: reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, no. 712, 2009, pp. 835-908, p. 838.

⁸ For a detailed analysis of the topic see A. MALATESTA, “Il nuovo diritto internazionale privato in materia di obbligazioni non contrattuali: il regolamento (CE) “Roma II” entra in vigore”, *Danno e responsabilità*, no. 12, 2008, pp. 1206-1212, p. 1209 f., who specifies how the place where the damage occurs, in the event of injuries to the personal or patrimonial sphere, is “il luogo ove si realizza direttamente l’effetto diretto della condotta illecita”, i.e. the so-called place of injury in the terminology proposed by G. HOHLOCH, “The Rome II Regulation: an Overview. Place of injury, habitual residence, closer connection and substantive scope: the basic principles”, *Yearb. Priv. Int. Law*, vol. 9, 2007, pp. 1-18, p. 7; L. DE LIMA PINHEIRO, “Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization. A First Assessment of EC Regulation Rome II”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 5-42, p. 17.

only juridically, from the direct nature of the damage suffered by the primary victim, that is the person directly and immediately harmed in their own personal or patrimonial sphere.

8. Since in these cases the direct damage takes place at the moment and place where the damaging event occurs⁹, the law of the place of the damage and the law of the place where the event that causally triggered the damage cannot but coincide, thus identifying as a peculiar connecting factor, a sort of *lex loci damni directi* arising from the blending of the criteria of both *lex damni* and *lex loci actus*. This choice is justified by the objective and factual nature inherent to the ontological consistency of the criterion under consideration, which allows, therefore, the achievement of the goal of ensuring predictability of the applicable law balancing the interests of the person claimed to be liable and those of the injured party¹⁰. In contrast, interpreting such a law in the sense that the applicable law is that of the place where the injured person is treated shifts this balance in favor of the injured person. Consequently, it fosters the phenomenon of *lex shopping* towards the “care” legal system with higher compensation limits, preventing the liable party from predicting the applicable law, in disregard of the *rationale* behind the European Regulation as highlighted in Recitals 16 and 17 of Rome II.

9. The judgement, then, examines the ruling of the Court of Justice in *Lazar*¹¹ as it was invoked in the appeal in Cassation. The reference may appear inappropriate since the case concerned the different hypothesis of damage suffered by the close relatives of the direct victim. In particular, the Court of Justice was called to qualify the damage suffered by the relatives of the primary victim, dead in a road traffic accident, such as “direct damage” or as “indirect consequence”¹². The latter interpretation was preferred. On the basis of this precedent, the Court of Cassation further states that “non può dubitarsi che le indicazioni rinvenienti dal Regolamento e dalla citata sentenza CGUE offrano criteri chiari e univoci che consentono di dirimere la questione posta”¹³, notwithstanding the fact that in the present case the person directly jeopardized by the harmful event is the only one to have made the claim for compensation. Furthermore, in the former case there was a territorial diversity between the place where the primary victim was injured and the residence of the relatives, while in the latter case the territorial diversity is between the place of the harmful event suffered by the primary victim and the place of treatment, to which the primary victim was transported in a very short time and where the harmful consequences emerged.

10. In any case, the European ruling provides interpretative principles that can be applied to the case at hand. Pursuant to an autonomous interpretation of Art. 4 of Rome II¹⁴, the connecting factor for determining the place of the damage should be identified as the “luogo in cui si è determinato l’evento lesivo, in quanto unico elemento in grado di costituire criterio certo e univoco nei suoi riferimenti spaziali e temporali”¹⁵. On the other hand, only the place where the direct damage occurred is objectively

⁹ See *infra Lazar* case.

¹⁰ Recital 16 of Roma II Regulation.

¹¹ See *Lazar* case, on the qualification of the damage suffered by the immediate family members of the direct victim, which the Court has recognized as having the nature of an “indirect consequence”, as such irrelevant pursuant to Art. 4 (1) of Rome II, since it concerns subjects other than the person who has directly suffered the damage to his or her personal or patrimonial sphere. See P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 263.

¹² See point no. 20 of *Lazar* case.

¹³ “There can be no doubt that the indications deriving from the Regulation and from the aforementioned CJEU ruling offer clear and unequivocal criteria which allow the question posed to be resolved”. See point no. 7 of the decision under comment. The decision said that it cannot be doubted that the indications derived from the Regulation and from the abovementioned CJEU ruling offer clear and unambiguous criteria that allow the questions posed to be resolved.

¹⁴ See point no. 21 of *Lazar* case. The need for an autonomous interpretation of the concrete notion of “non-contractual obligation” emerges from Recital 11 of the Rome II Regulation. See on the topic R. RUOPPO, “Regime generale di diritto internazionale privato”, in P. PERLINGIERI / G. PERLINGIERI / G. ZARRA, *Istituzioni di diritto privato internazionale e europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, pp. 353-357, p. 353 ff. On the need for an autonomous interpretation of the notion of “damage” see O. BOSKOVIC, “La Localisation du Dommage en Droit International Privé, *Rapport Général*”, in O. BOSKOVIC (ed.), *Localisation of Damage in Private International Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2024, p. 23.

¹⁵ “Place where the harmful event occurred, as the only element capable of constituting a certain and univocal criterion in its spatial and temporal references”. See point no. 8 of the decision.

ascertainable and unambiguously identified. Furthermore, such a place would turn out to be the same for all those who are entitled to claim damages, since it is independent of personal connecting factors such as, for example, the habitual residence or domicile of the secondary victim. It follows that for anyone claiming compensation in relation to the same harmful event, the same law will be applicable, thus complying not only with the requirements of uniformity and predictability within the European system, but also with the basic consistency of the compensation mechanism. Indeed, under Art. 15 of Rome II, the law thus identified will govern several inherent aspects including, in particular, the existence, nature and assessment of damage or the remedy claimed¹⁶, persons entitled to compensation for damage sustained personally¹⁷, as well as the rules regarding prescription and limitation¹⁸. Furthermore, pursuant to Art. 3 of Rome II, the law identified under the European framework has universal application, meaning it applies even if it is the law of a third State.

11. The judgement of the Court of Cassation also underscores the assertion, albeit incidental, of the Court of Justice that, especially in the case of road traffic accidents, it is “normally possible” to locate the arising of direct damage¹⁹. It is evident that the “normal possibility” of identifying the place where the damage arises, in the case of a road traffic accident, implies that the damage is to be understood as direct damage consisting of the injury *ex se* considered, while excluding any impairments such as future potential temporary or permanent disability²⁰.

12. The reference to the notion of direct damage under EU law means that, with regard to road traffic accidents cases, the connecting factor is the “luogo in cui il [suddetto] sinistro stradale si è consumato con la determinazione dell’evento lesivo, indipendentemente dal luogo anche diverso in cui abbiano a manifestarsi, nel tempo, le menomazioni conseguenti”²¹. Therefore, even in the judgment *Lazar*, the damage suffered by the primary victim (the direct damage) was linked to the injuries that had caused the tragic fatal consequences, that is the injuries immediately following the accident, and not the damage-consequence that resulted from the injuries, in that case the death of the victim, which well might have occurred in a different place and time from those of the harmful event²².

13. In essence, the interpretation offered by the Court of Justice is the only one that makes it possible to ensure the achievement of the objective foreseeability in the identification of the applicable law referred as set out in Recital 16, “avoiding the risk that the tort or delict is broken up in to several elements, each subject to a different law according to the places or the persons other than the direct victim who sustained damage”²³.

14. From a systematic point of view, such an interpretation is also consistent with the case law developed in relation to the identification of the competent Court in case torts under Art. 5, no. 3 of Brussels I²⁴, now Art. 7 no. 2 of Brussels I-bis²⁵.

¹⁶ Art. 15 (1) lett. c) Rome II.

¹⁷ Art. 15 (1) lett. f) Rome II.

¹⁸ Art. 15 (1) lett. h) Rome II.

¹⁹ See point no. 25 of *Lazar* case.

²⁰ See point no. 8 of the decision under comment.

²¹ See point no. 10 of the decision under comment: it is the “place where the said road accident occurred with the determination of the injurious event, regardless of the place, even different, where the consequent impairments have to manifest themselves over time”. In accordance with this, see Trib. Ivrea March 26th, 2024 no. 381, Trib. Trieste April 18th, 2023 no. 217.

²² See point no. 11 of the decision under comment.

²³ See point no. 29 of *Lazar* case, in which it is specified that in this way “at the same time avoiding the risk that the tort is broken down into several parts subjected to a different law depending on the place where subjects other than the direct victim suffered damage”.

²⁴ Regulation (EC) no. 44/2001 of the European Parliament and of the Council of 22nd December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *GUL* 12 of 16th January 2001, pp. 1-23. For a detailed analysis of the topic see Cass., September 29th, 2022 no. 28427, par. 1.2 ff.

²⁵ Regulation (EU) no. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12th December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *GUL* 351 of 20th December 2012, pp. 1-32. The above-mentioned need for coordination emerges from Recital 7 of the Rome II Regulation.

In particular, the prevailing orientation on jurisdiction establishes that road traffic accidents are “*per definitionem* a local affair”²⁶, so that, in order to identify the proper *forum*, only factual data must keep into account, regardless of the consequences of the event. Indeed, according to this provision, since 1976²⁷ the European case law has stated that the place where harmful event occurred must be interpreted as the place where the harmful event giving rise to the damage occurred or as the place where the damage occurred. This is the principle of ubiquity that allows not to distinguish the tortfeasor’s activity and its consequences, favoring in this way the victim in choosing the judge he prefers, also according to the principle of proximity towards a sort of *favor actoris*.

15. Therefore, Brussels I-*bis* Regulation grants jurisdiction to the Court of the “place where the harmful event occurred or may occur”, to be meant as the “luogo in cui è sorto il danno, ossia in cui il fatto causale, generatore della responsabilità da delitto o quasi delitto, ha prodotto direttamente i suoi effetti dannosi nei confronti della vittima immediata, dovendosi avere riguardo non solo al “luogo dell’evento generatore del danno”, ma anche al “luogo in cui l’evento di danno è intervenuto” e non rilevando invece il luogo dove si sono verificate o potranno verificarsi le conseguenze future della lesione del diritto della vittima”²⁸.

16. It follows that while Art. 4 (1) of Rome II considers only the *lex damni* to be applicable, “irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred”, Art. 7 no. 2 of Brussels I-*bis* also attributes jurisdiction to the Court of the place where the event giving rise to the damage occurred (*lex loci commissi delicti*)²⁹. These laws can come, however, to coincide in road traffic accident cases where the law of the damage, to be understood as direct damage, is necessarily identified with the *lex loci actus*, since the *actus* is the injury to the personal or patrimonial sphere of the injured party. Therefore, in road traffic accidents the applicable law pursuant to Art. 4 of Rome II is the *lex loci damni directi*.

17. From the perspective of domestic law, the interpretation under consideration cannot even be deemed in conflict with the Italian Constitution or with public policy under the Art. 16 (1) of Law no. 218 of May 31st, 1995³⁰.

18. From the first point of view, the now consolidated approach holds that the risk of a differential compensation between citizens living in the same State, depending on whether the accident occurs in that same State or elsewhere, finds reasonable justification in the fact that, in the case of road traffic accident occurring abroad, the case must be governed by the rules of private international law. This is

²⁶ For a detailed analysis see R. RUOPPO, *op. cit.*, p. 354 f. In general, see *ex multis* U. MAGNUS, Art. 7, in U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, 2nd revised ed., Otto Schmidt, Köln, 2023, pp. 108-359, p. 277.

²⁷ See, for example, CJEU 30th November 1976, *Handelskwekerij G.J. Bier BV v. Mines de Potasse d’Alsace SA*, 21/76, [1976] ECR p. 1735 ff., p. 1746 ff.; 7th March 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA*, C-68/93, [1995] ECR I-415, I-460 par. 20; 10th June 2004, *Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier*, C-168/02, [2004] ECR I-6009, I-6029 ff., par. 16. Since the case law relating to the issue of tort is so broad that it cannot be appropriately dealt with in this work, it would be better to refer to authoritative doctrine for a more in-depth examination. *Ex multis*, see U. MAGNUS, *op. cit.*, 2023, p. 259 f.

²⁸ This is the place where the damage arose, that is, where the causal fact, generating liability for tort/delict or near-delict, directly produced its harmful effects on the immediate victim. This requires consideration not only of the “place of the event giving rise to the damage”, but also of “the place where the event of damage occurred”, and not relevant instead the place where the damage-event occurred or may occur, while disregarding the location where the future consequences of the violation of the victim’s rights have occurred or may occur. See Cass. September 29th, 2022 no. 28427, April 29th, 2022, no. 13593, February 9th, 2021, no. 3125, June 12th, 2019, no. 15743, February 1st, 2019, no. 3165, January 13th, 2010, no. 357, May 19th, 2009, no. 11532, May 5th, 2005, no. 10312, December 13th, 2005, no. 27403, February 11th, 2003, no. 2060, May 22nd, 1998, no. 5145.

²⁹ As known about the discipline that unites the two provisions, the jurisprudential elaboration is in any case reciprocally valid considering a systematically coherent interpretation between the two rules. See C. S. ADESINA OKOLI / E. ROBERTS, “The operation of Article 4 of Rome II Regulation in English and Irish courts”, *Journal of Private International Law*, 15, 3, 2019, pp. 605-625, p. 610 f.

³⁰ Law 218/1995, 31st May 1995 no. 218, of reform of the Italian system of private international law, UG no. 128 of 3rd June 1995, Ord. Suppl. no. 68.

because the presence of an element of transnationality, that is, the localization of the road traffic accident abroad, is sufficient *ex se* to inherently determine the applicability of the conflict-of-law rules and, in this context, the Rome II Regulation³¹.

19. With regard to the public policy exception, it should be considered that for the purposes of private international law it assumes an internationalist connotation qualifying it as that set of fundamental principles, derived from the law and from the developments of constitutional and ordinary case law that integrate the living law. These principles characterize the domestic legal system at a given historical period and underpin the protection of fundamental human rights, as they constitute the common denominator across different legal systems. Based on this ontological consistency, public policy serves as a mechanism for safeguarding the internal harmony of the national legal system in the face of the entry of values incompatible with these inspiring principles³².

20. In the present case, Slovenian law, as the applicable law identified pursuant to Rome II, provides compensation for personal injury under both the moral and dynamic-relational damage, in the same way as Italian law does. Therefore, the applicability of this law does not appear censurable in this respect. Furthermore, neither the potential provision of shorter limitation periods nor a lower assessment of non-pecuniary damage, compared to what would result from the application of Italian law, can constitute valid reasons for invoking the public policy exception. In fact, such circumstances pertain “sul piano delle modalità con cui la tutela è apprestata nel diritto straniero che la norma di diritto internazionale privato rende applicabile, senza potersi apprezzare quale ragione di negata tutela e, dunque, in contrasto con i principi sovraordinati di rango costituzionale o di ordine pubblico internazionale”³³. Consequently, the potentially different amount of the damages according to Italian or Slovenian law is irrelevant for the purposes of applying the public policy exception³⁴, especially in light of the fact that “la regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato” does not have “copertura costituzionale, purché sia garantita l’adeguatezza del risarcimento”³⁵.

21. Therefore, notwithstanding the fact that less than an hour after the accident occurred in Slovenia the injured person had been brought back to Italy for treatment, the applicable law to the present case is the Slovenian law, as the law of the place in which the direct damage occurred to the primary victim. On the other hand, the length of time between the injury to the physical integrity caused by the accident and the injured party’s return to Italy is irrelevant, since “è solo al primo univoco momento che la disciplina europea affida il ruolo di elemento di collegamento ai fini della determinazione della legge applicabile”³⁶.

³¹ See point no. 15.1 of the decision under comment.

³² See Cass., February 6th, 2024 no. 3448, in *Foro it.*, 2024, 3, I, p. 771 ff.; March 7th, 2023 no. 6723, in *Riv. dir. int.*, 2023, 2, p. 553 ff.; Cass., u.s., December 30th, 2022 no. 38162, in *Riv. dir. int.*, 2023, 1, p. 274 ff.; Cass., u.s., May 8th, 2019 no. 12193, in *Riv. dir. int.*, 2019, 4, p. 1225 ff.; Cass., September 30th, 2016 no. 19599, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, I, p. 297 ff.; Cass., August 22nd, 2013 no. 19405, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, 144, with note from F. PERSANO.

³³ See the point 15.2 of the decision: “These circumstances highlight the ways in which protection is provided in foreign law, applicable according to private international law rules, without considering them as a denied protection and, therefore, in contrast with the higher principles of the Constitution or of international public order”. On this issue see F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 300 ff.; S. ARMELLINI / B. BAREL, *op. cit.*, p. 88 ff.; G. CONETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 5th ed., 2024, p. 66 ff.; P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 201 ff.; BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2023, p. 95 ff.; F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 2022, p. 100 ff.; G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato*, 2nd ed., Torino, 2021, p. 173 ff.

³⁴ Cass., February 6th, 2024 no. 3448 cit., June 25th, 2021 no. 18286, August 21st, 2018 no. 20841. On this issue see also F. SARTORI, “La quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale nel prisma del diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, no. 1, 2025, pp. 100-127, p. 114 ff.

³⁵ Italian Const. Court, 194/2018, 235/2014, 303/2011, 199/2005, 369/1996, 420/1991: “The general rule of full compensation and equivalence to the prejudice suffered by the injury” does not have “constitutional coverage, provided that the adequacy of the compensation is guaranteed”.

³⁶ See the point 16 of the decision under comment: “It is only to the first unambiguous moment that the European discipline entrust the role of connecting factor for determining the applicable law”.

The judgment, therefore, quashing the contested ruling on the point, referred the case to another Section of the same Court of Appeal, so that it would comply with the theoretical-applicative determinations noted.

III. The relevance of common habitual residence

22. The Court would have reached different conclusions if the primary victim and the person claimed to be liable had had a common habitual residence³⁷ as in such a case, pursuant to Art. 4 (2) of Rome II, the law of that State (the so-called *lex domicilii communis*³⁸) would have had to be applied. A recent order from the Court of Cassation³⁹ has examined this hypothesis, highlighting the existence of some judgements that cast doubt on whether the appropriate applicable law for such cases can be deemed to be that indicated by par. 2.

23. The case concerned a claim for compensation filed before the Court of Milan by the Dutch relatives of a victim, also Dutch, of a traffic accident that occurred in Italy and was caused exclusively by another Dutch citizen. In the first instance, after establishing the exclusive liability of the injurer, Italian law was deemed applicable on the basis of complex reasoning. Initially, Dutch law was deemed applicable, qualified as *lex loci damni* due to the place where the damage occurred to the relatives resident in the Netherlands, but then this was considered contrary to Italian public policy “laddove escludeva il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale”⁴⁰, in violation of Art. 8 ECHR and Art. 7 of the EU Charter of Fundamental Rights, with the consequent application of Italian law. The Italian Central Office (so-called UCI) filed an appeal before the Court of Appeal, alleging the incorrect application of Art. 4 (1) of Rome II, given that both the liable party and the primary and secondary victims were resident in the Netherlands. Therefore, the correct normative reference should have been identified in par. 2 of the same article. The Court of Appeal, referring to the *Lazar case*, held, instead, that the applicable law was the Italian law on the basis of a constitutionally oriented interpretation of the Rome II Regulation. In particular, since the direct damage occurred in Italy as the place where the primary victim suffered the personal injuries, and the place where the indirect consequences suffered by the relatives occurred was irrelevant, the applicable law could only be the Italian law. The judges of second instance continued by highlighting that, under a different interpretation, “sarebbe divenuto irrilevante lo Stato in cui si verifica il danno, in contrasto con il Considerando 16 del regolamento volto a favorire la prevedibilità delle decisioni e a scongiurare il rischio di frammentazione della legge applicabile in base alla diversa residenza delle vittime secondarie”⁴¹. Moreover, according to this approach, a strict application of the Regulation would have led to a “possibile disparità di trattamento nella liquidazione del danno allo straniero, se residente all’estero al pari dell’offensore, per la lesione di diritti inviolabili della persona”, thereby highlighting the consolidation of an interpretative minority orientation which “nega ogni rilevanza al luogo di residenza del danneggiato, dovendo farsi riferimen-

³⁷ For a detailed analysis on the habitual residence as connecting factor see A. ZANOBBETTI, “La residenza abituale nel diritto internazionale privato”, *Liber Amicorum Angelo Davì*, vol. 2, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1361-1406. See also M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “Adult habitual residence in EU private international law: an interpretative odyssey begins”, *Journal of Private International Law*, no. 1, 21, 2025, pp. 30-67, p. 32 ff. On the irrelevance of the person who caused the damage, for the purposes of Art. 4 (2) of Rome II, see A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado, El Reglamento «Roma II»*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 102.

³⁸ See U. MAGNUS, *Art. 4*, in U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Rome II Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2019, pp. 139-211, p. 177 ff.

³⁹ See Cass., sect. III, September 3rd, 2024, no. 23636, in *DeJure*.

⁴⁰ This was considered contrary to Italian public order “where it excluded compensation for damage from the loss of the parental relationship”.

⁴¹ “The State where the damage occurs would become irrelevant, in contrast with Recital 16 of the Regulation, aimed to promote predictability of decisions and to prevent the risk of fragmentation of the applicable law based on the differing residences of secondary victims”.

to alla *lex loci damni*⁴². Therefore, the Court of Appeal awarded compensation to the relatives based on the “Tables of Milan”.

UCI thus filed an appeal before the Court of Cassation, complaining about the Court of Appeal’s failure to apply Art. 4 (2) of the Rome II Regulation, on the alleged grounds of maintaining the approach that disregards the relevance of the place of residence of the injured party for the purposes of calculating the compensation.

In the light of the greatest interpretative value of the issues involved, the Court referred the case to a new hearing for consideration in a public session, which is the preferred venue for decisions that serve to provide guidance for national jurisprudence⁴³.

24. In the reconstruction of the different positions, one supported by the appellant and the other endorsed by the ruling of the second-instance judge, the order under review already suggests a subtle indication of the general principles of European private international law that should guide to the solution of the issue, linked, in particular, to the nature of the Rome II discipline. In fact, this is a regulation, and as such, pursuant to Art. 288 (2) TFEU, it has general applicability, is mandatory in all its elements, and is directly applicable. Therefore, no Member State may adopt domestic measures that limit the effectiveness of regulatory rules, nor may it apply them “incompletely or selectively”⁴⁴, nor may it certainly interpret the *rationale* of the regulation to be applied according to parameters other than those pertaining to European Union law. On the contrary, the national interpreter is required to respect the European legal framework in its completeness and comprehensiveness, as well as to follow the autonomous interpretation deriving from the European legal system itself in relation to the notions and concepts as defined by the European regulations and the case law of the Court of Justice⁴⁵. As a consequence, the interpreter cannot disguise a true “disapplication” of a European Union law rule under the guise of a simple derogation from it, “poiché derogare rispetto alla legge del luogo di verifica del sinistro per ragioni diverse da quanto previsto da norme o da regolamenti, è diverso dal derogare alla regola generale di un regolamento europeo in base ad una previsione in esso contenuta”⁴⁶. Only the former hypothesis would constitute a violation of European law, while the latter falls perfectly within the physiology of the scope of the derogatory rule.

25. Moreover, the interpretation provided by the Court of Appeal, in addition to effectively disapplying Art. 4 (2) of Rome II, renders this provision inapplicable in all situations where the State of habitual residence of both the primary victim and the liable party, even if common, differs from the location of the accident, while conversely requiring the applicability of the habitual residence factor only when the location coincides with that where the accident occurred. It is clear that this argument distorts both the literal wording and the *rationale* of the European legal framework, as it demands additional and, above all, excessively restrictive requirements compared to those established by the Regulation, contrary to what is clearly and explicitly evident from the text of the relevant provisions⁴⁷, which require only the common habitual residence and no further conditions⁴⁸.

⁴² See Cass., sect. III, September 3rd, 2024, no. 23636 cit., in which the Court states that a strict application of the Regulation would have led to a “potential disparity in the treatment of compensation for a foreigner, if residing abroad like the tortfeasor, for the violation of the inviolable rights of the person”, thereby highlighting the consolidation of an interpretative minority orientation which “denies any relevance to the place of residence of the injured party, having to refer instead to the *lex loci damni*”.

⁴³ Cass., civ., August 1st, 2017 no. 19115, in *One Legale*.

⁴⁴ See Cass., sect. III, September 3rd, 2024, no. 23636 cit.

⁴⁵ See in general P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁴⁶ Cass., sect. III, September 3rd, 2024, no. 23636 cit. underlines that there are different kinds of derogation and so, “derogating from the general rule for reasons other than those considered by the European legislator, at the time they legislatively provided for a derogation, is quite different from derogating from it by virtue of a normatively provided for derogation”.

⁴⁷ However, in this way the European Union provision would be deprived of any useful effect. For a more in-depth analysis of this aspect, even about the substantial issue of the minimum amounts of insurance coverage pursuant to Directive 2009/103/EC, see D. BOCHESE, “La Corte di giustizia si pronuncia sulla risarcibilità del danno morale subito dai familiari delle vittime di incidenti stradali”, *DPCE online*, no.1, 2023, pp. 1411-1419, p. 1414 f.

⁴⁸ See U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 182.

26. On the contrary, the literal, as well as systematic, interpretation of Art. 4 (2) of Rome II allows the achievement of that objective of predictability in decisions, in compliance with Recital 16, since the applicability of the law of the common habitual residence of the responsible and the victim enables both to rely on familiar rules which are closer to common reality according to the usual principle of proximity⁴⁹.

Therefore, having already suggested the theoretical guidelines that should underpin the future decision in the public hearing, it can be asserted that the Court, in light of the fundamental principles of European Union law and specially private international law, will reaffirm the necessity of interpreting Art. 4 (2) of Rome II as an exception to the general rule, that is, in a restrictive manner⁵⁰, but not for this reason in order to set aside European Union private international law.

This reconstruction, which seems to be the most correct from an hermeneutic point of view, is also endorsed by recent Italian case law, including in lower instances, which considers the exceptional provision of par. 2 to be applicable in the first place, where it exists, otherwise the general rule of par. 1 should be applied residually⁵¹.

27. While the case law appears uncertain regarding the relationship between the first two paragraphs of Art. 4 of Rome II, legal doctrine⁵² is almost unanimous in holding that the exception referred to in par. 2 must always prevail over the general rule in par. 1, provided that the conditions are met, and must therefore be applied *ex officio*⁵³.

28. From the perspective of the court, there is a high likelihood that the application of par. 1 would result in the application of foreign law, corresponding to the law of the foreign location where the accident occurred. In contrast, it is more likely that the application of par. 2, when the condition of common habitual residence between the tortfeasor and the victim is met, would *de facto* lead to the application of the *lex fori*, including the safety and conduct rules under Art. 17⁵⁴. This would, on the one hand, facilitate the Court's task, but, on the other hand, compromise the goal of predictability regarding the applicable law, as the derogation in par. 2, as outlined, takes precedence over the general rule in par. 1⁵⁵.

IV. Notes on the escape clause

29. The task of the court may become more complex when the situation described in Art. 4 (3) of Rome II applies. This paragraph establishes the so-called escape clause, which provides for the application of the criterion of a manifestly closer connection with another country when this is clearly evident from the totality of the circumstances of the case and leads to the application of the law of a

⁴⁹ The order continues by also addressing the issue of whether any differences in the liquidation of damages among legal systems are contrary to public order, as the right to full compensation for damages is not included in the list of inviolable rights established by national or supranational laws, as recognized since the ruling of the Supreme Court of 21st August 2018 no. 20841 cit.

⁵⁰ Thus R. RUOPPO, "The law applicable to non-contractual obligations", in P. PERLINGIERI / G. PERLINGIERI / G. ZARRA, *Institutions of international and European private law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2024, pp. 360-365, p. 363.

⁵¹ Trib. Firenze September 17th, 2024 no. 2833.

⁵² For a detailed analysis see F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 495 ff.; S. ARMELLINI / B. BAREL, *op. cit.*, p. 422; P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 263; M. WASYLKOWSA-MICHÓR, "Scope of application of the general rule in the Rome II Regulation", *Acta Iuris Stetinensis*, no. 2, vol. 30, 2020, pp. 89-106; U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 178; C. S. ADESINA OKOLI / E. ROBERTS, *op. cit.*, p. 616 ff.; L. SANDRINI, "Risarcimento del danno da sinistri stradali: è già tempo di riforma per il regolamento Roma II?", *Riv. dir. int. priv. proc.*, no. 3, 2013, pp. 677-714 p. 689; A. MALATESTA, *op. cit.*, 2008, p. 1210; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2008, p. 85 f., 99 ff. e 109 ff. On the historical origins of the connecting factor of common habitual residence in identifying the law applicable to cases of non-contractual liability, and, in particular, on the contamination in the European system of the American model referred to in the well-known case *Babcock v. Jackson*, 1963, Court of New York, see A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2008, p. 101 ff.; M.E. SOLIMINE, "The Impact of *Babcock v. Jackson*: An Empirical Note", *Albany Law Review*, 56, no. 4, 1993, pp. 773-794; W. RAYNER, "*Babcock v. Jackson*: A New Approach to Tort in the Conflict of Laws.", *Western Law Review*, 3, 1964, pp. 150-159.

⁵³ U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 183.

⁵⁴ See U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 177.

⁵⁵ See L. SANDRINI, *op. cit.*, p. 697 f.

country different from that identifiable under paragraphs 1 or 2⁵⁶. Therefore, when such a connection exists, the criteria identified under the previous paragraphs must be considered inapplicable⁵⁷, meaning that the third paragraph should be interpreted as a special provision to be applied primarily when the requirements are met, including, in particular, the divergence of the law identified under par. 3 from that which would have been applied under the first two paragraphs⁵⁸.

30. The actual application of this escape clause is exceptional, as it requires a strong consistency of such a connection, which must be clear and manifestly closer. It follows that a mere closer connection cannot be considered sufficient for this purpose⁵⁹. However, when these conditions are met, the court has no discretion regarding the appropriateness of applying the manifestly closer connection: this discretion is limited to assessing the significance of the connection⁶⁰, although this must be done using a “high standard” of scrutiny⁶¹.

31. The rule specifies that such a connection may be, likewise, of an ancillary nature, that is, it may be based on a pre-existing relationship between the parties such as, for example, a contract that has a close connection with the tort. In this way, possible problems of coordination between the contractual and non-contractual facts are overcome, making it applicable a single law⁶². The reference to the ancillary connection constituted by the contract is intended merely as an example, since the flexibility⁶³ inherent in the rule permits the valid utility of a connecting factor of any nature, provided it is manifestly closer⁶⁴.

32. According to the prevailing view, the judge must apply this rule by examining the “proximity” of the elements based on the subjective and objective characteristics of the tort, regardless of the substantive content of the law identified⁶⁵. This assessment must be carried out by the judge even in the absence of an express request from the parties. However, if the parties have sought to invoke it, the judge is not limited to the allegations made by the parties in determining the applicable law⁶⁶. Some scholars⁶⁷ argue that this provision should be applied in cases of multi-localized torts, that is torts whose direct consequences manifest in multiple States, so that the overall scenario is governed by the law of the jurisdiction with which it has the manifestly closest connection. However, the prevailing view opts, in such cases, for the disaggregation of the case into a mosaic, meaning the application of different laws to each element of the tort, according to a distributive logic of the *lex loci damni* factor⁶⁸.

V. The 2025 Report of the European Commission on the application of the Rome II Regulation

33. In the Report issued by the Commission on January 31st, 2025⁶⁹, in the list of profiles to be

⁵⁶ See A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2008, p. 120 ff.

⁵⁷ S. ARMELLINI / B. BAREL, *op. cit.*, p. 422; L. SANDRINI, *op. cit.*, p. 689.

⁵⁸ For a detailed analysis see U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 185 f. In this sense the par. 3 works as a “mediation tool” with respect to the other paragraphs of the Regulation; on this issue see M. WASYLKOWSA-MICHÓR, *op. cit.*, p. 95 ff.

⁵⁹ U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 183.

⁶⁰ See U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 195.

⁶¹ For a detailed analysis on the topic see C. S. ADESINA OKOLI / E. ROBERTS, *op. cit.*, p. 619 ff.

⁶² On this issue see S. ARMELLINI / B. BAREL, *op. cit.*, p. 422. According to M. HELLNER, “Choice of Law by the Parties in Rome II: Rationale of the Differentiation between Consumer and Commercial Courts”, *Oslo Law Review*, vol. 6, no. 1, 2019, pp. 67-71, p. 71, “Although the text does not explicitly say so, this would most likely lead to the application of the law that is applicable to the contract”, also from the point of view of the purpose of this exception that is “to lessen the importance of the characterization of a rule as contractual or non-contractual”. See also A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 344.

⁶³ See F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 496 f.; A. MALATESTA, *op. cit.*, 2008, p. 1210.

⁶⁴ G. VAN CALSTER, *op. cit.*, p. 340 f.

⁶⁵ F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 496.

⁶⁶ For a detailed analysis see A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 896.

⁶⁷ See P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 265.

⁶⁸ See F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 494.

⁶⁹ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) no. 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regula-

kept under review with a view to possible future revisions of the Regulation, nothing appears that concerns Art. 4 in the strict sense. On the contrary, the Report highlights that the provision was specifically drafted to ensure legal certainty and predictability of the applicable law in most cases, emphasizing that “(...) The application of the general rule has been largely unproblematic, though some questions remain regarding the application of the rule to indirect victims, multi-party torts, and the localisation of damage in cases of purely financial/economic losses, especially in cases of financial market torts”⁷⁰.

34. For a more analytical discussion of these peculiar issues, the Report refers to the Commission Staff Working Document⁷¹, issued on the same date. With specific reference to the examination of Art. 4 of Rome II, the Document addresses the issue of determining the applicable law in cases where the relatives of a road traffic accident victim are mere “indirect victims”, that is, those who have suffered a so-called “rebound damage”, which arises indirectly or mediated from the damage directly suffered by the primary victim. This may include non-pecuniary damage for the loss of the relationship with a family member who was the victim of a road traffic accident. In such cases, in accordance with the established approach of CJEU’s case law since the aforementioned *Lazar* judgment, the applicable law is that of the place where the accident occurred, rather than the place of residence of the family members. This is because, despite the fact that the family members typically experience and continue to suffer distress in their place of residence, they are secondary victims, in contrast to the primary victim who directly sustained physical injuries from the accident.

35. It follows that for these secondary victims, there is no direct damage, but only “indirect consequences” which are deemed irrelevant under Art. 4 (1) of Rome II. Since the applicable law must be determined by reference to the place where the primary victim suffered the direct damage, in a claim for non-pecuniary damages brought by relatives for the death of a family member caused by the accident, the law of the place where the event occurred will apply, in accordance with the general rule in par. 1, regardless of the place of residence of the family members⁷².

36. Greater application-related doubts have arisen with regard to par. 2 of the provision in question, particularly in relation to cases involving multiple parties, both victims and defendants, where only some reside habitually in the same place. The findings from the investigation conducted for the preparation of the Document reveal that some Member States apply the exception without particular problems, while other Member States consider it sufficient for only one party (either a responsible or a victim) to share habitual residence with another party, at most resorting to the application of the law identifiable under par. 3. Meanwhile, other Member States require that all parties involved have the same habitual residence⁷³.

37. In the absence of a uniform judicial interpretation, since the Court of Justice has never had the opportunity to rule on the matter, reference should be made to general principles, and the most stringent interpretation is likely the one that best fits the textual provisions, the *rationale*, and the objectives pursued, particularly in terms of legal certainty and predictability of the applicable law⁷⁴. Indeed,

tion), COM(2025)20 final, 31.01.2025, Brussels, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=COM:2025:20:FIN&qid=1738342646388>.

⁷⁰ For a detailed analysis on the place of the damage in these hypotheses see O. BOSKOVIC, *op. cit.*, p. 37 ff.; A. DAVI, *op. cit.*, p. 307 ff.

⁷¹ Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) no. 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation), SWD/2025/9 final, 31.01.2025, Brussels, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2025%3A9%3AFIN&qid=1738347041298>.

⁷² See p. 3, par. 1.2.1. of the cit. Commission Staff Working Document.

⁷³ *Ibidem*. For a critical analysis see L. SANDRINI, *op. cit.*, p. 697 f.

⁷⁴ See F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 495; P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 264; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2008, p. 103 f.; P. FRANZINA, “Il regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, in A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370.

excluding the law of habitual residence of a tortfeasor or a victim solely because it differs from that of the other parties would result in complete uncertainty for the first party in identifying the applicable law. In contrast, applying the general rule in such cases would resolve any uncertainty, as it would be easily predictable for all parties involved in the same claim.

38. The Document examines additional problematic aspects not even mentioned in the Report. In particular, it addresses the relationship between the Rome II Regulation and the Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents of 1971⁷⁵, the differing rules among Member States regarding the statute of limitations for claims arising from road traffic accidents, and the quantitative differences in the settlement of related compensations.

39. With regard to the first issue⁷⁶, both sources contain, as a general rule, a reference to direct damage: in particular, the Regulation generally provides that the *lex loci damni* is applicable, identifying the place where the accident occurred as the location of direct damage; on the other hand, the Convention, specifically dedicated to such cases, establishes the *lex loci commissi delicti* as applicable, that is certainly the place of the direct damage in road traffic accidents cases⁷⁷. Further distinctions emerge regarding the regime of exceptions: as outlined, the Rome II Regulation provides for the exception of the law of the common habitual residence of the tortfeasor and the victim, while the Convention applies the law of the place of registration of the vehicle involved⁷⁸, or the law of the place of registration of all the vehicles involved if they are the same. The Regulation allows the parties involved to choose the applicable law, whereas the Convention does not grant such an option.

40. The coordination between the two sources is regulated in Art. 28 of Rome II where the prevalence of the conventional source governing conflicts of laws inherent in non-contractual obligations is affirmed, provided that it is already in force in the State in question at the time of the adoption of the Regulation. Conversely, the prevalence of the Regulation is sanctioned where the States involved, which are also parties to the Convention, are all Member States⁷⁹.

41. Given that many of the States parties to the Convention are at the same time Member States⁸⁰, the question of the relationship between the sources arises because the differences in discipline could encourage *forum shopping*. It has therefore been suggested that a more specific solution be found at the Hague Conference on Private International Law, since the possibility of intervening directly on the regulatory source to introduce an *ad hoc* provision specifically regulating the interrelation with the 1971 Convention is quite remote⁸¹.

With regard to issues concerning the differing regulations among Member States on the statute of limitations for non-contractual damages and the settlement of damages, difficulties arise from the fact that these aspects are governed by the domestic law of the State whose law is deemed applicable. As such, achieving uniformity or harmonization of these rules is not feasible, at least for the time being. However, the Document⁸² emphasizes that efforts can be expanded to increase the awareness of national

⁷⁵ See the Convention of 4th May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents, entered into force on the 3rd June 1975, available at www.hcch.net.

⁷⁶ See M. WASYLKOWSA-MICHÓR, *op. cit.*, p. 102 ff.; M. KRVAVAC, “The Hague Convention on the law applicable to traffic accidents and Rome II regulation”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 57(79), 2018, pp. 141-156.

⁷⁷ See L. SANDRINI, *op. cit.*, p. 688 f.

⁷⁸ A. MALATESTA, “La legge applicabile agli incidenti stradali nella proposta di regolamento (CE) Roma II”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, no.1, 2006, pp. 47-66, p. 54.

⁷⁹ For a detailed analysis see F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 497 ff.; P. FRANZINA, *op. cit.*, 2023, p. 261; U. MAGNUS, *op. cit.*, 2019, p. 196 f.

⁸⁰ They are France, Belgium e Austria (from 1975), Netherlands (from 1978), Luxembourg (from 1980), Spain (from 1987), Slovenia (from 1991), Czech Republic e Slovakia (from 1993), Latvia (from 2000), Poland and Lithuania (from 2002). For a detailed analysis see www.hcch.net.

⁸¹ See J. PAPPETAS, “Choice of Law for Cross Border Traffic Accidents”, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs - Legal Affairs, 2012, available at www.europarl.europa.eu/studies.

⁸² See *amplius* p. 9 f. of the Document.

regimes on these matters by enhancing and improving the exchange of relevant information. In this regard, the European Commission has made available, through the *e-Justice* portal, fact sheets on the applicable law in each Member State, which are periodically updated through the European Judicial Network in civil and commercial matters⁸³.

42. Regarding the different levels of compensation for claims arising from road accidents, the European Commission's 2008 Report⁸⁴ had already noted significant differences in the settlement of damages, depending on whether the legal system in question provides for fixed or flexible criteria, while also taking into account the different costs of living among Member States.

43. The Document therefore highlights how in such situations the provisions of Recital 33 should apply and, thus, "According to the current national rules on compensation awarded to victims of traffic accidents, when quantifying damages for personal injury in cases in which the accident takes place in a State other than that of the habitual residence of the victim, the court should take into account all the relevant actual circumstances of the specific victim, including in particular the actual losses and costs of after-care and medical attention". However, this solicitation, as it is placed within the scope of a Recital⁸⁵, assumes a merely interpretative function aimed at guiding the Court in the application of the *lex causae*, addressing factual elements rather than of law, and, therefore, it does not introduce a case of *dépeçage*⁸⁶. Furthermore, "this recital cannot be interpreted to override the wording of Art. 4 (1) where there is a conflict"⁸⁷. Therefore, the quantification of damage remains governed by the national law identified as applicable under the Rome II Regulation, neither falling within the competence of the European Union nor constituting a factor of such importance as to admit an exception to the general rule.

44. This consideration is further supported by an examination of the historical *excursus* of the preparatory work for the Rome II Regulation⁸⁸. Initially, the European Parliament⁸⁹ had proposed the inclusion of three amendments specifically relating to traffic accidents, proposing the application of the *lex fori* for the determination of the damages⁹⁰. However, the Commission⁹¹ expressed disagreement on this point, arguing that the proposal would encourage a fragmentation of the legal framework governing such cases⁹². Therefore, it suggested the need for more time to thoroughly consider the issue, deferring a more in-depth review to the time of the regulation's revision⁹³. Subsequently, the Commission reaffirmed its position, asserting that this complex matter falls within the substantive civil law of each Member State, to be applied as the *lex causae*⁹⁴, excluding any interference from private international law, inclu-

⁸³ See www.e-justice.europa.eu.

⁸⁴ European Commission, Report *Compensation of Victims of Cross-Border Traffic Accidents in the Eu: Comparison of National Practices, Analysis of Problems and Evaluation of Options for Improving the Position of Cross-Border Victims*, Contract ETD/2007/IM/H2/116, available at www.europarl.europa.eu.

⁸⁵ On the legal value of the recitals, as interpretative tools of the mandatory provisions contained in the typical European legislative acts, see T. KLIMAS / J. VAIČIUKAITĖ, "The Law of Recitals in European Community Legislation", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2008, pp. 61-94, p. 63 ff.

⁸⁶ See L. SANDRINI, *op. cit.*, 2013, p. 706; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, vol. I, 2010, Oxford University Press, Oxford, p. 580 f.; J. VON HEIN, "Article 4. And Traffic Accidents", *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 2009, Brill Nijhoff, Leiden, pp. 153-173, p. 163; in a partially compliant sense see S.C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", *The American Journal of Comparative Law*, Winter, vol. 56, no.1, 2008, pp. 173-222, pp. 186, 193, 205.

⁸⁷ See p. 10 of the Document.

⁸⁸ For a detailed analysis see F. SARTORI, *op. cit.*, 2023, p. 332 ff.; S.C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 173 ff.

⁸⁹ European Parliament Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)), Final A6-0211/2005.

⁹⁰ *Ivi*, p. 40 f.

⁹¹ Commission of the European Communities, Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations («Roma II»), COM(2006) 83 def, 21st February 2006.

⁹² *Ivi*, p. 4.

⁹³ *Ivi*, p. 5.

⁹⁴ The European legislator has expressly qualified the rules on the burden of proof as substantial rules (Art. 22 of Rome II), thus attributing the relevant discipline to the *lex causae*, i.e. the substantive law applicable to the merits of the dispute, the scope

ding European Union law⁹⁵. However, it also expressed a final hope for careful reflection on achieving greater consistency in the application of foreign law by the Courts of Member States⁹⁶.

45. In essence, the Commission chose not to specifically regulate road traffic accidents⁹⁷, emphasizing that the issues debated during the preparatory work actually have a general nature, irrespective of the specific subject matter of road traffic accidents. Therefore, the provisions of the Regulation already formulated can also apply in such cases, as they would still allow for balanced solutions for all the parties involved⁹⁸, including the interest of the legal system in ensuring a high level of legal certainty and predictability, while preventing the occurrence of *forum shopping* phenomena⁹⁹.

VI. Concluding remarks

46. Thanks to the plain interpretation of Art. 4 of Rome II, it is desirable that the established jurisprudential development on the various matters addressed by the provision remains consistent within the European judicial area.

Indeed, in case of interpretative doubts, it is necessary to refer primarily to the general principles of law and to the more specific ones typical of private international law, including European Union law, so as to restore the correct balance between general rule and exceptions, between literal, systematic and teleological interpretation, so as to give continuity to the original intentions pursued by the Regulation. From a different point of view, the regulatory nature of Rome II implies the possibility for the interpreter to make use of the general principles underlying the system of sources, which may well be of assistance in this work also hermeneutically.

Therefore, one can agree with the decision of the Supreme Court of last December where it states that there is no real need to invoke the help of the CJEU on these issues, but, as shown in this contribution, judges must pay great attention in interpreting the law to avoid falling into traps, or tricks, that can be always very dangerous mostly for the correct application of the law.

of which may however be mitigated by the operation of the *lex fori*. For a detailed analysis of the topic see E. D'ALESSANDRO, "Onere della prova e legge applicabile", *Giurisprudenza Italiana*, no.11, 2018, pp. 2516-2537.

⁹⁵ Commission of the European Communities, Opinion of the Commission pursuant to Article 251(2)(3)(c) EC on the amendments of the European Parliament to the common position of the Council on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), amending the Commission proposal, COM(2007) 126 def. 14th March 2007, p. 4, where said the Roma II is not the appropriate context in which to discuss this matter. Cass. August 21st, 2018 no. 20841 cit. has consistently stated that "Le ipotesi in cui è risarcibile il danno non patrimoniale, i limiti alla sua risarcibilità e la misura del risarcimento non costituiscono oggetto di competenza dell'Unione europea.", such as "The cases in which non-pecuniary damage is compensable, the limits to its compensability and the amount of compensation do not fall within the competence of the European Union"; in compliant sense see the decision of the Court of Justice of the January 23rd, 2014, case C-371/12, *Enrico e Carlo Petillo c. Unipol Assicurazioni Spa*, par. 30.

⁹⁶ Commission of the European Communities, Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations («Roma II»), *cit.*, p. 5.

⁹⁷ A. MALATESTA, *op. cit.*, 2006, p. 52.

⁹⁸ Commission of the European Communities, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations («Roma II»), COM(2006) 83 def. February 21st, 2006, *cit.*, p. 7.

⁹⁹ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to Article 251(2)(2) EC concerning the common position adopted by the Council with a view to the adoption of a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations («Roma II»), COM(2006) 566 def. September 27th, 2006, p. 2.

Application of Article 7 of the Rome II Regulation in the case of Begum v. Maran

Aplicación del artículo 7 del Reglamento Roma II en el asunto Begum contra Maran

WOJCIECH WYDMAŃSKI

PhD Student

*Doctoral School of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw/
Research Team of Private International Law of the Institute of Legal Sciences
of the University of Silesia in Katowice*

ORCID ID: 0000-0002-9619-5062

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:27.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9927

Abstract: The subject of this article is an analysis of the English court's consideration of the applicable law in *Begum v. Maran*. It concerned a claim against a multinational corporation for compensation for the death of a shipyard worker in Bangladesh. The court in that case addressed the appropriateness of using Article 7 of the Rome II Regulation, a special conflict of laws rule that determines the law applicable to environmental damage. The purpose of the paper is to show that the construction adopted in Article 7 Rome II is favourable to persons injured by environmental pollution, however, the scope and interpretation of this provision is narrowly applied. The paper will present the position of litigants and the court, as well as the views presented in other decisions of English and EU courts and representatives of the doctrine of private international law.

Key words: Environmental damage, Rome II Regulation, Article 7, human rights.

Resumen: Este artículo constituye un análisis de el asunto del tribunal inglés en *Begum v. Maran* sobre la ley aplicable. Se trataba de una demanda contra una multinacional para obtener una indemnización por la muerte de un trabajador de un trabajador de astillero en Bangladesh. En ese caso, el tribunal abordó la conveniencia de utilizar el artículo 7 del Reglamento Roma II, una norma especial de conflicto de leyes que determina la ley aplicable a los daños medioambientales. El objetivo de este trabajo es demostrar que la interpretación adoptada del artículo 7 del Reglamento Roma II es favorable a las personas perjudicadas por la contaminación medioambiental, aunque el alcance y la interpretación de esta disposición se aplican de forma restrictiva. La contribución presentará la posición de los litigantes y del tribunal, así como las opiniones presentadas en otras decisiones de tribunales ingleses y de la UE y de representantes de la doctrina del Derecho internacional privado.

Palabras clave: Daños medioambientales, Reglamento Roma II, artículo 7, derechos humanos.

Summary: I. Introduction. II. Article 7 of the Rome II Regulation. III. The Facts. IV. Conflict-of-law issues (article 7 Rome II). V. Conflict-of-law issues (article 26 Rome II). VI. Analysis. VII. Final considerations.

I. Introduction

1. Private international law plays an important role in various areas of private law. Conflict of laws is not indifferent to the challenges of the modern world, such as new technologies (including AI), migration crises, armed conflicts and climate change. These challenges also include human rights violations and environmental damage.

2. The subject of the article is a case heard by English courts in two instances, i.e. England and Wales High Court (Queen's Bench Division) and England and Wales Court of Appeal (Civil Division). The dispute concerned the claims of the widow of a deceased shipyard worker against an English company regarding the fatal accident of her husband, who was working scrapping a ship at a shipbreaking yard in Chittagong, Bangladesh. This case has been noticed in the legal community, where attention has been paid primarily to the issue of liability of international groups of commercial companies for torts committed in other countries¹. Importantly, it was also arranged in the legal literature. It is worth mentioning here the views presented by G. van Calster², F. Farrington and M. Poesen³. The latter authors presented an interesting analysis of the case of Begum v. Maran paying particular attention to the issues of liability of international corporations for cross-border human rights violations. The aim of this paper is to critically analyse the views presented by English courts on the interpretation of Article 7 of the Rome II Regulation.

II. Article 7 of the Rome II Regulation

3. The Rome II Regulation, which is a twin to the Rome I Regulation on conflicts of laws, is the main source of European private international law in the field of tort law. Among the provisions of this act, one concerns the law applicable to environmental damage. Article 7 of the Rome II Regulation provides that the law applicable to a non-contractual obligation arising from environmental damage or from damage to a person or property resulting from such damage is the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and regardless of the country or countries in which the indirect effects of that event occur, unless the person claiming compensation chooses to submit his claim to the law of the country where the event giving rise to the damage occurred⁴.

4. The Rome II Regulation also provides a definition of environmental damage in paragraph 24. According to that paragraph, environmental damage may be understood as adverse changes in natural resources such as water, soil or air, or a reduction in the functions rendered by those resources to other natural resources or society, or a reduction in the diversity of living organisms. It is also worth noting paragraph 25 according to which, with regard to environmental damage, Article 174 of the Treaty, which requires a high level of protection, based on the precautionary principle and the principle of preventive action, the principle of remedying damage at source as a priority and the 'polluter pays' principle, fully justifies the application of the principle of 'favouring the victim'. The question of when the person claiming compensation may choose the applicable law must be determined in accordance with the law of the Member State to which the case is sought.

¹ See: <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2021/03/the-law-of-tort-does-not-stand-still-begum-v-maran-uk-limited>; <https://www.linklaters.com/pl-pl/knowledge/publications/alerts-newsletters-and-guides/2021/june/02/begum-v-maran-uk-ltd-2021-ewca-civ-326>; <https://ropewalk.co.uk/blog/mission-creep-begum-v-maran-uk-ltd-and-the-duty-of-care/>.

² G. VAN CALSTER, "Begum v Maran. A hopeful Court of Appeal finding on duty of care; however open issues on its engagement with Rome II's environmental heading", available at: <https://gavclaw.com/tag/begum-v-maran/>.

³ F. FARRINGTON/M. POESEN, "Applicable Law In Claims For Damage Arising Out Of Unsafe Working Conditions: The Case Of Begum V Maran", *University of Edinburgh School of Law | LSGL Research Project Papers*, 2024, pp. 1-21.

⁴ M. ŚWIERCZYŃSKI, "Szkody w środowisku naturalnym", *Studia Prawa Prywatnego* 2014, p. 87; M. BOGDAN, "Some reflections regarding environmental damage and the Rome II Regulation", in G. VENTURINI/S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi Strumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 96-98.

5. It is worth noting the specific construction of Article 7 of Rome II. This provision allows the injured person to choose between the law of the country where the effects of the damage occur and the law of the country in which the event causing the damage occurred. This special right on the part of the injured person, referred to as the “right of option”, is aimed at protecting a special good, which is the natural environment. This provision implements the European Union’s environmental policy⁵. Of course, regardless of the solution under Article 7 Rome II, the parties may make a choice of law under Article 14 Rome II⁶.

III. The Facts

6. The plaintiff was married to a worker who died in March 2018 while working on the dismantling of a destroyed tanker at the Zuma Enterprise Shipyard in Chittagong (now Chattogram), Bangladesh⁷. The Defendant is a company registered in the United Kingdom which entered into an agency agreement on 1 August 2013 with Maran Tankers Management, a company registered in Lebanon but established in Greece, under which it was to provide agency and brokerage services to MTM in respect of 29 vessels. MTM was to operate and manage the MARAN CENTAURUS vessel under an operating agreement with Maran Tankers Shipholdings Ltd (registered in the Cayman Islands), the parent company of Centaurus Special Maritime Enterprise (“CSME”) (registered in Liberia). This vessel was registered in the years 2004-2017 to the CSME company. In 2017, the ship lost its ability to operate efficiently and a decision was made to dismantle it. The fatal accident of the plaintiff’s husband occurred when he fell from a height and suffered many injuries. The deceased husband of the plaintiff had been working in ship scrapping since 2009 (an average of 70 hours per week). It is worth noting that the conditions in which the deceased worked were very dangerous. The method of ship scrapping used in Bangladesh and other countries in the region was considered harmful to workers and the environment⁸.

7. In the lawsuit, the plaintiff raised several claims related primarily to the breach of the duty of due diligence. Importantly, the plaintiff sued Maran (UK) Ltd., and not the company operating the shipyard, as it claimed that it was both factually and legally responsible for the ship ending up in Bangladesh, where the working conditions were known to be highly hazardous. On the other hand, the defendant argued that foreseeability alone is not sufficient to justify the duty of care, that English law generally does not impose liability for omissions⁹.

8. The defendant filed a motion to dismiss the claim and/or for summary judgment, mainly on the grounds that the defendant could not have had a duty of care to the deceased to take all reasonable steps to ensure that the negotiation and sale of the vessel would not endanger human health and/or the environment¹⁰.

⁵ A. WOWERKA, “Prawo właściwe dla odpowiedzialności za szkody w środowisku naturalnym w świetle rozporządzenia Rzym II”, *Gdańskie Studia Prawnicze*, no 4, 2023, p. 317; A. JUNKER, “Rome II Regulation before Art. 1” in H.J. SONNENBERGER ET AL. (eds.), *Private International Law. Rome I Regulation. Rome II Regulation. Introductory Act to the Civil Code (art. 1–24)*, t. 10, Munich, Beck, 2010; M. BOGDAN/M. HELLNER, “Art. 7”, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.) *European Commentaries on Private International Law. ECPL. Commentary, t. 3: Rome II Regulation*, Munich-Köln, Sellier, 2019.

⁶ T. KADNER GRAZIANO, “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment”, *Yearbook of private international law*, 2008, p. 72.

⁷ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 1.

⁸ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020) pt 7-19. As indicated in the judgment: “According to the International Labour Organisation (ILO), shipbreaking is one of the most dangerous jobs in the world. When conducted on tidal beaches, without proper infrastructure to allow for rapid emergency response and safe use of heavy lifting cranes, the danger workers are exposed to, of course, increases. Carried out in large part by the informal sector, shipbreaking in South Asia is rarely subject to occupational health and safety controls or inspections. Unskilled migrant workers are deployed by the thousands to break down the vessels manually. Without protective gear, they cut wires, pipes and blast through ship hulls with blowtorches. The muddy sand and shifting grounds of tidal flats cannot support heavy lifting equipment or emergency access, and accidents kill or injure numerous workers each year”.

⁹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 29-35.

¹⁰ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 3.

9. The court of first instance dismissed the defendant's motion to dismiss the claim and/or to issue a summary judgment. In justifying its position, the Supreme Court found that the defendant had a general duty of care towards the deceased¹¹. The court cited that the defendant had a duty of care to the deceased on the grounds that (i) he had negligently caused or allowed a "source of danger" to arise (i.e. that the ship was inherently dangerous) and in respect of which it was reasonably foreseeable that neither the Buyer, nor the Shipyard nor the deceased's employer would intervene in such a way as to break the causal chain and (iii) thereby cause harm to the deceased¹².

10. The Court of Appeal, in its judgment of 10 March 2021, upheld Judge Jay's finding that it could be argued that Maran (UK) Ltd had a duty of care to the deceased employee and that it would be an error to dismiss the claim for negligence at this stage. The court held that claims based on duty of care, in circumstances where the damage was caused by a third party, are now at the forefront of the development of the law on negligence, and the implied duty in this case can certainly be considered to be on the verge of that development¹³. In addition, the court noted that the defendant could have acted differently: "it is at least arguable that the [Maran (UK) Ltd] could have acted differently and that, if they had done, it might have made a real difference to the outcome"¹⁴.

IV. Conflict-of-law issues (article 7 Rome II)

11. In this case, the issue of determining the applicable law played an important role. In its deliberations, the court of first instance referred to the general rule of Article 4 of the Rome II Regulation, according to which the law applicable to a non-contractual obligation resulting from a tort is the law of the country in which the damage occurs, regardless of the country in which the event giving rise to the damage occurred and regardless of the country or countries in which the indirect effects of that event¹⁵ occur. In this situation, it would be Bangladeshi law, as it was in Bangladesh that the fatal accident took place. Moreover, under Article 4(2) and (3) of the Rome II Regulation, if, however, the person to whom liability is imputed and the person who suffered the damage are habitually resident in the same State at the time the damage occurred, the law of that State is to apply. If, on the other hand, it is clear from all the circumstances of the case that the tort is manifestly more closely related to a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply¹⁶. An obvious closer connection with another country may be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely related to the tort in question. In this context, Bangladeshi law should be the applicable law, as the deceased performed work there and suffered damage¹⁷.

12. The plaintiff argued that the tort consisting of a material breach of duty was committed by the defendant operating in that jurisdiction. The conclusion of the 2017 vessel sale agreement was approved by the Board of Directors in the UK and all contracts relating to this transaction were governed

¹¹ The court appealed to the old British judgment *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562. That decision determined what to do in order to avoid reasonably foreseeable acts or omissions that could harm the deceased, on the basis that the deceased was closely or directly affected by the defendant's action that the defendant should have taken into account. R. F. V. HEUSTON, "Donoghue v. Stevenson in Retrospect", *Modern Law Review*, no. 1, 1957, pp. 1–24.

¹² *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 36-65.

¹³ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 124: "The Defendant was responsible for sending the ship to Chattogram, knowing that this would expose workers such as the Claimant's husband to the risk of death or serious injury as a result of the negligence of the shipbreaker which employed him. It was not a case where there was merely a risk that the shipbreaker would fail to take reasonable care for the safety of its workers. On the contrary, this was a certainty, as the Defendant knew".

¹⁴ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 70.

¹⁵ X. E. KRAMER, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued Introductory observations, scope, system, and general rules", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, no. 4, 2008, pp. 12-13.

¹⁶ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 76-78.

¹⁷ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 78-79.

by English law. The plaintiff argued that they should apply the conflict-of-law rule under Article 7 of Rome II, because the circumstances of the case suggest that the so-called environmental damage occurred¹⁸. According to this provision, the law established in accordance with Article 4(1) is applicable to a non-contractual obligation arising from environmental damage or damage suffered to persons or property as a result of such damage, unless the person claiming compensation for the damage chooses to base his claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred. The defendant replied that the tort obligation invoked by the plaintiff did not “arise out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage”. She stated that it happened because the deceased had fallen from a height¹⁹.

13. The court took an intermediate position. In its view: “The proximate cause of the accident was the deceased’s fall from a height, but on a broader, purposive approach the accident resulted from a chain of events which led to the vessel being grounded at Chattogram, in consequence of which damage was no doubt caused at very least to the beach and tidal waters. Assuming (as I have found) that the claimant has a sustainable argument that the defendant committed a relevant tort, it is far from obvious that the present case is not caught by the spirit of Article 7. Moreover, the event giving rise to the damage was for these purposes the tortious event which occurred in this jurisdiction”²⁰. In doing so, the court acknowledged that it did not at this stage take this view on the basis of what was presented to it by the parties, but did not rule out that there was a body of knowledge which, if presented to it, could have influenced the outcome. In the court’s view, the claimant has a realistic chance of success on this issue²¹.

14. In addition, the Court referred to the plaintiff’s position on the issue of public policy. The plaintiff’s counsel stated that Article 26 of the Rome II Regulation applies to the one-year non-extended limitation period in Bangladesh²². In addition, it pointed out that the plaintiff had not previously had access to justice against the defendant, and that the nature of the defendant’s breach of duty was significant. The court did not agree with this argument. It found that the claims that the plaintiff did not have access to justice was incorrect, as evidenced by the pre-trial correspondence between the parties to the dispute written before 30 March 2019. Moreover, as he stated: “In my view, the focus must be principally on whether it would be offensive in English law to countenance the application of so short a limitation period, and the submissions on this aspect were light indeed. Aside from taking a pleading point, Mr Bright did not advance a substantive rebuttal. Thus, I am asked to resolve this issue on a basis that is far from satisfactory. My conclusion is that it would not be right to determine the issue at this stage, and certainly not in the defendant’s favour. If the overriding objective and reasons of proportionality support the definitive resolution of the Article 26 issue in advance of the trial, the Court may come back to it”²³.

15. The Court of Appeals devoted more attention to conflict of law issues²⁴. It did not share the position of the plaintiff on the application of Article 7 of Rome II. The claimant demonstrated that the beaching of the vessel on Chattogram beach constituted an adverse change in the natural resource, as defined by the definition of ‘environmental damage’ in the recitals. He said the term “resulting from” was deliberately broader and looser than “caused by” so that it could be argued that the death of the deceased occurred as a result of this environmental harm²⁵. He said that because the accident was the result of a chain of events that began with a beaching, with all the environmental hazards that this entailed, the death of the deceased was covered by Article 7. The court completely disagreed with this argumenta-

¹⁸ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 81-83.

¹⁹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 82.

²⁰ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 83.

²¹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 84.

²² *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 85.

²³ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 85.

²⁴ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 74-115.

²⁵ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 81-83.

tion²⁶. In its view, Article 7 Rome II concerns the law applicable to a non-contractual obligation: in other words, the duty of care. It is precisely this obligation that must ‘result’ from environmental damage in order for Article 7 to apply at all. This duty related to care under customary law and required the defendant to take all reasonable steps to ensure that the negotiated and agreed end-of-life sale and subsequent disposal of the ship for dismantling would not endanger human health, harm the environment and/or violate international regulations for the protection of human health and the environment. According to the court, this is an obligation to take all reasonable steps to ensure that the sale of the ship for dismantling does not endanger human life or health. That obligation did not result from environmental damage and had nothing to do with it. It resulted from a complete lack of safety in the workplace²⁷.

16. Notwithstanding this argument, according to the court, if the relevant obligation in this case resulted from environmental damage or an adverse change in natural resources (damage caused by a ship falling ashore in Chattogram, which would allow oil and other pollutants to spill into the sea and onto land, and possibly the exposure of workers to toxic materials such as asbestos), then the respondent would not be able to benefit from such an obligation, to bring this claim²⁸. Such an obligation would not be imposed as a result of the deceased falling from the top of the ship. There would be no actionable breach of duty in relation to environmental damage on which a fatal accident claim could be based. If the references to ‘environmental damage’ were removed, this would not affect the validity of the claim and its necessary link between the obligation and the damage suffered. However, references to the risk or protection of human health were removed from the alleged obligation, so that only the obligation to take reasonable steps not to harm the environment would remain, the obligation would have no relation to the damage suffered, and the claim would be rejected²⁹.

17. The Court of Appeal also addressed the issue of the accident as a potential consequence of the environmental damage. As the court stated: “Even if Mr Hermer was right and, as a matter of construction of Article 7, the court had to consider whether the death (rather than the duty) arose out of environmental damage, the result would be the same, and for the same reasons. Even assuming for this purpose that the beaching of the vessel itself constituted environmental damage, the deceased’s death did not arise out of that environmental damage or result from such damage. Instead, the death arose out of the absence of safe working practices and, in particular, the absence of a safety harness. The deceased could have been working in the most environmentally-friendly shipbreakers in the world, but sadly the absence of a safety harness would still have killed him”³⁰. The court, in its analysis, referred to the doctrinal position noting that the injury damage must be “direct” and must be caused by environmental damage³¹.

18. In analysing the interpretation of Article 7, Rome II also referred to the functional (purposive) interpretation of this provision. He stated: “Some countries will have more lax standards as to environmental risks than others. If, say, a state or a person suffers environmental damage in country A, because of a petrol-chemical plant in a less environmentally-aware country B, five miles over the border, Article 7 is designed to give country A or its citizens the choice to use its courts to bring the claim against the plant in country B”³².

19. In the opinion of the Court of Appeal, the position of the plaintiff would lead to the conclusion that Article 7 would apply to any claim for compensation for damage caused to persons and property, provided that there was some kind of connection (as it put it) with other environmental damages, even

²⁶ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 81.

²⁷ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 135-137.

²⁸ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 83-84.

²⁹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 84.

³⁰ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 86.

³¹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 84.

³² *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 88.

if those environmental damages were incidental, because they would not be the subject of the³³ claim. He suggested that Article 7 would not apply if the ship was in dry dock, but if its broad interpretation is correct, it would be inevitable that some (albeit limited) environmental damage would be caused by, say, cutting open a steel hull, even if the workplace was generally safe. As the Court of Appeals pointed out: “So Article 7 would still apply. That would be an astonishing interpretation, giving Article 7 a scope and an impact which cannot be discerned from its words, or the commentaries upon it. The absence of any caselaw to that effect is also an indication that it cannot have such a broad application”³⁴.

20. An interesting statement was made by the Court of Appeal: “Although my views as to environmental damage make it unnecessary to reach a concluded view as to whether or not “the event giving rise to the [environmental] damage” could be said in this case to be England, I think there is a fundamental difficulty with the Respondent’s argument on that aspect of the construction too. The Respondent has to say that the event which gave rise to the damage was the sale of the vessel, an event which, of itself, was a mere paper transaction with no direct effect on the environment at all. The same paragraph in *Dicey, Morris & Collins* noted in the previous paragraph suggests that the event giving rise to the damage should be identified with «the human activity which is the principal or substantial cause of the environmental damage». In this case, that must be the demolition of the vessel in Chattogram”³⁵.

21. Contrary to the assertions of the claimant’s attorney, the Court of Appeal held that this was a common sense interpretation of the words ‘events causing damage...’. The court referred to the decision of the Swedish authority, that was also against it. As it noted: “There the damage caused by the wet sludge took place in Chile, but the Swedish court accepted jurisdiction. That was not (as Mr Hermer suggested) because the first event in the chain happened to be in Sweden, but because the defendant was a Swedish company, and numerous relevant and significant events happened in Sweden, including meetings with the Swedish Environmental Protection Agency and other key decisions about who would take over responsibility for the wet sludge. In this way, the *Arica* case is simply an example of the equivalent English law as to jurisdiction in tort claims, where the claiming party who wishes to litigate in England needs to show that “the damage has resulted from substantial and efficacious acts committed within the jurisdiction”³⁶. *Arica* is not authority for any proposition or principle, much less the suggestion that you simply take the first event in a chain of events as being “the event giving rise to the damage”³⁷.

22. Summing up this issue, the court found that Article 7 of Rome II was not applicable in this case. As a result, the plaintiff could not effectively pursue claims related to the limitation period.

V. Conflict-of-law issues (article 26 Rome II)

23. The second important conflict-of-law issue was the application of the institution of public policy referred to in Article 26 of Rome II. The court of first instance rejected the argument that the correspondence preceding the initiation of the proceedings was unjustified, but stated that any broader arguments as to whether a one-year limitation period would be offensive under English law should be resolved by way of³⁸ a preliminary issue. The applicant argued that Article 26 Rome II cannot be resol-

³³ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 89.

³⁴ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 89.

³⁵ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 90. See: A. BIGGAS/A. DICKSON/J. HARRIS et al, *Dicey, Morris & Collins: The Conflict of Laws*, London, Sweet and Maxwell, 2012.

³⁶ *Metall und Rohstoff v Donaldson* [1990] 1 QB 391 at 437 E-G.

³⁷ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 91 and 92. About case *Metall und Rohstoff v Donaldson* see: P. ROGERONS, “Choice of Law in Tort: A Missed Opportunity?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, no. 3, 1995, p. 650.

³⁸ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 98 and 99.

ved without evidence, in particular evidence as to whether the respondent will suffer undue hardship and whether access to justice will be denied³⁹.

24. The Court of Appeals held that while the plaintiff may be right that the legal resources were available to the respondent, the nature of her communication with her lawyers and the manner and timing in which they were facilitated, may be directly relevant to any consideration of undue hardship and access to justice⁴⁰. However, according to the court, this situation can only occur in “ordinary cases”. However, in this case, the Court of Appeal did not see such premises, because the law firm (Leigh Day) sent a 13-page letter with a claim to the Appellant. Among other things, the letter explicitly acknowledged, as part of an alternative case, that Bangladeshi law would apply to the claim. Therefore, regardless of the difficulties that may have arisen prior to January 2019 in terms of access to justice, it was quite obvious that all the material required to bring a claim had been obtained on behalf of the Respondent two months before the expiry of the limitation period⁴¹.

25. The plaintiff argued the need to apply English law in the context of the limitation period on the basis of public policy considerations. The primary argument was that there might be further evidence of disclosure of information relevant to public policy issues. In particular, it said that disclosure could be relevant if the documents showed that one of the reasons the sale of the vessel took place in the first place was that the complainant knew that the short statute of limitations in Bangladesh made it unlikely that he would have to pay any final legal price for the decision to sell the vessel. The court found such a view “fantastic” and “irrelevant”.⁴² He explained that public policy should be invoked in order to waive the application of the foreign limitation period only in exceptional circumstances. In doing so, he referred to the ruling in *Wilkie J in the KXL case*⁴³ and the position of the defendant, who drew attention to the content of Article 26 of Rome II, which says that “it shall apply only” if the foreign limitation period is “manifestly incompatible” with public policy⁴⁴. Moreover, according to the court, the argument that the limitation period under foreign law (Bangladesh), which is clearly less generous than the English limitation period, does not make sense. The court cited the *Durham v T & N PLC*⁴⁵ ruling, which the court pointed out would be a mistake to treat a foreign limitation period as contrary to English public policy simply because it is less generous than a comparable English provision⁴⁶. Consequently, according to the court: “new evidence about the incorrect date of the accident justifies a short preliminary issue hearing on the ‘undue hardship’ test, I do not consider that the same is necessary or appropriate in respect of the policy issue. On the contrary, in the present case, there is no basis, other than possibly undue hardship, for the one-year limitation period to be disapplied”⁴⁷.

26. To summarize this part of the analysis, the appellate court would make sure that there was any relevant material concerning the application of Article 7 or Article 26 Rome II that was not available to the court.

³⁹ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev 1) [2020] EWHC 1846 (QB) (13 July 2020), pt 85.

⁴⁰ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 104.

⁴¹ In the opinion of the court of second instance: „On the face of it, therefore, the case was entirely within the category of case identified in the *Arab Monetary Fund* case, cited by Wilkie J in *KXL*. That was clearly the judge’s view, because he found that the pre-action correspondence (namely the detailed letter of claim) demonstrated that the complaint about access to justice was inapplicable” (*Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 105).

⁴² *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 112: „It is fanciful because, as I have already explained, the Appellant always knew that there would be no ultimate legal price to pay, because of the toothlessness of clause 22. And it is irrelevant because such documents, even if they existed, would be of no relevance to the Section 2(1) / public policy test. Section 2(1) is concerned with wider principles, not the particular facts of any given case. It is impossible to see how in principle, even if the short limitation period in Bangladesh had been a factor in the sale, that could give rise to any sort of public policy argument”.

⁴³ *KXL & Ors v Murphy & Anor* [2016] EWHC 3102 (QB) (02 December 2016).

⁴⁴ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 113.

⁴⁵ *Durham v T&N plc* 1996 Court of Appeal (unreported).

⁴⁶ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 114.

⁴⁷ *Begum v Maran* (UK) Ltd (Rev1) [2021] EWCA Civ 326 (10 March 2021), pt 115.

VI. Analysis

27. The fundamental problem from the point of view of private international law and the application of Article 7 Rome II in the *Begum v Megan* case is the interpretation of the concept of environmental damage. It is from the interpretation of the concept of environmental damage that it is possible to determine the scope of application of Article 7 Rome II, including the limits of application of this provision. Consequently, the decisive factor in determining whether Article 7 of Rome II should be applied in *Begum v Megan* is whether, in the light of the facts of the case, there are grounds for concluding that environmental damage has occurred.

28. As indicated above, the concept of environmental damage is included in the Rome II Regulation in point 24. This is a concise and quite broad definition⁴⁸. It is worth comparing the definition of environmental damage in the Rome II Regulation with the concept of damage in Directive 2004/35/EC⁴⁹, which states in Article 2 that damage means a measurable adverse change in a natural resource or measurable impairment of a natural resource service which may occur directly or indirectly⁵⁰. On the other hand, “damage caused to the natural environment” means three categories of damage, i.e. damage caused to the aquatic environment subject to Community water management laws⁵¹, damage caused to protected species and natural habitats,⁵² and damage to soil⁵³. The definition of damage contained in the directive has been implemented into national legal systems⁵⁴. It is assumed in the doctrine⁵⁵ that environmental damage under Article 7 of Rome II also includes the so-called ecological damage (if it is the result of human activity) and damage to property and person.

⁴⁸ ‘Environmental damage’ should be understood as meaning adverse change in a natural resource, such as water, land or air, impairment of a function performed by that resource for the benefit of another natural resource or the public, or impairment of the variability among living organisms. See. G. VAN CALSTER, “Lex ecologia. On applicable law for environmental pollution, a pinnacle of business and human rights as well as climate change litigation”, *IPrax*, no. 5, 2022, pp. 445–446.

⁴⁹ Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage.

⁵⁰ A. WOWERKA, *op. cit.*, pp. 314–315; M. BOGDAN/M. HELLNER, “Art. 7” *cit.*, pp. 290–291.

⁵¹ Water damage, which is any damage that significantly adversely affects the ecological, chemical and/or quantitative status and/or ecological potential, as defined in Directive 2000/60/EC, of the waters concerned, with the exception of adverse effects where Article 4(7) of that Directive applies.

⁵² Damage to protected species and natural habitats, which is any damage that has significant adverse effects on reaching or maintaining the favourable conservation status of such habitats or species. The significance of such effects is to be assessed with reference to the baseline condition, taking account of the criteria set out in Annex I; Damage to protected species and natural habitats does not include previously identified adverse effects which result from an act by an operator which was expressly authorised by the relevant authorities in accordance with provisions implementing Article 6(3) and (4) or Article 16 of Directive 92/43/EEC or Article 9 of Directive 79/409/EEC or, in the case of habitats and species not covered by Community law, in accordance with equivalent provisions of national law on nature conservation.

⁵³ Land damage, which is any land contamination that creates a significant risk of human health being adversely affected as a result of the direct or indirect introduction, in, on or under land, of substances, preparations, organisms or micro-organisms.

⁵⁴ For example, on its basis, in accordance with Article 6(11) of the Polish Act of 13 April 2007 on the prevention of environmental damage and repair (Dz.U. 2007 nr 75 poz. 493) by: “environmental damage – it is understood as a negative, measurable change in the condition or function of natural elements, assessed in relation to the initial state, which was caused directly or indirectly by the activity carried out by an entity using the environment: a) in protected species or protected natural habitats, having a significant negative impact on achieving or maintaining a favourable conservation status of these species or natural habitats, provided that the damage to protected species or protected natural habitats does not include previously identified negative impacts resulting from the activity of an entity using the environment in accordance with the permit to deviate from the prohibitions in force in Natura 2000 areas, permits for the collection of plants or fungi and the acquisition of animals under species protection, an approved forest management plan, for which a strategic environmental impact assessment has been carried out, referred to in Article 46 of the Act of 3 October 2008 on the provision of information on the environment and its protection, public participation in environmental protection and on environmental impact assessments, decision on environmental conditions referred to in Article 71(1) of the Act of 3 October 2008 on the provision of information on the environment and its protection, public participation in environmental protection and on environmental impact assessments, or the provisions referred to in Article 90(1) and Article 98(1) of the Act of 3 October 2008 on the provision of information on the environment and its protection, public participation in environmental protection and environmental impact assessments; b) in waters, having a significant negative impact on the ecological potential, ecological, chemical or quantitative status of waters or the environmental status of waters (...); c) in the surface of the earth, which is understood as contamination of soil or land, including in particular pollution that may pose a threat to human health”.

⁵⁵ M. ŚWIERCZYŃSKI, *op. cit.*, pp. 94–95.

29. According to the Supreme Court and the Court of Appeal, the accident took place on the premises of a shipyard in Bangladesh and involved a shipyard worker falling from a height and suffering multiple fatal injuries. Due to this, the condition of the occurrence of negative effects on a person, violation of the rights of a natural person, has been met. However, it is problematic to consider that the accident in any way caused, or rather was caused, by a phenomenon that produced negative changes in natural resources. During the court proceedings, the plaintiff argued that the fatal accident of the plaintiff's husband was part of a larger chain of events that led to the ship's grounding in Chattogram, as a result of which there was undoubtedly damage caused at least to the beach and tidal waters. However, such a broad interpretation and analysis of the "event causing damage" is questionable. The fact that the ship, which was scrapped and caused environmental damage (water or beach pollution), is not the source of the accident of the plaintiff's husband. In other words, in the light of the facts established by the court, it is difficult to conclude that there is a causal relationship between the damage (human death) and the occurrence of negative phenomena in the natural environment. It is worth noting that the environmental damage can be caused by humans. It is about both man-made actions and omissions. Therefore, if a human being is not the perpetrator of changes in the natural environment that could have harmed both the natural environment and property or persons (natural or legal), it cannot be considered that we are dealing with environmental damage within the meaning of Article 7 of Rome II.

30. Similarly, it is difficult to accept the legitimacy of the claimant's position as to the need to apply Article 26 of Rome II. In its opinion, the shorter limitation period for a claim under Bangladesh law than under English law required the application of English law. This was to be supported by public policy considerations and excessive difficulties that the party had in pursuing its claims at the initial stage of the dispute. It should be emphasised that the public policy clause (Article 26 Rome II) is an essential instrument for the protection of the fundamental rights and interests of the State. However, due to the fact that this concept is vague, it is obvious that it can cause serious difficulties in interpretation. As Justice Burrough pointed out in *Richardson v. Mellish*: "Public policy is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you"⁵⁶. As a consequence, the concept of public policy is constantly evolving, and thus changing in given times, along with the change of values that this legal institution is supposed to protect⁵⁷. It is the public order clause that guards, for example, human rights⁵⁸. Therefore, it is assumed that the application of the public policy clause should be carried out in a moderate and prudent manner. There is a wealth of doctrine and ideas on the restrained application of the public policy clause (*l'effet atténué*)⁵⁹. Due to the same comparison, that English law is more favourable to the victim than Bangladeshi law is not very convincing. In the light of the findings of the court of appeal, the argument that Article 26 Rome II must be applied was not supported by evidence of a lack of access to justice. The defendant demonstrated that the injured party had already corresponded with the defendant in connection with the pursuit of claims.

31. The plaintiff's reference to Article 7 of Rome II is evidence of the attractiveness of this provision in the context of pursuing claims by injured parties. As already indicated, thanks to the connecting factors used, i.e. the place where the damage occurred and the place where the event causing the damage occurred, the injured party has a strengthened legal position in relation to the entity causing the damage.

⁵⁶ *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing 229.

⁵⁷ J. BLOM, "Public Policy in Private International Law and its Evolution in Time", *Netherlands International Law Review*, no 3, 2003, p. 373.

⁵⁸ See A. DICKINSON, *Rome II Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 628–629; T. L. WEARSTAD, "Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: The Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces", *Oslo Law Review*, no 1, 2016, p. 51; S. KNOWLER, *The Public Policy Exception in Private International Law in the Context of Human Rights*, thesis, 2018, available at: [efaidnbmnnnibpca-jpeglefindmkaj/https://www.otago.ac.nz/_data/assets/pdf_file/0022/332185/taming-the-unruly-horse-the-public-policy-exception-in-private-international-law-in-the-context-of-human-rights-711012.pdf](https://www.otago.ac.nz/_data/assets/pdf_file/0022/332185/taming-the-unruly-horse-the-public-policy-exception-in-private-international-law-in-the-context-of-human-rights-711012.pdf).

⁵⁹ M. ZACHARIASIEWICZ, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warsaw, Beck, pp. 241-244; P. LAGARDE, "Public Policy", in K. LIPSTEIN (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law*, Tubingen, JCB Mohr, 1994.

The injured party's right of option is an effective legal instrument to protect the rights of vulnerable parties, as well as to hold cross-border legal entities accountable for their activities in countries with less stringent environmental regulations. It is worth noting that Article 7 of Rome II, as well as all private international law, has an important regulatory function in the field of environmental protection⁶⁰. The implementation of this function may be manifested in the legislator's supplementation by the legislator (national or European) of substantive (civil, administrative) law regulations by means of the use of norms of private international law⁶¹. The purpose of this may be the implementation of general assumptions of state policy, such as environmental protection⁶².

32. The attractiveness of Article 7 is also confirmed by the use of this provision as a model for conflict-of-law rules on the law applicable to human rights violations. An example is the proposal to introduce Article 6a into the Rome II Regulation, proposed at an early stage of legislative work on the draft directive on corporate due diligence and corporate responsibility. The draft of that provision provided that victims of human rights violations could potentially choose between four different rights, namely: the law of the country where the damage occurred, i.e. the law of the place where the event giving rise to the damage occurred, i.e. the law of the place where the legal transaction occurred, the law of the country where the parent company is domiciled or, where the parent company is not domiciled in a Member State, and the law of the country in which the parent company is domiciled, and the law of the country in which the parent company operates. Clearly, this project was modeled on Article 7 of Rome II, and even further strengthened the position of the victims as the weaker party⁶³. Ultimately, the proposal to add this provision to the Rome II Regulation was not taken into account at a later stage of legislative work.

33. The attractiveness of Article 7 Rome II and its links to human rights is closely connected to the *Begum v Maran* case. Although in this case the court did not find that this provision was applicable, given the general nature of this case, it is worth noting the potential qualification of this case as a dispute concerning a violation of human rights. During the court dispute, the plaintiff repeatedly drew attention to the dangerous working conditions in which the plaintiff's deceased husband performed work. In the ruling of the court of first instance, attention was drawn to the dangers associated with scrapping ships. Leaving aside the evidence collected in this case and the established facts, it can be assumed that performing this type of work without complying with standard occupational health and safety standards, such as appropriate protection against poisonous substances or adequate working time, may be considered a violation of human rights. Specifically, it is about the right to work or the right to health care.

⁶⁰ U. GRUSIC, "Transboundary pollution at the intersection of private and public international law", *Journal of Private International Law*, no 3, 2023, pp. 574 ff.; G. LAGANIERE, *Liability for Transboundary Pollution at the Intersection of Public and Private International Law*, London, Bloomsbury, 2022, pp. 120 ff.; R. WAIL, "Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, no 2, 2002, p. 250; U. GRUSIC, "International Environmental Litigation in EU Courts: A Regulatory Perspective", *Yearbook of European Law*, 2016, p. 180.

⁶¹ M. LEHMANN, "Regulation, Global Governance and Private International Law: Squaring the Triangle", *Journal of Private International Law*, no 1, 2020, pp. 1-30.

⁶² See: E. ALVAREZ-ARMAS, *Private international environmental litigation before EU courts : choice of law as a tool of environmental global governance*, thesis, 2017, available at <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:187732>.

⁶³ B. BRUNK, "A step in the right direction, but nothing more – A critical note on the Draft Directive on mandatory Human Rights Due Diligence", available at: <https://conflictoflaws.net/2020/a-step-in-the-right-direction-but-nothing-more-a-critical-note-on-the-draft-directive-on-mandatory-human-rights-due-diligence/>; C. THOMALE, "On the EP Draft Report on Corporate Due Diligence", available at: <https://conflictoflaws.net/2020/chris-thomale-on-the-ep-draft-report-on-corporate-due-diligence/>; G. VAN CALSTER, "First analysis of the European Parliament's draft proposal to amend Brussels Ia and Rome II with a view to corporate human rights due diligence", available at: <https://gavclaw.com/2020/10/02/first-analysis-of-the-european-parliaments-draft-proposal-to-amend-brussels-ia-and-rome-ii-with-a-view-to-corporate-human-rights-due-diligence/>; J. VON HEIN, "Back to the Future – (Re-)Introducing the Principle of Ubiquity for Business-related Human Rights Claims", available at: <https://conflictoflaws.net/2020/back-to-the-future-re-introducing-the-principle-of-ubiquity-for-business-related-human-rights-claims/>; E. ALVAREZ-ARMAS, "Potential human-rights-related amendments to the Rome II Regulation (II): The proposed Art. 6a; Art. 7 is dead, long live Article 7?", available at: <https://conflictoflaws.net/2021/alvarez-armas-on-potential-human-rights-related-amendments-to-the-rome-ii-regulation-ii-the-proposed-art-6a-art-7-is-dead-long-live-article-7/>.

VII. Final considerations

34. The *Begum v Maran* case is one of the few in which the court analysed Article 7 of the Rome II Regulation. Although the final result of the findings of the Court of Appeal was unfavourable to the injured party, because the court did not agree with the arguments in favour of the application of Article 7 of Rome II, the opinions presented by the English courts of both instances constitute an interesting subject of research for experts in private international law. The interpretation of this provision made by British judges will allow to determine the limits of the application of Article 7 Rome II in terms of the relationship between environmental protection (environmental damage) and infringement of personal rights as a result of harmful and dangerous working conditions.

35. The case has given rise to a discussion on the protection of human rights and the liability of international legal entities for their violations. The case itself illustrates well how difficult it is to pursue claims against such entities. Transnational corporations have the economic and legal means to minimize the legal risks associated with the redress of those injured by their actions in countries with less developed or less well-functioning legal and judicial systems⁶⁴.

36. As indicated in this article, the construction of Article 7 Rome II is attractive and beneficial to those affected. This is evidenced by the fact that it was the injured party who tried to prove that environmental damage had occurred in this case. The fact that the court did not agree with this argument is primarily due to the facts and evidentiary issues.

⁶⁴ F. FARRINGTON/M. POESEN, *op. cit.*, pp. 16-17.

Qualificazione e condizioni di applicabilità delle norme di applicazione necessaria: considerazioni intorno alla sentenza *E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*

Characterization and application of overriding mandatory provisions: reflections on judgment *E.N.I. and Y.K.I. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*

TOMMASO FERRARIO
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Pavia

Recibido:15.06.2025 / Aceptado:27.08.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9928

Riassunto: Con sentenza del 5 settembre 2024 *E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla qualificazione e sull'applicazione di una disposizione di diritto bulgaro quale norma di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 16 regolamento Roma II. La decisione è intervenuta su alcuni aspetti di rilievo teorico e pratico, delineando i profili interpretativi ed applicativi delle norme internazionalmente imperative contribuendo, altresì, alla definizione di questo istituto nel sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea.

Parole chiave: norme di applicazione necessaria, ordine pubblico, accertamento del diritto straniero, diritto internazionale privato dell'Unione europea

Abstract: In the judgment 5th September 2024, *E.N.I. and Y.K.I. v. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*, the Court of Justice ruled on the characterization and application of a provision of Bulgarian law as overriding mandatory rule under article 16 of Rome II regulation. The decision addressed issues of both theoretical and practical significance, outlining the interpretative and applicative contours of mandatory provisions and giving an important contribution to the definition of this concept in European private international law.

Keywords: overriding mandatory rules, *ordre public*, ascertainment of foreign law, European private international law

Sommario: I. Considerazioni introduttive: la disciplina delle norme di applicazione necessaria nei regolamenti di diritto internazionale privato europeo. II. *Segue:* la qualificazione e l'applicazione da parte del giudice. III. La sentenza *E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*. IV. Il primo requisito: la sussistenza di un legame sufficientemente stretto. V. Il secondo requisito: l'equivalenza tra legge del foro e diritto straniero. VI. Il terzo requisito: la natura degli interessi coinvolti. VII. I risvolti *teorici* della pronuncia. La distinzione tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico. VIII. I risvolti *pratici* della pronuncia. L'onere del giudice nel rilievo delle norme di applicazione necessaria. IX. La portata sistematica della pronuncia. X. Considerazione conclusive.

I. Considerazioni introduttive: la disciplina delle norme di applicazione necessaria nei regolamenti di diritto internazionale privato europeo

1. Gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea contemplano fin dalla Convenzione di Roma del 1980¹ le norme di applicazione necessaria (*overriding mandatory rules, lois de police, leyes de policía, Eingriffsnormen*) ossia disposizioni recate dal diritto interno «destinate a regolare imperativamente [...] anche fattispecie caratterizzate da elementi di internazionalità»² e dotate di «portata derogatoria» rispetto alle norme di conflitto³.

2. Nello sviluppo degli strumenti sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, l'articolo 9 del regolamento Roma I⁴ ne ha proposto una definizione piuttosto articolata - mutuata dalla sentenza *Arblade*⁵ - secondo cui rientrano in tale categoria le «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica». La stessa disposizione attribuisce poi al giudice la facoltà di dare efficacia anche alle norme di applicazione necessaria *straniere* e, nello specifico, a quelle «del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti»⁶.

3. Si discosta da tale impostazione l'articolo 16 del regolamento Roma II⁷ che, senza darne alcuna definizione, si limita a fare salva «l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione [...]». La mancanza di specifici indici da cui ricavare la nozione di norma di applicazione necessaria è stata tuttavia colmata dalla Corte di giustizia che ha messo in luce l'obiettivo di coerenza sottostante i regolamenti Roma I e Roma II⁸, per poi sottolineare come entrambi

¹ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, *GU L* 266 del 9 ottobre 1980, pp. 1-19.

² N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996 p. 241.

³ A. BONOMI, *Le norme imperative. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zürich, Schulthess, 1998, p. 143. Sull'istituto, con riguardo al sistema italiano di diritto internazionale privato: T. TREVES, "Articolo 17", in F. POCAR/T. TREVES/S. M. CARBONE/A. GIARDINA/ R. LUZZATTO, F. MOSCONI/R. CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, p. 84 ss.; F. TROMBETTA-PANIGADI, "Le norme di applicazione necessaria nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato", *Studium Iuris*, n° 7-8, luglio-agosto 1999, p. 750 ss.; per una ricognizione comparatistica si rimanda invece a T. SZABADOS, "Overriding Mandatory Provisions in the Autonomous Private International Law of the EU Member States - General Report", *Elte Law Journal*, n° 1, giugno 2020, p. 9 ss.; sull'istituto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, invece: A. BONOMI, "Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts", *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, p. 285 ss.; H. J. SONNENBERGER, "Overriding Mandatory Provisions", in S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 117-128; F. M. WILKE, *A Conceptual Analysis. Law. The General Issues in the EU and its Member States*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 135 ss.; G. ZARRA, *Imperativeness in private international law. A view from Europe*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2022.

⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, *GU L* 177 del 4 luglio 2008, pp. 6-16.

⁵ CGUE 23 novembre 1999, *Arblade*, cause riunite C-369/96 e C-376/96, punto 30.

⁶ Sull'istituto, in generale, A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 280 ss.; v. inoltre A. CHONG, "The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts", *Journal of Private International Law*, n°1, aprile 2006, p. 27 ss.; T. SZABADOS, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, London, Hart Publishing, p. 38 ss.; K. SIEHR, "Mandatory Rules of Third States From Ole Lando to Contemporary European Private International Law", *European Review of Private Law*, n° 3, settembre 2020, p. 509 ss.; Z. CRESPI REGHIZZI, "La "presa in considerazione" di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I", in A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene, 2021, p. 711 ss.; T. FERRARIO, "Sull'incidenza delle *secondary sanctions* sui contratti internazionali", *Diritto del commercio internazionale*, n° 2, aprile-giugno 2022, p. 526 ss.; M. K. KIM, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Disputes: Korean and Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2025, p. 18; in giurisprudenza, CGUE 18 ottobre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15.

⁷ Regolamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), *GU L* 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

⁸ Invero già ricavabile dai *considerando* 7 dei rispettivi strumenti; si veda ad es. quello del regolamento Roma II che così recita: «Il campo d'applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e

impieghino nozioni «funzionalmente identiche»⁹. Da tale circostanza la Corte ha conseguentemente ricavato la corrispondenza tra la nozione di norma di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 9 del regolamento Roma I e quella ai sensi dell'articolo 16 del regolamento Roma II¹⁰. Nessun rilievo è invece dato alle norme di applicazione necessaria straniera che saranno eventualmente efficaci quale mero «dato di fatto» - e, in particolare, come elemento contestuale alla luce del quale valutare la condotta del soggetto responsabile¹¹ - in quanto norme di sicurezza e di condotta ai sensi dell'articolo 17¹².

4. Quanto alla materia familiare e successoria, i regolamenti sui regimi patrimoniali¹³ riproducono la nozione scelta dal legislatore europeo in Roma I¹⁴. Si discosta da questa soluzione il regolamento (UE) 650/2012¹⁵ che, pur adottando una denominazione più circoscritta, pare contemplare un istituto affine alle *lois de police*. L'articolo 30 del regolamento, infatti, le identifica come «norme speciali» idonee a imporre «restrizioni alla successione» per ragioni di carattere economico, familiare o sociale¹⁶. La dottrina è invece divisa sulla natura di norma di applicazione necessaria dell'articolo del 10 del regolamento Roma III che impone l'applicazione diretta della *lex fori* ma solo quando la legge straniera non prevede il divorzio o non permette ad entrambi i coniugi di accedervi o di accedere alla separazione personale in condizioni di parità¹⁷. Infine, il regolamento n. 4/2009¹⁸ - che per le questioni relative al diritto applicabile fa espresso rinvio al protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007¹⁹ - non prevede le norme di applicazione necessaria²⁰.

l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale («Bruxelles I»), e con gli strumenti relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali»; sul punto CGUE 21 gennaio 2016, *Ergo Insurance*, cause riunite C-359/14 e C-475/14, punto 43.

⁹ L'interpretazione dovrà essere il più possibile armonizzata; cfr. CGUE 31 gennaio 2019, *da Silva Martins*, C-149/18, punto 28.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 641. E pertanto esse non sono applicate come norme giuridiche ma rispondono alla diversa tecnica della presa in considerazione, cfr. sul punto T. FERRARIO, *op. cit.*, p. 524.

¹² Z. CRESPI REGHIZZI, «Quale disciplina per le norme di applicazione necessaria nell'ambito di un codice europeo di diritto internazionale privato?», *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, p. 145.

¹³ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, *GU L* 183 del 8 luglio 2016, pp. 1-29 e Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, *GU L* 183 del 8 luglio 2016, pp. 30-56.

¹⁴ Si vedano in particolare gli articoli 30 dei regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104. Si precisa tuttavia che nel ricalcare la definizione recata dal regolamento Roma I entrambi gli strumenti nulla dispongono circa le norme di applicazione necessaria straniere.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, *GU L* 201 del 27 luglio 2012, pp. 107-134.

¹⁶ Sulla riconduzione di tale disposizione alla categoria delle norme di applicazione necessaria: F. M. WILKE, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷ In senso favorevole ad una qualificazione dell'art. 10 regolamento Roma III come norma di applicazione necessaria M. P. WELLER, «Political Private International Law. How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?», in J. v. HEIN/E. M. KIENINGER/G. RÜHL (eds.), «How European is European Private International Law? Sources, Court Practice, Academic Discourse», Cambridge, Intersentia, 2019, p. 302; critico, invece, F. M. WILKE, *op. cit.*, p. 155, 156. Il regolamento Roma III presenta inoltre un'ulteriore peculiarità. Ai sensi dell'articolo 13 «Nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro partecipante la cui legge non prevede il divorzio o non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio ad emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento stesso». Si tratta di un vero e proprio meccanismo di «opt-out» che, come l'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria, si pone a tutela dell'ordinamento del foro; sul punto C. CHALAS, «Article 13. Differences in national law», in S. CORNELOUP (ed.), *The Rome III Regulation: a commentary on the law applicable to divorce and legal separation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 163 ss.

¹⁸ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, *GU L* 7, 10 gennaio 2009, pp. 1-79.

¹⁹ Protocollo del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

²⁰ Così come non sono state contemplate nella recente proposta di regolamento in materia di filiazione, sul punto C. GRIBECO, «La disciplina della legge applicabile nella proposta di regolamento in materia di filiazione», *Freedom, Security, Justice: European Legal Studies*, n°2, 2024, pp. 90-91.

II. *Segue*: la qualificazione e l'applicazione da parte del giudice

5. Delineata la nozione rilevante di norma di applicazione necessaria occorre soffermarsi sulla qualificazione e sull'applicazione di tale peculiare categoria di norme.

6. La prima di queste due operazioni consiste nell'esame dell'*oggetto* e dello *scopo* della singola disposizione ed è rimessa nelle mani del giudice²¹. La discrezionalità di cui gode l'interprete può essere limitata dall'espressa indicazione, nella formulazione della norma, della sua portata internazionalmente imperativa. Questa tecnica è utilizzata anche dalla legge di riforma del diritto internazionale privato²² che, accanto alla regola generale prevista dall'articolo 17²³, ha espressamente qualificato come norme di applicazione necessaria l'articolo 1 comma 4, l. 76/2016²⁴ sulle cause impeditive per la costituzione di unioni civili tra persone dello stesso sesso (articolo 32-*ter*); le disposizioni che stabiliscono l'unicità dello stato di figlio (articolo 33, comma 4); le norme attributive della responsabilità genitoriale, quelle che stabiliscono il dovere di mantenimento nei confronti del figlio o che consentono al giudice la disposizione di provvedimenti limitativi e ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio (articolo 36-*bis*).

7. La seconda operazione, consistente invece nella concreta messa in opera da parte del giudice avviene - almeno secondo l'impostazione tradizionale - «concentra[ndo] la propria attenzione sull'ordinamento del foro» e quindi applicando una specifica regola interna, «senza operare raffronti con valori giuridici esterni»²⁵.

8. La qualificazione e l'applicazione delle *lois de police* previste dai regolamenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea impongono al giudice particolare attenzione. Il ricorso troppo estensivo a tale limite rischia, infatti, di comprimere la certezza e la prevedibilità che i regolamenti intendono garantire²⁶, il loro fine di uniformità nonché di vanificare gli effetti della *optio iuris*²⁷; d'altro canto, anche l'espressa qualificazione da parte del legislatore stride con l'autonomia delle parti e astrae la messa in opera di un istituto ancorato alle singole circostanze del caso concreto. La Corte di giustizia è quindi intervenuta fornendo alcune coordinate. Nella sua giurisprudenza, essa ha anzitutto sottolineato come la messa in opera delle norme di applicazione necessaria deve avvenire nel rispetto dei principi di diritto dell'Unione e, comunque, non può rappresentare un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali²⁸. La Corte ha poi dichiarato che anche disposizioni di diritto dell'Unione europea possono essere qualificate come norme imperative²⁹. Ferma restando la necessità di un'interpretazione restritti-

²¹ Si veda in particolare A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 165 ss.

²² Legge 218/1995, del 31 maggio, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, *GU* n.128 del 3 giugno 1995 - Suppl. Ordinario n. 68. Il legislatore italiano ha poi fatto ricorso a tale tecnica nella legislazione emergenziale emanata nel corso della pandemia da Covid-19, per un approfondimento, G. ZARRA, «Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria. Brevi note sull'articolo 28 co. 8 del DL 9/2020 in tema di emergenza Covid 19», *Sidiblog*, 30 marzo 2020; F. MARONGIU BUONAIUTI, «Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria», in E. CALZOLAIO/M. MECCARELLI/S. POLLASTRELLI (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Macerata, EUM, 2020, p. 235 ss.; E. PIOVESANI, «Overriding mandatory provisions in the context of the COVID-19 pandemic», *ilcaso.it*, 18 novembre 2020, p. 1 ss.; Z. CRESPI REGHIZZI, «Effetti sui contratti delle misure normative di contenimento dell'epidemia Covid-19: profili di diritto internazionale privato», *Diritto del commercio internazionale*, n° 4, ottobre-dicembre 2020, p. 923 ss.

²³ Secondo cui «è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera».

²⁴ Legge 76/2016, del 20 maggio, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, *GU* n.118 del 21 maggio 2016.

²⁵ F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Milanofiori Assago, Utet Giuridica, 2024, p. 329.

²⁶ F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, Wolter Kluwer, 2022, p. 98.

²⁷ T. KRUGER, «The quest for legal certainty in international civil cases», *Recueil des cours l'Académie de droit international de La Haye*, t. 380, 2016, p. 396.

²⁸ CGUE *Arblade*, cit.; nonché 15 marzo 2001, *Mazzoleni*, C-165/98.

²⁹ CGUE 9 novembre 2000, *Ingmar*, C-381/9, punti 21 e 22.

va³⁰, la Corte ha infine sottolineato che spetta al giudice rilevare che queste disposizioni «rivest[ono] un'importanza tale nell'ordinamento giuridico nazionale da giustificare che ci si discosti dalla legge applicabile»³¹. Tale dato deve essere ricavato in base a una interpretazione letterale, sistematica, teleologica nonché contestuale della norma³². In questo quadro si è dunque inserita la nuova pronuncia della Corte di giustizia resa nel caso *E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*³³.

III. La sentenza *E.N.I. e Y.K.I. c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*

9. La domanda pregiudiziale muove dalla vicenda che ha visto coinvolti due cittadini bulgari, i signori E.N.I. e Y.K.I., che a causa di un grave incidente stradale avvenuto in Germania e cagionato da un loro connazionale³⁴, perdevano la figlia. Pertanto, i coniugi adivano il *Softyski gradski sad* (Tribunale di Sofia) domandando alla *HUK-COBURG*, la compagnia tedesca che assicurava il responsabile dell'incidente, un risarcimento quantificato in 250.000 leva bulgari (circa 125.000 euro) per il danno morale subito. La sentenza di primo grado, avendo accolto solo in parte le domande proposte, veniva impugnata³⁵.

10. La Corte di appello, individuato come applicabile alla fattispecie il diritto tedesco, riteneva che non fosse stato provato il presupposto essenziale per il risarcimento del danno morale e cioè il danno patologico causato dal dolore e dalle sofferenze emotive patite³⁶. Il giudice dell'impugnazione, inoltre, non riteneva fondata la prospettazione dei ricorrenti secondo cui avrebbe dovuto trovare applicazione alla fattispecie l'articolo 52 della *zakon za zadalzheniyata i dogovorite* (da qui in poi *ZZD*), la legge bulgara sulle obbligazioni e sui contratti. In particolare, non riteneva che detta disposizione, che prevede che il risarcimento del danno morale sia determinato dal giudice secondo equità, fosse manifestazione di un principio di carattere fondamentale e pertanto da qualificarsi - secondo la ricostruzione dei ricorrenti - come norma di applicazione necessaria. Il ricorso in appello veniva quindi respinto.

11. La *Varhoven kasatsionen sad* (la Corte di Cassazione bulgara), sospeso il procedimento, formulava il proprio quesito pregiudiziale chiedendo se l'articolo 16 regolamento Roma II dovesse essere interpretato nel senso che una disposizione nazionale che prevede l'applicazione di un principio fondamentale del diritto dello Stato membro, quale il principio di equità potesse essere considerata, ai sensi del predetto articolo, come norma di applicazione necessaria.

12. Nel rispondere alla domanda del giudice del rinvio, la Corte di giustizia conferma quanto già espresso nella sua giurisprudenza precedente - l'interpretazione restrittiva dell'articolo 16 del rego-

³⁰ CGUE 17 ottobre 2013, *Unamar*, C-184/12, punto 49.

³¹ CGUE *da Silva Martins*, cit., punto 31.

³² *Ibid.*

³³ CGUE 5 settembre 2024, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*, C-86/23; per un primo e breve commento sulla pronuncia cfr. G. CUNIBERTI, "CJUE Adds Requirements for Application of Overriding Mandatory Provisions", *Eapil Blog*, 5 settembre 2024; più ampiamente C. LÁTIL, "Conflit de lois - Du bon usage de la méthode des lois de police en droit international privé européen", *Journal du Droit International*, n°2, aprile- giugno 2025, p. 572 ss.

³⁴ Il medesimo incidente stradale ha interessato un'altra pronuncia della Corte di giustizia resa con sentenza 15 dicembre 2022, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*, C-577/21 avente ad oggetto l'interpretazione direttiva 2009/103/CE concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità. Dalla descrizione del procedimento principale risulta, tuttavia, una ricostruzione parzialmente diversa dei fatti.

³⁵ Infatti, il risarcimento veniva quantificato in una somma pari a circa 50.000 euro.

³⁶ Le disposizioni rilevanti del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codice Civile) sono il § 253, ai sensi del quale: «Il risarcimento pecuniario di un danno morale può essere chiesto solo nei casi determinati dalla legge. Qualora il risarcimento dei danni debba essere versato per lesioni personali, danni alla salute, alla libertà o all'autodeterminazione sessuale, può essere richiesto altresì un equo risarcimento pecuniario del danno morale» nonché il § 823 il cui par. 1 dispone «Chiunque illecitamente leda, con dolo o colpa, la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui è tenuto a risarcire all'altro il danno che ne deriva».

lamento Roma II³⁷ e il parallelismo con la nozione ai sensi del regolamento Roma I³⁸ - individuando, altresì, tre condizioni ulteriori che il giudice deve verificare ai fini della qualificazione e dell'applicazione delle *lois de police*.

IV. Il primo requisito: la sussistenza di un legame sufficientemente stretto

13. La Corte sottolinea anzitutto che affinché il giudice possa dare applicazione all'articolo 16 regolamento Roma II è necessaria la presenza di «legami sufficientemente stretti» tra la singola fattispecie e l'ordinamento del foro³⁹. Nell'affermare ciò, essa si limita a specificare quanto non espresso - ma sottinteso - dall'articolo 16⁴⁰: è proprio in virtù di tale connessione geografica che gli interessi imperativi manifestati dalla legge del foro possono prevalere sul diritto straniero altrimenti applicabile⁴¹.

14. Per quanto insita alla funzione stessa delle norme di applicazione necessaria, questa valutazione pone il problema dell'individuazione degli elementi di fatto valorizzabili. Questi potranno essere rappresentati da criteri di collegamento oggettivi, soggettivi ma anche legati al compimento di un determinato atto o alla realizzazione di un determinato evento⁴². Nel caso di specie, pur rimettendo la questione nelle mani del giudice del rinvio, la Corte individua come possibili collegamenti rilevanti la cittadinanza dei ricorrenti, il luogo dell'evento dannoso e la sede della compagnia assicuratrice, ma anche il fatto che tanto la vittima quanto l'autore dell'incidente fossero cittadini bulgari stabilizzati in Germania⁴³.

V. Il secondo requisito: l'equivalenza tra legge del foro e diritto straniero

15. La Corte aggiunge poi un'ulteriore condizione: l'impossibilità di raggiungere i medesimi obiettivi di tutela degli interessi sottostanti la *lex fori* mediante l'applicazione della legge straniera⁴⁴.

16. Tale affermazione non sembra compatibile con la teoria tradizionale secondo cui le norme di applicazione necessaria escludono, in quanto limite *preventivo*⁴⁵, la funzione di richiamo al diritto

³⁷ CGUE HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II, cit., punto 30.

³⁸ *Ivi*, punto 37.

³⁹ *Ivi*, ai punti 33 e 34.

⁴⁰ Ma anche dagli altri regolamenti europei. Del resto lo stesso articolo 9, nonostante la formulazione più ampia nulla dice a riguardo. Si discosta invece da tale impostazione l'articolo 7 della Convenzione di Roma: «Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno *stretto legame*, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto» (corsivo aggiunto).

⁴¹ In dottrina sulla necessità di soddisfare tale condizione ai fini dell'applicazione delle norme di applicazione necessaria: A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 209; A. NUYTS, «L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)», *Revue critique de droit international privé*, n° 1, gennaio-marzo 1999, p. 44 ss.; P. WAUTELET, *Article 16*, in U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI (eds.), Köln, *Volume 3 Rome II Regulation-Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, p. 566; G. CUNIBERTI, *op. cit.*; nonché C. LÁTIL, *op. cit.*, p. 581 ss.; in senso contrario però O. LOPES PEGNA, «Riforma della filiazione e diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale*, n° 2, aprile-giugno 2014, p. 401.

⁴² C. LÁTIL, *op. cit.*, p. 582.

⁴³ CGUE HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II, cit., punto 36.

⁴⁴ *Ivi*, punto 43.

⁴⁵ N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 242. Tale impostazione ha trovato riscontro anche nella giurisprudenza italiana: cfr. Cass. civ. sez. I 28 dicembre 2006, n. 27592, *DeJure*, secondo cui le norme di applicazione necessaria «rendono superflua, in via preliminare, ogni indagine sulla legge straniera competente in base al diritto internazionale privato, nel senso, cioè, che disposizioni imperative interne, le quali sono dirette a perseguire obiettivi di particolare importanza per lo Stato che le ha emanate, trovano una loro espressa sfera di applicazione (attraverso un criterio "unilaterale") alle fattispecie da esse stesse previste anche quando il rapporto giuridico sul quale incidono è sottoposto ad un ordinamento straniero, in deroga a quanto stabilito dal criterio di collegamento "bilaterale" adottato in genere dalle norme di conflitto, sovrapponendosi ai risultati del funzionamento del diritto

straniero⁴⁶. Invero, la dottrina ha da tempo riconosciuto tale caratteristica soltanto a quelle disposizioni idonee a valutare «in via esclusiva» la fattispecie a cui si riferiscono⁴⁷. Secondo tali ricostruzioni, dunque, le norme di applicazione necessaria si configurerebbero come disposizioni da applicare in ogni caso, ma idonee a impedire l'applicazione del diritto straniero solo nella misura in cui questo risulti inconciliabile con gli obiettivi perseguiti dalla legge del foro lasciando spazio, al di fuori di tale ipotesi, a un'applicazione congiunta con la *lex causae*⁴⁸.

17. Rispetto a tale impostazione, la soluzione della Corte di giustizia si spinge ancora oltre. Le norme di applicazione necessaria intervengono sempre dopo il richiamo operato dalla norma di conflitto poiché il giudice è tenuto a rilevare l'equivalenza, quanto alle finalità perseguite, tra la legge straniera e quella del foro⁴⁹.

VI. Il terzo requisito: la natura degli interessi coinvolti

18. Infine, la Corte precisa che anche le disposizioni nazionali finalizzate a tutelare interessi individuali, possono essere qualificate come norme di applicazione necessaria⁵⁰.

19. Di per sé questa affermazione non costituisce una novità: la sempre maggiore incidenza di interessi collettivi nella regolamentazione dei rapporti tra privati⁵¹ ha permesso di superare l'identificazione delle norme imperative sulla base della natura degli interessi coinvolti⁵². La stessa

internazionale privato ed al processo di applicazione del diritto straniero che ne consegue, onde, in presenza di simili fattispecie, il giudice deve porre in disparte la regola di conflitto competente e fare spazio alla norma di applicazione necessaria nei limiti che essa stabilisce, i quali possono essere esplicitati nella norma medesima oppure risultare dal richiamo di una serie di altre norme del foro cui viene attribuita la precedenza rispetto al gioco delle medesime norme di conflitto».

⁴⁶ C. LÁTIL, *op. cit.*, p. 582, puntualizza che «Les lois de police ne sont dès lors plus prioritaires et ne sont plus mises en oeuvre sans passer par la médiation de la règle de conflit de lois ; elles cessent d'être des «lois d'application immédiate»» (Il corsivo è dell'autore).

⁴⁷ In questo senso già T. TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1967, p. 57 ss.; ID., «Articolo 17 (Norme di applicazione necessaria)», cit., p. 87; N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 243; O. FERACI, «L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea», Milano, Giuffrè, 2012, p. 36.

⁴⁸ N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 243; prevedono espressamente detta applicazione congiunta T. TREVES, «Articolo 17 (Norme di applicazione necessaria)», cit., p. 87 nonché A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 152 il quale, peraltro, osserva: «l'esistenza di una norma interna di applicazione necessaria, lungi dal bloccare il funzionamento delle ordinarie norme di conflitto, si affianca ad esse e conduce invariabilmente ad un concorso di leggi applicabili alla fattispecie. La norma imperativa italiana si aggiunge alle norme della legge straniera richiamata dalle regole sui conflitti di leggi [...] nel caso delle norme di applicazione necessaria non si verifica alcuna sostituzione. La norma di conflitto resta applicabile e continua a produrre uno dei suoi effetti caratteristici, quello di sottoporre il rapporto ad una legge straniera. A tale disciplina generale si sovrappone tuttavia la regolamentazione puntuale imposta dalla norma imperativa interna. Non si può dunque affermare a priori che la norma di applicazione necessaria abbia l'effetto di escludere l'applicazione del diritto straniero. È vero che, in certi casi, l'applicazione di una norma imperativa interna comporta la disapplicazione di una o più norme della *lex causae* straniera: ciò avviene quando tali norme straniere sono concretamente incompatibili con la norma di applicazione necessaria del foro ovvero quando il modo di disporre di quest'ultima ha l'effetto di esaurire la disciplina del rapporto».

⁴⁹ Cfr. C. LÁTIL, *op. cit.*, p. 584. Si noti che ad una conclusione simile era già giunta la giurisprudenza italiana, cfr. infatti Tribunale di Rovereto 15 marzo 2007, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 1, gennaio-marzo 2008, p. 179: «Poiché in base all'articolo 7 comma 2 della Convenzione di Roma del 1980 le norme di applicazione necessaria del foro devono essere applicate solo allorché l'interesse da esse tutelato non trovi protezione nella *lex causae*, non può essere qualificato come tale l'art. 1383 cod. civ.», sul punto P. BERTOLI, «The ECJ's Rule of Reason and Internationally Mandatory Rules», in N. BOSCHIERO/T. SCOVAZZI/C. PITEA/C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Berlin, Springer, 2013, p. 776, 777.

⁵⁰ CGUE HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II, cit., punto 43.

⁵¹ Così in G. ZARRA, *Imperativeness*, cit., p. 61; A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 175.

⁵² Si pensi alla tradizionale definizione datane da Franceskakis il quale nella sua opera *Conflits de lois (principes généraux)* si riferiva espressamente alle *lois d'application immédiate* come quelle «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays» ma anche alla teoria elaborata da Pillet nel suo *Traité pratique de droit international privé*, il quale opera una distinzione tra norme protettive di interessi individuali e norme definite di «garanzia sociale» («*but social*») o, ancora, a quella assodata nella dottrina tedesca secondo cui vi sarebbero «norme

giurisprudenza della Corte di giustizia attesta come anche norme protettive di interessi individuali, come quelle relative alla tutela dei lavoratori⁵³ e dei consumatori⁵⁴, possano senza dubbio «rivendicare una sfera di applicazione necessaria»⁵⁵.

20. Tuttavia, la Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare che la tutela degli interessi privati deve comunque essere saldamente ancorata a un interesse pubblico essenziale⁵⁶. Questa circostanza deve emergere chiaramente ed essere dimostrata⁵⁷. Sostanzialmente, al fine di restringere ancora di più il ricorso alle norme di applicazione necessaria, la Corte individua una soglia minima al di sotto della quale, in presenza di interessi individuali, non è possibile discostarsi dal diritto applicabile.

21. Definite le condizioni per la qualificazione e l'applicazione delle norme internazionalmente imperative⁵⁸, la Corte di giustizia ha rilevato che, nel caso concreto, il principio di equità recato dall'articolo 52 dello ZZD è rinvenibile anche nel diritto tedesco⁵⁹. Tuttavia il risarcimento previsto dalle rispettive leggi potrebbe divergere significativamente o, nel caso del diritto tedesco, non essere riconosciuto affatto in mancanza di prova del danno patologico. Spetta quindi al giudice del rinvio valutare se la legge straniera permette comunque il raggiungimento dell'interesse tutelato dal diritto bulgaro⁶⁰.

VII. I risvolti teorici della pronuncia. La distinzione tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico

22. Il primo profilo di interesse della sentenza in commento attiene alla distinzione delle norme di applicazione necessaria rispetto al limite dell'ordine pubblico⁶¹. Non è questa la sede per effettuare

interventistiche» («Eingriffsnormen») miranti alla realizzazione di obiettivi politico-economici ed il cui ambito applicativo, a differenza delle «norme protettive» («Parteischutzvorschriften»), è determinato «attraverso criteri di collegamento di tipo unilaterale, improntati al principio di territorialità»; per tutti questi e altri esaustivi riferimenti, cfr. A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 172.

⁵³ CGUE *Arblade*, cit., punto 36 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁵⁴ CGUE 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, ai punti 8 e 9.

⁵⁵ Così O. FERACI, *op. cit.*, p. 40; G. ZARRA, *Imperativeness*, cit., p. 61.

⁵⁶ CGUE *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*, cit., punto 46.

⁵⁷ *Ivi*, punto 46.

⁵⁸ In realtà la Corte svolge un'ulteriore considerazione. Avendo rilevato che la normativa bulgara non è attuativa della direttiva 2009/103/CE (punto 56) e che l'articolo 52 è finalizzato a determinare la portata del risarcimento del danno morale, sancisce che non trova applicazione, al caso di specie il principio espresso in *Unamar*, cit., secondo cui «la legge di uno Stato membro che soddisfa la protezione minima prescritta da una direttiva dell'Unione può essere disapplicata a favore della legge del foro per un motivo attinente al suo carattere imperativo qualora il giudice adito constati in modo circostanziato che, nell'ambito della trasposizione di tale direttiva, il legislatore dello Stato membro del foro ha ritenuto cruciale, nel suo ordinamento giuridico, riconoscere alla persona interessata una protezione ulteriore rispetto a quella prevista da detta direttiva, tenendo conto, al riguardo, della natura e dell'oggetto di tali disposizioni imperative» cfr. CGUE *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*, cit., punto 54.

⁵⁹ *Ivi*, punti 47 e 49.

⁶⁰ *Ivi*, punto 53.

⁶¹ Nello specifico, sull'ordine pubblico, L. FUMAGALLI, «Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico», *Comunicazioni e studi*, XVII e XVIII, 1985, Milano, p. 593 ss. e Id., «L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario», *Diritto del commercio internazionale*, n° 3, luglio-settembre 2004, p. 635 ss.; F. MOSCONI, «Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules», *Recueil des cours l'Académie de droit international de La Haye*, t. 217, 1989, p. 9 ss. e in particolare, p. 23 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale: la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2005; P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, «L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère», *Recueil des cours l'Académie de droit international de La Haye de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 371, 2015, p. 153 ss.; W. WURMNEST, «Ordre Public (Public Policy)», in S. LEIBLE (ed.), *General Principles*, cit., pp. 305-329; F. SALERNO, «La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 2, aprile-giugno 2018, p. 259 ss.; P. FRANZINA, «The Purpose and Operation of the Public Policy Defence as applied to Punitive Damages», in S. BARIATTI/L. FUMAGALLI/Z. CRESPI REGHIZZI (eds.), in *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Milano, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2019, pp. 43-73; P. PERLINGIERI/G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019; G. BIAGIONI, «Ordine

una disamina sulle caratteristiche dei due limiti al diritto applicabile⁶². Sul punto basti rilevare che norme di applicazione necessaria e ordine pubblico sono istituti parzialmente sovrapponibili. Entrambi i limiti consentono infatti di discostarsi dalla legge designata dalla norma di conflitto⁶³ in ragione di valori fondamentali o interessi essenziali per l'ordinamento del foro⁶⁴. Anche l'ordine pubblico deve, inoltre, essere applicato restrittivamente.

23. Di tutte le condizioni richieste dalla Corte di giustizia, una in particolare attesta un ravvicinamento ulteriore tra i due limiti⁶⁵.

24. La presenza di legami sufficientemente stretti con l'ordinamento del foro richiama alle teorie, francese e tedesca, dell'*ordre public de proximité* e della *Inlandsbeziehung*⁶⁶. Sul punto occorre tuttavia precisare che se riferita all'ordine pubblico tale valutazione dovrebbe operare caso per caso e comunque tenendo conto dell'oggetto e della natura dei valori fondamentali coinvolti⁶⁷. Se quindi nel caso dell'ordine pubblico la prossimità di alcuni elementi della fattispecie assume rilevanza soltanto eventualmente, in riferimento alle norme di applicazione necessaria, la presenza di un criterio di collegamento resta comunque un dato essenziale per la corretta identificazione e messa in opera di tali disposizioni. In particolare esso è funzionale al carattere restrittivo delle norme di applicazione necessaria che in sua assenza finirebbero per avere una portata «certamente esorbitante e irragionevole»⁶⁸.

25. Ancora ben marcata è la linea che distingue i due istituti alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte sulla potenziale rilevanza degli interessi privati come oggetto di tutela delle norme di applicazione necessaria. Ancorché, come si è rilevato, una distinzione tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria fondata sulla natura degli interessi coinvolti non è più attuale, richiedere al giudice del foro di prendere in considerazione interessi privati soltanto al ricorrere di stringenti condizioni, riconosce alla clausola di ordine pubblico una copertura e margini di intervento più ampi⁶⁹.

pubblico del foro, protezione dei diritti fondamentali e «consensus europeus»», in A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale*, cit., pp. 693-710.

⁶² A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 195 ss.; O. FERACI, *op. cit.*, p. 49 ss.; G. ZARRA, *Imperativeness*, cit., p. 55 ss.

⁶³ Pur rimanendo ben distinti gli effetti derivanti dalla rispettiva applicazione. Infatti se l'ordine pubblico - quantomeno nell'ordinamento italiano - rende comunque necessaria la determinazione delle norme straniere applicabili alla fattispecie, facendo intervenire la *lex fori* in via sussidiaria (cfr. l'articolo 16 della l. 218/1995), la norma di applicazione necessaria deve essere comunque applicata a prescindere dalla potenziale rilevanza di altri criteri di collegamento previsti dalle norme di conflitto, sul punto A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 197.

⁶⁴ Ancora A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 213 riferendosi alle norme di applicazione necessaria: «occorre che la norma esprima un valore fondamentale per l'ordinamento o sia comunque diretta a perseguire un obiettivo di primaria importanza. Sotto questo profilo, la valutazione non differisce da quella che viene svolta ai fini dell'ordine pubblico» (corsivo aggiunto). Lo stesso A. individua, piuttosto, un preciso criterio distintivo nel fatto che l'ordine pubblico è costituito da principi generali mentre le disposizioni internazionalmente imperative troverebbero manifestazione in singole norme positive, pp. 201-219; v. però G. ZARRA, *Imperativeness*, cit., p. 75 secondo il quale la teoria di Bonomi pur mettendo bene in evidenza la relazione con ordine pubblico non sarebbe in grado di spiegare la funzione svolta in concreto dal giudice nell'applicazione delle *lois de police* infatti: «this approach does not give any explanation as to the reasons why (and the circumstances in which) legislators enact laws that deprive judges of the power to evaluate whether, *in concreto*, the application of foreign law runs against imperative norms of the forum. In the same vein, the theory does not explain whether judges may infer the existence of *lois de police* by way of interpretation. Hence, should we admit that the quality of *loi de police* may be conferred by judges by way of interpretation [...] this approach does not provide us with any guidance as to the criterion that should drive adjudicators in determining that a certain provision of law is an overriding mandatory rule, thus opening the door to uncertainty and to the risk of nationalisms at the expenses of the functioning of the conflict of laws mechanism».

⁶⁵ C. LÁTIL, *op. cit.*, p. 583.

⁶⁶ P. COURBE, «L'ordre public de proximité», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-239; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, Editions LexisNexis, Litec-Credimi, 2007, p. 133 ss.; O. FERACI, *op. cit.*, p. 12 ss; P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 65 ss.

⁶⁷ P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 66; F. SALERNO, *Lezioni*, cit., p. 103 che sottolinea come tale teoria possa comportare l'eccessiva compressione - se non vere e proprie discriminazioni - dei diritti fondamentali universalmente riconosciuti.

⁶⁸ A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 209.

⁶⁹ I principi che concretano l'ordine pubblico si pongono, in ogni caso, a tutela degli interessi dei singoli individui (la mo-

26. Abbiamo constatato che la necessità per il giudice di verificare, alla luce del contenuto del diritto straniero, se le stesse finalità perseguite dalla legge del foro possano essere raggiunte anche per mezzo della *lex causae* mette in discussione la tradizionale definizione delle norme di applicazione necessaria come limite preventivo. Proprio tale circostanza avvicina significativamente le norme internazionalmente imperative all'ordine pubblico⁷⁰ il quale, come noto, interviene *a posteriori*⁷¹. Questo avvicinamento è riscontrabile non soltanto con riferimento al momento in cui il giudice è tenuto ad applicare ciascun limite ma anche nel rispettivo funzionamento. Nell'interpretazione della Corte di giustizia, anche l'applicazione delle *lois de police* richiede al giudice di porre in essere un confronto tra la *lex fori* e *lex causae*⁷². Peraltro, rispetto ad entrambi i limiti, l'eventuale divergenza nella quantificazione del risarcimento del danno non è condizione sufficiente per discostarsi dal diritto applicabile. È comunque necessario che il giudice accerti che l'applicazione della legge straniera non permetta di raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla *lex fori* oppure, nel caso dell'ordine pubblico, che il risarcimento risulti manifestamente sproporzionato rispetto alla lesione subita⁷³. La differenza consisterà, allora, nel profilo che il giudice dovrà considerare per azionare i due limiti: la corrispondenza tra il contenuto della legge del foro e della legge straniera nel caso delle norme di applicazione necessaria⁷⁴; gli effetti conseguenti dall'applicazione della legge straniera (o dal riconoscimento della sentenza) nel caso dell'ordine pubblico⁷⁵.

VIII. I risvolti pratici della pronuncia. L'onere del giudice nel rilievo delle norme di applicazione necessaria

27. Accanto ai risvolti teorici sopra delineati, la pronuncia in commento interessa anche per le sue conseguenze pratiche. I criteri individuati dalla Corte incidono infatti sull'ufficio del giudice.

28. L'individuazione del collegamento con l'ordinamento del foro non è un'operazione semplice da svolgere, specialmente nella materia della responsabilità extracontrattuale in cui la localizzazione del danno può essere già di per sé difficoltosa⁷⁶. Occorre peraltro precisare che tale operazione è distinta da quella che il giudice potrebbe dover porre in essere in virtù della clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 4, par. 3 del regolamento Roma II. Poiché strumentali rispetto a due meccanismi ben distinti tra loro - il richiamo da parte della norma di conflitto, da una parte, e la sua deroga, dall'altra - non può escludersi che tale esame debba essere svolto cumulativamente rendendo ancor più tortuosa l'individuazione della legge regolatrice⁷⁷.

glie, nel caso del ripudio islamico, ad esempio), sul punto G. ZARRA, *Imperativenss*, cit., p. 60.

⁷⁰ C. LÁTEL, *op. cit.*, p. 583.

⁷¹ Sull'ordine pubblico come limite successivo alla messa in opera della norma di diritto internazionale privato P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 46.

⁷² P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 177 «[t]ypiquement, le juge prend connaissance du contenu de la loi étrangère désignée, et de la solution qu'elle fixe pour le cas dont il est saisi. Dans le cadre de l'exception d'ordre public, il est alors conduit à s'interroger sur l'admissibilité d'un tel résultat au regard des principes qui composent son ordre public. Cette interrogation est précisément l'opération dans le cadre de laquelle la confrontation de normes va avoir lieu: celles qui composent la loi étrangère compétente, d'une part; celles qui composent l'ordre public du for, d'autre part»; quanto alle norme di applicazione necessaria, invece, cfr. A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 200; secondo cui «l'applicazione del diritto interno non presuppone un confronto con il diritto straniero, a differenza di quanto avviene nel caso di ordine pubblico».

⁷³ Cfr. CGUE 4 ottobre 2024, *Real Madrid Club de Fútbol*, C-633/22 che nel confermare il diniego dell'esecuzione di una decisione straniera ai sensi del regolamento 44/2001 comportante la violazione manifesta della libertà di stampa tutelata dall'articolo 11 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo ha espressamente sancito che una «eventuale divergenza tra tali somme e l'importo del risarcimento danni assegnato in dette decisioni non è, di per sé, sufficiente per ritenere, in modo automatico e senza ulteriori verifiche, che tale risarcimento danni sia manifestamente sproporzionato rispetto alla lesione della reputazione di cui trattasi», cfr. punto 70.

⁷⁴ V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, Paris, GLN éditions, 1990, pp. 182, 183.

⁷⁵ F. MOSCONI, *op. cit.*, p. 61; P. FRANZINA, *op. cit.*, cit., p. 52 ss.

⁷⁶ In argomento O. BOSKOVIC, *La Localisation du Dommage en Droit International Privé*, in O. BOSKOVIC, *Localisation of damage in private international law*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2025, p. 3 ss.

⁷⁷ Infatti come osservato da F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 496 la messa in opera della clausola di salvaguardia av-

29. L'applicazione delle *lois de police* da parte del giudice deve altresì avvenire in base al contenuto materiale della legge applicabile. Ciò implica, perlomeno per quei sistemi di diritto internazionale privato che lo accolgono, che l'accertamento del diritto straniero avvenga secondo il principio *iura (aliena) novit curia*⁷⁸. La rilevanza di tale principio impone, peraltro, che la legge straniera venga accertata con particolare accuratezza e ciò non soltanto in virtù del generico dovere di «applicazione genuina»⁷⁹ del diritto straniero ma della più specifica necessità di rilevare gli interessi sottostanti alla legge straniera. Il principio *iura novit curia* manifesta in pieno la sua «portata strutturale particolarmente ampia» intervenendo oltre le dinamiche strettamente bilaterali delle norme di diritto internazionale privato⁸⁰ e implicando la conoscenza della singola disposizione straniera, della sua prassi applicativa e della funzione da questa assolta nell'ordinamento a cui essa appartiene.

30. Non meno impegnativo - ancorché solo eventuale e rivolto all'ordinamento del foro - l'ultimo esame richiesto, legato alla potenziale rilevanza di norme poste a tutela di interessi privati. La Corte ha infatti posto in capo al giudice l'onere di dimostrare i requisiti che condizionano l'applicabilità di tali disposizioni. Si tratta di un'attività aggiuntiva che non deve essere svolta in altre ipotesi di applicazione della *lex fori*⁸¹.

IX. La portata sistematica della pronuncia

31. Merita svolgere qualche breve considerazione sulla portata e il significato della pronuncia in commento nella prospettiva del sistema di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea⁸². Quest'ultimo si caratterizza per l'assenza di una codificazione unitaria e, comunque, di regole

viene sulla base di una valutazione *ex ante*, posta in essere «in base alle caratteristiche soggettive e oggettive del fatto illecito, e non già in base al contenuto materiale della legge così individuata»; il potenziale rilievo delle norme di applicazione necessaria deve essere invece considerato *ex post*, e pertanto quando il diritto applicabile è già stato individuato.

⁷⁸ In assenza di regole uniformi (v. in argomento E. M. KIENINGER, "Ascertaining and Applying Foreign Law", in S. LEIBLE (ed.), *General Principles*, cit., pp. 357-373; F. M. WILKE, *op. cit.*, p. 231 ss.; M. REQUEJO ISIDRO, "The Application of European Private International Law and the Ascertainment of Foreign Law", in H. VON HEIN/ E. M. KIENINGER/G. RÜHL (eds.), "How European", cit., pp. 139-175; nonché da ultimo F. MARONGIU BUONAIUTI, "L'accertamento e l'interpretazione del Diritto straniero richiamato nel Diritto internazionale privato europeo: una questione ancora aperta", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 2, ottobre 2024, pp. 1079-1098) il trattamento processuale del diritto straniero avviene secondo le regole previste dal diritto interno. Sul punto, tuttavia, i singoli sistemi nazionali di diritto internazionale privato mantengono ancora degli approcci assai diversificati tra loro. Alcuni di questi, infatti, aderiscono al modello secondo il quale il rilievo del diritto straniero avviene *ex officio* (Italia, Germania) eventualmente con la collaborazione delle parti; altri ordinamenti, invece, considerano la legge richiamata dalla norma di conflitto alla stregua di qualsiasi altro fatto da provare in giudizio (giurisdizioni di *common law*, Spagna); la questione è ulteriormente complicata dal fatto che in alcuni sistemi - come quello francese - il trattamento riservato al diritto straniero dipende dalla natura disponibile o indisponibile dei diritti venuti in rilievo. In argomento e con ampi *report* nazionali si vedano: Y. NISHITANI, *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?*, Cham, Springer, 2017; Id., "Foreign law in domestic courts: challenges and future developments", in F. FERRARI/ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 412-433; C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS/G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign law in national courts: a comparative perspective", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 304, 2003, p. 181 ss.; G. CERQUEIRA/ N. NORD (dir.), *La connaissance du droit étranger. À la recherche d'instruments de coopération adaptés*, Paris, Société de législation comparée, 2020, pp. 105-120.

⁷⁹ Sul principio dell'applicazione «genuina» o «fedele» del diritto straniero P. FRANZINA, "L'applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell'Unione europea", in E. TRIGGIANI/F. CHERUBINI/I. INGRAVALLO/E. NALIN/R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci editore, 2017, pp. 1113-1120; M. BOGDAN, "Private International Law as Component of the Law of the Forum", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 248, 2011, p. 112 ss.

⁸⁰ F. SALERNO, *Lezioni*, cit., p. 66; occorre peraltro chiedersi fino a che punto, negli ordinamenti in cui la legge straniera è considerata come un qualsiasi altro fatto dedotto in giudizio, le parti chiamate a provare il contenuto del diritto richiamato possano condizionare una valutazione che dovrebbe essere, per sua stessa natura, totalmente rimessa nelle mani del giudice.

⁸¹ Ad esempio in seguito alla messa in opera del limite dell'ordine pubblico.

⁸² L'esistenza di un vero e proprio sistema europeo di diritto internazionale privato è controversa: piuttosto critico al riguardo R. LUZZATTO, "Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato", in G. VENTURINI/S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Amicorum Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 613-

comuni sulla c.d. *parte generale* della materia⁸³. La Corte di giustizia, con le proprie decisioni, assume quindi un ruolo fondamentale nella ricostruzione di nozioni autonome, contribuendo così a colmare tali lacune⁸⁴ o a prevenire incoerenze nell'applicazione e interpretazione delle norme recate dai regolamenti.

32. La scelta del legislatore europeo di disciplinare materie differenti in altrettanti distinti testi normativi ha, come visto, determinato «discrepanze notevoli» nella disciplina delle norme di applicazione necessaria tra i diversi regolamenti⁸⁵. In tale quadro l'opera ermeneutica della Corte non ha soltanto contribuito a costruire una nozione unitaria, eventualmente da prendere come riferimento per una futura norma generale codificata, ma ha delineato un vero e proprio metodo per l'individuazione e l'applicazione - restrittiva - di questa peculiare categoria di norme. Rispetto all'ancora incompleto sistema europeo di diritto internazionale privato, l'impostazione mantenuta dai giudici europei permette di conciliare l'esigenza di tutelare interessi ritenuti fondamentali per l'ordinamento del foro con uno dei principi cardine di tale sistema: l'autonomia delle parti⁸⁶.

33. Resta quindi da verificare se tale metodo possa essere adottato in ambiti diversi da quello della responsabilità extracontrattuale. Non v'è dubbio che i principi espressi dalla Corte, per sua stessa ammissione, siano direttamente applicabili alla materia contrattuale. Né vi sono ragioni che impediscono che quanto statuito valga anche per i regolamenti in materia di regimi patrimoniali i quali, come detto, riproducono espressamente la nozione recata dal regolamento Roma I. Le peculiarità nella formulazione dell'articolo 30 del regolamento n. 650/2012 rendono meno immediata l'estensione della portata della sentenza. Nel complesso, tuttavia, il carattere restrittivo delle norme di applicazione necessaria, emerso dalle argomentazioni della Corte, non configge con l'impostazione del regolamento che valorizza l'unità della successione, la continuità nello spazio delle situazioni giuridiche e l'esercizio della *professio iuris*⁸⁷. Sembra invece doversi escludere, alla luce degli elementi richiesti dalla Corte, l'applicazione della sentenza all'articolo 10 del regolamento Roma III. Pur rendendo necessario l'esame del contenuto della *lex causae* la disposizione non richiede alcun confronto con la *lex fori*⁸⁸. Inoltre, essa opera in assenza di collegamenti con l'ordinamento del foro.

625; cfr. anche M. V. BENEDETTELLI, "Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a «European Community private international law», *Il Diritto dell'Unione europea*, n°3, luglio-settembre 2005, p. 421 ss.; in senso contrario invece F. MUNARI, "La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4, ottobre-dicembre 2006, p. 913 ss.; P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005; A. BONOMI, "Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali", in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 34.

⁸³ Invero, la dottrina è da tempo impegnata in discussioni sulla opportunità di codificare almeno le questioni di parte generale (ordine pubblico, rinvio, ordinamenti plurilegislativi e, per l'appunto, norme di applicazione necessaria) v. in proposito: S. LEIBLE, M. MÜLLER, "A General Part for European Private International Law? The Idea of a "Rome 0 Regulation", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012/2013, pp. 137 ss.; S. LEIBLE (ed.), "General Principles", cit.; M. FALLON/P. LAGARDE/S. POILLOT-PERRUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Bruxelles, Lang, 2011; recentemente K. BOELE-WOELKI, "The next step in the unification of private international law in Europe: should it be codification?", disponibile online al link <https://ssrn.com/abstract=5134828>, 2024.

⁸⁴ P. BERTOLI, *Il ruolo della Corte di giustizia*, cit., *passim*, nonché A. BONOMI, "Il diritto internazionale privato", cit., p. 16.

⁸⁵ A. BONOMI, "Il diritto internazionale privato", cit., p. 47.

⁸⁶ Così facendo la Corte avrebbe quindi colmato l'ulteriore lacuna dei regolamenti europei che, invero, nella disciplina delle norme di applicazione necessaria non prevedono quando - e a quali condizioni - queste possano derogare alla scelta di legge operata dalle parti, sul punto T. KRUGER, *op. cit.*, p. 396; E. A. O'HARA/L. E. RIBSTEIN, "Rules and Institutions in Developing a Law Market: Views from the United States and Europe", *Tulane Law Review*, n° 5, maggio 2008, p. 2163.

⁸⁷ Cfr. il *considerando* 54 regolamento n. 650/2012. L'applicazione della pronuncia in commento anche al 30 del regolamento in materia successoria pare avvalorata sulla base di quanto argomentato da P. LAGARDE, "Article 30: Special rules imposing restrictions concerning or affecting the succession in respect of certain assets", in U. BERGQUIST/D. DAMASCELLI/R. FRIMSTON/P. LAGARDE/F. ODESKY/ B. REINHARTZ (eds.), *EU Regulation on Succession and Wills Commentary*, Köln, Otto Schimdt, p. 166. Secondo l'A. infatti «The special dispositions of the *lex situs* which Art. 30 has in mind which prevail over the succession law if, under the *lex situs*, they are applicable whatever the law applicable to the succession, *thus if they constitute overriding mandatory provisions in the sense of Art. 9 § 1 of the Rome I Regulation*» (corsivo aggiunto).

⁸⁸ F. M. WILKE, *op. cit.*, p. 156.

X. Considerazione conclusiva

34. In conclusione, la sentenza esaminata ha confermato la parziale ridefinizione della configurazione tradizionale delle norme di applicazione necessaria. È emerso, in particolare, un ravvicinamento con il limite dell'ordine pubblico quanto al momento di intervento (successivo al richiamo al diritto straniero operato dalla norma di conflitto) e al funzionamento (il confronto tra la *lex fori* ed il diritto straniero).

35. Il metodo delineato dalla Corte aggrava in misura considerevole l'ufficio del giudice nazionale chiamato ad individuare e applicare tale categoria di norme. Sotto questo profilo l'aspetto più significativo è rappresentato dalla necessità di accertare puntualmente il contenuto della legge straniera al fine di ricavare gli interessi ad essa sottesi ed il loro concreto raggiungimento per verificare l'equivalenza con la *lex fori*.

36. Nel sistema di diritto internazionale privato e processuale europeo la pronuncia in commento conferisce unitarietà ad un istituto di parte generale della materia, disciplinato in modo frammentario tra i diversi regolamenti. Tuttavia, rispetto ai principi che reggono tale sistema, il metodo delineato dalla Corte si pone - e pone il giudice nazionale tenuto ad applicarlo - in una posizione di delicato equilibrio. Se da una parte il carattere eccezionale e restrittivo delle norme di applicazione necessaria di cui esso è manifestazione valorizza e conserva l'autonomia delle parti; dall'altra la complessità delle valutazioni richieste al giudice e la discrezionalità che esse possono comportare sacrificano in parte la certezza e la prevedibilità delle soluzioni.

RECENSIONES

D. MOURA VICENTE, *Direito internacional privado: Ensaios*, vol. 5, Coimbra, Almedina, 2024, 426 p. ISBN 978-989-40-2295-4.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2025.9929

1. Aprendí de niño que las buenas esencias se guardan en frascos pequeños. Aprendí de mayor que no hay nada en un libro que no pueda decirse en un artículo. Por esto y por muchas otras cosas creo que debe darse la bienvenida a la recopilación de trabajos del profesor Dário Moura Vicente que acaba de publicar la Editorial Almedina, de Coimbra. Entre esas otras cosas, figura el hecho de que se trata de uno de los juristas europeos especializados en Derecho Internacional Privado más riguroso, más ameno y mejor documentado que conozco.

2. La obra contiene un total de 22 estudios -artículos y capítulos de libros- repartidos en 5 áreas temáticas: 1ª) *los problemas generales de Derecho Internacional Privado* (“Governação global e Direito Internacional Privado” [2020], pp. 9-36; “Cláusulas gerais e Direito Internacional Privado: o caso particular das cláusulas de exceção” [2024], pp. 37-50; “A ordem pública internacional no Direito Luso-Brasileiro” [2021], pp. 51-75); 2ª) *la competencia internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras en el espacio europeo* (“En el décimo aniversario del Reglamento Bruselas I bis: Algunas cuestiones problemáticas” [2022], pp. 79-94; “The role of the Brussels I-bis Regulation in European Private International Law and the Challenges facing it” [2023], pp. 95-108; “Competência internacional em matéria de titularidade de direitos intelectuais” [2022], pp. 109-121; “A família através das fronteiras: reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de rapto de crianças” [2023], pp. 123-140); 3ª) *la unificación internacional del Derecho privado y*

los conflictos de leyes en el espacio (“O Direito dos contratos na CISG: *Civil Law, Common Law* ou terceira via” [2022], pp. 143-160; “Forma do contrato e conflitos de leis” [fecha no determinada], pp. 161-170; “Familie und das Recht der unerlaubten Handlungen aus der Sicht des internationalen Privatrecht” [2024], pp. 171-187); 4ª) *la Sociedad de la Información y su regulación internacional* (“Aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na Internet?” [2020], pp. 191-203; “Problemática internacional da sociedade da informação: suas incidências na competência judiciária” [2020], pp. 205-217; “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras: desenvolvimentos recentes” [2021], pp. 219-237; “Propriedade intelectual, conflitos de leis e princípio de coerência” [2022], pp. 239-253); 5ª) *El arbitraje y los medios alternativos de diferencias* (“A arbitragem em Portugal. Uma década após a nova LAV: Algumas reflexões” [2022], pp. 257-283; “Sentença arbitral” [2019], pp. 285-302; “Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview” [2021], pp. 303-319; “El arbitraje en las relaciones luso-españolas: la jurisprudencia española reciente” [2018], pp. 321-338; “Arbitragem, competência judiciária e reconhecimento de sentenças: Reflexões à luz do Regulamento de Bruxelas I-bis” [2023], pp. 339-355; “A arbitragem de investimentos na intersecção do Direito da União Europeia, do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado” [2023], pp. 357-397; “Sanções económicas e arbitragem internacional” [2024], pp. 399-416; “Da composição amigável na resolução extrajudicial de litígios” [2021], pp. 417-426).

3. Aunque resulte difícil escoger, si tuviera que quedarme con los estudios recogidos en una sola de las cinco áreas temáticas antes mencionadas, elegiría los cuatro estudios relacionados con la “sociedad de la información”. En parte, por su capacidad de síntesis -explica con rigor en unas pocas páginas casos muy complejos que han originado ríos de tinta, como, *ad ex.*, el caso *Costeja* (STJUE 13 mayo 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, comentada *ex multis* por S. Allen, “Remembering and Forgetting – Protecting Privacy Rights in the Digital Age”, *European Data Protection Law Review*, 3, 2015, pp. 164-177; J. Dupont-Lassalle, “Beaucoup de bruit pour rien? La précarité du ‘droit à l’oubli numérique’ consacré par la Cour de justice de l’Union européenne dans l’affaire Google Spain”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2015, pp. 987-1019; G. Forst, “Das ‘Recht auf Vergessenwerden’ der Beschäftigten”, *BetriebsBerater*, 2014, pp. 2293-2298; E. Guichot, “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el Derecho europeo y español”, *Revista de Administración Pública*, 2019, n° 209, pp. 45-92; M. Hernández Ramos, “Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet. Comentario a la STJUE, Google C-131/12, de 13 de mayo de 2014”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, n° 34, pp. 1-28; J. Jones, “Control-alter-delete: the ‘right to be forgotten’”, *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 595-601; E. Kelsey, “Case Analysis - Google Spain SL and Google Inc. v AEPD and Mario Costeja González: Protection of personal data, freedom of information and the ‘right to be forgotten’”, *European Human Rights Law Review*, 2014, pp. 395-400; M. Krzysztofek, “The Right to be Forgotten’ on a Swing”, *European Business Law Review*, 2016, pp. 865-878; A. Leupold, “Google und der Streisand-Effekt: Das Internet vergisst nicht”, *MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht*, 2014, pp. 3-6; D. Ordóñez Solís, “El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2014, n° 6, pp. 27-50; R. Perray/P. Salen, “La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit ‘à l’oubli numérique’: une fausse innovation, de vraies questions”, *Droit de l’immatériel: informatique, médias, communication*, 2014, n° 109, pp. 35-44; M. Schmidt-Kessel/C. Langhanke/I. Gläser, “Re-

cht auf Vergessen und piercing the corporate veil - zugleich Anmerkungen zur Google-Entscheidung des EuGH, Rs. C-131/12 Google Spain SL und Google Inc.”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2014, pp.192-197; G. Spindler, “Durchbruch für ein Recht auf Vergessen(werden)? – Die Entscheidung des EuGH in Sachen Google Spain und ihre Auswirkungen auf das Datenschutz- und Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 2014, pp. 981-991; P. Van Eecke/A. Cornette, “What the CJEU has actually decided in Google Spain SL, No. C-131/12”, *Computer und Recht*, 2014, pp. 101-107; A. Viglianisi Ferraro, “La sentenza Google Spain ed il diritto all’oblio nello spazio giuridico europeo”, *Contratto e impresa / Europa*, 2015, pp. 159-196) o el caso *Google c. CNIL* (STJUE 24 septiembre 2019, *Google LLC contra Commission nationale de l’informatique et des libertés [CNIL]*, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772, comentada *ex multis* por O.J. Gstrein, “Right to be forgotten: European data imperialism, national privilege, or universal human right?”, *Review of European Administrative Law*, 2020, pp. 125-152; G. Hardy, “La construction d’un droit européen au déréférencement”, *Revue des affaires européennes*, 2020, n°2, pp. 407-429; V.P. Kohli, “Square Pegs in Triangular Spaces: Right to be Forgotten”, *European Intellectual Property Review*, 2020, pp. 74-77; N. Martial-Braz, “Le droit au déréférencement: vraie reconnaissance et faux-semblants!”, *Dalloz IP/IT*, 2019, n° 11, pp. 631-638; Y. Miadzvetskaya/G. Van Calster, “Google at the Kirchberg Dock. On Delisting Requests, and on the Territorial Reach of the EU’s GDPR”, *European Data Protection Law Review*, 2020, n° 1, pp. 143-151; H. Muir Watt, “La portée territoriale du droit au déréférencement: un exercice de proportionnalité dans l’espace: CJUE, gr. ch., 24 sept. 2019, aff. C-507/17”, *Revue critique de droit international privé*, 2020, n° 2, pp. 334-348; S. Peyrou, “Société de l’information, vie privée et protection des données à caractère personnel: des précisions attendues”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 2020, n° 1, pp. 210-219; E. Torralba, “Reflexiones sobre el alcance territorial del derecho al olvido”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13, 2, 2021, pp. 575-593)-. En parte, por su claridad. En parte, por fin, porque complementan, profundizan y actualizan una obra del autor que, en su momento, me pareció fundamental: su *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2005.

4. Ante la imposibilidad de proceder al análisis pormenorizado de cada uno de estos ensayos, deseo dejar constancia de tres hechos incontestables en mi opinión. Primero: El profesor D. Moura Vicente tiene méritos sobrados para figurar en el *top* de los juristas europeos. Lo único que lamento es que hayan pasado años desde la última vez que nos vimos personalmente -viviendo, como lo hacemos, tan cerca y, sin embargo, tan lejos-. Si no recuerdo mal, nuestro encuentro tuvo lugar en un hotel de Washington DC, en el que se celebraba el Congreso de la *International Academy of Comparative Law*. Segundo: sólo publicar no es transmitir conocimiento. Importa mucho cómo se haga: “el circuito de la producción científica, para la mayoría de los investigadores, no es más que un itinerario casi privado por donde se transita por etapas para lograr el ascenso profesional. Pero cuando se trata de llegar de forma efectiva a los públicos de interés, de divulgar esa ciencia y de transmitir verdadero conocimiento a la sociedad, todo ese entramado de revistas científicas, congresos internacionales y proyectos es insuficiente” (J.M. Noguera Vivo, *Gestión de la comunicación científica. 25 ideas para mejorar tu investigación*, Barcelona, UOC, 2022, p. 11). Por esto, merece aplausos sin reservas el hecho de que anteriormente haya publicado sus *Ensaio*s de Derecho Internacional Privado en Coimbra con la editorial Almedina, a la que tanto tiene que agradecerle el mundo de la cultura jurídica (*Direito Internacio-*

*nal Privado: Ensaio*s, Coimbra, Almedina, vols. I [2002], II [2005], III [2010] y IV [2018]). Tercero: no es casualidad que este volumen sea tan rico en referencias legislativas y jurisprudenciales de diversos ordenamientos jurídicos, en temas relacionados con la propiedad intelectual o en cuestiones suscitadas por el arbitraje: Dário es un gran comparatista -sirva de muestra su *Direito Comparado*, vol. I, *Introdução. Sistemas jurídicos em geral*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2022-, un gran conocedor del Derecho de obligaciones -recuérdese *Da responsabilidade pré-contractual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, *Direito Comparado*, vol. II, *Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2017 y *Comparative Law of Obligations*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2021-, un gran especialista de propiedad intelectual -véase *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, *Propriedade intelectual: Estudos vários*, Lisboa, AAFDL, 2018 y *A tutela internacional da propriedade intelectual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019- y un brillante árbitro internacional -cuya monografía *Da arbitragem comercial internacional: Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, es todo un clásico-. Por su amistad y por su ciencia, ahora que me encuentro, por razones de edad, en una fase crepuscular de mi vida, me siento feliz de haberle conocido. Es un grande entre grandes.

J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *El matrimonio y la pareja de hecho internacionales: regulación y jurisprudencia, europea y de producción interna española. Problemas y soluciones*, Barcelona, Atelier, 2025. ISBN: 979-13-87867-21-8

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2025.9930

“Labor omnia vincit improbus”

Virgilio, *Georgicas*, 29 a.C.

1. La monografía de la profesora Juliana Rodríguez Rodrigo es una obra magistral dedicada al matrimonio y a las parejas de hecho internacionales en la que la autora recorre la regulación existente en el ordenamiento español, y la aplicación de la misma por parte de los tribunales, en relación con ambas instituciones, detectando problemas y proponiendo soluciones. Es un trabajo crítico, analítico, constructivo y no meramente descriptivo.

2. Se trata de un estudio oportuno y necesario; porque, entre otras razones, el matrimonio y la pareja de hecho es el origen de la mayoría de las cuestiones de Derecho de familia que pueden plantearse, lo que supone, como demuestra la jurisprudencia, que sean muchos los litigios en los que la existencia de estas figuras, así como los efectos que pueden desplegar, se encuentran en el centro del debate.

3. El libro se divide en *dos Secciones*. En la primera de ellas se analiza el *matrimonio internacional*. En la segunda, se hace lo propio con las *parejas de hecho con elemento de extranjería*. En cada una de estas Secciones se hace un tratamiento similar de ambas relaciones jurídicas. Cada Sección se divide en tres Capítulos. En el primero de ellos se estudia la normativa de producción europea aplicable a cada institución. Normativa y, también, jurisprudencia de tribunales europeos en la materia. En el segundo, se expone la regulación elaborada por el legislador español en relación con cada una de estas figuras jurídicas y su apli-

cación por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales. En el último capítulo de cada Sección se realizan las propuestas de solución de los problemas detectados, derivados de la regulación, o falta de ella, y puestos de manifiesto por los tribunales y por los órganos administrativos.

5. En el primer capítulo de la obra, con la exposición de la regulación de producción europea del matrimonio internacional, se constata la inexistencia de tal normativa y, también, y lo más importante, la ausencia de un tratamiento uniforme o, al menos, armonizado, de esta institución a nivel europeo. Es cierto que la Unión Europea no tiene competencia para legislar en materia de matrimonio; pero también es verdad que, si no es necesario o posible que exista esta regulación material, lo conveniente sería que la hubiera conflictual. Con ella, además de eliminar la relatividad de soluciones característica del Derecho Internacional Privado entre los Estados que sean parte de la norma, también, se podrían reducir los conflictos que surgen ahora con la dispar regulación en materia matrimonial existente en los distintos Estados miembros. Esta antagónica, en ocasiones, regulación del matrimonio en la Unión Europea es el origen del litigio en recientes asuntos que ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como indica la autora, recordando sólo el caso *Coman -C-6783/16-*, la concepción tan distinta del matrimonio en Rumanía en relación con Bélgica, es la causa de que el primer Estado obstaculice la

libre circulación de personas (art. 21 TFUE) (*vid., ad ex.*, A. Ancite-Jepifánova, *The concept of marriages of convenience in EU free movement law: EU and UK perspectives*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2024). Como dice Juli, no sería relevante que cada Estado miembro regulase el matrimonio como considerase oportuno, si esa normativa se aplicara a *matrimonios sin repercusión transfronteriza*. El problema surge cuando nos encontramos ante cónyuges que circulan, que desean desplazarse a otro Estado miembro (*vid., ad ex.*, S. Marino/J. Carrascosa González, “Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 403-422). Es cuando aflora el problema de la dispar y antagónica regulación de esta institución en los Estados miembros. Es, en este momento, cuando el Estado de acogida, al no reconocer el matrimonio en cuestión, matrimonio de personas del mismo sexo en el asunto *Coman*, vulnera la libre circulación de personas (*vid., ad ex.*, M.C. Baruffi, “Free Movement of Same-Sex Spouses in the EU”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 157-168; D.L. Crowe-Urbaniak, “State obligation to recognise and protect same-sex relationships”, *The Journal of Social Welfare & Family Law*, 46, 1, 2024, pp. 130-132; R. Effinowicz, “Anerkennung und Schutz gleichgeschlechtlicher Beziehungen”, en J. Kaspar/O. Schön [Eds.], *Einführung in das japanische Recht*, 2, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 105-118; Á. Espiniella Menéndez, “El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 617-632; Y. Liu, “Recognition of Family Status and Same-Sex Partners – A Chinese Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXV, 2023/2024, pp. 123-155; J.M. Lorenzo Villaverde, “Same-Sex Couples and EU Private International Law after *Coman*”, en K. Duden/D. Wiedemann [Ed.], *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024, pp. 157-176; L.A. Pérez Martín, “El caso *Coman* entre el TJUE y el TEDH: La identidad nacional como límite ¿lícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE”, en P. Jiménez Blanco/I. Rodríguez-Uría Suárez [Dir.], *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 259-288; G. Willems, “All Paths Lead to Equality? Same-Sex Couples

and Rainbow Families under European Law”, en M.-L. Öberg/ A. Tryfonidou [Eds.], *The family in EU law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 151-180). Como muy bien afirma la autora, en la Unión Europea no deberíamos permitir que existan estas situaciones, en las que no es sólo que cada país UE regula el matrimonio de manera *distinta*, sino que lo hace de forma *antagónica y rígida*, convirtiendo las características del matrimonio en *principios fundamentales* de su ordenamiento. Los Estados miembros pueden, y deben, regular el matrimonio como estimen conveniente pero no pueden hacerlo de forma tal, o con la rigidez manifestada, que suponga tener que alegar orden público frente al reconocimiento de unas nupcias celebradas conforme a la legislación de otro Estado UE. Todos los países miembros compartimos los mismos principios y valores europeos y ello debería significar que podemos tener regulación distinta pero nunca incompatible hasta el punto de tener alegar orden público. Como indica la autora, y yo comparto, esta máxima no sólo debería aplicarse al matrimonio sino, también, a cualquier relación jurídica creada conforme a la legislación de un Estado miembro.

6. Por otro lado, en el capítulo segundo de la obra, se analiza la regulación de producción interna en relación con la validez en España de un matrimonio internacional. Me gustaría destacar la riqueza de los detalles con los que realiza el estudio y la inmensa jurisprudencia con la que justifica el análisis. En esta parte de la monografía, del mismo modo que se hizo en el primer capítulo, la autora destaca los problemas que plantea la normativa, haciendo especial hincapié en el tratamiento de los *matrimonios poligámicos* y en las dispares resoluciones judiciales dictadas en la materia en relación, *ad ex.*, con la pensión de viudedad (*vid., ad ex.*, C. Sánchez-Rodas Navarro, “Parejas de hecho y pensión de viudedad española en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 1390-1404). En este marco, España es parte de tres Convenios bilaterales, con Marruecos, con Túnez y con Senegal, en los cuales se reconoce, a partes iguales, la pensión de viudedad a todas las esposas del difunto. En el resto de los casos, en supuestos, por tanto, en los que el fallecido no tenga ninguna de estas nacionalidades, los tribunales españoles adoptan

diferentes respuestas que pasan por no reconocer la pensión de viudedad a las mujeres que no son esposas según el ordenamiento español hasta aquellos otros en los que, teniendo en cuenta los Convenios bilaterales de seguridad social mencionados, sí reconocen la pensión de viudedad a todas las mujeres que son esposas según su ley de origen; pero, en estos casos, hay resoluciones en las que se concede este derecho de forma igualitaria a todas las mujeres y hay otras en las que se hace lo propio, pero en proporción al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el difunto.

7. Por último, respecto del matrimonio internacional, en el tercer capítulo se ofrecen propuestas de solución a los problemas detectados. En el caso de los conflictos observados a nivel europeo, se propone realizar un tratamiento uniforme del matrimonio en la Unión Europea, con regulación de Derecho Internacional Privado. En el caso de los problemas que se han puesto de manifiesto respecto de los matrimonios poligámicos, se propone un tratamiento similar en todos los casos.

8. Entrando en la Sección dedicada a las *parejas de hecho*, la estructura es la misma que la ya señalada respecto del matrimonio. Por tanto, en el capítulo cuarto, relativo a la regulación de producción supranacional europea, la autora pone de manifiesto la ausencia de normas al respecto. Aun así, existe más regulación que en relación con el matrimonio; porque contamos con el reciente Reglamento europeo de efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas -Reglamento 2016/1104-.

9. En el capítulo quinto, se analiza la normativa de producción interna española en materia de parejas de hecho y las consecuencias, traducidas en inconvenientes, que tiene que no exista una norma nacional de parejas de hecho. La autora resuelve de manera soberbia la respuesta que deberían ofrecer los órganos jurisdiccionales españoles a la resolución de los casos en los que están implicadas parejas de hecho internacionales. En este capítulo, la autora subraya las consecuencias negativas de que, no sólo no haya una norma nacional de parejas de hecho, sino también, de que no exista en el ordenamiento español ninguna norma de conflicto al respecto.

10. Por último, en el capítulo sexto se encuentran las propuestas de solución a los problemas

detectados. Como decía al principio, la autora reconoce que es, en esta materia, en la que más situaciones conflictivas ha encontrado y, por tanto, es esta materia la más necesitada de revisión. Juli propone la elaboración de una norma nacional de parejas de hecho y la creación, también, de dos normas de conflicto, una para determinar la ley aplicable a la validez y disolución de la pareja de hecho, y otra para concretar el ordenamiento rector de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho. En relación con el resto de efectos de las parejas de hecho, podemos seguir utilizando las normas de conflicto que regulan los efectos litigiosos en cuestión. Así, si lo que se plantea es si el conviviente de hecho superviviente tiene derechos sucesorios sobre su pareja, fallecida recientemente, aplicaríamos el Reglamento sucesorio europeo 650/2012.

11. En relación con lo primero, la ley nacional de parejas de hecho es imprescindible, no sólo en un contexto internacional, también, en un escenario interno. En relación con el primero, para conocer la regulación de la pareja de hecho, cuando el ordenamiento rector es el Derecho español y, concretamente, el Derecho común -ahora inexistente-. En el segundo, para conocer el Derecho común aplicable -ahora inexistente-, cuando se determina que el ordenamiento rector es el común en un contexto de conflicto de leyes interno o interregional.

12. Respecto de la necesidad de elaborar dos normas de conflicto, una para conocer si la pareja de hecho con elemento de extranjería existe o se encuentra disuelta y otra para saber el ordenamiento rector de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, son necesarias; porque carecemos de ellas. Actualmente, no tenemos norma de conflicto que indique a las autoridades españolas si estamos ante una pareja de hecho. Tampoco tenemos respuesta, cuando debemos resolver un problema de régimen patrimonial de la pareja de hecho internacional. Existe el Reglamento europeo 2016/1104; pero esta norma tiene un ámbito de aplicación que no cubre todas las parejas de hecho. Para aquellas que no se encuentran dentro del Reglamento, debemos proporcionar respuesta a los conflictos económicos que surjan con su patrimonio.

Estas normas de conflicto, además, deberían servir para resolver el problema de remisión a *ordenamientos plurilegislativos*, cuando la norma de conflicto aplicable indique que el Derecho

rector es el español. Todo ello porque, si bien se ha dicho que no existe ley nacional de parejas de hecho, sí existen leyes autonómicas en esta materia en las Comunidades con competencia para ello. Esto plantea un mapa legislativo en el que hay seis leyes autonómicas con Derecho sustantivo en la materia -Balears, País Vasco, Galicia, Cataluña, Aragón y Navarra-, quedando el resto de la geografía española sin normativa al respecto. La norma de conflicto permitiría discernir qué ordenamiento, si alguno autonómico o el común -inexistente en la actualidad- debería aplicarse en cada caso. Por eso es importante que, junto con la ley nacional de parejas de hecho, se elaboren estas normas de conflicto, para resolver todos los problemas que puedan surgir en esta materia.

13. El último apartado de la monografía se centra en las conclusiones que ha extraído la autora de la investigación realizada.

14. En definitiva, la obra destaca desde el principio por la temática elegida, principalmente, por la justificación de la necesidad de abordar el estudio y reflexión sobre la regulación existente en relación con estas dos instituciones de familia. La justificación se encuentra muy bien argumentada al hacerlo sobre la base de las deci-

siones judiciales y administrativas nacionales y europeas -en este último caso, fundamentalmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos-. Y, lo más relevante de la monografía es la propuesta de soluciones que plantea la autora, propuesta de soluciones valiente, de trazo fino, con las que Juli mira de frente las situaciones conflictivas que plantea el escenario normativo con el que contamos en esta materia y apuesta por soluciones firmes y a la altura del problema. Soluciones arriesgadas, pero no por ello menos necesarias, si se piensa en el bienestar común y no en el interés particular de un Estado o Comunidad Autónoma.

15. Según la comprensión del lector, los libros tienen su propio destino: "*Pro captu lectoris habent sua fata libelli*" (Terentianus Maurus, finales del siglo II d. C.). Esta obra es un libro audaz para lectores inteligentes. En el caso de que el legislador español intentara promulgar una ley de parejas de hecho de ámbito estatal, la monografía de la profesora Juliana Rodríguez Rodrigo constituiría una referencia obligada para aquél. Según algunos juristas, entre los que nos contamos la autora y yo mismo, dicha Ley es necesaria, conveniente y, por tanto, debiéramos elaborarla. Ojalá no nos equivoquemos.

FERACI ORNELLA, *Contenzioso climático e diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Giappichelli editore de Torino, Italia, 2025, 3034 pp.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación
Member of the UNIDROIT Governing Council

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Murcia

DOI: 10.20318/cdt.2025.9931

1. Cuenta la mitología clásica griega que el dios Baco, también conocido como Dioniso, fue hecho prisionero por unos malvados piratas que pidieron un elevado rescate por su libertad. Tras una operación de fuga digna de un dios griego, -como no podía ser de otro modo-, Dioniso escapó de los pérfidos piratas. Les perdonó la vida y lo que es más, los convirtió en delfines para que, desde ese momento, ayudaran a los hombres en sus dificultades. Pues bien, esta obra de Ornella Feraci es como un bello delfín que ayuda a los seres humanos para lograr la justicia climática, la reparación del daño sufrido por el planeta desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

2. “*Contenzioso climático e diritto internazionale privato dell'Unione Europea*” es, en efecto, el título del más reciente libro de Ornella Feraci, profesora de Derecho internacional de la Universidad de Siena, Italia. Ha sido publicado por Giappichelli editore de Torino este año 2025 (libraccio.it, www.libreriainuovi.it). Contiene más de trescientas páginas, un conjunto muy sugestivo de argumentos jurídicos y científicos y un aparato de fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales verdaderamente avasallador, completo, exquisitamente seleccionado y perfectamente estructurado.

3. Más que oportuna resulta esta monografía versátil, aguda y perspicaz que Ornella Feraci ofrece a la comunidad jurídica de todo el mundo. Por ello, incluso los más escépticos de la existencia y efectos del cambio climático, cuando lean esta obra, es muy posible que caigan de su caballo

como le ocurrió a San Pablo camino de Damasco y que se conviertan y comiencen a pensar que la litigación climática tiene muchos motivos para ser la nueva *super-star* del Derecho internacional privado del siglo XXI.

4. Una característica general de esta obra que debe ser destacada aparece ligado a la formación de Ornella Feraci en Derecho internacional público, en Derecho internacional privado y en Derecho de la Unión Europea. Estas perspectivas aparecen en la obra como tres elegantes trenzas cruzadas, lo que dota al libro de suavidad en su lectura y de matices muy sugestivos en su mensaje. El litigio climático es, *ex ipsa natura sua*, transfronterizo e internacional y tanto el Derecho internacional público como el Derecho internacional privado y también el Derecho material europeo tienen mucho que decir al respecto. Aclarado lo anterior, el libro de Ornella Feraci penetra en estos problemas con una perspectiva preponderante de Derecho internacional privado. Es un gran acierto porque los litigios climáticos más relevantes son objetivo del Derecho internacional privado. En dicho contexto, el Derecho internacional privado de la Unión Europea se erige como el elemento clave del análisis jurídico y por ello aparece ya en el mismo título de la obra. El objetivo central de la misma, de hecho, radica en evaluar si el actual régimen jurídico europeo, y en particular, si el Derecho internacional privado de la Unión Europea, es adecuado para resolver litigios civiles extracontractuales con carácter transfronterizo y si es preciso modificarlo de cara al futuro.

5. El capítulo introductorio de la obra, de carácter general y prospectivo, resulta utilísimo. Ofrece ya una sorpresa que se escapa de esa caja de Pandora que es la contaminación del planeta y la acción negativa del ser humano sobre el mismo: la climatización del Derecho internacional público y también del Derecho internacional privado. El clima, la Tierra, el ecosistema, son nuevos valores, valores emergentes que merecen la tutela del Derecho. De todas las ramas del Derecho.

6. El capítulo II, titulado “*Climate change litigation e contenzioso climatico orizzontale di carattere transfrontaliero*” se sitúa claramente en el fascinante e hipnótico universo del Derecho internacional privado. Los daños climáticos envuelven tiempo y espacio, escribe Feraci, pues abarcan cientos de años de perjuicios al clima que, además, se extienden por todo el planeta. Actos del pasado causan daños hoy y actos de hoy causarán daños en el futuro que tiene que venir. En esta perspectiva, el lector encontrará un dato precioso en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que se ha acercado, cual lince de vista aguda, a los litigios climáticos con profética perspectiva. ¿Es una jurisprudencia antropocéntrica? Lo es, así lo confirma la autora, porque el convenio de 1950 protege los derechos “humanos”, no los derechos del planeta o del ecosistema. En este sentido, leyes innovadoras como la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, de la Región de Murcia, España, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, adoptan otra visión diferente. En dicha visión, ciertos sectores del ecosistema, como el mismo mar Menor, son sujetos del sistema jurídico y poseen derechos y obligaciones. Se trata de una mirada nueva en el Derecho (internacional) privado, que abre horizontes inexplorados: ¿podría el Mar menor presentar ante los tribunales alemanes una demanda contra una empresa alemana por la contaminación vertida en dicho mar? ¿Qué Ley rige la personalidad jurídica de un ecosistema o de un concreto mar o laguna en un litigio con elementos extranjeros?

7. El capítulo II se centra en el núcleo duro de los litigios climáticos horizontales: víctimas contra responsables directos de la alteración ilícita del clima. Es aquí donde las actuales armas procesales del Derecho internacional afilan sus hojas, que brillan en la oscuridad de la litigación

transfronteriza como estrellas en la noche: el foro *actor sequitur* (p. 126), la escasa incidencia de los acuerdos de elección de foro en los litigios climáticos (p. 124), y, cómo no, el famoso *locus delicti commissi* del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I, el foro del lugar del evento dañoso (p. 131), entre otros. También se examinan las posibilidades de litigar contra empresas no domiciliadas en el Unión Europea (p. 145) y su muy discutible solución a través de los foros nacionales de los Estados miembros. Acciones colectivas y acciones paralelas son también examinadas con rigor.

8. El capítulo III, relativo al Derecho aplicable a estos litigios, despliega una interpretación dinámica del Reglamento Roma II. En esta lectura, el art. 7 RR-II es el principal perjudicado: no todas las acciones por daños al clima tienen por qué canalizarse a través de esta disposición legal. Es un gran acierto de la autora. Y otro acierto más radica en la inadaptación del punto de conexión *locus delicti commissi* a los litigios derivados de daños al clima, porque, ¿dónde se produce el acto generador del daño al clima? ¿Dónde se verifica el resultado dañoso en casos de contaminación transfronteriza masiva? Emergen dos alternativas: el lugar donde se ha adoptado la decisión empresarial (*decisione aziendale*) que ha llevado al daño sufrido por el clima, así como el lugar donde se sitúan las instalaciones que emiten gases perjudiciales para el ecosistema. Ambos puntos pueden ser empleados como lugares del acto causal que genera el daño climático. Daños directos e indirectos, víctimas directas e indirectas y la teoría del mosaico son puestos a prueba en este análisis tan motivador. También están presentes, cómo no, las leyes de policía que permiten las emisiones de gases CO₂ y otros elementos en un concreto Estado cuando los daños se verifican en otro Estado.

9. El capítulo IV se dedica a la libre circulación de decisiones en el sector del cambio climático. Esta parte centra sus esfuerzos en dos aspectos: la ejecución en un Estado de decisiones dictadas en otros Estados y que son resultado de acciones colectivas (*class actions*) y en el control de la competencia del juez de origen que dictó la sentencia relativa a la responsabilidad climática.

10. En el contexto del contencioso transfronterizo sobre responsabilidad climática, especialmente frente a las grandes empresas emisoras de

gases de efecto invernadero (*Carbon Majors*), la obra resulta ser una reivindicación justa y contenida, y para todos los juristas, del papel fundamental que el Derecho internacional privado puede y debe jugar como elemento fundamental de la Justicia climática.

En esta línea, debeZo, esta obra moviliza las herramientas jurídicas de la Unión para afrontar litigios climáticos en múltiples Estados. En un campo dominado mayoritariamente por el análisis constitucional, administrativo y de derechos humanos, Ornella Feraci enfoca su análisis en las clásicas normas de Derecho internacional privado relativas a la competencia internacional, la ley aplicable y el reconocimiento de sentencias.

En segundo término, esta obra es sugestiva. Además de analizar el campo normativo actual, este libro ofrece sugerencias útiles para su evolución. Sus propuestas normativas convierten a esta obra en una referencia clave para quienes deseen replantear fundamentos y soluciones jurídicas en una materia legal en constante transformación.

En tercer lugar, debe ser subrayado y destacado el carácter práctico de la obra. Ésta es mucho más que un análisis académico. Ofrece una rica paleta de argumentos para litigar contra los causantes de alteraciones ilícitas del clima ante tribunales de distintos Estados, especialmente cuando las víctimas del cambio climático demandan a empresas con sede en otros países, europeos o extra-europeos. Por tanto, la obra no sólo resulta ideal para organizar seminarios de Derecho internacional privado, cursos avanzados de Derecho ambiental europeo, sino también y muy especialmente, también para los abogados y expertos jurídicos comprometidos con la justicia climática transnacional.

En cuarto lugar, se trata de un trabajo perfectamente construido y estructurado. El uso de la jurisprudencia internacional y europea, en especial, es constante en la obra en todos los niveles. La doctrina jurídica ha sido examinada hasta en sus detalles. El libro de Ornella Feraci constituye una contribución rigurosa y oportuna. Explora el contencioso climático desde una perspectiva es-

pecializada, propia del Derecho internacional privado europeo, pero en la que se integran elementos del Derecho europeo material y del Derecho internacional público. Resulta especialmente útil para académicos y profesionales del Derecho interesados en los apropiados mecanismos judiciales transfronterizos de responsabilidad climática. En particular, debe destacarse el examen riguroso y provechoso del acceso a la justicia climática. La obra no es sólo un análisis técnico de las normas vigentes, sino que constituye un ariete de importancia fundamental en uno de los grandes retos de nuestro tiempo: la responsabilidad transnacional por daños climáticos y la necesidad de adoptar instrumentos jurídicos capaces de responder a la naturaleza global, difusa y masiva de este tipo de daños. La obra de Ornella Feraci deja ver los límites estructurales del Derecho internacional privado europeo en su momento presente: normas jurídicas pensadas para litigios privados «clásicos» que no encajan del todo con la lógica difusa y sistémica del daño climático. Ornella Feraci expresa su honesta visión al reconocer este límite estructural del Derecho internacional privado europeo en la actualidad. Precisamente por ello, propone nuevas rutas para superar estos confines técnicos, pese a las dificultades que la implementación de las mismas puede encontrar en la falta de voluntad política europea.

11 . Se trata, pues, queridos lectores, de un libro sólido, magníficamente bien argumentado y muy necesario. Es un clásico del futuro, es una obra visionaria, pues más que probablemente será ésta una obra de referencia en los próximos años para juristas que trabajen en litigación climática, armonización jurídica en la Unión Europea en este sector y acceso a la justicia ambiental. Su enfoque puede inspirar, y seguro que lo hará, reformas legales para impulsar un debate útil sobre el papel que debe jugar el Derecho internacional privado en la defensa del clima. Esta obra es, así, un hermoso delfín que ayuda a hacer del Derecho internacional privado un elemento esencial en la defensa y en la protección de nuestro planeta Tierra.

BEATRIZ FERNANDES. *Os Pactos Sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões – sobre a qualificação como sucessório de um pacto para efeitos de aplicação do Regulamento (EU) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho*. Coimbra, Almedina, 2024, 383 pp.

ANA CRISTINA CAMPANHA RODRIGUES

Licenciada em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DOI: 10.20318/cdt.2025.9932

1. O tema da obra monográfica de Beatriz Fernandes, Professora Auxiliar da Universidade Lusíada do Porto, sobre a qual incide a presente revisão, é de notória relevância no panorama jurídico atual face ao crescente número de relações jurídicas sucessórias plurilocalizadas. Nesta obra, a autora analisa, à luz do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 - comumente designado por Regulamento das Sucessões - em que medida os pactos sucessórios admitidos no ordenamento jurídico português podem ser subsumidos no conceito amplo atribuído à figura do “*pacto sucessório*” previsto no referido instrumento. Esta abordagem releva-se de especial interesse e pertinência, considerando que o Código Civil português consagra, salvo raras exceções, o princípio da proibição de pactos sucessórios.

2. Esta dicotomia revela um paradoxo evidente. Se, por um lado, no direito interno português, esta figura jurídica possui pouca relevância como instrumento de planeamento sucessório, por outro lado, o Regulamento atribui-lhe um destaque especial na organização antecipada das sucessões transnacionais. Esta realidade, leva a autora a constatar a existência de “*dois mundos sucessórios*”¹.

3. A obra apresenta-se estruturada em duas partes, repartidas em capítulos e subcapítulos temáticos específicos e circunscritos ao assunto que se propõe aprofundar. A exposição é clara e sim-

ples, mas com a substância e o detalhe necessário para o cabal conhecimento do tema².

4. No Capítulo I da Parte I, sob o título “*Do Direito Internacional Privado Estatal ao Direito Internacional Privado da União Europeia*”, são destacados os desafios sentidos pela União Europeia no movimento de harmonização das normas de conflitos. Expõe a evolução e o enquadramento histórico do bloco normativo comunitário, sinaliza os motivos subjacentes à sua construção e identifica as principais fontes do Direito da União.

5. Este processo de comunitarização das normas de conflito, seja no âmbito do Direito Internacional Privado, em geral, seja, em especial, nas questões familiares e sucessórias, contribuiu para uma efetiva integração europeia, pelo reforço da segurança jurídica aplicável às matérias sucessórias e, conseqüentemente, redução de conflitos jurisdicionais.

6. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na al. c), n.º 2 do artigo 81.º, legitima esta aproximação entre as disposições legislativas internas e regulamentares, em matéria de conflitos de leis e de jurisdição, e o regulamento, ato jurídico da união, é o instrumento privilegiado para a adoção das regras de Direito Internacional Pri-

¹ Pág. 11.

² A autora recorre com frequência, sobretudo, em notas de rodapé, à densificação dos temas, apresentando doutrina e jurisprudência, nacional e internacional, dando a conhecer a realidade jurídica existente noutros ordenamentos jurídicos.

vado aplicáveis a todos os Estados-Membros, em detrimento das normas de conflitos nacionais.

7. O Regulamento (UE) n.º 650/2012 assume um especial relevo. A autora aprofunda os seus antecedentes e fundamentos legais, a sua estrutura e caracterização, nomeadamente, seu o âmbito de aplicação material (positivo e negativo), temporal e espacial. Identifica as questões relativas à determinação da lei aplicável a toda a sucessão, seja através da aplicação da regra geral – *lei da residência habitual no momento do óbito* – seja através da aplicação da cláusula de exceção baseada na *relação manifestamente mais estreita*, ou ainda, pelo critério alternativo de escolha de lei – *professio iuris*. O legislador europeu manteve o critério supletivo da *residência habitual*, por constituir “a base de funcionamento de múltiplas normas de conflito comunitárias respeitantes quer à jurisdição competente, quer à lei aplicável”.³

8. Nesta medida, a partir de 17 de agosto de 2015 (inclusive), a lei a aplicar às sucessões transnacionais é determinada pelo Regulamento Sucessões. Essa lei será aplicada a toda a sucessão, mesmo que a lei competente não seja de um Estado-Membro, em cumprimento do princípio da unidade (artigo 23.º). Esta construção promove a confiança, a certeza e a previsibilidade da lei que, no momento da abertura da sucessão, será efetivamente aplicada.

9. No entanto, o fator de conexão da “última residência habitual” pode ser afastado. O artigo 22º reconhece a autonomia da vontade ao permitir a escolha de lei em matéria sucessória – *professio iuris* – ainda que limitada à escolha da lei da nacionalidade ou, tendo mais de uma nacionalidade, a escolha de uma delas à data da escolha ou à data do óbito. Será através da ponderação das circunstâncias do caso concreto e da análise do conteúdo do testamento ou do pacto sucessório, que se aferirá se houve ou não escolha de lei.

10. O Certificado Sucessório Europeu, embora de uso facultativo, é a “*peça central*” do sistema europeu das sucessões *mortis causa*⁴. Contudo são

³ Pág. 52 – Menção da Autora, à consideração de Marco Mellone, com a qual concorda.

⁴ Pág. 116 – Referência à perspetiva de Paul Lagarde, e a Angélique Devaux quanto à importância e carácter inovatório deste novo documento.

lançadas questões, de carácter prático, que levam o leitor a refletir: pode ser emitido para questões sucessórias puramente internas; a existência de um certificado impede a emissão do documento interno de um Estado-Membro para fins semelhantes – no caso português a habilitação de herdeiros; ou, coexistindo os dois documentos qual deles prevalece⁵.

11. A partir desde enquadramento conceptual dá-se início à segunda parte da obra sob o Título “A solução específica da lei aplicável aos pactos sucessórios – o Pacto Sucessório no Regulamento”.

12. O “*pacto sucessório*” nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 3º do Regulamento, deve ser entendido por qualquer “*acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes do acordo*”. Ou seja, estamos perante um pacto sucessório sempre que exista um acordo que inclua disposições “*mortis causa*”, que influenciem diretamente a vocação sucessória na medida que crie, altere ou anule direitos numa herança, de uma ou mais pessoas que sejam parte do contrato.

13. O conceito, tal como descrito no regulamento, é de tal forma amplo que permite abranger a maioria dos acordos sucessórios admitidos nos ordenamentos jurídicos internos dos diversos Estados-Membros.

14. A solução, encontrada pelo Regulamento, é verdadeiramente diferente e inovadora por se tratar de um desvio ao princípio da unidade da sucessão.

15. Mas ao permitir a escolha de lei aplicável às disposições por morte, designadamente, por testamento e pacto sucessório, assegura que estas sejam consideradas válidas pela lei designada pelo artigo 21º, aplicável à restante sucessão.

16. Logo, por aplicação de conexões especiais (artigos 24.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1), podem surgir duas leis reguladoras da sucessão que preveem que a validade e admissibilidade das disposições por morte se regam pela lei que rege a sucessão se

⁵ A posição adotada, a doutrina e a jurisprudência relevante, encontra-se descrita nas páginas 116 a 125.

o autor da disposição tivesse falecido no dia em que fez a disposição ou no dia em que celebrou o pacto, conforme se trate de sucessão testamentária ou contratual – recurso à determinação da lei sucessória hipotética.

17. Quanto aos pactos sucessórios, é o artigo 25.º que contém as regras que designam a lei aplicável quanto à sua admissibilidade, à sua validade material e aos efeitos vinculativos entre as partes, determinando uma solução ou uma lei aplicável, consoante o pacto respeite a uma ou mais pessoas.

18. Assim sendo, se o pacto afetar apenas uma sucessão, a norma remete para as regras gerais da determinação da lei sucessória que “*por força do presente regulamento, seria aplicável à sucessão dessa pessoa se esta tivesse falecido no dia em que o pacto foi celebrado*”, pelo que podem ser regidos ou pela lei da nacionalidade (artigo 22.º), ou, não havendo escolha de lei, pela lei da residência habitual (artigo 21.º n.º1), ou por outra com a qual possua uma relação mais estreita (artigo 21.º n.º2). Por outro lado, se o pacto afetar a sucessão de várias sucessões, a sua admissibilidade dependerá da admissibilidade ao abrigo de todas as leis que teriam regulado a sucessão, se todos os intervenientes falecessem no dia da celebração do pacto.

19. A determinação temporal desta lei hipotética permitirá as partes envolvidas no contrato, conhecer imediatamente o regime jurídico que será aplicado na abertura da sucessão, e dessa forma conformar as suas expectativas jurídicas e comportamentos⁶.

20. Porém, é preciso não esquecer que no Direito da União Europeia “*qualquer qualificação deverá realizar-se tendo em consideração que os conceitos expressos nos Regulamentos têm carácter autónomo, ou seja, têm um significado e uma leitura no contexto geral da Direito da União Europeia e no contexto particular do Regulamento*

que cumpre interpretar”⁷ 8. Ou seja, os conceitos previstos no regulamento são de interpretação autónoma e independente, da existente no direito interno dos Estados Membros, garantindo-se uma aplicação uniforme do ato jurídico da União Europeia. Compete exclusivamente ao Tribunal Judicial da União Europeia interpretar os preceitos do direito da União e a sua interpretação vincula os Tribunais nacionais e as restantes autoridades que, no exercício das suas funções, tenham de aplicá-lo.

21. Logo, ainda que o direito material interno restrinja ou proíba o recurso de uma figura jurídica de disposição sucessória, a admissibilidade e validade material dessa figura será aferida de acordo com o disposto nos artigos 24º e 25º do Regulamento.

22. Cabe agora analisar a realidade existente no ordenamento jurídico português, interpretar os diversos institutos jurídicos consagrados, e aferir em que medida estes podem ser ou não qualificados como pactos sucessórios para efeitos de aplicação do Regulamento Sucessório.

23. A construção jurídica do conceito “*pacto sucessório*”, no direito português, remonta aos romanistas dos séculos XII e XIII e corresponde à classificação tripartida, ainda hoje, adotada pela doutrina e jurisprudência: pactos aquisitivos ou “*de succedendo*” (ou designativos), no qual o autor da sucessão regula a sua própria sucessão; pactos renunciativos ou “*de non succedendo*”, mediante o qual alguém renuncia à sucessão de pessoa viva; e os pactos sobre a sucessão de um terceiro ou “*de hereditate tertii*” (ou dispositivos), onde se dispõe da sucessão de terceiro não participante. A estes últimos, o regulamento não se aplica porque este ato jurídico exige que a pessoa cuja herança está envolvida seja sempre parte no acordo⁹.

⁶ Beatriz Fernandes, acompanha o entendimento de Andrea Bonomi & Patrick Wautelet (Internacionais/Europeus) e Angelo Davi & Alessandra Zanobetti, acolhem favoravelmente a norma que permite a escolha da lei, por ampliar o leque de opções e reduzir as dificuldades na determinação da lei com vínculos mais estreitos. Isabel Suárez reforça que esta norma aumenta as possibilidades de sucesso na celebração de um pacto sucessório- pág. 136 e 137.

⁷ Pág. 139 - A nota de rodapé n.º 117, e sem prejuízo das demais, é de extrema importância. Andrea Bononi e Patrick Wautelet descrevem figuras presentes nos ordenamentos jurídicos de Bélgica, França, Espanha e Portugal, que, segundo os autores podem ser subsumíveis no conceito mais amplo de pacto sucessório, no âmbito de aplicação do Regulamento

⁸ Pág. 141.

⁹ Estes são considerados meros contratos sujeitos ao Regulamento Roma I Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), que entrou em vigor em 17 de dezembro de 2009.

24. Estatuí o artigo 2026.º do Código Civil, que a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato. Quanto aos pactos sucessórios, estes são em regra proibidos e, caso sejam celebrados, são nulos (artigo 294º CC), pelo que a sua admissibilidade apenas é permitida nos casos previstos na lei (artigo 2028 n.º 1 e n.º 2 CC).

25. No entanto, há exceções a esta proibição, ou seja, os pactos sucessórios podem ser válidos se corresponderem a uma das espécies admitidas por lei. É o que determina o n.º 2 do mesmo artigo 2028º “*Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo no disposto no n.º 2 do artigo 946º*”.

26. O fundamento desta proibição prende-se com a necessidade de salvaguardar o direito à liberdade disposição dos bens, até ao momento da morte do *de cuius* (quanto aos *pactos de sucedendo*), e a preocupação de proteger os interesses do renunciante, acautelando-se a possibilidade de aceitar ou de repudiar a sucessão, até depois da morte do *de cuius* (quanto aos *pactos de non sucedendo*).

27. Relembramos que o sistema sucessório português é, em matéria sucessória, um sistema de carácter tradicional, de construção unitária e estrutura rígida, focado essencialmente na proteção dos herdeiros legitimários por um lado, e salvaguarda da liberdade de disposição, por outro. A legítima, e a sua proteção, é o limite à livre disposição do autor da sucessão que apenas pode privar o herdeiro legitimário de suceder, nos casos legalmente previstos.

28. À luz da lei portuguesa, podem ser celebrados validamente os pactos sucessórios previstos nas alíneas do n.º 1 do artigo 1700º CC, se incluídos em convenção antenupcial, condição de validade, e se observados os requisitos de forma e publicidade (artigos 1710º e 1711º).

29. O pacto de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário¹⁰ (al. c) do artigo 1700º e

1707-A do CC), é o primeiro instituto analisado. Embora sem uma disposição *mortis causa*, se celebrado impacta diretamente a sucessão futura dos cônjuges. Como afirma a autora, trata-se de um pacto que “*consustancia um problema clássico de qualificação, porquanto não se mostra claro se é uma questão de direito sucessório ou de direito matrimonial*”¹¹. Somos de concordar quando defende que esta questão não pode ser analisada isoladamente, mas através de um compromisso de complementaridade e interação dos dois Regulamentos em causa, com vista à determinação da natureza destes acordos, se de carácter matrimonial ou sucessório.

30. Fundamenta esta interpretação com recurso ao conceito amplo de “*pacto sucessório*”, à jurisprudência do TJUE - designadamente o caso *Mahnkopf*” - e à interpretação do considerando 12 onde se prevê a exclusão da aplicação do regulamento às questões relativas ao regime de bens do casamento, incluindo as convenções antenupciais, apenas “*na medida em que não tratem de matéria sucessória*”. Ou seja, os acordos matrimoniais que tratem de matéria sucessória, com elementos de estraneidade, serão qualificados como pactos sucessórios no âmbito material do regulamento.

31. São igualmente havidos como pactos sucessórios, por produzirem efeitos apenas após a morte do doador, as disposições sucessórias inseridas em convenção antenupcial que institua herdeiro ou nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro, ou em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados (al. a) e b) do artigo 1700.º CC). Nesta classificação inclui-se a doação *mortis causa* entre esposados, desde que celebrada na convenção antenupcial (artigo 1700, n.º 1 al. a) primeira parte; 1754º e 1755.º, n.º 2 CC).

32. No entanto, como salientado, a abrangência do conceito autónomo *pacto sucessório*, presente no Regulamento, permite que sejam qualificados como pactos sucessórios outros institutos até agora afastados desta classificação.

33. O instituto da partilha em vida (artigo antenupcial.

¹¹ Pág. 234. Regulamento (UE) 2016/1103, do Conselho, de 24 de junho de 2016.

¹⁰ Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que alterou o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção

2029.º CC), não está abrangida pelo princípio da proibição dos pactos sucessórios. Embora revestindo “a forma de doação, tem, na sua essência, a antecipação da partilha da herança do ascendente, e sendo antecipada e exigindo a anuência de todos os presumíveis herdeiros legitimários, assegura a transmissão harmoniosa do património que haveria de constituir a herança do transmitente”¹².

34. Pese embora não seja considerada uma disposição sucessória, a partilha em vida, altera ou anula direitos numa herança futura, e “configura um pacto sucessório tal como o Regulamento o define”¹³. Intrinsecamente, é um pacto sucessório institutivo (*de sucedendo*), com elementos de pacto renunciativo, por a sua realização abranger a renúncia à redução por inoficiosidade, a renúncia antecipada do direito de colação, e a renúncia à intangibilidade qualitativa e quantitativa da legítima.

35. Por outro lado, na doação por morte coloca-se a questão de saber se não obstante a sua conversão em deixa testamentária, desde que observadas as formalidades do artigo 946.º n.º 2 CC, será proibida por consubstanciar um pacto sucessório, nos termos do direito interno, ou se à luz do Regulamento 650/2012 a doação poderá ser qualificada como pacto sucessório.

36. A recente decisão do TJUE¹⁴, veio corroborar que uma disposição contida num acordo relativo à sucessão consiste numa doação, mas se esta só produz efeitos na morte do *de cuius*, está abrangida no conceito de pacto sucessório tal como se encontra definido na al. b) do artigo 3º do Regulamento 650/2012, “Com efeito, trata-se de um acordo, que cria direitos, ao donatário, na herança futura de uma pessoa, doador, que é parte do contrato”¹⁵.

37. Igualmente se questiona, em que medida estas doações por convertidas em disposições testamentárias podem ser qualificadas como testamento de mão comum¹⁶, – duas ou mais pessoas

testam em ato unitário – que não admitidos no direito português (artigo 2181º CC), e se realizado é nulo (artigo 294º CC).

38. Note-se que o artigo 3.º, n.º 1, na alínea d), equipara sem distinção: o testamento; o testamento de mão comum; e o pacto sucessório. Então, como compatibilizar esta solução com a proibição prevista no artigo 2181º do CC. Esta construção mostra-se de especial relevância, na medida em que os testamentos mútuos são expressamente denominados, pelo regulamento, como pactos sucessórios (al. b) n.º 1 artigo 1º do Reg.).

39. Finalmente, aborda o impacto da sucessão nas empresas familiares, da necessidade da sua proteção através de um regime mais flexível na transmissão das participações sociais. O Comité Económico e Social Europeu (CESE) tem destacado a importância económica desta matéria nas Pequenas e Médias Empresas na Europa, a fim de assegurar a sua continuidade após o falecimento do empresário, como forma de garantir a sua competitividade económica e do emprego.

40. Esta reflexão sobre o “ius condendo”, tem levado alguns ordenamentos jurídicos europeus a introduzir exceções no seu direito sucessório (como a renúncia à ação de redução na França e o *patto di famiglia* na Itália). Segundo a autora, estes pactos, apesar dos acesos debates sobre a sua natureza jurídica, enquadram-se na categoria de pactos sucessórios renunciativos, uma vez que os herdeiros legitimários renunciam aos direitos que lhes caberiam sobre a empresa ou participações sociais específicas, nomeadamente quanto à redução por inoficiosidade e à colação¹⁷.

41. Em suma, a obra expõe a premência do tema na atual evolução europeia em matéria sucessória, no que respeita à regulação das relações jurídicas plurilocalizadas. É possível concluir que existindo na sucessão um elemento de estraneidade, os intervenientes podem beneficiar de um regime mais favorável, por aplicação do Regulamento n.º 650/2012, na medida que a celebração

¹² Pág. 287.

¹³ Pág. 292.

¹⁴ Pág. 266 - Acórdão de 9 de setembro de 2021, UM, Proc.º C 277/20, ECLI:EU:C:2021:708.

¹⁵ Pág. 266.

¹⁶ Pág. 312 - A autora acompanha o entendimento defendido de Daniel Morais, que defende que o art. 946º é uma

exceção à proibição dos testamentos de mão comum “*pelo simples motivo de não termos duas pessoas a testar no mesmo ato, tratando-se, pelo contrário, de uma única disposição testamentária*”

¹⁷ Pág. 332.

de pactos sucessórios lhes permite planejar a sucessão e, desta forma, contornar a proibição geral da celebração de pactos sucessórios, como se verifica no direito sucessório português.

42. O objetivo inicialmente proposto, de identificar os problemas e auxiliar na qualificação de figuras jurídicas nacionais à luz do conceito autónomo europeu de *pacto sucessório*, foi plenamente alcançado. A obra reveste-se de particular relevância para os profissionais e estudiosos do

tema, pela profundidade da análise, pelo constante diálogo entre doutrina e jurisprudência, e pela apresentação de soluções existentes noutros ordenamentos jurídicos. Ademais, fomenta a reflexão crítica e aponta caminhos para suprir lacunas ainda presentes no regime jurídico português, em prol de uma “igualdade sucessória”¹⁸.

¹⁸ Pág. 343.

P. JIMÉNEZ BLANCO e I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (dirs.). *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*. Colex, A Coruña, 2024, 463 pp.

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

ORCID ID: 0000-0001-9737-5316

DOI: 10.20318/cdt.2025.9933

1. El libro que aquí presentamos se realiza en el marco del Proyecto I+D+i “*Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza*” (*Gendermob*). Como tal, responde muy claramente a las características que hoy día se valoran para la concesión de este tipo de proyectos, y que son el tratamiento de temas de actualidad, necesitados de reflexión y análisis, con un enfoque interdisciplinar e internacional. Los obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familia están, sin duda, entre los temas de mayor actualidad en el ámbito del Derecho Internacional Privado. A las cuestiones que suscita en nuestro país la *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, se añaden las dificultades derivadas de la movilidad internacional, en un contexto marcado por una gran diversidad y por las dificultades para llegar a acuerdos con los que se garanticen la seguridad y previsibilidad jurídica. El protagonismo está correspondiendo al TEDH y al TJUE, en sus diferentes ámbitos de actuación, y a propósito de los casos que se les van planteando por las partes afectadas, que acaban buscando protección al amparo de la normativa sobre derechos humanos, y especialmente del artículo 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, o al amparo del derecho a la libertad de circulación y residencia vinculado a la ciudadanía europea, que protege el art. 21 TFUE, con el apoyo también de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Se trata de

una jurisprudencia con la que se da respuesta a problemas concretos, que lleva a aguardar con cierta expectación la posibilidad de que se planteen otros casos y con ellos a que se dicten nuevas sentencias, que contribuyan a clarificar algo más el panorama jurídico.

2. El libro que dirigen P. Jiménez Blanco e I. Rodríguez-Uría Suárez se estructura acertadamente en tres partes, en las que se diferencian los obstáculos de género a los que se enfrentan las personas individualmente consideradas, de los que se producen a propósito de determinadas relaciones familiares. Así, la Parte I lleva por título “*La identidad de género en las relaciones transfronterizas*”, la Parte II “*Género, orientación sexual y matrimonios transfronterizos*” y la Parte III “*Filiación y responsabilidad parental desde una perspectiva de género*”. Cada una de ellas se compone a su vez de varios capítulos, en los que encontramos análisis de la jurisprudencia de los mencionados tribunales supranacionales, junto con estudios de las normativas de determinados países, que pueden resultar de especial interés en relación con la materia abordada, además de un enfoque interdisciplinar para una mayor riqueza de contenidos.

3. La Parte I, “*La identidad de género en las relaciones transfronterizas*”, se inicia con un trabajo muy interesante de Javier A. González Vega, titulado “*La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, en el que se analiza la evolución que ha tenido la jurisprudencia del

TEDH a propósito de esta cuestión, en un período de más de cuarenta años. Ello se conecta con la idea, recurrentemente reflejada en la jurisprudencia de este Tribunal, de que la Convención europea es un instrumento vivo, que debe interpretarse atendiendo a las circunstancias específicas de cada momento histórico, lo cual ha tenido una importante incidencia en relación con la materia que nos ocupa. El análisis de la jurisprudencia del TEDH se complementa muy bien con dos trabajos de esta Parte I, dedicados a la situación legal de España y Alemania. Por una parte, P. Orejudo Prieto de los Mozos, en los “*Aspectos internacionales de la autodeterminación de género*”, refleja la influencia que la referida jurisprudencia ha tenido en la *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, señalando que se permite a las personas trans solicitar una reasignación del sexo legal con arreglo al principio de autodeterminación de género, esto es, con la mera manifestación de la disconformidad del sexo. Seguidamente, pone de manifiesto las deficiencias que nuestra norma presenta no obstante en relación con las cuestiones de Derecho Internacional Privado, reflejando que responde a un esquema binario y que ello puede suscitar dificultades en las relaciones con países que reconocen una tercera opción. Esta cuestión enlaza con el capítulo que Rosa Miquel Sala dedica a la “*Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva ley de autodeterminación*”, donde se refleja la evolución normativa que se ha producido en este país, con el reconocimiento de un tercer género, analizándose también las soluciones novedosas que se han incorporado en materia de Derecho Internacional Privado. Precisamente, en el trasfondo de las relaciones entre Alemania y España hay que situar la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) n.º 83/2023, de 23 de enero, que admitió el recurso de una persona alemana cuyo sexo legal había sido anotado en el Registro Central de Extranjeros como “mujer”, pero que en su país de origen tenía reconocida la mención X, así como la incidencia que podría tener la jurisprudencia del TJUE para el reconocimiento de estas situaciones, al amparo de la libertad de circulación y residencia.

La Parte I se completa con varios capítulos que ofrecen perspectivas complementarias de análisis. A. Lara Aguado, en la “*Identidad personal, sexual*

y de género en situaciones transfronterizas: algunos desafíos de la era digital”, realiza un exhaustivo estudio de la identidad digital y su regulación en la Unión Europea, haciendo especial hincapié en las cuestiones de género. O. Fernández Fernández dedica un capítulo a “*Sistemas biométricos y control de flujos migratorios. El género como obstáculo a la movilidad transfronteriza*”, en el que reflexiona sobre los riesgos que pueden derivar del uso en este ámbito de herramientas de IA, por su potencial efecto discriminatorio. Y N. Fernández Avello realiza un estudio sobre “*Sexo, identidad de género y orientación sexual en el contrato de trabajo transfronterizo*”, en el que se centra en cómo el hecho de que la persona trabajadora sea mujer, transexual o de tercer género/sexo, o su orientación sexual, puede tener incidencia sobre el régimen del contrato de trabajo transfronterizo.

4. La Parte II “*Género, orientación sexual y matrimonios transfronterizos*” se inicia con un trabajo de Angel Espiniella Menéndez, que lleva por título “*El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho Internacional Privado*”, donde ofrece una visión de la situación actual del matrimonio en tres planos, que se entrecruzan: por una parte, la jurisprudencia del TEDH, en la que se reconoce el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a una protección efectiva en virtud del art. 8 CEDH, aunque no sea bajo la forma de matrimonio; por otra, la jurisprudencia del TJUE a propósito del famoso caso Coman, donde sí se impone el reconocimiento de la figura del cónyuge, pero a los solos efectos de la libertad de circulación y residencia; y por otra, la normativa de Derecho internacional privado de la UE que tiene como presupuesto para su aplicación la existencia de un matrimonio, y que sólo en algunos casos se ha preocupado de ofrecer soluciones alternativas cuando el matrimonio no se reconozca como tal. Se trata de una combinación de respuestas jurídicas diversas y parciales, que generan la sensación de que estamos ante una situación que aún tiene que evolucionar. En este sentido, el autor se refiere al caso C-713/23 - *Wojewoda Mazowiecki*, que está pendiente ante el TJUE, donde vuelve a plantearse la cuestión del reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo, pero yendo más allá del caso Coman, que está vinculado al ejercicio de la libertad de circulación y residencia, pues se solicita la inscripción en el registro civil.

El trabajo reseñado se complementa muy bien con los capítulos que vienen a continuación, en los que se ponen de manifiesto las debilidades de la situación actual. Por una parte, M. Rizzuti y G. Paili se refieren a “*L’unione di coppie del medesimo sesso in Italia: un problema ancora aperto*”, que resulta muy interesante porque fue a propósito del caso Oliari y otros c. Italia cuando el TEDH señaló que las parejas del mismo sexo debían gozar de algún tipo de reconocimiento y protección jurídica, aunque no fuera necesariamente bajo la forma de matrimonio, en lo que se ha conocido como *downgrade recognition*. Pues bien, en este capítulo se analizan las dificultades de encaje que presenta esta solución en las normas italianas de Derecho Internacional Privado. Por otra parte, L.A. Pérez Marín, en “*El caso Coman entre el TJUE y TEDH: la identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE*”, refleja una inquietante realidad, como es que la Sentencia del TJUE a propósito de este asunto no ha tenido efectividad en Rumanía, lo cual ha motivado una demanda ante el TEDH, cuyo resultado se espera, porque sin duda será relevante.

5. La Parte III “*Filiación y responsabilidad parental desde una perspectiva de género*” se compone de siete capítulos, que están dedicados a dos materias íntimamente relacionadas, filiación y responsabilidad parental, abordadas, en ambos casos, desde una perspectiva de género. I. Rodríguez-Uría Suárez realiza un trabajo sobre “*La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación*”, en el que se centra en las cuestiones de ley aplicable, poniendo de manifiesto que la autodeterminación de género y el establecimiento de la filiación se someten a normas de conflicto distintas (art. 9.1 y 9.4 CC), que emplean además diferentes puntos de conexión, lo cual puede dar lugar a desajustes, que la autora ejemplifica con casos extraídos de la jurisprudencia extranjera. En el trabajo de A. Durán Ayago sobre “*Adopción internacional, orientación sexual e identidad de género. Perspectivas desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*” se abordan diversos aspectos relacionados con la adopción por personas o parejas homosexuales: en primer lugar, se ofrece un análisis de la jurisprudencia del TEDH, diferenciando los casos en que la adopción se plantea por una persona sola o se trata de una adopción coparental; tras ello se refiere a la adopción transnacional, para eviden-

ciar que la fase de cooperación administrativa previa será fundamental de cara a permitir o no estas adopciones; y concluye con la problemática del reconocimiento de las adopciones dentro de Europa, recordando la importancia de la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión (casos Wagner c. Luxemburgo y Negreponis-Giannisis c. Grecia).

La Parte III continúa con varios capítulos dedicados a cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la filiación. N. Vigano Martínez, en “*La co-maternidad en España y su reconocimiento en el derecho italiano. A propósito de la propuesta de Reglamento (UE) sobre filiación*”, refleja la misma problemática que se planteó en los casos *Pancharevo* y *Rzecznik* a propósito del reconocimiento en Bulgaria y Polonia de la relación de filiación establecida en España por parejas de mujeres a través de técnicas de reproducción asistida, pero a propósito de Italia. Este trabajo sirve para evidenciar las divergencias que existen a este respecto entre los Estados miembros de la UE y, consecuentemente, las grandes dificultades a las que se enfrenta la “*Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*”, para salir adelante. H. Mota, en “*O reconhecimento em Portugal do estabelecimento da filiação no estrangeiro. O caso da filiação sócio-afectiva multiparental brasileira*”, ahonda en los problemas de reconocimiento de la filiación, en este caso abriéndose a las relaciones con terceros Estados, a propósito de las peculiaridades del derecho brasileño. Y K. Duden, en “*Parenthood and the principle of recognition: what is there to recognize?*”, reflexiona sobre el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, para analizar su paralelismo con el reconocimiento procesal, aplicable a las resoluciones judiciales, y poner el acento en que no se realiza un control de ley aplicable.

En relación con las cuestiones de responsabilidad parental, C. Ruiz Sutil, en “*Custodia/visita, violencia contra las mujeres y la salvaguardia del interés superior de los niños y las niñas en situaciones privadas internacionales*”, hace una interesante lectura de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111 desde una perspectiva de género, para que se apliquen adecuadamente en situaciones de violencia sobre las mujeres. De la misma forma explora el

derecho aplicable, poniendo de manifiesto algunas sombras o respuestas inadecuadas de nuestro derecho interno. Esta perspectiva de análisis se complementa con el trabajo de B. Vázquez Rodríguez, titulado “*Un paso en la erradicación de la violencia contra las mujeres en la UE: análisis de la Directiva 2024/1385 y su implementación en España*”, en el que se refleja el contenido de esta norma europea, cuyo propósito es garantizar un nivel mínimo de protección contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica en el ámbito de la Unión Europea.

6. En definitiva, estamos ante un libro en el que se analizan, de forma muy completa y actualizada, los obstáculos de género que se presentan con

ocasión de la movilidad transfronteriza, distinguiendo entre las personas individualmente consideradas y determinadas relaciones de familia, como el matrimonio y la filiación. Se trata de una combinación de estudios, realizados con rigor, en los que se abordan los aspectos clave, como son la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, las limitaciones de la normativa de Derecho internacional privado, así como la diversidad existente a nivel de derecho comparado. Al margen de los contenidos, debe destacarse y agradecerse también que la obra se haya adaptado a los postulados de la ciencia abierta y que esté libremente disponible. Así que, por todo lo señalado, sólo nos queda felicitar a las directoras de la obra y a sus autoras/es, y recomendar su lectura.

ELENA CAROLINA DÍAZ GALÁN, *La protección diplomática. El caso español*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 1-230.

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

DOI: 10.20318/cdt.2025.9934

1. Este libro transmite un estudio serio y riguroso de la figura de la protección diplomática desde una perspectiva española.

Apunta, quien prologa sus páginas, que la autora del mismo realiza con determinación (y yo me permito añadir que con singular aprovechamiento), fundamentalmente tres cuestiones:

- De un lado, la necesidad de contar con una definición precisa de protección diplomática, que sea importante (por útil y clarificadora) en la práctica de los órganos internos de los Estados (apartado IV: “las ventajas de un concepto preciso de protección diplomática”, pp. 137-160).
- De otro, la importancia absoluta de identificar todos los factores que configuran la discrecionalidad de los Estados en el ejercicio de la protección diplomática (apartado V: “La eviterna cuestión de la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática”, pp. 161-192).
- Y, finalmente, las consecuencias de la protección de los nacionales en el extranjero, a los efectos de la responsabilidad internacional y de la responsabilidad patrimonial del Estado que la ejerce (apartado VI: “Protección diplomática: responsabilidad internacional y responsabilidad patrimonial del Estado protector”, pp. 193-217).

2. Estoy, en todo caso, de acuerdo con el profesor Díaz Barrado, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, en que las tres cuestiones apun-

tadas son tratadas por la autora de este libro “entre otras”.

Y es mi opinión que, de estas “otras”, dos merecen también ser explicitadas, y eso hago, en el comentario que de la obra de la profesora Díaz Galán me ocupa en estos momentos:

- a) Una, la inevitable conexión que, en el Derecho Internacional de nuestros días, la figura de la protección diplomática debe tener con la cuestión de los derechos humanos. La profesora Díaz Galán lo sabe, como la lectura del apartado II de su libro (“La protección diplomática y los derechos humanos: una vinculación necesaria”, pp. 85-104) pone meridianamente de manifiesto.
- b) Y dos, del mayor interés resulta, en mi opinión, el análisis realizado por la autora sobre la evolución que la jurisprudencia española ha tenido acerca de la conformación jurídica, en el Derecho patrio, de la figura de la protección diplomática (pp.204-214); siendo, sin duda, el asunto Couso, el periodista español muerto en Irak por disparos de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, el punto de inflexión de este proceso (apartado III: “El ‘asunto Couso’: descripción de los hechos y principales elementos del recorrido judicial en España”, pp. 105-136). Evolución que concluyó en un giro (“radical”, afirma la autora del libro, pp. 211-214) marcado, sin duda, por las sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 y, sobre todo, la del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2021 (pp. 127-136).

3. Quien firma esta reseña no puede estar más de acuerdo. La sentencia 3026/2021, de la Sección Quinta de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2021 (con ponencia del magistrado Wenceslao Olea Godoy), confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios ocasionados a la viuda y a los dos hijos de José Couso por la omisión de ejercicio de su protección diplomática, tras el fallecimiento de dicho cámara de televisión durante la toma de Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia recurrida, que reconoció el derecho a una indemnización de 99.430 euros para la viuda del cámara y 41.430 euros para cada uno de sus dos hijos.

En la sentencia examina la pertinencia de que los ciudadanos españoles puedan invocar la protección diplomática del Estado español, cuando se les haya ocasionado un daño por un acto internacionalmente ilícito cometido por otro Estado, determinando el contenido de la protección y los efectos en el caso de que no se prestase en la forma oportuna, pudiendo generar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no en cuanto a la indemnización del dolo ocasionado, que nunca se garantiza con la protección diplomática, sino con la deficiente protección diplomática o la denegación de la misma. La sentencia valora la jurisprudencia anterior en la materia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y con base en ella se extraen las conclusiones pertinentes.

La sentencia declara, a los efectos de fijar jurisprudencia, que:

“Los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática, por parte de la Administración Nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito, conforme al Derecho Internacional, causado directamente a otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos del Derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable”.

Añadiendo “que el mencionado derecho comprende la utilización de las vías diplomáticas que se consideren procedente, conforma a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos

por el Derecho Internacional, encaminada a la reparación del perjuicio ocasionado siempre que dichos medios lo hagan razonablemente admisible”.

En consecuencia, indica la Sala:

“procederá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se acredite que el Estado español no ha prestado la protección diplomática, conforme a los requisitos que le son exigidos y atendiendo a la pérdida de oportunidad que comportaría dicha omisión, siempre que concurren los restantes presupuestos de dicha responsabilidad”.

En el caso concreto, concluye que el Estado español omitió la protección que le fue requerida y que estaba obligado a otorgar a la familia de José Couso. Así, afirma que:

“el Estado español estaba obligado (...) a hacer gestiones en pro de una investigación internacional objetiva de los hechos y, en su caso, utilizar los medios que estimara procedentes que pudieran dar como resultado la reparación del daño ocasionado, no a dar la callada por respuesta o limitarse a dar por buenos los argumentos dados en contra de la ilicitud del hecho por el Estado que lo ocasionó”.

La Sala señala que la discrecionalidad en nuestro Derecho no comporta una libertad absoluta de la Administración para adoptar una decisión que pudiera incurrir en la arbitrariedad, al apartarse de los fines para los que se confiere esa potestad. De ahí la necesidad de la motivación que, habiéndose omitido de todo punto en el caso de autos, genera el funcionamiento de los servicios públicos, generando el daño:

“que no es, en puridad de principios, del ocasionado por el fallecimiento del padre y esposo de los recurrentes, sino la pérdida de oportunidad de que estos hubiesen obtenido la reparación del daño ocasionado, Y es esa pérdida de oportunidad la que se acoge por la instancia con su valoración de los perjuicios que se declaran en su sentencia, que no se cuestionan en casación” (subrayan los magistrados).

En su sentencia, el Tribunal rechaza la alegación del Abogado del Estado de que los recurrentes

tes no agotaron los recursos internos de reclamación ante los tribunales de los Estados Unidos. En este sentido, afirma que una pretensión de esa naturaleza requiere una importante disponibilidad económica de la que no consta pudieran asumir los recurrentes¹.

4. Las conclusiones a las que llega la autora de esta monografía podrían ser de gran interés, si su propuesta de elaborar una legislación específica sobre la protección diplomática en el Ordenamiento jurídico interno (pp.185-192, especialmente pp. 189-190) es tenida en cuenta.

5. Pero si, haciendo de Abogado del Diablo, tuviese que exagerar algún pequeño defecto del

llamado a Santo, para que el Tribunal se cargue de razón al proclamar su santidad, yo diría que acaso se echa en falta, particularmente en el apartado I (“Las características más definatorias de la protección diplomática en el plano internacional”, pp. 39-83, pero quizás sobre todo en su punto 3, “Los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática”, pp. 63-83) la cita de alguna doctrina adicional, reciente o muy reciente.

6. En todo caso, y como conclusión final, la impresión que queda en el lector de este libro, tras una consideración reposada y reflexiva de sus páginas, es muy, muy positiva.

Y siendo esto así, de justicia es, en consecuencia, que recomiende vivamente su lectura.

¹ STS 3626, de 9 de julio de 2021 (<https://www.poder-judicial.es/search/openDocument/b8dc9ba48b14a99a>). Vid. en conjunto Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA y María José CERVELL HORTAL, *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, Civitas/Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 342-347.

R. CARO GÁNDARA. *La fiducia como garantía en el comercio internacional: Validez y eficacia en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, ISBN 978-841197-218-5

M. CHECA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Cádiz*

DOI: 10.20318/cdt.2025.9935

1. La obra de nuestra compañera de la Universidad de Málaga representa la culminación de un esfuerzo investigador meticuloso y sostenido sobre las garantías mobiliarias en el tráfico jurídico internacional. Así, cabe recordar que en un primer momento abordó la reserva de dominio en un artículo titulado “La reserva de dominio como garantía funcional del comercio internacional: su eficacia en España”, REEI, 2018, que daría lugar luego a la monografía titulada *La reserva de dominio en el comercio internacional: ley aplicable y eficacia en España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, reseñada por quien suscribe también estas páginas en *REDI*, 2022, págs. 269-270. La autora abordó también las garantías mobiliarias que pueden surgir del contrato de fiducia y publicó en primer lugar “La transmisión de propiedad en garantía o fiducia *cum creditore* en el comercio internacional: su validez y eficacia en España” en *AEDIPR*, 2017, págs. 249-302, resultando ahora publicada la monografía que reseñamos: *La fiducia como garantía en el comercio internacional: Validez y eficacia en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

2. Es bien conocido que la codificación civil española optó por no hacer mención del contrato de fiducia romano y que la fiducia sobrevive en España como contrato atípico en dos variantes con diferentes finalidades, la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. La fiducia goza de innegable salud regulatoria en el Derecho comparado conforme numerosos ordenamientos han optado por contar con una versión civilista del trust angloamericano; así ha ocurrido en Europa como consecuencia de la Ley francesa de fiducia (2007); o en Latinoamérica, donde durante muchas décadas la figura del fideicomiso o fiducia ha intentado aportar una al-

ternativa propia al trust anglosajón, pero en ambos casos se trata de la fiducia entendida como institución de administración de patrimonios, del patrimonio que el fiduciante ha separado del suyo propio mediante su transmisión al fiduciario. Por el contrario, la autora en este caso se ha orientado de manera consecuente con su línea de investigación anterior hacia la función de la fiducia en garantía del cumplimiento de obligaciones en el crédito transfronterizo, es decir, cuando se transmite propiedad precisamente con esa función o finalidad, empeño para el que la autora pone en contraste la situación del Derecho español, donde existiendo la *fiducia cum creditore* al amparo de la libertad de pactos pero con el límite de la prohibición del pacto comisorio. Sin embargo, la fiducia *cum creditore* no está claramente delimitada en el Derecho español porque siempre queda en la jurisprudencia la indeterminación acerca de si se trata de una auténtica transmisión de propiedad hacia el acreedor con efectos frente a terceros y en caso de concurso (transmisión de propiedad sólo aparente). Por el contrario, la situación en el Derecho francés y alemán aporta la necesaria previsibilidad jurídica, porque la fiducia produce la transmisión de la titularidad jurídica del bien al acreedor fiduciario, sin que el deudor pierda la posesión (es una garantía no posesoria) pero con auténtica transmisión de propiedad (transferencia fiduciaria de propiedad con fines de garantía como forma no posesoria de garantía real mobiliaria utilizada especialmente en contextos comerciales y de financiación). Precisamente, la obra propone una confrontación rigurosa de la situación en España con los modelos francés y alemán, poniendo en evidencia que en estos sistemas la fiducia se integra dentro de su Derecho civil con plenas garantías de protección patrimonial para el acreedor fiduciario.

3. Para la contraposición entre el Derecho español y su falta de determinación de un régimen jurídico claramente determinado y los derechos alemán (*Sicherungsübereignung*) y francés (*fiducie-sûreté*) utiliza la autora los dos primeros capítulos de la obra. Ese contraste comparativo se complementa luego en el capítulo IV con el tratamiento transfronterizo, es decir, la determinación de la ley aplicable a la validez y eficacia en España de negocios jurídicos de garantía fiduciaria constituidos conforme a los ordenamientos jurídicos alemán y francés, analizando la validez y efectos inter partes que puedan tener conforme a la *lex contractus* y a la *lex rei sitae* de origen, pero también los problemas de eficacia conforme a la ley española cuando se produce un nuevo acto o negocio con eficacia real sobre el bien, por ejemplo, transmisión por el fiduciante a terceros adquirentes de buena fe, acciones de acreedores locales del fiduciante y declaración en concurso del fiduciante.

4. La obra dedica también una atención considerable al régimen jurídico de las garantías mobiliarias en el Derecho transnacional, abordando con profundidad los principales instrumentos normativos internacionales y europeos en la materia. En primer lugar, se analiza la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre garantías mobiliarias, aprobada en 2016, que constituye un hito en el proceso de armonización global. Esta ley establece un sistema integral y funcional para la constitución, publicidad, oponibilidad, prioridad y ejecución de garantías sobre bienes muebles corporales e incorporeales, incluidos activos futuros, cuentas por cobrar y derechos sobre intangibles. La Ley Modelo incluye, además, normas de Derecho internacional privado que resuelven los conflictos de leyes respecto a la validez y efectos de las garantías cuando intervienen elementos transfronterizos, proponiendo como regla general la aplicación de la ley del país donde se encuentra el deudor (“center of main interests”). A continuación, se examina el Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil (2001), que introduce una figura uniforme de garantía internacional y un sistema de registro electrónico mundial para asegurar la publicidad y prioridad de las cargas constituidas. El convenio ha tenido como es bien conocido una notable acogida práctica en la aviación civil, donde actúa como elemento catalizador para la financiación de aeronaves, al generar una estructura jurí-

dica fiable y previsible, que reduce el riesgo jurídico y facilita el crédito internacional. Por último, desde una perspectiva europea, la obra aborda el tratamiento de las garantías mobiliarias en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), elaborado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on Existing EC Private Law*. En este marco, se analizan las propuestas de armonización del Derecho de garantías mobiliarias en la UE, que buscan superar las divergencias entre los sistemas de tradición romanista y germánica. El DCFR propone una regulación coherente de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles, tanto posesoriamente constituidos como no posesoriamente, estableciendo un sistema de prioridad basado en la inscripción en un registro centralizado y reglas claras sobre su ejecución extrajudicial.

5. En conjunto, la monografía de Rocío Caro Gándara aporta no sólo una contribución doctrinal sólida en relación con una figura contractual cuya funcionalidad en el comercio internacional resulta innegable, sino que lo hace con una mirada amplia y rigurosamente informada, que se apoya en los más relevantes desarrollos normativos y doctrinales a escala europea e internacional. En un panorama jurídico en el que la garantía de cumplimiento y la protección del crédito son claves para la seguridad del tráfico, el tratamiento de la fiducia como instrumento operativo, real y eficaz adquiere una relevancia teórica y práctica de primer orden. El análisis comparativo con los modelos francés (*fiducie-sûreté*) y alemán (*Sicherungsübereignung*) ilumina las deficiencias del ordenamiento español y sugiere claramente la necesidad de avanzar hacia una regulación moderna de la *fiducia cum creditore*, capaz de generar transmisión real de propiedad y operatividad dentro del crédito internacional. Al mismo tiempo, sus observaciones sobre los marcos globales (UNCITRAL, Ciudad del Cabo, DCFR) recogen las tendencias de armonización y funcionalidad que configuran el horizonte epistemológico de las garantías en el Derecho transnacional. La autora, con esta obra, refuerza su posición como una de las voces más autorizadas en el estudio del Derecho de garantías mobiliarias en contexto internacional, y su trabajo constituye una aportación imprescindible para quienes deseen abordar esta materia con profundidad, sin renunciar a una visión funcional y crítica del estado actual del Derecho positivo español y su necesaria conexión con los modelos comparados y transnacionales.

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ, *El Derecho Internacional y las Contramedidas Cibernéticas*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2024, 168 pp.

BERNARDO CORTESE

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Padova

DOI: 10.20318/cdt.2025.9936

1. Juan Jorge Piernas López ha dedicado un estudio interesante y estimulante al tema de las contramedidas cibernéticas en el derecho internacional, publicado por una importante editorial jurídica española, Aranzadi, y fruto de un proyecto de investigación financiado en el marco de un programa del Ministerio de Ciencia e Información español. La obra, que destaca por su claridad y síntesis, aborda de forma ordenada y documentada un tema de gran complejidad y relevancia absoluta en el panorama actual — y futuro — del derecho y las relaciones internacionales.

2. Tras una parte introductoria, Piernas López realiza, en la amplia segunda parte de la obra, un estudio detallado de los principales requisitos de las contramedidas, tanto desde el punto de vista sustantivo como formal. El autor utiliza el Proyecto de artículos de 2001 sobre la responsabilidad internacional de los Estados, de la Comisión de Derecho Internacional, como esquema principal en torno al cual desarrollar su análisis, y como primer elemento de reflexión, al que añade un uso preciso de la jurisprudencia internacional y de la doctrina principal de los últimos veinte años.

3. El estudio acompaña al análisis de las principales cuestiones relevantes para la reconstrucción de un régimen general de contramedidas, un enfoque en las especificidades del tema en relación con el entorno cibernético. En este contexto, es notable la atención prestada por el autor al análisis de la práctica de los Estados y de algunas organizaciones internacionales, con la Unión Europea en primer plano.

4. Una tercera parte, más breve, está dedicada al tema de las contramedidas adoptadas por sujetos no directamente afectados. Aquí, Piernas López analiza detalladamente la evolución de la práctica de los últimos dos decenios, que parece ir en una dirección más abierta a las reacciones colectivas, en comparación con el texto del proyecto de artículos de 2001. La metodología seguida en esta parte es la misma que en la anterior, ya que analiza tanto los aspectos generales de la cuestión como los desarrollos y consideraciones específicamente dedicados a la dimensión cibernética, a los que volverá en la quinta parte del trabajo, dedicada específicamente a las medidas de la Unión Europea.

5. La cuarta parte del trabajo aborda los temas de la represalia y la legítima defensa. En este contexto, el enfoque metodológico cambia, ya que el autor desarrolla esencialmente un análisis de la doctrina y las posiciones de los Estados en relación con el ámbito cibernético, dando por conocidos, en cierto modo, los desarrollos del derecho sobre esos dos temas, desde un punto de vista general.

6. En este ámbito surgen algunas cuestiones de enorme delicadeza para la paz y la seguridad internacionales, en relación con las cuales se observa una incertidumbre desestabilizadora: ¿en qué condiciones los ciberataques pueden corresponder a un ataque armado, al que es posible reaccionar en legítima defensa? ¿Qué medidas son imaginables y admisibles en legítima defensa en esos contextos? ¿Qué respuesta es posible en caso de ataques

«armados» llevados a cabo en el ciberespacio por actores no estatales?

7. Aquí Piernas López parece inclinarse por soluciones “robustas”, en cierta medida intervencionistas. Sin embargo, me parece que, en un marco de gran incertidumbre como el que él describe, y teniendo en cuenta el riesgo de escalada que siempre conlleva el recurso a la legítima defensa, esa institución debería permanecer confinada dentro de límites absolutamente rigurosos.

8. La quinta parte del estudio centra el análisis en la posición elaborada por las instituciones de la Unión Europea en los últimos años en dos ámbitos diferentes, pero relacionados. En primer lugar, el autor analiza la evolución de las posiciones dedicadas específicamente al papel del derecho internacional en el ciberespacio, desarrolladas en el marco de la PESC. A continuación, amplía su perspectiva para considerar, desde un punto de vista más general, la posibilidad de una reacción colectiva por parte de la UE, mediante contramedidas, ante hechos internacionalmente ilícitos cometidos por terceros Estados. Al hacerlo, Piernas López tiene en cuenta tanto algunas posiciones específicas en el ámbito cibernético como el reciente reglamento contra la coacción y, por último, la sentencia del Tribunal General en el caso Venezuela contra Consejo.

9. Del reglamento destaca el carácter de instrumento de la práctica «externa» de la UE, destinado a afirmar la existencia de un poder para adoptar contramedidas colectivas, apartándose así signifi-

cativamente de la posición de la CDI y de las posiciones anteriores de la propia UE. Sin embargo, para tratar de «contener» este desarrollo dentro de límites jurídicamente más aceptables, el autor propone recalificar esas medidas como respuesta de la UE en su calidad de sujeto directamente afectado. El argumento, que se basa en el considerando número 10 del Reglamento, se refiere al ámbito de competencia (exclusivo de la UE o concurrente entre esta y sus Estados miembros) afectado por la infracción cometida por el tercer Estado al que se pretende responder. Personalmente, me cuesta relacionar tanto la primera como la segunda hipótesis con una dimensión de soberanía externa de la UE. Por lo tanto, me parece necesario abordar una posible reacción de la UE como contramedida colectiva, con todo lo que ello conlleva en cuanto a la admisibilidad, o no, de tal medida en el derecho internacional general.

10. Por último, en cuanto a la sentencia Venezuela contra Consejo, no puedo sino compartir la perplejidad manifestada por Piernas López ante el enfoque formalista del Tribunal.

11. En conjunto, el trabajo de Juan Jorge Piernas López sobre el Derecho Internacional y las Contramedidas Cibernéticas resulta una contribución útil para acercar el tema a quienes deseen profundizar en él —algo inevitable en vista del probable desarrollo de la práctica en los próximos años— y capaz de estimular reflexiones importantes sobre el estado actual del derecho internacional en ese ámbito y sobre la contribución de la UE a su desarrollo

ELISEO SIERRA NOGUERO (Dir.). *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional*. Ed. Tirant lo Blanc, 2025, 983 pp.

PABLO RUIZ OSUNA

Investigador posdoctoral de la Cátedra Unesco de vivienda de la URV

DOI: 10.20318/cdt.2025.9937

1. La obra es el resultado de investigación y divulgación elaborado en el seno del Grupo de Investigación y Equipo de Trabajo del Proyecto “Conducción Autónoma y Seguridad Jurídica del Transporte” (ADLAW), financiado por la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación. Modalidad: Investigación No Orientada Tipo B. PID2021-123070NB-I00 (2022-2025).

2. La obra cuenta con contribuciones de 29 investigadores de Universidades, europeas y de fuera de la Unión Europea. Gracias a ello, cuenta con seis áreas temáticas que profundizan las diferentes oportunidades y desafíos normativos, éticos, sociales y económicos que la conducción autónoma presenta.

3. En la primera parte, se ahonda en la gran preocupación que reviste la posibilidad de que el derecho a la intimidad y la privacidad manifiesten un retroceso en favor del mejoramiento del sistema de conducción autónoma. El coche autónomo, como se sabe, recaba información en tiempo real (datos) del entorno para su perfeccionamiento del sistema, pero ello plantea, al menos a priori, algunas dudas sobre si estamos cambiando seguridad por privacidad y qué modelo de sociedad estamos caminando y si la dirección adoptada nos conduciría a abandonar la denominada sociedad de la libertad acercándonos cada vez más hacia lo que anteriormente hemos señalado como una sociedad del control (Remoti, p. 62). Esta disyuntiva se da, aparentemente, por la promesa de que, en el futuro cercano, los coches autónomos puedan ayudar a mitigar los daños ocasionados por accidentes pues, a la fecha, se calcula que los accidentes de tráfico resultan en casi un 90 por cien de las oca-

siones en un error humano, y no en uno de fabricación del producto, o en un error sobrevenido del vehículo (Remoti, p. 69). Para que los vehículos autónomos sean cada vez más seguros, necesitan una inmensa cantidad de datos en tiempo real que les permitan actuar con certeza en tiempo real.

4. Por ello, es necesario encontrar un equilibrio entre la privacidad y seguridad, cuyo primer paso consistiría en la protección de los usuarios de dichas tecnologías a través de un correcto tratamiento de los datos que el aplicativo recoge. En este sentido, el artículo 5 del RGPD establece que los datos personales se tendrán que tratar de una forma lícita, leal y transparente con relación al interesado. Por su parte, el artículo 6 del RGPD Establece limitaciones para el uso de los datos de carácter personal, pero no es ello lo que más preocupa a alguno de los autores de esta obra, sino que no se respete el habeas data, el derecho que todo ciudadano tiene para controlar y supervisar el uso y el destino de sus datos personales (Ortega, p. 151).

5. En la segunda parte, se ahonda en aspectos administrativos de los coches autónomos, junto con una especial referencia a las llamadas “ciudades inteligentes”. Sobre este asunto, es de especial interés los esfuerzos que se vienen realizando por parte de las autoridades para realizar un proyecto legislativo para un “espacio controlado de pruebas”. De hecho, ya existe un Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible que pretende instaurar un campo de pruebas para coches autónomos que puedan ser certificados posteriormente por la administración, aunque ya en el Proyecto de Ley se observa una tensión entre los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica por un lado y,

por otro, el de innovación en la movilidad (Amenós, p. 223). Dicho Proyecto, si termina viendo la luz, promete establecer un sistema de “solicitudes de admisión al espacio controlado de pruebas” en que las empresas que quieran beneficiarse de ello deberán cumplir una serie de requisitos establecidos en el art. 67.3 del Proyecto.

6. También se ofrece una reflexión sobre el impacto que el coche autónomo tendrá en la movilidad del futuro. Sobre ello, podemos destacar que, por ahora, la única regulación que en estos momentos existe en España, es el artículo 11 bis, de la Ley de Tráfico y que entró en vigor en marzo de 2022 (Ministerio de Interior-DGT, 2015). Ello plantea algunas problemáticas ante la aparición de la movilidad del futuro, por ejemplo, con el advenimiento de los robotaxis vehículos que operan sin intervención humana, utilizando tecnologías avanzadas de conducción autónoma. Estos vehículos están equipados con sensores, cámaras y software de inteligencia artificial que les permiten navegar y operar de manera segura en entornos urbanos (Perna, p. 315). Como puede aventurarse, este sistema, de perfeccionarse, tendría cambios significativos en la movilidad urbana, permitiendo transportes 24 horas y a precios reducidos, al no necesitar un conductor y junto con la promesa de mayor seguridad durante los trayectos. No obstante, subsisten dudas sobre cómo integrarlo junto al tráfico tradicional (Perna, p. 319) así como el incremento paulatino del tráfico a horas intempestivas en la ciudad. Todo ello, además, contando con la necesidad imperiosa de una infraestructura de conectividad robusta, basada en sistemas de redes móviles e IoT es fundamental para el funcionamiento eficiente de los VA y su integración en el tejido urbano. El acceso confiable a datos en tiempo real sobre el tráfico, las condiciones climáticas y la disponibilidad de transporte público (Perna, p. 323).

7. En la tercera parte de la obra, se hace hincapié en la responsabilidad civil y penal de la utilización de coches autónomos y automatizados. En primer lugar, se advierte sobre las diferencias entre los vehículos automatizados y los autónomos. Los primeros son capaces de realizar por sí mismos todas o algunas de las funciones de la conducción, pero siempre en última instancia bajo el control, supervisión o apoyo de un conductor humano. Mientras que en los autónomos es el propio vehículo el que reconoce el entorno y es capaz

de tomar las decisiones de conducción (Núñez, p. 371). Ello implica, que los vehículos autónomos presentan ciertas problemáticas en cuanto a la responsabilidad civil tradicional se refiere. Esto es así, por su opacidad, su imprevisibilidad, los múltiples actores que participan en su fabricación.

8. Y es que, como bien se reflexiona en la obra, aunque el artículo 1 de la Ley de tráfico hace responsable “maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo”, el usuario o pasajero, persona que ocupa el vehículo sin ninguna función en la supervisión de la conducción o el entorno, no puede ser responsable (Navarro, p. 405). Ante ello, se viene barajando la posibilidad de que otros actores, ante la falta de control efectiva del vehículo autónomo, sean los que deban responder en caso de un posible hecho dañosos tales como el supervisor técnico (en Alemania) o el operador (Reino Unido), pues tal y como se encuentra nuestra regulación, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3 LRCSVM, “el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal”.

9. Sin embargo, lo que no queda del todo claro, y la obra muestra sus reticencias, es si en casos de nivel de conducción autónoma 4 o superior, donde el conductor tiene un papel meramente testimonial en la conducción, deberían también los “conductores” o propietarios hacerse cargo de los daños.

10. Tampoco debemos olvidar, que un coche autónomo es, al mismo tiempo, un producto, y un sistema de IA del que podría acarrear que el proveedor quedara sujeto a las obligaciones del artículo 16 del RIA y que, además, podría considerarse que un daño producido por un coche completamente autónomo es un defecto ex art. 7.2.c) DRP que precisamente se refiere a este requisito para apreciar el carácter defectuoso de un producto: “el efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio.”

11. En cuanto a la responsabilidad penal, su régimen queda intacto en tiempos de la conducción autónoma en tanto no se le reconozca consciencia y

sentimiento de empatía al sistema inteligente usado en la conducción autónoma, no sería posible predicarles la imputabilidad y reprochabilidad que exige la culpabilidad penal, (Muñoz, p. 471).

12. En la cuarta parte de la obra se reflexiona sobre el aseguramiento de los coches autónomos y automatizados. Se recuerda con acierto como el seguro obligatorio de automóviles se concibió originalmente para cubrir únicamente la responsabilidad civil del conductor. Por otro lado, el seguro de responsabilidad civil del fabricante del producto opera bajo lógicas distintas pues como se nos dice la responsabilidad del fabricante es garantizar que el producto o el servicio cumpla las expectativas de su comprador, además de indemnizar al perjudicado el daño, a consecuencia de defectos (p. 509). En este sentido, ante un futuro accidente en que se vea envuelto un coche completamente autónomo, surgen dudas sobre si, en realidad, la responsabilidad debería dirimirse por la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o defectuoso del servicio, o, si se trata de una empresa de transporte, con su posible acumulación con los seguros obligatorios de viajeros (sovi) (Benito, p. 513).

13. En la quinta parte, se analiza el impacto de las aeronaves no tripuladas en la movilidad urbana, así como una referencia especial a los drones militares. Sobre ello cabe recordar que la normativa va, poco a poco, reinventándose a la vez que los drones resultan cada vez más avanzados y sofisticados. De hecho, recientemente el nuevo reglamento 2018/1139 ha establecido una legislación específica para los drones, así como el reglamento Delegado 2019/ 945 sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas, así como el reglamento de Ejecución sobre operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas.

Por otro lado, se establecen tres categorías en las que se clasifican las operaciones de los UAS en función del riesgo que la operación de dicho UAS supone para terceros (personas y propiedades):

- a) Categoría abierta, que es aquella que implica un riesgo bajo.
- b) Categoría específica, que es la que implica un riesgo medio.

- c) Categoría certificada, que es aquella que conlleva un riesgo alto (Castellanos, p. 621).

También se plantean dudas éticas en cuanto al uso de armas autónomas en el campo de batalla. Se muestra una preocupación por el hecho de que la “muerte ante un arma autónoma” no sea una muerte digna pues, de acuerdo con alguno de los autores de esta obra, la *dignidad humana sería negada si las víctimas que quisieran apelar a la humanidad de su verdugo no pudieran porque se tratara de un ser artificial* (Martínez, p. 716).

Por último, la parte sexta y última está dedicada a los buques autónomos, con especial énfasis en su regulación, la responsabilidad civil y el régimen de seguros. Primeramente, se hace un análisis exhaustivo del futuro Código Internacional de Seguridad para buques autónomos de la OMI (borrador del Código Mass). También se reflexiona sobre la oportuna revisión de la legislación en materia de responsabilidad civil en la era de los buques autónomos.

En cuanto a los seguros, se establece la necesidad de nuevos seguros complementarios a los ya existentes que cubren los elementos humanos a bordo del buque ante la aparición de los buques autónomos. Esto, como bien se expresa en la obra (Sierra, p. 837 y ss.), no es un impedimento de que se creen seguros especiales de acuerdo con las características de estos buques bajo la autonomía de la voluntad de las partes. Bien es cierto, que como se afirma, los buques deben estar correctamente clasificados por una sociedad de clasificación extremo que puede conllevar cierta dificultad cuando hablamos de tecnologías emergentes.

En conclusión, la obra realiza un análisis en profundidad de los principales aspectos ético-jurídicos que el desafío de la aparición de la automatización presenta en el transporte por los distintos medios (aéreo, marítimo, terrestre) presentando por parte de sus autores tanto las problemáticas esenciales actuales como propuestas de futuro a fin de garantizar un clima de confianza y seguridad jurídica en estas nuevas tecnologías, haciendo especial hincapié en la responsabilidad civil, las normas administrativas, así como la adecuación de la legislación en materia de seguro de responsabilidad civil.

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ. *Resolución de conflictos en el metaverso. Nuevas reglas para mercados, propiedad, consumidores y trabajadores en las nuevas realidades virtuales*. Tecnos, Madrid, 2025, 348 pp., ISBN: 978-84-309-9217-1

KATIA FACH GÓMEZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad de Zaragoza

ORCID ID: 0000-0001-8060-7133

DOI: 10.20318/CDT.2025.9938

1. Avatar, token no fungible, *minter*, organización autónoma descentralizada, gemelo digital, web 4.0, *crowdsourcing*, oráculo, *veeple*, *lex metaversi*... Está claro que Friedrich Karl von Savigny, “incontrovertible y resplandeciente genio jurídico único”, (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro, Murcia, 2024, sexta edición, p. 577) jamás escuchó o hizo uso de esta terminología de origen tecnológico. Actualmente es, sin embargo, necesario que quienes nos dedicamos al Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) afrontemos la importancia creciente que estos términos desempeñan en nuestra disciplina. *Resolución de conflictos en el metaverso* es una monografía muy útil en dicho sentido, ya que nos ayuda a reflexionar sobre la configuración y límites del DIPr. contemporáneo y nos muestra también cómo podría orientarse la docencia jurídica universitaria referida a los mundos virtuales.

2. Como bien afirma la profesora López Rodríguez, autora de este trabajo publicado por Tecnos en el año 2025, “el desarrollo de un marco regulatorio efectivo para los mundos virtuales requiere una comprensión profunda de la técnica subyacente” (página 18). En consonancia con ello, la Dr^a López dedica los primeros apartados de los capítulos I a VIII de su monografía a presentar y explicar realidades de naturaleza no jurídica (características de los mundos virtuales o de los tokens no fungibles, tipologías de metaverso o de avatares, etc.). Asimismo, esta Profesora titular de DIPr en la Universidad Loyola Andalucía perfila

a lo largo de estos apartados introductorios cuáles son las principales ventajas y riesgos potenciales de estas realidades cibernéticas desde una perspectiva de las ciencias sociales y humanidades. Salvo que el lector sea un experto en todas estas cuestiones tecnológicas, son de agradecer tales presentaciones divulgativas, ya que sientan las bases necesarias para poder adentrarse posteriormente en un análisis de tipo legal.

3. La hipótesis jurídica que plantea esta monografía es que “la normativa internacional iusprivatista y los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos no están adecuadamente adaptados para abordar los desafíos emergentes de los mundos virtuales” (página 19). Diversas peculiaridades de estos mundos virtuales, como la descentralización de su gestión o el posible anonimato de sus participantes no casan adecuadamente con puntos de conexión de naturaleza territorial o personal recogidos en normas de competencia judicial internacional y de derecho aplicable propias del DIPr. Este punto de partida conduce a la autora a reflexionar sobre cómo abordar desde esta disciplina las controversias de muy diversa naturaleza que pueden surgir en el metaverso. Tomando como ejemplo las relaciones contractuales y la responsabilidad extracontractual, abordadas en los capítulos V y VI del libro, la Dr^a Rodríguez alcanza unas conclusiones parciales que refuerzan la hipótesis precitada. Así, “los foros de competencia del Reglamento Bruselas I bis o las normas de conflicto recogidas en el Reglamento Roma I ha sido diseñadas (...) para ser aplicadas en un mundo físico y centralizado, pero pueden no ser

adecuadas para resolver disputas contractuales en el metaverso” (página 171) y “el metaverso presenta un conjunto único de desafíos para el marco jurídico de la responsabilidad extracontractual, lo cual podría requerir la adaptación de las normas tradicionales” (página 197).

4. La capacidad de adaptación del DIPr. a las características del mundo virtual es una de las cuestiones que se plantean a lo largo de esta monografía y que es de especial interés de cara al futuro de esta disciplina. Frente a un sector doctrinal que considera que el marco normativo actual es capaz de absorber los nuevos fenómenos que tienen lugar en un entorno no físico, existe otra corriente más favorable a reconocer la necesidad de innovar normativamente desde el contexto del DIPr. (páginas 50-56). La profesora López Rodríguez parece mostrarse receptiva a este segundo enfoque -al menos, en algunos ámbitos- realizando en su trabajo propuestas de lege ferenda por lo que respecta, por ejemplo, a transacciones en *blockchain*: “el legislador europeo debería aprovechar la oportunidad para introducir reglas específicas de jurisdicción y derecho aplicable en una futura reforma del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I”. Iniciativas como la sugerida sentarían los cimientos de un “meta-Derecho internacional privado”, esto es, un DIPr. que iría más allá del DIPr configurado para resolver “supuestos de tráfico externo” propios de un entorno analógico. (F.J., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas, séptima edición, 2023, p. 33). En el ínterin, la autora apunta que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá aclarar el marco aplicable [a las transacciones en *blockchain*] cuando se le presente la oportunidad” (página 171). Dando un paso adelante, la Dr^a López sugiere asimismo en el último capítulo de su trabajo (capítulo X) que la creación de un marco regulatorio sustantivo cada vez más articulado para el metaverso puede traer consigo una merma del poder normativo estatal -y, por ende, de disciplinas como el DIPr.- (pp. 325-333). La jurista prevé, al igual que ha sucedido con la *lex mercatoria*, que diversos actores de naturaleza privada también intervendrán de forma colaborativa en la configuración de la conocida como *lex metaversi*.

5. La resolución de controversias acontecidas en el metaverso es un ámbito en el que se aprecia

con especial intensidad cómo “el metaverso desafía las estructuras jurídicas tradicionales” (p. 317). El capítulo IX de esta monografía muestra las dificultades y disonancias que pueden surgir cuando el mundo analógico y el virtual se encuentran. La autora estudia el caso de Kleros (“un protocolo de resolución de conflictos en línea de código abierto que usa *blockchain* y *crowdsourcing* para resolver conflictos de manera justa”- <https://kleros.io/es/>), que hasta el momento ha dado respuesta a 1661 controversias a través de su servicio de arbitraje descentralizado. La profesora López Rodríguez hace especial referencia a una de esas decisiones Kleros, que quedó plasmada en un laudo arbitral el 27 de noviembre de 2020. El incumplimiento voluntario de dicho laudo condujo a la parte afectada a solicitar su ejecución ante los tribunales mexicanos. Esta circunstancia da pie a la autora para reflexionar sobre la ductilidad de la Convención de Nueva York del año 1958 (CNY) respecto de fenómenos cibernéticos de factura reciente como el arbitraje en *blockchain* (pp. 307-312).

6. La autora de *Resolución de conflictos en el metaverso* no es una recién llegada a la investigación jurídica en el ámbito de las nuevas tecnologías. Al contrario, la Dr^a López Rodríguez lleva tiempo dedicando su interés científico no solo a la relación entre la CNY y tecnología (K. FACH GÓMEZ/ A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ (COORD.) *60 Years of the New York Convention. Key Issues and Future Challenges*, Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, pp. 99-134), sino también a varios de los temas principales abordados en esta reciente monografía, que cuentan con estudios preliminares firmados por la profesora López Rodríguez (A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Applicable law to smart contracts and *lex cryptographia*”, *Cuadernos Derecho Transnacional* CDT, 13, 1, 2021, p. 441-459; A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT).” *Revista Española de Derecho Internacional*, 74, 2, 2022, pp. 299-322; A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el metaverso” *Cuadernos de derecho transnacional* CDT, 16, 1, 2024, pp. 319-343; A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “En el laberinto digital” *Cuadernos de derecho transnacional* CDT, 17, 1, 2025, pp. 461-477). Toda esta actividad investigadora redonda positivamente en esta monografía, donde su autora cita adecuadamente la

bibliografía extranjera más reconocida en materia de derecho y metaverso para, a su vez, generar un trabajo científico que sin duda será citado en el ámbito académico español y latinoamericano. De la misma forma que el desarrollo de un marco regulatorio efectivo para los mundos virtuales requiere, en palabras de la profesora López Rodríguez “un diálogo continuo entre los interesados, incluidos los desarrolladores de plataformas, los usuarios, los expertos legales y los organismos regulado-

res” (página 19), el avance de la ciencia jurídica precisa trabajos como el aquí recensionado. Esta monografía presenta la doble virtud. Por un lado, se atreve a mirar a los ojos de los múltiples eventos que pueden generar conflictos jurídicos en el metaverso. Por otro lado, se muestra dispuesta a revisar el contenido de la “caja de herramientas” de los iusprivatistas, apuntando que tal vez sería útil actualizarla con algún utensilio procedente de otros contextos jurídicos o extrajurídicos.

ANGELA DI STASI Y ROSARIO ESPINOSA CALABUIG (a cura di). *Cyberviolenza di genere e nuove “frontiere” normative e giurisprudenziali: la Direttiva UE 2024/1385/Ciberviolencia de género y nuevas “fronteras” normativas y jurisprudenciales: la Directiva UE 2024/1385*. Editorial Scientifica, 2025.

VALENTINA FAGGIANI

*Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho Constitucional
Universidad de Granada*

DOI: 10.20318/cdt.2025.9939

La violencia contra las mujeres no es solo un supuesto típico delictivo, es ante todo un fenómeno, “un problema social grave” (considerando n. 11 de la Directiva UE 2024/1385), fruto de una concepción patriarcal, de una construcción de poder desequilibrada en favor del hombre; por eso es tan difícil erradicarla. Se asiste a una “manifestación persistente de la discriminación estructural” (considerando n. 10 de la Directiva UE 2024/1385), que se ha sedimentado a lo largo de los siglos, para excluir a la mujer del espacio público, limitándola hasta anular sus derechos y libertades fundamentales.

Atendiendo al art. 3 del Convenio de Estambul, que ha sido ratificado también por la UE, por “violencia contra las mujeres” se entiende “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres”, en la que pueden subsumirse “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

Se asiste, por lo tanto, a un “*genus*”, en el que se puede reconducir un abanico amplio de “especies” de comportamientos delictivos. La ciberviolencia o “violencia digital” o también “virtual” representa una tipología inédita, que abre nuevas “fronteras” por explorar, exigiendo la adopción de una estrategia de lucha propia para que estos crímenes se puedan prevenir, perseguir, enjuiciar y reprimir en vía penal de forma efectiva.

El libro *Cyberviolenza di genere e nuove “frontiere” normative e giurisprudenziali: la Di-*

rettiva UE 2024/1385 / Ciberviolencia de género y nuevas “fronteras” normativas y jurisprudenciales: la Directiva UE 2024/1385, coordinado por Angela Di Stasi, Catedrática de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Salerno, y Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia, publicado en 2025 por la Editorial Scientifica en la prestigiosa colección dirigida por la Profesora Di Stasi, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, se enmarca precisamente en el debate sobre estas cuestiones.

Estamos ante un texto pionero, al tratarse de la primera obra colectiva, que se ocupa de manera específica de la “ciberviolencia” contra las mujeres, una dimensión de la violencia de género muy actual y en continua evolución, en la que no obstante hasta ahora no se había profundizado. Este tipo de violencia asume perfiles especiales, derivados del cruce entre la dimensión *online*, en la que el crimen se consume, y la dimensión *offline*, en la que impacta, afectando al núcleo básico de los derechos fundamentales y a la dignidad de la mujer, víctima de tales actos, y a sus redes de relaciones. Esto la dota de un plus de complejidad, pues a las dificultades tradicionales, que plantea el tratamiento de este fenómeno, se añaden las problemáticas y las contradicciones de la dimensión *online*, lo cual impone una lectura integrada del binomio “violencia de género/nuevas tecnologías”.

Ante todo, no se puede subestimar la falta casi absoluta de filtros en el mundo tecnologizado, que permite a los responsables de estas conductas expresar libremente el odio, que profesan hacia las mujeres, atacando a un número potencialmente

indeterminable de personas. Su carácter anárquico hace difícil delimitar y controlar este espacio, en el que se superan las barreras físicas y temporales con una velocidad impresionante. Además, la conexión entre esfera *online* y *offline* difumina los límites entre público y privado y, en definitiva, el control sobre nuestras vidas, que es cedido a terceros.

Todo esto se complica cuando la comisión del delito se lleva a cabo mediante la Inteligencia Artificial, que permite producir, manipular o alterar imágenes y voz. A pesar de los intentos de regular su uso e imponer algunas “líneas rojas” en el Reglamento (UE) 2024/1689, que ha establecido normas armonizadas en este ámbito, sigue siendo imposible dominarla. Y más complicado aún es cuando el supuesto típico delictivo se realiza en el metaverso. Esta tecnología representa una última “frontera”, no solo por la necesidad de colmar lagunas normativas, sino por la incapacidad de controlar su uso.

Por ello, la respuesta a este tipo de comportamientos, que en muchas ocasiones suelen reproducirse de forma reiterada, a lo largo del tiempo, requiere de un enfoque multinivel y transversal. El carácter multinivel parte de la necesidad de estudiar los distintos espacios de regulación de forma sistemática, no como compartimentos estancos, a fin de tener una visión más integrada, abierta y completa de las problemáticas, que se plantean, y elaborar soluciones unitarias y coherentes.

De ahí, la necesidad de abordar, como se ha hecho correctamente en el libro, no solo el marco constitucional (M. Martínez López-Sáez), sino también el Derecho de la UE, el marco convencional del Consejo de Europa, el Derecho internacional (G. M. Ruotolo y A. M. Gallo; y S. Tonolo), y las repercusiones en los ordenamientos jurídicos internos, considerando como puntos de referencia en particular el ordenamiento italiano (E. Bergamini y S. De Vido; A. Festa; M. Telesca y E. Lo Monte; L. Kalb; R. Alfano) y el español (N. Igarra González; J. C. Vegas Aguilar; M^a. J. Jordán Díazroncero; R. Borges Blázquez).

Por su parte, la aproximación multidisciplinar del libro ha permitido involucrar no solo a expertos de todas las áreas de la ciencia jurídica, del derecho público y del derecho privado, sino también de distintas disciplinas, como la sociología (G. Cersosimo). Un planteamiento de este tipo, que es muy enriquecedor, favorece además la complementariedad entre teoría y práctica.

El presente enfoque gira en torno a la premisa de que las nuevas tecnologías han supuesto un

replanteamiento de las categorías básicas del Derecho: del sistema de fuentes a los derechos fundamentales, cuyo contenido básico, tal y como se solía concebir tradicionalmente, se ha visto modificado y enriquecido de nuevos perfiles, como en el caso del derecho a la intimidad, el respeto de la vida privada o la protección de datos personales; en otros en cambio ha llevado a que emerjan nuevos derechos, como por ejemplo el derecho al olvido.

Los efectos de estos cambios sobre los derechos fundamentales no inciden solo en su contenido, sino que van más allá, interesando los mismos mecanismos de protección, por la necesidad de enfrentarse al desarrollo de nuevas amenazas y formas de violencia. En dicho marco, se ha vuelto indispensable la consolidación de un sistema digitalizado, tanto de cooperación judicial en materia penal y de cooperación policial, para investigar estos delitos y descubrir a los culpables, como de cooperación judicial en materia civil, para resolver, por ejemplo, casos de sustracción de menores por mujeres víctimas de violencia de género (R. Espinosa Calabuig).

La importancia de un estudio original y específico sobre la ciberviolencia contra las mujeres en relación con la Directiva (UE) 2024/1385, como el que se ha realizado en esta obra colectiva, se puede comprender solo considerando la función determinante que esta medida desarrollará en la protección de las mujeres.

En primer lugar, la Directiva (UE) 2024/1385 reconoce la dimensión extraterritorial-europea de estos crímenes. El que la violencia de género se conciba como un “delito grave”, que puede asumir una dimensión transnacional, afectando a dos o más Estados miembros o involucrando también a un tercer país, es fundamental porque requiere activar una respuesta desde el sistema de cooperación judicial en materia penal (art. 82, ap. 2, y art. 83, ap. 1, TFUE).

En segundo lugar, este instrumento tiene el mérito de haber complementado el complejo entramado normativo en este ámbito, innovándolo. De esta forma, se ha enriquecido su contenido, integrándolo y “adaptándolo-especificándolo” (A. Di Stasi, p. 24), y se ha extendido la protección también a las manifestaciones de violencia de género en la dimensión digital. Esto es muy importante porque la mayoría de estos crímenes solía ser invisible, quedándose impune.

Aunque la Directiva (UE) 2024/1385 siga las pautas marcadas en los actos de *hard law* y en los

documentos de *soft law* (A. Di Stasi, p. 23), que la han precedido, como la Recomendación general n. 1 del Grevio (Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica) sobre la dimensión digital de la violencia de género (2021), va más allá.

Desde el Consejo de Europa se puso en marcha una respuesta coordinada y complementaria al fenómeno de la ciberviolencia contra las mujeres a través del Convenio de Estambul sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011), por un lado; y del Convenio de Budapest (2001) sobre la criminalidad informática, y del Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2023), relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electrónicas, por otro (A. Iermano; E. Martínez García; D. Marrani).

No obstante, si bien estos instrumentos han constituido los principales referentes para el desarrollo de la Directiva (UE) 2024/1385, esta medida ha supuesto un avance. Fusionando las dos perspectivas: Convenio de Estambul-Convenio de Budapest, la UE ha conseguido elaborar un instrumento original, innovador e integrado, que quizás en el futuro se convierta, a su vez, en la base para la adopción de un Protocolo más específico en este ámbito, que complemente las medidas hasta ahora adoptadas en el seno del Consejo de Europa.

Algo parecido ocurrirá también a nivel jurisprudencial. Si bien el Tribunal de Estrasburgo (V. Tevere), mediante una interpretación evolutiva “*sensitive gender*”, ha abierto una nueva frontera, incluyendo implícitamente la violencia de género en el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), el derecho a la vida (art. 2 CEDH), la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y el principio de igualdad (art. 14 CEDH), la Directiva UE) 2024/1385 está destinada a abrir un nuevo horizonte para que también el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie y se entable un diálogo judicial europeo sobre estas cuestiones.

En tercer lugar, en cuanto a la técnica normativa, la adopción de un denominador común, a través del instrumento de la directiva, pretende construir una respuesta compartida, eficaz, disuasoria y proporcionada, que además vinculará a todos los Estados de la UE, con la inclusión de Bulgaria, el único Estado miembro de la UE, que no ha ratificado el Convenio de Estambul. Por su parte, Dinamarca representa la excepción, manteniendo su habitual

opt-out respecto a la Directiva (UE) 2024/1385.

De tal forma, se establece una base sólida sobre la que los Estados tendrán que trabajar para adaptar sus ordenamientos internos. Además, atendiendo a la cláusula de no regresión prevista en el art. 48 de la Directiva sobre ciberviolencia, la armonización de mínimos no impide a los Estados miembros conceder una protección más elevada, superando el umbral establecido por el Derecho de la UE.

En cuarto lugar, desde el punto de vista material, la Directiva regula las siguientes manifestaciones de la ciberviolencia: el ciberacecho (*cyber stalking*), el ciberacoso (*cyber harassment*), el ciberexhibicionismo (*cyber flashing*), la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos, así como las conductas delictivas reguladas por otros actos de la Unión, especialmente la Directiva 2011/36/UE relativa a la trata de seres humanos y la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Además, se incluyen dentro de la noción de violencia contra las mujeres también diferentes formas de ciberviolencia ya previstas en el Derecho nacional, como el acoso sexual en línea y el cibermatonismo (*cyber bullying*), que adquieren una dimensión supranacional.

Se trata de conductas delictivas, cuya perpetración suele ser “fácil, rápida y amplia”. El objetivo no es otro que controlar a las víctimas, denigrarlas públicamente y anularlas, excluyéndolas. Para comprender la gravedad de estos crímenes es suficiente pensar que a través de las tecnologías pueden ser “accesibles al público”, es decir a una pluralidad indeterminada de personas, “imágenes, vídeos o material similar que representen actividades sexualmente explícitas o partes íntimas de una persona”, sin el consentimiento de las víctimas (considerando n. 19 de la Directiva (UE) 2024/1385).

En muchas ocasiones además la ciberviolencia se dirige hacia determinados colectivos vulnerables y minorías o mujeres muy expuestas a la crítica, por ejemplo, por su posición profesional, como las que se dedican a la política, las periodistas y las defensoras de los derechos humanos. El *chilling effect* de estos actos tiene la finalidad de silenciarlas, disuadiéndolas del correcto desarrollo de su trabajo (C. Morini).

Y, por último, no se puede soslayar la importante función educativa, que desarrollará la Directiva (UE) 2024/1385, y que inspira también esta

obra colectiva. Se pretende contribuir a concienciar a la ciudadanía de los nuevos y peligrosos perfiles y de los efectos devastadores, que puede tener la violencia de género, en particular cuando se comete online.

Por todas estas razones, esta obra colectiva está destinada a convertirse en un referente en la mate-

ria. Ocupándose de los perfiles clave de estas cuestiones desde varios ángulos ha ofrecido las bases sobre las que la doctrina y los profesionales tendrán que seguir profundizando para intentar encontrar soluciones viables y eficaces a los problemas sin resolver y abordar las “nuevas fronteras”, que la “sociedad tecnologizada” seguirá planteando.

JAVIER PÉREZ FONT. *Delimitación del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2025, 673 pp.

EDUARDO HERRERO URTUETA

*Profesor Permanente Laboral de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra/Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

ORCID ID: 0000-0003-1844-7575

DOI: 10.20318/cdt.2025.9940

1. El comercio internacional ha sido siempre un motor de la economía, en la medida en que el peso que cada Estado tiene en él, sirve como referencia de su importancia. A mayor abundamiento, el análisis de las exportaciones y las importaciones, supone uno de los aspectos más reseñables a la hora de valorar la fortaleza y competitividad de la economía de un Estado. En este sentido, cabe recordar que las importaciones y exportaciones no dejan de ser la participación que del comercio internacional hace cada país. Con este contexto, hay que ser conscientes de la enorme complejidad jurídica que conlleva este sector, pues al participar multitud de Estados, de forma cocrrespectiva, pueden entrar en conflicto multitud de normas jurídicas, potencialmente aplicables a cada caso. Como consecuencia de ello, se expandió y fomentó el uso de un sistema de resolución de controversias que fuera más adaptado al sector, surgiendo el arbitraje comercial. No obstante, para que el sistema del arbitraje comercial sea plenamente válido, debe existir la posibilidad de hacer valer las resoluciones, es decir, los laudos que emanen de las instituciones arbitrales en cualquier lugar. Es en este punto donde surge y cobra una especial importancia el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

2. Con el contexto planteado, es preciso presentar la monografía recensionada, pues esta obra es fruto de las investigaciones realizadas por el doctor Javier Pérez Font en su tesis doctoral dirigida por la profesora Natividad Goñi Urriza y defendida ante el tribunal presidido por el profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca y que contó,

además, con los profesores Miguel Gómez Jene y Javier Carrascosa González.

3. Esta obra viene a tratar y resolver algo que atiende a los pilares fundamentales del arbitraje comercial internacional: el reconocimiento y ejecución de los laudos. Por ello, las conclusiones y los conceptos que en esta obra se delimiten, serán útiles ahora y en el futuro, constituyendo una herramienta útil para todos los estudiosos del arbitraje comercial.

4. El planteamiento de esta obra comienza con una introducción que permita diferenciar el reconocimiento de la ejecución, cuestión importante en algunos ordenamientos jurídicos. Seguidamente, se procede a dividir el resto de la obra en cinco capítulos que permitan comprender las distintas vertientes de los laudos arbitrales, trabajando cuestiones tales como el laudo extranjero, el no doméstico, el convencional y el obligatorio.

5. Esta obra comienza con una introducción en la que se trata la vital cuestión que permite diferenciar el reconocimiento de la ejecución de los laudos. Esta labor doctrinal resulta necesaria si se tiene en cuenta que se trata de un texto internacional que debe ser aplicado en países con sistemas jurídicos diferenciados. Así, hay países en que tienen connotaciones diferentes pues separa, por un lado, el reconocimiento, como acto de admitir que una decisión extranjera, en este caso un laudo, produzca efectos en ese país; y, por otro lado, la ejecución, que implicaría la posibilidad de que esa decisión despliegue efectos ejecutivos y, por ello, pueda compelerse a su cumplimiento.

Con esta premisa, el autor analiza el alcance de la Convención de Nueva York, pues menciona de forma conjunta el reconocimiento y la ejecución de los laudos, de tal modo que no puede adjudicarse una conceptualización unívoca a cada término, pues entraría en conflicto con los distintos ordenamientos jurídicos. Como consecuencia de ello, la acción de reconocimiento y la de ejecución serán independientes o no, atendiendo a la casuística concreta, en la medida en que el autor hace un estudio exhaustivo de la aplicación de la Convención de Nueva York en diferentes ámbitos.

6. Tras resolver la espinosa cuestión acerca de la interdependencia de las acciones de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, el doctor Javier Pérez Font se centra en delimitar de forma sumamente detallada el concepto de laudo arbitral y todas las diferentes posibilidades que puede haber. Ello trae causa del principio fundamental que se establece en la Convención de Nueva York en relación a la no discriminación de tal modo que a un laudo extranjero no se le puedan imponer procedimientos más rigurosos que a un laudo doméstico. Así, un laudo convencional, es decir, aquel que cumple con los requisitos de la Convención de Nueva York, no puede ser discriminado con respecto a un laudo no convencional o un laudo doméstico. Ante esta situación, la primera cuestión a la que se debe responder y que, acertadamente resuelve el autor de la obra, versa acerca del concepto del laudo. En este sentido, se parte de una definición que contrasta la delimitación positiva y negativa del mismo, con la diferenciación con otros instrumentos como una orden. A mayor abundamiento, los laudos no son todos iguales, en la medida que su contenido puede afectar a su naturaleza, diferenciándose en la obra laudos finales, laudos parciales, laudos preliminares, laudos provisionales, laudos aclaratorios, laudos complementarios, laudos convenidos, entre otros, así como las diferencias que cada uno de ellos pueden sufrir en materia de reconocimiento y ejecución.

7. Una vez establecido con profundidad y detalle el concepto de laudo arbitral, la obra continúa analizando distintas cuestiones relacionadas que son de vital importancia para analizar el reconocimiento y ejecución de los laudos. Así, en el Capítulo 2 se va a tratar el laudo convencional y la reserva de reciprocidad. En esta línea, hay que tener presente que el laudo extranjero cuyo

reconocimiento se pretenda, debe cumplir con una serie de requisitos contenidos en la Convención de Nueva York, alcanzando, en esta situación, la denominación de laudo convencional. Así, la decisión emanada de un tribunal arbitral deberá tener la consideración de laudo y, además, los requisitos de validez requeridos para estar bajo el amparo del citado texto convencional. Como consecuencia de ello, es necesario analizar cuestiones varias relacionadas con la validez del laudo a distintos niveles: subjetiva, material y formal; con un análisis del criterio territorial, pues es la herramienta más típica para poder determinar el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York. No obstante, un criterio que, en principio parece simple, no lo es, a la luz de la exhaustividad del estudio realizado por el autor analizando diferentes casuísticas de difícil encaje y que representan situaciones que, son cada vez más típicas en el ámbito internacional como la pluralidad de contratos, la falta de designación de sede o ley aplicable al procedimiento.

8. Pasando al siguiente capítulo de la obra realizada por el doctor Javier Pérez Font, en ella se trata del laudo no doméstico, término que define al laudo arbitral que pese a ser dictado en el país en el que se pretende que despliegue efectos, el ordenamiento jurídico no lo reconoce como laudo doméstico o nacional. En este sentido, a lo largo del capítulo se realiza un examen detallado de esta casuística y los diferentes criterios que se pueden utilizar para catalogar a un laudo arbitral como no doméstico, como por ejemplo, la nacionalidad de las partes o el lugar de la prestación, todo ello con una mención especial al marco jurídico estadounidense. Asimismo, se lleva a cabo una exposición de la reserva comercial como esa capacidad que la Convención de Nueva York concede a los Estados contratantes para determinar delimitar su ámbito de aplicación a lo que su ordenamiento jurídico doméstico establezca como disputa comercial.

9. Continuando con la reseña de esta obra que con tanto detalle analiza la delimitación de la Convención de Nueva York, es necesario mencionar el Capítulo IV en el que el autor trata del laudo obligatorio como laudo convencional. Este estudio resulta necesario en tanto en cuanto, como muy bien explica el autor, trae causa de los propios requisitos de la Convención de Nueva York acerca de los laudos susceptibles de ser reconoci-

dos y ejecutados, esto es, que sean firmes y operativos y su ejecución no sea suspendida. Como consecuencia de ello, un laudo obligatorio, tomando este término para definir aquel definitivo que no puede ser objeto de impugnación, recaería bajo el amparo de la citada convención para su reconocimiento y ejecución en el extranjero. Por ello, adquiere especial importancia el análisis que lleva a cabo el autor al respecto.

10. Finalmente, en el último capítulo de esta obra, el doctor Javier Pérez Font trata el laudo anulado o suspendido como laudo convencional. Esto adquiere una gran relevancia en tanto en cuanto, como principio básico que, además, ha sido objeto de exhaustivo tratamiento en otro capítulo de esta obra, el laudo queda bajo el amparo de la Convención de Nueva York si resulta definitivo, es decir, no ha sido impugnado. Sin embar-

go, el autor hace una disertación histórica necesaria para entender esta cuestión, pues en el texto que precedió a la Convención de Nueva York, únicamente se hablaba de anulación, mientras que en el régimen actualmente vigente, se habla de no reconocimiento ni ejecución de laudos anulados o suspendidos. No obstante, en la medida en que esta medida podría ser conflictiva, hay que tener en cuenta que la decisión de un país de anular o suspender un laudo por el motivo que sea, sería decisivo en la capacidad de otro país para reconocer dicho laudo. Como consecuencia de ello, la denegación del reconocimiento y ejecución se configura como una potestad. De manera que, en la medida en que se articula como una facultad de los países, el autor realiza un estudio detallado de las situaciones y criterios en los que, pese a lo expuesto, un laudo suspendido o anulado pueda ser un laudo convencional.

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ

DOI: 10.20318/cdt.2025.9941

1. En un contexto global caracterizado por la interdependencia económica, las tensiones geoestratégicas, la disrupción tecnológica y la fragmentación de las cadenas globales de valor, el comercio internacional ocupa un lugar central en la agenda jurídica, económica y política de los Estados. No se trata solo de un vector de crecimiento económico: es también un campo de confrontación normativa y de construcción institucional.

2. El comercio internacional, como proceso económico mediante el cual se intercambian bienes, servicios, tecnologías e ideas entre distintos Estados —con todos los tópicos que esta expresión en apariencia simple puede implicar—, les permite a estos la ampliación de sus mercados, el acceso a productos no disponibles o más costosos en sus propios territorios, y el fomento de una sana competencia, lo cual puede resultar en precios más competitivos para los consumidores. En tal sentido, este fenómeno resulta clave para la integración económica y el desarrollo de economías abiertas.

3. En particular, para la economía de países en vías de desarrollo, el comercio internacional ofrece oportunidades para especializarse en la producción de bienes en los que tienen ventaja comparativa, lo que mejora su productividad y competitividad. Esto puede traducirse en crecimiento económico y creación de empleo gracias a la atracción de inversión extranjera directa y la expansión de sus empresas hacia nuevos mercados, a la vez que puede aumentar su productividad al facilitar el acceso a bienes intermedios y tecnologías de mejor calidad, lo que favorece el

desarrollo económico a largo plazo, pero también plantea grandes desafíos como la competencia con economías más grandes y la posible pérdida de empleos si no logran adaptarse o competir eficazmente.

4. El comercio internacional puede ser, en definitiva, un motor para reducir la pobreza y aumentar las oportunidades económicas en estos países, siempre que se cuente con las capacidades para aprovechar los mercados globales y superar barreras comerciales y, sobre todo, con reglas claras y, desde luego, con herramientas doctrinales y analíticas sólidas, lo cual resulta imprescindible para interpretar y aplicar el Derecho del comercio internacional desde una perspectiva integrada y, por qué no, globalizada.

5. En esa línea, la obra *Derecho del comercio internacional mexicano*, editada por Carlos Esplugues Mota y María Mercedes Albornoz, representa un hito académico de gran alcance. No solo por la densidad técnica y el enfoque sistemático con el cual se abordan las distintas dimensiones del régimen jurídico mexicano del comercio internacional, sino también porque se inscribe en un ambicioso proyecto editorial que ha dado lugar a tomos similares sobre el Derecho del comercio internacional en España —la obra original—, Chile, Perú y Colombia —obra esta última, cuya edición tuvo el privilegio de compartir con el profesor Esplugues. Este volumen mexicano, así, enriquece no solo la comprensión del marco jurídico nacional, sino también la articulación de una comunidad jurídica iberoamericana en torno al comercio internacional como eje de integración y desarrollo.

6. El capítulo inicial, a cargo de Carlos Espluges, ofrece una cartografía rigurosa y actualizada de la estructura institucional del comercio internacional. Su análisis de las organizaciones internacionales —OMC, GATT, GATS, ADPIC y ESD— no se limita a una exposición descriptiva: se despliega una reflexión crítica sobre su evolución, sus mecanismos de solución de controversias y sus vínculos con procesos regionales como el MERCOSUR o la Unión Europea. El capítulo culmina con una lúcida exposición de la labor codificadora de organismos como UNCITRAL, UNIDROIT y la Cámara de Comercio Internacional, que evidencia el tránsito hacia una normatividad transnacional en la que México ha tenido una participación activa.

7. Francisco López González, en el segundo capítulo, analiza con notable profundidad las fuentes internacionales del Derecho mexicano del comercio internacional. A través de una narrativa histórica, reconstruye el itinerario jurídico y político que llevó a México de una economía cerrada al protagonismo que hoy ostenta en el comercio mundial. Particularmente valioso es el examen de los tratados multilaterales y regionales (TLCAN, T-MEC, TPP, Acuerdo con la UE), así como el análisis del principio de trato nacional y de nación más favorecida, tratados con sentido práctico y mirada crítica, como se aprecia en el estudio del caso Honda.

8. El capítulo siguiente, a cargo de Felipe Moreno Yebra, sistematiza de manera impecable las fuentes internas del régimen comercial mexicano, articulando el fundamento constitucional con las leyes aduaneras, tributarias y de comercio exterior. Lejos de ser una simple enumeración de normas, se trata de una radiografía funcional del aparato normativo, en el que destaca la explicación técnica del valor de transacción, las tasas arancelarias diferenciadas por tratados y los métodos alternativos de valoración aduanera.

9. Diego Robles Farías, por su parte, se adentra en el siempre complejo universo de la inversión extranjera. Su análisis combina teoría jurídica, praxis legislativa y sentido económico. A partir de los Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones y los tratados comerciales, estudia las garantías sustantivas (trato justo y equitativo, protección contra expropiaciones)

y los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado, con un tratamiento equilibrado de los riesgos regulatorios y los espacios soberanos del Estado anfitrión.

10. Lucía Ojeda Cárdenas, al abordar el régimen de competencia económica en el capítulo 5, aborda el mercado y su regulación. Para ello, no solo explica el marco legal vigente, sino que analiza cómo operan en la práctica las autoridades mexicanas de competencia, incluidas la COFECE y el IFT. Sus reflexiones sobre las concentraciones económicas, las prácticas monopólicas y la tutela del interés económico general son particularmente pertinentes en una economía tan abierta como la mexicana.

11. Lucero Ibarra Rojas ofrece una contribución original al abordar la propiedad intelectual desde una perspectiva socio-jurídica. En lugar de limitarse a los aspectos técnicos de patentes, marcas o derechos de autor, la autora muestra cómo la propiedad intelectual ha sido modelada por las necesidades del comercio internacional y cómo estas transformaciones han impactado el sistema mexicano de protección.

El capítulo 7, sobre los sujetos del comercio internacional, a cargo de Marianela Romero y Guillermo Palao, es una pieza doctrinal de especial interés. En su texto, los autores clasifican las formas societarias transnacionales, y aportan un interesante análisis sobre los modelos de cooperación empresarial (*joint ventures*, alianzas estratégicas) y los desafíos jurídicos que plantea la internacionalización de las estructuras empresariales.

12. En una de las piezas centrales de la obra, María Mercedes Albornoz desarrolla el régimen jurídico de los contratos internacionales en México. Partiendo de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, aborda con profundidad la autonomía conflictual, las normas internacionalmente imperativas, el papel de la *lex mercatoria* y el tratamiento del orden público. El capítulo articula teoría, derecho positivo y práctica contractual en un lenguaje riguroso y accesible.

13. Edgardo Muñoz dedica el capítulo noveno a la compraventa internacional de mercaderías, a la luz de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de

1980, y lo hace con claridad conceptual, manejo jurisprudencial y atención a los desafíos prácticos de su aplicación en México. A ello se añade el análisis de los INCOTERMS 2020, a cargo de Carlos Esplugues, que contextualiza su uso como cláusulas de distribución de riesgos y gastos, y destaca su función armonizadora en un comercio cada vez más digital y descentralizado.

14. El capítulo 11, de Gerardo Enrique Lupián Morfín y Guillermo Palao Moreno, traza una cartografía precisa de los contratos conexos al comercio internacional (agencia, distribución, franquicia, seguros), e incorpora una sección sobre contratos relacionados con derechos de propiedad industrial y contratación electrónica, con referencias a la tecnología blockchain y los contratos inteligentes, lo que lo convierte en uno de los capítulos más contemporáneos del libro.

15. Jimena Moreno González aporta un estudio riguroso y sistemático sobre el régimen jurídico del comercio electrónico en México, abarcando tanto su normativa interna como los compromisos internacionales asumidos por el país, en particular en el marco del T-MEC. Su análisis abarca la regulación de las plataformas de compraventa digital, y se adentra en cuestiones transversales como la protección de datos personales, la tutela del consumidor, la propiedad intelectual en entornos digitales y las exigencias de interoperabilidad normativa que impone la dimensión transfronteriza de estas operaciones. La autora logra articular con solvencia el marco normativo con las transformaciones tecnológicas en curso, mostrando cómo el Derecho se adapta (o no) a nuevas formas de contratación, pago y resolución de conflictos.

16. Jorge Madorell Blasco, por su parte, ofrece una exposición detallada y funcional de las garantías contractuales en el comercio internacional, abordando figuras clave como las cartas de crédito contingentes (*stand-by letters of credit*), las garantías bancarias internacionales, las cartas de patrocinio (*comfort letters*) y los mecanismos fiduciarios de retención de fondos como los *escrow accounts*. Su tratamiento es especialmente valioso por la claridad conceptual con la que distingue entre las distintas modalidades, su función económica y su régimen jurídico aplicable, al tiempo que subraya los estándares de la práctica comercial in-

ternacional y las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

17. Rafael Rivera Rodríguez complementa este panorama con un análisis técnico y didáctico de los medios de pago y cobranzas internacionales, explicando paso a paso el funcionamiento de instrumentos como las cartas de crédito documentarias y las cobranzas, tanto simples como documentarias. A través de un enfoque pedagógico, el autor identifica los sujetos que intervienen en estas operaciones y sus respectivas obligaciones, y explora con precisión los riesgos inherentes, los mecanismos de control, y las reglas internacionales que los rigen (como las UCP 600). El capítulo resulta particularmente útil para comprender la lógica operativa del financiamiento del comercio internacional, así como para identificar los puntos críticos donde pueden surgir conflictos entre las partes o fallos en la ejecución.

18. En la sección dedicada al transporte internacional, José David Enríquez e Yvonne Tovar Silva ofrecen un estudio exhaustivo del régimen jurídico aplicable a los distintos modos de transporte —marítimo, aéreo, terrestre (carretero y ferroviario) y multimodal— en el contexto mexicano, sin perder de vista su anclaje internacional. Su análisis destaca por la atención al marco institucional y normativo que rige cada modalidad, identificando no solo las normas sustantivas y contractuales aplicables, sino también los desafíos derivados de la heterogeneidad de fuentes y la fragmentación regulatoria. Particular relevancia reviste su tratamiento del transporte multimodal, cuya naturaleza híbrida plantea tensiones entre regímenes sectoriales y deja al descubierto zonas grises en la legislación mexicana. A través de ejemplos prácticos y referencias a instrumentos internacionales clave, los autores subrayan la necesidad de una mayor armonización normativa que permita responder con eficacia a las exigencias logísticas del comercio transfronterizo contemporáneo.

El capítulo sobre tributación, elaborado por Alil Álvarez Alcalá, establece con claridad la interrelación entre el régimen fiscal mexicano y las dinámicas del comercio internacional. La autora analiza cómo la estructura impositiva —particularmente en materia aduanera, de IVA y de cuotas compensatorias— puede actuar como incentivo y a la vez como obstáculo para la inserción competitiva de México en los mercados globales. Su

trabajo, además del marco normativo, incorpora una dimensión crítica respecto del mismo y su impacto en términos de certeza jurídica, eficiencia administrativa y equidad fiscal.

19. Por su parte, el capítulo sobre insolvencia transfronteriza, elaborado por Luis Manuel C. Méjan y Laura Carballo Piñeiro, ofrece una aproximación comparada a los modelos de territorialismo, universalismo y universalismo modificado. Desde esta perspectiva, los autores examinan la evolución del sistema mexicano en materia de cooperación judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de procedimientos foráneos, prestando especial atención a los desafíos que plantean los grupos empresariales transnacionales, las microempresas y los consumidores. El capítulo logra articular una lectura crítica del marco vigente con propuestas concretas para su reforma y adecuación a los estándares internacionales emergentes.

20. El cierre de la obra se ocupa de la solución de controversias desde múltiples ángulos. Ingrid Araque y Rosario Espinosa abordan la jurisdicción estatal, mientras que Oscar Cruz Barney y Nuria González analizan los medios alternativos de solución de conflictos. Juan Manuel Saldaña estudia con particular claridad la actuación de México ante el Órgano de Solución de Diferen-

cias de la OMC. El epílogo de Francisco González de Cossío sobre el arbitraje de inversión cierra el libro con una reflexión crítica y bien informada sobre las tensiones del sistema y los desafíos que enfrentan los mecanismos de protección al inversionista extranjero.

21. En suma, *Derecho del comercio internacional mexicano* es una obra colectiva que combina erudición, claridad expositiva y aplicabilidad práctica. A través de una cuidada arquitectura editorial, un elenco sobresaliente de autores, y una mirada plural e interdisciplinaria, logra captar la complejidad del comercio internacional en sus distintas capas: normativa, institucional, procesal y económica. Pero más allá de su mérito técnico —indiscutible—, el valor más profundo de esta obra radica en su capacidad para situar a México dentro de las coordenadas globales de un comercio que es cada vez más estratégico, regulado y litigioso. En ese sentido, su incorporación a la colección dirigida por Carlos Esplugues no solo refuerza el valor comparado del conjunto, sino que contribuye decididamente a la construcción de un Derecho del comercio internacional iberoamericano con vocación de excelencia, rigor y proyección. Una obra llamada, sin duda, a convertirse en referencia indispensable para la academia, la práctica jurídica y el diseño de políticas públicas en el comercio internacional del siglo XXI.

INMACULADA VIVAS TESÓN. *El pasivo ganancial y la inteligencia artificial: aplicaciones prácticas y oportunidades estratégicas*, Atelier, 2025,979-13-87543-99-0, 334 pp.

ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Almería

DOI: 10.20318/cdt.2025.9942

1. La obra que tengo el honor de reseñar *El pasivo ganancial y la inteligencia artificial: aplicaciones prácticas y oportunidades estratégicas*, publicada en 2025 por la editorial Atelier, debe su autoría a Inmaculada Vivas Tesón, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Sevilla. La autora, reconocida por su amplia y sólida trayectoria investigadora en el ámbito del Derecho civil, realiza un análisis riguroso en el que combina la teoría jurídica sobre una institución clásica, el pasivo ganancial, con las enormes posibilidades prácticas que la IA ofrece para la gestión y resolución de conflictos relacionados con las deudas y obligaciones consorciales. Su resultado constituye una aportación novedosa y relevante al estudio de la intersección entre el Derecho de familia, específicamente el régimen económico matrimonial de gananciales, y las tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial (IA), la cual ha irrumpido globalmente transformando nuestras vidas y, en el ámbito del Derecho, los sistemas jurídicos en todo el mundo.

2. El libro se inicia con unas páginas liminares en las que Vivas Tesón justifica, de manera coherente y bien fundamentada, por qué ha elegido como tema objeto de su investigación la liquidación de la sociedad de gananciales y, en concreto, la formación del inventario, proceso que, como la autora acertadamente apunta, puede llegar a ser complejo y, en ocasiones, conflictivo. La profesora Vivas anuncia un abordaje teórico-práctico del pasivo ganancial y hace hincapié en la necesidad de entender cómo las dinámicas contemporáneas, marcadas por la digitalización, exigen nuevas perspectivas de análisis para cualquier operador jurídico.

3. La obra, con una impecable sistemática, se estructura en torno a dos grandes ejes temáticos: la liquidación de la sociedad de gananciales en el Derecho civil español, con un estudio detallado del pasivo ganancial, y la integración de la IA en los procesos extrajudiciales y judiciales relacionados con esta materia. Conforme a ello, dividida en dos partes, combina un análisis técnico del marco normativo y jurisprudencial de las deudas consorciales con una exploración innovadora sobre cómo las herramientas de Inteligencia Artificial Generativa (IAG) pueden optimizar la práctica jurídica en la configuración y liquidación del pasivo ganancial.

4. En la primera parte la profesora Vivas Tesón se centra en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, un régimen económico matrimonial clave en el Código Civil español. Comienza abordando la fase de fijación o inventario, desgranando principios fundamentales como la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), la confesión de privatividad, la subrogación real y el derecho de reembolso. Se plantea una cuestión práctica relevante: la validez de las operaciones liquidatorias sin inventario previo. A continuación, se adentra en el marco normativo, relevancia y configuración del pasivo ganancial, diferenciando entre pasivo definitivo y provisional, y analizando las tres partidas del art. 1398 CC: deudas pendientes de la sociedad, restitución de bienes privativos gastados en interés común y créditos de los cónyuges contra la sociedad. Este análisis es exhaustivo, con un enfoque claro en la normativa y su interpretación por parte de los órganos judiciales, lo que resulta muy útil para

juristas que busquen claridad en un área compleja del Derecho de familia.

5. Este primer bloque finaliza con el abordaje de la división y adjudicación del remanente ganancial líquido, prestando especial atención a una cuestión de enorme interés práctico como es el tratamiento fiscal que, en la actualidad, se dispensa a la liquidación de la sociedad de gananciales, el cual es crucial conocer para evitar penalizaciones cuando los lotes a adjudicar a los cónyuges no tienen el mismo valor.

6. La segunda parte, sin duda, la más novedosa de la monografía, explora la intersección entre la IA y el Derecho, comenzando por analizar el impacto de la transformación digital en el Derecho y de éste en la transformación digital, destacando el *padding problem* (la dificultad de la normativa para seguir el ritmo de la innovación tecnológica) y el gran potencial de la IA como herramienta transformadora. Vivas Tesón subraya la importancia de desarrollar marcos regulatorios que garanticen un uso ético y transparente de estas tecnologías, en línea con normativas como el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, una norma pionera que coloca a la Unión Europea a la vanguardia mundial en materia de IA, un auténtico referente para toda la comunidad internacional. En tales páginas la autora combina un enfoque prospectivo con una reflexión crítica sobre los desafíos éticos, legales y sociales que plantea la integración de la IA en el ámbito jurídico.

7. La profesora Vivas Tesón señala que el profesional del Derecho debe convertirse en un experto en hablar con la IA a través de *prompts* efectivos y de calidad que le permitan obtener respuestas jurídicas precisas, relevantes y coherentes. Por ello, afirma que “el *legal prompting* es un arte que debemos cultivar con esmero si queremos comunicarnos con la IAG y convertirla en una poderosa aliada que optimice nuestra actividad diaria y nos permita crecer profesionalmente”. Acto seguido advierte al lector de las “alucinaciones legales” de la IAG, como la cita de normativas erróneas o la invocación de jurisprudencia inexistente, de ahí que subraye la necesidad de que los resultados sean siempre supervisados por el operador jurídico. A continuación, Vivas Tesón ofrece un enfoque práctico sobre las aplicaciones de la IAG para la configu-

ración y cálculo del pasivo ganancial. Así, destaca algunas herramientas de IAG de utilidad e incluye ejemplos concretos de *prompts* para determinar y liquidar el pasivo consorcial, para redactar documentos (correos, convenios reguladores, demandas), para la investigación jurídica (búsqueda de normativa, sentencias y bibliografía), esquemas para ponencias o la formulación de preguntas frecuentes sobre la materia. Este enfoque resulta particularmente innovador, ya que trasciende los métodos tradicionales de análisis jurídico y propone soluciones tecnológicas que agilizan los procedimientos, reducen costos y minimizan conflictos. Este segundo bloque concluye con lecciones aprendidas y sugerencias de mejora, lo que refleja un enfoque crítico y propositivo.

8. La obra finaliza con un elenco bibliográfico y un anexo de sentencias y resoluciones relevantes, lo que refuerza su utilidad como recurso de consulta.

9. La principal fortaleza de esta monografía radica en su capacidad innovadora para tender un puente entre dos disciplinas aparentemente dispares e inconexas, el Derecho civil y la IA, lo que no nos sorprende en absoluto tratándose de su autora; bien conocida por su capacidad visionaria y enorme creatividad para proponer soluciones a problemas complejos anticipándose a necesidades jurídicas futuras. Vivas Tesón demuestra un profundo conocimiento de ambos campos, logrando un equilibrio entre la precisión técnica del análisis jurídico y la claridad necesaria para abordar un tema tecnológico complejo sin caer en tecnicismos innecesarios. Este enfoque interdisciplinario es especialmente pertinente en un momento en que la transformación digital está redefiniendo las prácticas legales y los profesionales del Derecho necesitan herramientas para adaptarse a este nuevo paradigma.

10. Asimismo, el libro destaca por su enfoque eminentemente práctico. A través de ejemplos concretos, la autora ilustra cómo la IAG puede aplicarse en escenarios reales, lo que hace que esta obra sea de interés no solo para académicos, sino también para jueces, abogados, notarios, letrados de la Administración de Justicia que buscan integrar soluciones tecnológicas en su práctica profesional.

11. Otro aspecto destacable es la atención que la autora dedica a los desafíos éticos y regulatorios. Vivas Tesón no se limita a ensalzar las virtudes de la IA, sino que aborda cuestiones críticas como la privacidad de los datos, el riesgo de sesgos en los algoritmos y la necesidad de garantizar la supervisión humana en los procesos automatizados. Esta perspectiva crítica es esencial para evitar una visión acrítica de la tecnología y para promover un uso responsable que respete los principios de equidad y justicia, así como los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En conclusión, se trata de una monografía ambiciosa que combina un análisis técnico de la liquidación del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales con una visión prospectiva sobre el uso de la IA en el ámbito jurídico. Sin embargo, Inmaculada Vivas Tesón va mucho más allá, pues no solo aporta una visión innovadora al estudio del régimen

de gananciales, sino que también establece un precedente para el análisis interdisciplinario en el ámbito del Derecho, invitando al lector a reflexionar sobre el futuro del Derecho en un mundo cada vez más digitalizado. Su enfoque práctico, su rigor académico y su actualidad hacen de este libro una referencia imprescindible para quienes buscan comprender y aprovechar el impacto de la IA en el Derecho patrimonial de familia. Las innumerables cuestiones tratadas y las sólidas respuestas a cuestiones controvertidas en la materia tratada, hacen que sea una obra de muy recomendable lectura, especialmente para académicos, profesionales del Derecho y responsables de políticas públicas interesados en la intersección entre tecnología y justicia. Con esta obra, la cual destaca por su originalidad y utilidad, Vivas Tesón consolida su posición como una voz autorizada en un campo en rápida expansión, abriendo nuevas vías para la investigación y la práctica jurídica.

ELISEO SIERRA NOGUERO (Dir.). *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte desde la perspectiva europea e internacional*, Ed. Tirant lo Blanc, 2025, 983 pp.

PABLO RUIZ OSUNA

Investigador posdoctoral de la Cátedra Unesco de vivienda de la URV

ORCID: 0000-0001-5510-8981

DOI: 10.20318/cdt.2025.9943

1. La obra es el resultado de investigación y divulgación elaborado en el seno del Grupo de Investigación y Equipo de Trabajo del Proyecto “Conducción Autónoma y Seguridad Jurídica del Transporte” (ADLAW), financiado por la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación. Modalidad: Investigación No Orientada Tipo B. PID2021-123070NB-I00 (2022-2025).

2. La obra cuenta con contribuciones de 29 investigadores de Universidades, europeas y de fuera de la Unión Europea. Gracias a ello, cuenta con seis áreas temáticas que profundizan las diferentes oportunidades y desafíos normativos, éticos, sociales y económicos que la conducción autónoma presenta.

3. En la primera parte, se ahonda en la gran preocupación que reviste la posibilidad de que el derecho a la intimidad y la privacidad manifiesten un retroceso en favor del mejoramiento del sistema de conducción autónoma. El coche autónomo, como se sabe, recaba información en tiempo real (datos) del entorno para su perfeccionamiento del sistema, pero ello plantea, al menos a priori, algunas dudas sobre si estamos cambiando seguridad por privacidad y *qué modelo de sociedad estamos caminando y si la dirección adoptada nos conduciría a abandonar la denominada sociedad de la libertad acercándonos cada vez más hacia lo que anteriormente hemos señalado como una sociedad del control* (Remoti, p. 62). Esta disyuntiva se da, aparentemente, por la promesa de que, en el futuro cercano, los coches autónomos puedan ayudar a mitigar los daños ocasionados por accidentes pues, a la fecha, se calcula que los accidentes de tráfico

resultan en casi un 90 por cien de las ocasiones en un error humano, y no en uno de fabricación del producto, o en un error sobrevenido del vehículo (Remoti, p. 69). Para que los vehículos autónomos sean cada vez más seguros, necesitan una inmensa cantidad de datos en tiempo real que les permitan actuar con certeza en tiempo real.

4. Por ello, es necesario encontrar un equilibrio entre la privacidad y seguridad, cuyo primer paso consistiría en la protección de los usuarios de dichas tecnologías a través de un correcto tratamiento de los datos que el aplicativo recoge. En este sentido, el artículo 5 del RGPD establece que los datos personales se tendrán que tratar de una forma lícita, leal y transparente con relación al interesado. Por su parte, el artículo 6 del RGPD Establece limitaciones para el uso de los datos de carácter personal, pero no es ello lo que más preocupa a alguno de los autores de esta obra, sino que no se respete *el habeas data, el derecho que todo ciudadano tiene para controlar y supervisar el uso y el destino de sus datos personales* (Ortega, p. 151).

5. En la segunda parte, se ahonda en aspectos administrativos de los coches autónomos, junto con una especial referencia a las llamadas “ciudades inteligentes”. Sobre este asunto, es de especial interés los esfuerzos que se vienen realizando por parte de las autoridades para realizar un proyecto legislativo para un “espacio controlado de pruebas”. De hecho, ya existe un Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible que pretende instaurar un campo de pruebas para coches autónomos que puedan ser certificados posteriormente por la administración, aunque ya en el Proyecto de Ley se observa *una tensión entre los principios de pro-*

porcionalidad y seguridad jurídica por un lado y, por otro, el de innovación en la movilidad (Amenós, p. 223). Dicho Proyecto, si termina viendo la luz, promete establecer un sistema de “solicitudes de admisión al espacio controlado de pruebas” en que las empresas que quieran beneficiarse de ello deberán cumplir una serie de requisitos establecidos en el art. 67.3 del Proyecto.

6. También se ofrece una reflexión sobre el impacto que el coche autónomo tendrá en la movilidad del futuro. Sobre ello, podemos destacar que, por ahora, la única regulación que en estos momentos existe en España, es el artículo 11 bis, de la Ley de Tráfico y que entró en vigor en marzo de 2022 (Ministerio de Interior-DGT, 2015). Ello plantea algunas problemáticas ante la aparición de la movilidad del futuro, por ejemplo, con el advenimiento de los robotaxis *vehículos que operan sin intervención humana, utilizando tecnologías avanzadas de conducción autónoma. Estos vehículos están equipados con sensores, cámaras y software de inteligencia artificial que les permiten navegar y operar de manera segura en entornos urbanos* (Perna, p. 315). Como puede aventurarse, este sistema, de perfeccionarse, tendría cambios significativos en la movilidad urbana, permitiendo transportes 24 horas y a precios reducidos, al no necesitar un conductor y junto con la promesa de mayor seguridad durante los trayectos. No obstante, subsisten dudas sobre cómo integrarlo junto al tráfico tradicional (Perna, p. 319) así como el incremento paulatino del tráfico a horas intempestivas en la ciudad. Todo ello, además, contando con la necesidad imperiosa de *una infraestructura de conectividad robusta, basada en sistemas de redes móviles e IoT es fundamental para el funcionamiento eficiente de los VA y su integración en el tejido urbano. El acceso confiable a datos en tiempo real sobre el tráfico, las condiciones climáticas y la disponibilidad de transporte público* (Perna, p. 323).

7. En la tercera parte de la obra, se hace hincapié en la responsabilidad civil y penal de la utilización de coches autónomos y automatizados. En primer lugar, se advierte sobre las diferencias entre los vehículos automatizados y los autónomos. *Los primeros son capaces de realizar por sí mismos todas o algunas de las funciones de la conducción, pero siempre en última instancia bajo el control, supervisión o apoyo de un con-*

ductor humano. Mientras que en los autónomos es el propio vehículo el que reconoce el entorno y es capaz de tomar las decisiones de conducción (Núñez, p. 371). Ello implica, que los vehículos autónomos presentan ciertas problemáticas en cuanto a la responsabilidad civil tradicional se refiere. Esto es así, por su opacidad, su imprevisibilidad, los múltiples actores que participan en su fabricación.

8. Y es que, como bien se reflexiona en la obra, aunque el artículo 1 de la Ley de tráfico hace responsable “maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo”, *el usuario o pasajero, persona que ocupa el vehículo sin ninguna función en la supervisión de la conducción o el entorno, no puede ser responsable* (Navarro, p. 405). Ante ello, se viene barajando la posibilidad de que otros actores, ante la falta de control efectiva del vehículo autónomo, sean los que deban responder en caso de un posible hecho dañoso tales como el supervisor técnico (en Alemania) o el operador (Reino Unido), pues tal y como se encuentra nuestra regulación, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3 LRCSCVM, “el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal”.

9. Sin embargo, lo que no queda del todo claro, y la obra muestra sus reticencias, es si en casos de nivel de conducción autónoma 4 o superior, donde el conductor tiene un papel meramente testimonial en la conducción, deberían también los “conductores” o propietarios hacerse cargo de los daños.

10. Tampoco debemos olvidar, que un coche autónomo es, al mismo tiempo, un producto, y un sistema de IA del que podría acarrear que el proveedor quedara sujeto a las obligaciones del artículo 16 del RIA y que, además, podría considerarse que un daño producido por un coche completamente autónomo es un defecto ex art. 7.2.c) DRP que precisamente se refiere a este requisito para apreciar el carácter defectuoso de un producto: “el efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio.”

11. En cuanto a la responsabilidad penal, su régimen queda intacto en tiempos de la conducción autónoma *en tanto no se le reconozca consciencia y sentimiento de empatía al sistema inteligente usado en la conducción autónoma, no sería posible predicarles la imputabilidad y reprochabilidad que exige la culpabilidad penal*, (Muñoz, p. 471).

12. En la cuarta parte de la obra se reflexiona sobre el aseguramiento de los coches autónomos y automatizados. Se recuerda con acierto como el seguro obligatorio de automóviles se concibió originalmente para cubrir únicamente la responsabilidad civil del conductor. Por otro lado, el seguro de responsabilidad civil del fabricante del producto opera bajo lógicas distintas pues como se nos dice *la responsabilidad del fabricante es garantizar que el producto o el servicio cumpla las expectativas de su comprador, además de indemnizar al perjudicado el daño, a consecuencia de defectos* (p. 509). En este sentido, ante un futuro accidente en que se vea envuelto un coche completamente autónomo, surgen dudas sobre si, en realidad, la responsabilidad debería dirimirse por la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o defectuoso del servicio, o, si se trata de una empresa de transporte, con su posible acumulación con los seguros obligatorios de viajeros (sovi) (Benito, p. 513).

13. En la quinta parte, se analiza el impacto de las aeronaves no tripuladas en la movilidad urbana, así como una referencia especial a los drones militares. Sobre ello cabe recordar que la normativa va, poco a poco, reinventándose a la vez que los drones resultan cada vez más avanzados y sofisticados. De hecho, recientemente el nuevo reglamento 2018/1139 ha establecido una legislación específica para los drones, así como el reglamento Delegado 2019/ 945 sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas, así como el reglamento de Ejecución sobre operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas.

Por otro lado, se establecen tres categorías en las que se clasifican las operaciones de los UAS en función del riesgo que la operación de dicho UAS supone para terceros (personas y propiedades):

(a) Categoría abierta, que es aquella que implica un riesgo bajo.

(b) Categoría específica, que es la que implica un riesgo medio.

(c) Categoría certificada, que es aquella que conlleva un riesgo alto (Castellanos, p. 621).

También se plantean dudas éticas en cuanto al uso de armas autónomas en el campo de batalla. Se muestra una preocupación por el hecho de que la “muerte ante un arma autónoma” no sea una muerte digna pues, de acuerdo con alguno de los autores de esta obra, *la dignidad humana sería negada si las víctimas que quisieran apelar a la humanidad de su verdugo no pudieran porque se tratara de un ser artificial* (Martínez, p. 716).

Por último, la parte sexta y última está dedicada a los buques autónomos, con especial énfasis en su regulación, la responsabilidad civil y el régimen de seguros. Primeramente, se hace un análisis exhaustivo del futuro Código Internacional de Seguridad para buques autónomos de la OMI (borrador del Código Mass). También se reflexiona sobre la oportuna revisión de la legislación en materia de responsabilidad civil en la era de los buques autónomos.

En cuanto a los seguros, se establece la necesidad de nuevos seguros complementarios a los ya existentes que cubren los elementos humanos a bordo del buque ante la aparición de los buques autónomos. Esto, como bien se expresa en la obra (Sierra, p. 837 y ss.), no es un impedimento de que se creen seguros especiales de acuerdo con las características de estos buques bajo la autonomía de la voluntad de las partes. Bien es cierto, que como se afirma, los buques deben estar correctamente clasificados por una sociedad de clasificación extremo que puede conllevar cierta dificultad cuando hablamos de tecnologías emergentes.

En conclusión, la obra realiza un análisis en profundidad de los principales aspectos ético-jurídicos que el desafío de la aparición de la automatización presenta en el transporte por los distintos medios (aéreo, marítimo, terrestre) presentando por parte de sus autores tanto las problemáticas esenciales actuales como propuestas de futuro a fin de garantizar un clima de confianza y seguridad jurídica en estas nuevas tecnologías, haciendo especial hincapié en la responsabilidad civil, las normas administrativas, así como la adecuación de la legislación en materia de seguro de responsabilidad civil.

T. LEHMANN, *Investment arbitration and international climate change law: re-evaluating legitimate expectations*, International Arbitration Law Library Series, n° 73, Kluwer Law International, 2025. ISBN : 9789403527994

PIERRE-JEAN THIL

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit privé
École de droit de Toulouse-Universitat Autònoma de Barcelona

DOI: 10.20318/cdt.2025.9944

1. El estudio llevado a cabo por el Dr. Thomas Lehmann en el marco de su tesis doctoral, realizada en el seno de la *School of International Arbitration* de la *Queen Mary University of London*, se centra en una problemática emergente del contencioso arbitral climático. Constituye el primer análisis doctrinal de los efectos del derecho internacional del cambio climático sobre las expectativas legítimas de los inversores. El trabajo propone un análisis minucioso de 40 laudos arbitrales, dictados antes del mes de agosto de 2023, que se fundan en tratados de inversión y que sirven de “materia prima” al autor. Este ofrece un estado del arte completo y objetivo de la protección de la que los inversores pueden prevalerse mediante la aplicación del estándar de trato justo y equitativo, cláusula que suele encontrarse en dichos tratados. La obra doctoral aborda más precisamente el segundo elemento del estándar, es decir, las expectativas legítimas. Estas juegan un papel central en el contencioso de “*net zero energy investment disputes*”. El planteamiento fundamental de la investigación elegido por el autor es bastante reciente en doctrina, no obstante, cuenta con numerosas aplicaciones jurisprudenciales, lo que hace propicia un estudio de envergadura orientado a sistematizar la práctica arbitral. La tesis propone una exploración estructurada y profunda de esta noción, siguiendo un enfoque realista, motivado por la voluntad de fortalecer la eficiencia del sistema contencioso y garantizar una justicia de mayor calidad. Desde las primeras líneas, el trabajo pone de relieve la existencia de una posible tensión entre estas dos ramas del derecho, correlacionada, según el autor, con la necesidad de reducir las inversiones a favor de las fuentes de energía fósil, que podrían con-

tradecir los objetivos de desarrollo económico de los tratados de inversión. El autor, sin embargo, se esfuerza en refutar dicha postura a lo largo de su tesis doctoral. Esboza una interpretación personal de conciliación, motivada por la intención de reforzar la seguridad jurídica en torno a las inversiones en el sector de las energías renovables, sin por ello abogar por el abandono total de la protección de los inversores que operan en el sector de las energías fósiles.

2. El estudio reviste una importancia particularmente oportuna por tres razones principales. En primer lugar, se enmarca en un contexto en el que resulta imprescindible aumentar las inversiones destinadas a las energías renovables. Esto puede entenderse, por ejemplo, a la luz de las ambiciones de la Unión Europea, afirmadas en el nuevo Pacto por una Industria Limpia de febrero de 2025, presentado en la línea de los trabajos estratégicos sobre la competitividad. En segundo lugar, debido a las disensiones existentes que afectan al derecho internacional del cambio climático, que se enfrenta a una forma de “regresión” y de contestación de su legitimidad. El consenso que ya existía sobre la necesidad de actuar conjuntamente al nivel global, para afrontar la doble transición ambiental y climática comienza a periclitar. Así lo demuestra el resurgimiento de las políticas públicas favorables a los combustibles fósiles. Mediante una interpretación sólidamente fundamentada, la tesis defendida por el Dr. Lehmann pretende responder a la necesidad de eficacia de este derecho. Consigue conciliar dos concepciones que, a primera vista, pueden parecer antinómicas: por un lado, los objetivos climáticos y energéticos portadores

de valores humanistas; y por otro, los imperativos y objetivos propios del derecho internacional de las inversiones, un ámbito que, en su vertiente energética, se caracteriza por una protección que, en apariencia, parecería beneficiar a los inversores en energías fósiles. Así, el estudio impulsa una reflexión que trasciende el ámbito estrictamente jurídico. De este modo, la obra doctoral suscita interrogantes en el lector sobre la capacidad de adaptación de nuestra sociedad, sobre nuestras decisiones económicas a corto, medio y largo plazo, así como sobre el valor del compromiso y de la buena fe de los Estados. Asimismo, el estudio se presenta como una contribución novedosa dentro del panorama doctrinal del derecho internacional de las inversiones, donde, como lo destaca el propio autor, los análisis tienden a centrarse en las interacciones con el derecho del medio ambiente, dejando en segundo plano el derecho internacional del cambio climático. El autor adopta un enfoque pedagógico, accesible para el neófito, así como un discurso claro, matizado, relevante y particularmente detallado, lo que resultará convincente para el profesional experimentado y familiarizado con la práctica arbitral relativa a la aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía.

3. La introducción del trabajo doctoral del Dr. Lehmann es rica en contenido y augura la fineza y pertinencia del estudio que la sigue. En ella, el autor expone de forma clara y concisa los principales conceptos y nociones que constituyen el objeto de su investigación, y en particular, la emergencia del derecho internacional del cambio climático, elemento esencial en la afirmación de las “medidas netas cero (*net zero measures*)” (concepto propuesto por el propio autor). Estas medidas pueden ser susceptibles de generar un conflicto con la protección de los inversores prevista por los tratados internacionales de inversión. En ello reside el núcleo de la investigación. Para ilustrar su pensamiento, el autor se apoya en una serie de casos resueltos en el marco del Tratado de la Carta de la Energía, un tratado que se encuentra hoy en día en el centro de una controversia debida a las intensas críticas que ha suscitado, provocando la retirada de varios Estados estos últimos años. Según el Dr. Lehmann, el contencioso futuro girará en torno a una dualidad de situaciones. Por un lado, un inversor en el sector de las energías fósiles puede verse afectado por una medida estatal adoptada por el Estado anfitrión con el objetivo

de promover la transición climática. Por otro, un inversor “verde” puede, a su vez, verse afectado por una medida controvertida que, esta vez, contraviene los objetivos de neutralidad climática del propio Estado. El autor plantea cuestiones muy concretas. Entre ellas: ¿existe un conflicto entre estos regímenes jurídicos? ¿Puede el acuerdo de París invocarse en el marco de un arbitraje? ¿Hasta qué punto pueden considerarse relevantes las normas sobre el cambio climático para la resolución de controversias en materia de inversión? El Dr. Lehmann articula su razonamiento a lo largo de seis capítulos que reflejan su profundo dominio tanto teórico como práctico del derecho internacional de las inversiones. Su postura es clara: indica acertadamente que la necesidad de proteger a los inversores y las inversiones en el ámbito energético es palmaria; constituye un desafío de primer orden, una exigencia a la que intenta dar respuesta mediante su tesis doctoral.

4. El primer capítulo destaca por su originalidad y resulta particularmente pertinente para establecer los términos de la demostración. En él, el autor expone la importancia de proteger las expectativas legítimas de los inversores en el sector energético, a la luz de los objetivos de neutralidad climática. Asimismo, pone de relieve la contribución que puede desempeñar el derecho internacional de las inversiones, mediante su movilización oportuna, para alcanzar dichos objetivos. El interés de este capítulo radica en las fuentes movilizadas por el autor, en particular las extrajurídicas, para sustentar su razonamiento y demostrar la relevancia de una investigación doctoral en este ámbito. Con este fin, descifra especialmente el concepto de energía y el vínculo existente entre las expectativas legítimas y las “medidas netas cero”. Como lo manifiesta el propio autor “*energy investments contribute to economic development*”; efectivamente, la energía no constituye únicamente una mercancía. Este sector, debido a sus particularidades, genera un volumen de disputas más importante que otros. Por ello, conviene interesarse por la protección de los inversores. De hecho, como subraya el Dr. Lehmann, el ámbito de las energías renovables debe desarrollarse. Sin embargo, si no existe un marco capaz de proteger los derechos e intereses de los inversores, es muy probable que este objetivo quede en letra muerta. A este respecto, el autor se interroga sobre los tipos de inversión que deben beneficiarse de una protección jurídica. Recuerda con acierto que

el estándar de trato justo y equitativo constituye una garantía de protección y de seguridad jurídica frente a los riesgos de cambios regulatorios a los que los inversores pueden verse expuestos.

5. Los capítulos segundo y tercero se centran, por su parte, en el concepto central, objeto del estudio: la protección conferida por las expectativas legítimas en el marco del estándar de trato justo y equitativo. El autor se esfuerza por delimitar dichas nociones con el fin de reforzar la base conceptual de su argumentación, antes de adentrarse en el núcleo de su análisis y del estudio de los laudos arbitrales. En el segundo capítulo, el Dr. Lehmann explica, antes que nada, que el estándar de trato justo y equitativo, del cual las expectativas legítimas constituyen una subcategoría esencial, presenta una flexibilidad mayor para garantizar la protección de los intereses de los inversores. Se trata de un *mecanismo* en plena evolución, que tiende a adquirir una autonomía respecto del estándar de mínimo trato, que se asienta en la costumbre internacional. No obstante, el autor señala también las dificultades inherentes a la delimitación precisa del contenido de las expectativas legítimas, lo cual justifica, a nuestro parecer, el interés de un estudio como el suyo. Según el autor, las dificultades giran en torno a tres problemas principales: las fuentes de las expectativas, la responsabilidad que incumbe al inversor y la ponderación que debe realizarse en el momento de evaluar la legitimidad de dichas expectativas. A continuación, señala que esta noción es objeto de una intensa disputa conceptual al respecto de su vinculación con el estándar de trato justo y equitativo, en particular en lo que se refiere a su alcance, su posible invocación, y de manera más general, su lugar dentro de la esfera del arbitraje de inversiones. El autor se adscribe a un corriente doctrinal favorable a su reconocimiento. En efecto, el Dr. Lehmann sostiene que las expectativas legítimas de los inversores se inscriben lógicamente en el marco de la vida económica. Los inversores, afirma, toman en cuenta el contexto social, político y jurídico del Estado anfitrión antes de llevar a cabo un proyecto de inversión. Según él, conviene prestar especial atención a la temporalidad de la inversión y al carácter objetivo de las condiciones que condujeron a su realización, especialmente frente al derecho internacional del cambio climático, una rama del derecho reciente y caracterizada por una dinámica muy singular. De su análisis

se desprende, entre otros elementos, que las principales objeciones están relacionadas con la voluntad de preservar la soberanía del Estado. En este sentido, lo que está en juego es la claridad y el alcance del compromiso asumido por el Estado anfitrión de la inversión: verdadera clave de bóveda del sistema. Proteger las expectativas legítimas del inversor podría atentar contra las competencias discrecionales del Estado. En consecuencia, el autor se pregunta: ¿en qué medida un cambio en el entorno normativo puede alcanzar el umbral de las expectativas legítimas?, ¿cuál es el grado de intensidad requerido?, ¿y qué nivel de diligencia debe observar el inversor en la ejecución de su operación de inversión? A este respecto, la mención que hace del contencioso doctrinal y jurisprudencial, relacionado con los orígenes y la aceptación de esta noción, resulta particularmente provechosa. Estas son las cuestiones planteadas y analizadas en el capítulo, que permiten comprender mejor los conceptos en juego y formular una reflexión personal sobre el equilibrio entre «el valor del cambio y el de la estabilidad política».

6. A continuación, se presenta un extenso trabajo de análisis llevado a cabo por el Dr. Lehmann de los 40 laudos arbitrales dictados en el marco de la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía. Se trata de casos que enfrentaron a inversores con el Reino de España, la República Checa y la República Italiana. Desde un punto de vista conceptual, dicho análisis se desarrolla a la luz de las dos teorías que sirven de base a la exposición de su pensamiento: la tesis voluntarista y la tesis de la confianza perjudicial, ambas detalladas y examinadas en el núcleo de la tesis. Esta segunda corriente se revela menos protectora con respecto a los inversores, ya que procede a una inversión de la carga de la prueba, a diferencia de la primera, centrada más en la figura del Estado *stricto sensu*. Este ejercicio de interpretación de la práctica de los árbitros en lo que respecta a la consideración de las expectativas legítimas de los inversores, se ve consolidado por un análisis doctrinal riguroso. De este análisis, cabe destacar, según el autor, que las dos teorías no son mutuamente excluyentes. Por el contrario, existen puntos de convergencia en cuanto a la valoración, por parte de los tribunales arbitrales, de ciertos elementos fácticos que permiten identificar la existencia de expectativas legítimas. Se trata, concretamente, de la temporalidad de la inversión, los riesgos asumidos por el inversor y la previsi-

bilidad de la medida controvertida. Aquí, el desafío consiste en reconocer que el marco regulatorio puede constituir una fuente de expectativas (legítimas) para la toma en consideración de objetivos en materia de cambio climático. Esta conclusión es central en la argumentación del Dr. Lehmann, en la medida en la que permite tener en cuenta el derecho internacional del cambio climático en la valoración de las expectativas legítimas de los inversores que participan en proyectos alineados con los objetivos de neutralidad climática. El análisis de los laudos arbitrales pone claramente de manifiesto la dificultad de reconocer la existencia de expectativas legítimas y la necesidad de encontrar un equilibrio entre la obligación de diligencia que recae en los inversores, inherente al tráfico económico, y el ejercicio por parte del Estado de sus competencias discrecionales. En coherencia con sus conclusiones, el capítulo cuarto se centra en la forma en la que el derecho internacional del cambio climático puede influir en las expectativas legítimas de los inversores. El autor postula una conciliación entre las dos disciplinas, contrariamente a ciertas corrientes doctrinales divergentes, que se esfuerza en sintetizar con el fin de reforzar su argumentación. El Dr. Lehmann llega a la conclusión de que el derecho internacional del cambio climático puede ser considerado como un elemento de hecho en el examen de las expectativas legítimas de los inversores. Es preciso señalar que la argumentación resulta convincente. El autor evoca el origen y el contenido de este derecho, un cuerpo normativo que se singulariza por su carácter tanto reciente como principalmente incitativo, pero que contribuye a la elaboración de las políticas públicas alineadas con el objetivo de neutralidad climática. En este sentido, por ejemplo, las contribuciones determinadas a nivel nacional que los Estados deben presentar conforme al artículo 4.2 del Acuerdo de París pueden constituir, según el autor, una fuente de expectativas legítimas. Esta conclusión representa una solución razonada y de oportunidad, que permite superar las prácticas divergentes de los tribunales arbitrales en cuanto a la integración de este derecho como derecho aplicable. De hecho, el autor pone de relieve los numerosos límites que conlleva la toma en consideración de este derecho como ley aplicable al arbitraje. Desde esta óptica, sostiene que no existe fragmentación entre las dos materias objeto del estudio. Esta perspectiva analítica refleja una cierta visión utilitarista del derecho internacional del cambio climático,

que conviene apoyar y promover. En efecto, como señala el Dr. Lehmann, aunque ciertos conflictos persistan, como en el sector de las energías fósiles, “aplicar” este derecho como elemento de hecho en la identificación de las expectativas legítimas de un inversor constituye un vector de eficacia de este marco normativo. Aún más, de manera más concreta, proporciona a los árbitros un factor relevante de análisis de la previsibilidad del marco regulatorio y del carácter razonable de las medidas controvertidas adoptadas por el Estado.

7. El quinto capítulo profundiza el análisis, abordando más precisamente el valor factual del derecho internacional del cambio climático y del efecto que este puede producir en el examen de las expectativas legítimas. El Dr. Lehmann demuestra que este conjunto normativo puede llegar a constituir un compromiso (susceptible de crear o impedir el reconocimiento de expectativas legítimas). Con base en ello, clarifica las fuentes que pueden apoyar su conclusión, así como el nivel de manifestación que puede exigirse del Estado. Observa que la previsibilidad y la estabilidad del marco regulatorio aplicable al sector de las energías fósiles ya han sido afectadas en su esencia. Por lo tanto, el derecho internacional del cambio climático puede incidir directamente en estas dos variables: la previsibilidad y la estabilidad del marco regulatorio. En consecuencia, se requiere que los inversores actúen con mayor grado de diligencia para interpretar este entorno político, jurídico y económico en mutación continua. De hecho, el contexto ha cambiado profundamente desde el Protocolo de Kioto, y deben destacarse otros avances muy significativos desde el Acuerdo de París y el Pacto Climático de Glasgow. Desde entonces, se ha producido un verdadero cambio de paradigma en beneficio de las energías renovables, dentro de los ordenamientos jurídicos internos. Por ello, la posibilidad de que prosperen alegaciones basadas en la frustración de expectativas legítimas por parte de los inversores activos en el sector de los combustibles fósiles se ha visto reducida. La toma en consideración de este derecho en tanto que elemento de hecho permitirá consolidar la legitimidad de las expectativas de los inversores “verdes”, lo que constituye, en opinión del Dr. Lehmann, un medio de actuación indirecto para aplicar y controlar los compromisos climáticos asumidos por los Estados. El autor logra articular un análisis conjunto de las teorías expuestas anteriormente y de las prácticas

correspondientes, con el propósito de demostrar el carácter operativo de su análisis, dotando así de mayor fuerza a su tesis.

8. Al fin y al cabo, el sexto capítulo concluye el estudio desarrollando los aspectos metodológicos destacados hasta entonces, con el fin de dar la posibilidad de aplicarlos de manera concreta. Cabe señalar que la propuesta del Dr. Lehmann se inscribe en la línea de la corriente voluntarista por su manera de abordar el mecanismo de las expectativas legítimas en el sector energético. Tiene el mérito de establecer una vía razonada y equilibrada, en contraste con enfoques excesivamente categóricos que abogan, por un lado, por una protección directa a través de los tratados de inversión, o, por otro, por un abandono total de dicha protección. En este contexto, refleja una visión crítica del proceso de revisión del Tratado de la Carta de la Energía y, ante todo, del proyecto de reforma de 2020 procedente de la Unión Europea, que fracasó. El Dr. Lehmann incluso llega a proponer una solución “llave en mano” para los árbitros y otros profesionales que tengan que identificar expectativas legítimas en el marco del examen de la una cláusula de trato justo y equitativo no calificada. En este sentido, el autor sostiene que, en primer lugar, es necesario interpretar el significado de la cláusula en cuestión antes de proceder al análisis del alcance del compromiso del Estado. A este respecto, recuerda que el entorno regulatorio puede dar lugar a expectativas legítimas. El contexto del compromiso debe ser valorado, y es preciso encontrar un cierto equilibrio entre dicho compromiso (o manifestación del Estado) y el carácter legítimo de las expectativas del inversor. Para apreciar el alcance del compromiso del Estado anfitrión, es imprescindible llevar a cabo un análisis detallado de la naturaleza de la promesa o de la manifestación del Estado, y examinar objetivamente si el inversor pudo razonablemente haberse basado en ese compromiso para orientar su proyecto de inversión. Esto resulta obvio: no se trata en ningún caso de conferir una protección ilimitada a los inversores. Los riesgos inherentes a este tipo de operaciones son inherentes a la vida económica y de este sector en particular, y pueden menoscabar el reconocimiento de las expectativas legítimas que se hayan podido generar. En ausencia de compromisos específicos, no hay que descartar automáticamente todo tipo de protección, debido a la flexibilidad de las cláusulas de trato justo y equitativo no califica-

das. Según el autor, estas últimas pueden ofrecer una protección frente a un cambio normativo drástico. En segundo lugar, el Dr. Lehmann recuerda que la toma en consideración de la dimensión temporal de la inversión es un aspecto clave de la metodología a seguir, lo que resulta ser una cuestión bastante compleja, dado que debe contemplarse el proceso de inversión en su conjunto. Por último, conviene examinar la proporcionalidad de la medida controvertida.

9. La tesis del Dr. Lehmann invita a una toma de distancia, a una reflexión profundamente personal sobre el impacto del cambio climático en nuestras sociedades. Este estudio de derecho internacional público constituye una fuente de información valiosa para el europeísta y el internacionalista. Las numerosas incursiones en el derecho nacional y en el derecho de la Unión Europea demuestran cómo las medidas adoptadas a nivel europeo influyen en la creación de un entorno favorable a las inversiones en energías renovables. El lector sabrá apreciar la riqueza y el rigor del trabajo desempeñado por el Dr. Lehmann, como lo demuestran las 1257 notas de pie de página, además de un anexo que recoge las principales citas de los laudos arbitrales analizados. Cabe destacar, asimismo, las 28 disputas que implican al Reino de España, particularmente reveladoras e instructivas tanto para árbitros, juristas como universitarios españoles. Esta sección, plenamente integrada en el cuerpo de la tesis, refuerza la argumentación del autor y alienta al lector a desarrollar una reflexión autónoma. Más allá de cualquier idealismo, la tesis del Dr. Lehmann es contundente y está anclada en las necesidades del derecho de las inversiones. Se centra en una noción esencial: las expectativas legítimas, las cuales constituyen a su vez un vector de seguridad tanto jurídica como económica, crucial para los negocios internacionales. Además, la solución de compromiso propuesta por el Dr. Lehmann no refleja una renuncia, un fracaso del derecho internacional público, frecuentemente cuestionado. Al contrario, demuestra una renovación constante, en plena coherencia con las necesidades de la comunidad internacional. Si hiciera falta mencionar otro ejemplo en la misma línea para consolidar esta conclusión, podría hacerse referencia al dictamen consultivo de 23 de julio de 2025 de la Corte Internacional de Justicia, sobre las obligaciones de los Estados en materia de lucha contra el cambio climático, en el que se reconoce que el incumpli-

miento de dichas obligaciones puede constituir un hecho internacionalmente ilícito susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado infractor. Al fin y al cabo, considerándolo todo, el trabajo del autor genera múltiples cuestiones sobre el futuro de la disciplina del arbitraje de inversión y de su contencioso, así como sobre la posibilidad, en un futuro más o menos próximo, de que el derecho internacional del cambio climático, en caso de evolucionar hacia un modelo menos “gerencial”

(en términos del propio autor), pueda llegar a aplicarse como derecho aplicable. Con su investigación, el autor contribuye de manera significativa a la construcción de una disciplina emergente, y demuestra al mismo tiempo la permanencia de las nociones clásicas, tradicionales del derecho internacional público, confrontadas a los principios de esta nueva rama del derecho, estrechamente ligada al desarrollo económico presente y futuro. Es una obra de consulta obligatoria.