
ESTUDIOS	Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules JOSÉ M ^a ALCÁNTARA, FRAZER HUNT, PROF. SVANTE O. JOHANSSON, BARRY OLAND, KAY PYSDEN, PROFESSOR JAN RAMBERG, DOUGLAS G. SCHMITT, PROFESSOR WILLIAM TETLEY C.M., Q.C. AND JULIO VIDAL	5
	Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell'Unione Europea GIACOMO BIAGIONI	16
	L'incorporation au régime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	33
	Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español FEDERICO F. GARAU SOBRINO	52
	Concurso y arbitraje internacional MIGUEL GÓMEZ JENE	92
	Las Reglas de Rotterdam (II) CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA	104
	La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici OLIVIA LOPES PEGNA	126
	Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato AGUSTÍN LUNA SERRANO	140
	O Direito aplicável aos negócios relativos a instrumentos financeiros: a disciplina introduzida pelo novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais («Roma I») MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES	149
	The notion of State aid and regulation in the EU: drawing the shape of a moving target JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ	179
	Forma contractual y “desarmonización” comunitaria MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN	202

VARIA	Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso <i>Rinau</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMINGUEZ	222	
	Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 mayo 2010 (<i>Bilias</i> : asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	236	
	Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane CRISTINA CAMPIGLIO	242	
	El concepto de orden público internacional y el derecho a un proceso justo. Nota a la STJCE de 2 de abril de 2009 ANTONIA DURÁN AYAGO	250	
	El concepto de parte en el proceso de exequátur. Nota a la STJCE de 23 de abril de 2009 ANTONIA DURÁN AYAGO	257	
	Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada? PILAR JUÁREZ PÉREZ	262	
	Doble nacionalidad y <i>forum patriae</i> en divorcios internacionales PILAR MAESTRE CASAS	290	
	Convenzioni concluse dagli Stati Membri e Diritto processuale civile internazionale dell'Unione Europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali? GIULIA ROSSOLILLO	305	
	Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: <i>forum shopping</i> y “demandas torpedo” JULIA SUDEROW	315	
	<hr/>		
	SOBRE CDT	Normas de publicación	333

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
(Univ. Murcia)

Secretaría de Redacción

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

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

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

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

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

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL
(Univ. Köln)

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

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

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

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

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

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Ulzama Digital - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

PARTICULAR CONCERNS WITH REGARD TO THE ROTTERDAM RULES

JOSÉ M^a ALCÁNTARA, FRAZER HUNT, PROF. SVANTE O. JOHANSSON,
BARRY OLAND, KAY PYSDEN, PROFESSOR JAN RAMBERG, DOUGLAS G. SCHMITT,
PROFESSOR WILLIAM TETLEY C.M., Q.C. AND JULIO VIDAL

Recibido: 18.06.2010 / Aceptado: 29.06.2010

Resumen: A medida que el proceso de firma de las Reglas de Rotterdam va tomando cuerpo, también cobran fuerza las voces discordantes. Este artículo o manifiesto recoge la opinión crítica colectiva de un grupo de nueve destacados especialistas en Derecho marítimo de distintas partes del mundo, pertenecientes a los sectores académico y profesional. El artículo analiza con brevedad y precisión los rasgos más destacados de las Reglas de Rotterdam, particularmente aquéllos que, a juicio de los firmantes, meritan mayor debate y crítica. La conclusión a la que llegan los miembros de este grupo de juristas es que las Reglas de Rotterdam no vienen sino a añadir más complejidad a la actual regulación internacional del transporte marítimo y multimodal. El artículo finaliza con una propuesta de alternativas que permitan aprovechar lo mejor de la regulación vigente y abrir las puertas a una actualización y complementación de dicha regulación.

Palabras clave: Reglas, Rotterdam, Crítica, Alternativas.

Abstract: As the Rotterdam Rules signature process gains momentum, strong dissenting opinions are also starting to be heard. This article or manifesto sums up the collective critical voice of nine worldwide leading shipping lawyers and professors. It provides a short and precise analysis of the Rotterdam Rules main features from the point of view of those issues which the authors find unworthy of praise. And their conclusion is that the Rotterdam Rules simply just add up more complexity to the present shipping and multimodal international regulation. The article closes with a quest for alternatives aimed to get the best of what we already have and opens the gate to proposals based on the updating and complementation of the regulation in force today.

Key words: Rules, Rotterdam, Critical, Alternatives.

Table of contents: I. Background. II. The application of the Convention. III. Basis of liability. IV. Delivery and the carrier's right to deliver the goods without the surrender of an original bill of lading. V. The extension of the Rotterdam Rules to cover more than loss of or damage to goods and delay. VI. Period of time for suit. VII. Action for indemnity. VIII. Actions against the person identified as the carrier. IX. Action against the carrier. X. Choice of court agreements. XI. Actions against the maritime performing party. XII. No additional bases of jurisdiction. XIII. Arbitration agreements. XIV. Exclusions of liability and the volume contract exemption. XV. Special agreements. XVI. Ratification. XVII. Summary. XVIII. What alternative?

I. Background

1. Approximately six months ago with a view to pointing out concerns with the Rotterdam Rules before the signing ceremony held in Rotterdam on 23 September 2009, six of us produced a paper and circulated it worldwide. The threshold for this Convention coming into force is set fairly low with ratifications by only 20 countries needed out of about 195 countries worldwide. To date only 21 have

signed and it remains to be seen whether any of these 21 will ratify by making the Convention law in their respective countries. It may well be that those 21 who signed are looking over their shoulders and wondering where the signatures of the rest of the world are; and, whether they will be entered.

2. Uniformity is the goal of this convention but already it is apparent that it is in danger of further splintering maritime law across the globe. All of the signatories signed up between the date of the signing ceremony on 23 September 2009 and 29 September 2009 apart from Mali which signed on 26 October 2009. This illustrates that those that have signed already had a mind to sign before the signing ceremony took place. It also illustrates concern among the wealth of countries that did not sign. Why is there such reticence? Below we aim to set out some of the main reasons why the Convention is problematic. In closing we also answer the question that has been raised by a number of those that support the Convention – what is the alternative?

II. The application of the Convention

3. Whereas the Hague Visby Rules apply to carriage by sea and contain a few exceptions, e.g. charterparties, (not surprisingly, as these are contracts of hire as opposed to contracts of carriage) the Rotterdam Rules are designed to apply to a transport contract that involves sea carriage in whole or in part. The exemptions are wide under Article 6 and Article 80. Again charterparties are excluded from application, but of more concern is the fact that particular types of trade are exempted or have the power to take steps to achieve exemption. Non liner transportation is exempted in the main. The volume contract exemption is of particular concern and is dealt with later on in this paper. Suffice it to say here that the exemption is effectively a license to allow the big players to play by their own rules. This removes the central purpose of the Rules, which was to bring back uniformity to carriage of goods by sea.

4. The Rules introduce the new concept of the “maritime performing party”. This is a party that conducts its business wholly within a port area. Therefore, a party that collects from the environs of the port and delivers inland is not a maritime performing party, whilst a port operator is a maritime performing party provided its duties do not exceed the boundaries of the port. It is, of course, not unusual for a port operator to deal with on carriage inland. The issuer of a transport document involving carriage wholly or partly by sea, and the maritime performing party may both be sued directly; whereas, an inland carrier involved in part of the international venture may not be sued directly. This is, again, a protection for certain sectors involved in the carriage such as inland waterways, railways and inland road carriers. There are cases where some carriers will be subject to another Convention that takes precedence over the Rotterdam Rules under Chapter 17, but not always. Where the carriage of goods involved is by a means other than by sea which involves a partial sea movement another Convention may override the application of the Rotterdam Rules. For example, a door to door carrier may carry goods from Germany via France via road to the UK inland involving a channel crossing. If the goods stay on wheels throughout the journey, the CMR Convention would override the application of the Rotterdam Rules but if the goods come off wheels for the channel crossing, the CMR Convention would apply to the road movement from Germany to France but the Rotterdam Rules would apply from when the goods come off wheels for the channel crossing though to the UK inland destination. Therefore, the Rotterdam Rules fall short of creating a fair and reasonable liability system governing all those involved in the transport venture. A full network liability system would have been fair and reasonable but unfortunately the Convention creates a partial network liability system or, as some people have described it, a maritime plus system which causes unfortunate anomalies such as that described in the example above.

5. To draw a further comparison with CMR, cargo may sue the first, last or actual carrier, but those carriers may then sue the actual carrier under the successive carrier provisions. Under the Rotterdam Rules, the choice is to sue the issuer of the transport document or maritime performing party, but those parties found liable and wishing to sue the party actually causing the damage for recovery will have to

rely on their terms of contract with the underlying carrier and perhaps suffer a serious gap in the extent of liability recoverable compared with the liability it faces pursuant to the Rotterdam Rules.

6. Article 12 raises some problems. This deals with the period of responsibility of the carrier. The primary position is that the carrier is responsible for the period covered by the transport contract. However, Article 12(3) permits the parties to agree on the time and location of receipt and delivery of the goods, although this ability is limited because such agreement will be void if the time of receipt of the goods is subsequent to the beginning of their initial loading under the contract of carriage, or if the time of delivery is prior to the completion of their final loading under the contract of carriage. In terms of a carriage by road with a long sea journey in between, e.g. inland UK by road to Liverpool and then by sea to Shanghai with final delivery by road to inland China, this exemption does not mirror normal custom in terms of who is responsible for loading and discharge in road carriage. These duties are normally those of cargo unless the carrier agrees to be responsible for loading and/or discharge. Therefore, the multimodal carrier that takes on responsibility for this entire journey will be responsible for loading and discharge whereas the inland carriers in China and the UK will probably not be responsible for loading and discharge. In such a case, the multimodal carrier will be responsible to cargo for damage on loading and discharge. Although this damage may have been caused by the inland carrier, the multimodal carrier will be unable to pass down liability. This will mean that multimodal carriers will have to reconsider all sub contracts to ensure there are no such gaps in terms of flowdown of responsibility.

7. However, as so often happens in this overly complex set of Rules, pursuant to Article 13 whilst the Rules make the carrier responsible to properly and carefully receive, load, handle, stow, carry, keep, care for, unload and deliver the goods pursuant to 13(1), 13(2) allows the shipper and carrier to agree that loading, handling, stowing and unloading be performed by the shipper, the documentary shipper or the consignee. Such an agreement has to be within the contract particulars. Again, this will involve a wholesale review of inland transport contracts with sub contractors by multimodal contractors taking on primary responsibility door to door. The problem with Article 13 is that it does not deal with initial loading and final discharge as does Article 12, so a multimodal carrier can contract out of responsibility at any stage during the carriage when the goods are being loaded, handled and stowed or unloaded by express contractual provision. This is a watering down of the strict liability provision under Article 3 of the Hague Visby Rules.

III. Basis of Liability

8. The basis of liability is set out in Article 17 and this is a good example of the excessive and unnecessary complexity that pervades the Rules. The only saving grace is the disappearance of the error in navigation defence which was long overdue for removal given advances in technology. However, the exceptions are maritime in nature and do not pay heed to exceptions apparent in contracts and Conventions governing other modes. We expect the answer to this point would be that other Conventions governing other modes are given precedence under Chapter 17, but that is only in certain circumstances as explained above. Furthermore, and surprisingly, pursuant to Article 17.5(a) the Carrier is liable notwithstanding the exceptions if the Claimant proves that the loss, damage or delay was probably caused by or contributed to by the unseaworthiness of the ship, improper crewing, equipping and supplying of the ship, or the holds or other parts of the ship where the goods were carried were not fit and safe for the reception, carriage and preservation of the goods. The burden of proof is invariably on the party who has the ability to prove the issue in question. How would the shipper be able to prove the liability of the Carrier under this provision without the full and detailed co operation of the Carrier? Even if the Shipper overcomes this apparently insurmountable burden, the Carrier is then able to relieve itself of liability if it can prove that none of the factors in Article 17.5(a) caused the loss, damage or delay or it complied with its obligation to exercise due diligence. Therefore the duty of due diligence is effectively reduced from the standard set pursuant to the Hague Visby Rules which would appear to be a retrogressive step.

9. Articles 18 and 19 deal with liability of the Carrier for other persons and of maritime performing parties which respectively extend the liability of the carrier for breaches by any performing party and the ability of the shipper to pursue another specific performing party within the transport venture. This appears to be an unnecessary extension and is evidence of the Rules increasing the duties of the carrier to cover other principal parties yet not ensuring that those parties are governed under the Convention when it comes to dealing with carriers' liabilities as between themselves. It also gives the shipper another party to sue that is not a principal carrier in the transport venture. Under Article 20, joint and several liability is also provided for and that limits aggregate liability, so that if more than one party is liable and that liability is aggregated, the Rotterdam Rules liability prevails despite the fact that one of those parties (pursuant to Article 61) may have agreed to pay increased levels of liability above those provided for by the Rules.

10. Article 25, dealing with deck cargo, is surprising in its distinction between deck cargo as required by law and in accordance with the contract of carriage or custom, usages or practices of the trade in question on the one hand; and, carriage in containers or vehicles fit for deck carriage and the decks are specially fitted to carry such containers or vehicles on the other hand. In respect of the former, the Carrier is not liable for loss and damage or delay in delivery if such losses are caused by the special risks involved in their carriage on deck whereas no such exemption from liability prevails in respect of the latter. One can only wonder at the reason for such distinction. Given advances in technology one would expect all cargo, whether on deck or under deck, to be treated with an even hand but such is not the case.

IV. Delivery and the carrier's right to deliver the goods without the surrender of an original bill of lading

11. When encountering problems in finding out who is the consignee or the controlling party, the carrier may in accordance with Articles 46 (b), 47.2 (a) and 55.2 request instructions from the shipper. Such practice may be appropriate when delivery is intended straight to the consignee but not when the goods will or may be sold in transit. INCOTERMS 2000 CFR/CIF Article 8 provides that the document to be tendered to the buyer must "unless otherwise agreed, enable the buyer to sell the goods in transit by the transfer of the document to a subsequent buyer (the negotiable bill of lading) or by notification to the buyer". The notification provision has been inserted in order to allow, for example an electronic bill of lading as referred to in the 1990 CMI Rules on Electronic Bills of Lading or the electronic record as now referred to in the Rotterdam Rules. The electronic procedures rest on notifications transmitted electronically.

12. When the goods are intended to be sold in transit, it would be wholly inappropriate to ask a shipper having sold the goods to a first buyer, for instructions with respect to delivery if the ultimate bill of lading holder or the controlling party does not appear to collect the goods at destination. Indeed, such a procedure may even invite a shipper to collude with the first buyer in order to defraud subsequent buyer(s) entitled to delivery.

13. Although, in recent years, some shipping lines have included clauses in their bills of lading entitling them to deliver the goods without the surrender of an original bill of lading, it is unacceptable to support and further enhance such malpractice by statutory provisions in the nature of Article 47.2. This becomes further aggravated by the carrier's right to limit its liability for any breach of his obligations including misdelivery (Article 59.1) with the result indicated by Professor Ramberg in his comments to Article 47.2 at the CMI 2009 Athens Symposium (see CMI Yearbook 2009 at p. 264). Although the instructing shipper may be requested to provide "adequate security" for the liability which the carrier may incur in relation to the rightful holder this may be cold comfort for the holder who may find himself in the unfortunate position that he cannot get hold of the goods and not even full compensation for the loss of his right to get them.

14. In cases where the goods are intended to be sold in transit, a prospective holder has not yet entered into a contractual relationship with the carrier. However, Article 58.2 refers to liability imposed “on it” under the contract of carriage. Although the holder does not incur any liability to the carrier until he exercises any right under the contract of carriage, Article 58.2 seems to be based upon the peculiar idea that the contract of carriage as such may impose liability on prospective holders.

V. The extension of the Rotterdam Rules to cover more than loss of or damage to goods and delay

15. The Rotterdam Rules extend the imposition of liability on the carrier also for other loss than loss of or damage to goods and delay. This follows from Article 11 stipulating that “The carrier shall, subject to this Convention and in accordance with the terms of the contract of carriage, carry the goods to the place of destination and deliver them to the consignee” as well as the specific obligations in Articles 24,25,28,35-36,38,40 and 45-48. The carrier’s breach of these obligations may result in economic loss for the shipper, e.g. when the purchaser justifiably refuses to accept a bill of lading as being dated too late or otherwise not conforming to the contract of sale. Customary bill of lading clauses exempt the carrier from “consequential” or “indirect loss” but such clauses now seem invalidated under Article 79. In turn, the carrier has a right to limit his liability according to Article 59.1 for “all breaches of its obligations under this Convention”. This raises the question as to which limit applies. Should it be the SDR unit limitation, when the dispute does not relate to the goods as such (“weight of the goods that are subject to the claim or dispute”) but rather an economic loss for the shipper because of his buyer’s repudiation of the contract? Should the limit specifically relating to “loss caused by delay” in Article 60 be used, as this is the only article relating to “economic loss”? Article 60 seems to relate only to delay in delivery, but could possibly be used to cover loss due to delay in shipment as well, at least by analogy. Nevertheless, in case the carrier inflicts economic loss on the shipper in other cases, such as providing incorrect information (Article 28), refusal to issue a negotiable transport document upon demand (Article 35) or to enter the required particulars (Article 36) or failing to sign (Article 38), what is the limit? Furthermore, what is the basis of liability? Would it be possible to use the basis of liability in Article 17 when the carrier refuses to issue a negotiable transport document upon demand? The answer may well be negative, as a clear breach of such nature may require a strict liability under general principles of contract law.

16. Apparently, the extension of the Rotterdam Rules to cover more than the traditional types of losses (loss of or damage to the goods and delay) was not followed up by decisions on these important questions. It will be the task of courts of law to find appropriate solutions and Article 2 on the interpretation of the Convention will probably not provide a sufficient impetus to ensure international uniformity.

VI. Period of time for suit

17. The Rotterdam Rules provides a two-year time limit for filing suit, but refers to judicial or arbitral proceedings not being “instituted” after the expiration of a period of two years. The term “instituted” is derived from Article 20 of the Hamburg Rules and is vague and unclear. It is apparent that Article 62 was drafted in this way to make the time bar procedural, rather than substantive, but it would be preferable to have consistency by setting the effective date of the limitation to the bringing of suit, which must be achieved through commencement of the proceedings validly in accordance with the requirements of the relevant jurisdiction in which the proceedings are commenced. In that context, it would have been clearer to use the phrase “unless suit is brought”, as used in the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.

18. Article 62.3 is confusing in that it implies that one party can still make use of a time-barred claim by offsetting it against the timely claim made by another party. Whilst such an action may not be extinguished (being procedural only), it still cannot be enforced, so it is not clear how Article 62.3 will work in practice.

VII. Action for Indemnity

19. Claims in relation to Indemnity (recourse) may be made beyond the two year period provided it is made within:

- (a) the time allowed by the applicable law in the jurisdiction where the proceedings are instituted; or
- (b) within 90 days commencing from the day when the party instituting the claim either settled the claim or was served with process in an action against itself, whichever is the earlier.

20. Article 64 adopts the wording of Article 20.5 of the Hamburg Rules by referring to that party seeking the indemnity as the “person held liable” which is obviously inconsistent with the fact that such a party can “institute” the action for indemnity in circumstances where there has been no finding or declaration of liability at that time. Again, wording similar to Article III Rule 6 bis of the Hague-Visby Rules “an action for indemnity against a third person may be brought...” would have been clearer.

VIII. Actions against the person identified as the carrier

21. Under Article 37.2, it is presumed that the registered owner of the carrying vessel is the carrier, unless he can rebut the presumption by establishing a presumption in relation to a bareboat charterer or that another party was in fact the carrier. In turn, the presumption in relation to the bareboat charterer may be rebutted in the same manner. In any of these circumstances, the claim may be instituted beyond the two year time limit in Article 62, provided that it is instituted within:

- (a) the time allowed by the applicable law and the jurisdiction where the proceedings are instituted; or
- (b) 90 days commencing from the day when the carrier has been identified, or the registered owner or bareboat charterer has rebutted the presumption that he is the carrier, whichever is the later.

22. Whilst this qualification seeks to protect claimants where the identity of the contractual carrier is not ascertained until late in the day and, possibly, only after the claim has been initially instituted against the wrong defendant, it places the correct defendant carrier at a distinct disadvantage in circumstances where national laws overrule the two year time bar in the period in the Convention, giving claimants a considerably longer period for instituting proceedings where the party that issued the transport document failed to comply with Article 36, paragraph 2(b) in failing to disclose the name and address of the carrier in that document. There is no justification for referring to the national laws overruling the convention time bar period, particularly as so many common law jurisdictions provide for a six year time limit from accrual of the cause of action for breach of contract. 90 days from the date of notification would have been more than sufficient to protect such claimants.

IX. Actions against the carrier

23. Article 66 does not apply where “the contract of carriage contains an exclusive choice of court agreement that complies with Article 67 or 72”. Provided there is no such exclusive jurisdiction agreement, the claimant can elect to sue the carrier in a competent court where the carrier is domiciled, or one of the four places which are the trigger for the application of the Rotterdam Rules in Article 5, that is, the place for receipt of the goods agreed in the contract of carriage, the place of delivery agreed in the contract of carriage, the port where the goods are initially loaded on to a ship or the port where the goods are finally discharged from a ship, or in a competent court or courts agreed between the shipper and the carrier for the purpose of deciding claims against the carrier that may arise under the Rotterdam Rules.

24. Where the parties conclude a jurisdiction agreement after the dispute has arisen (Article 72.1), is not clear how such a jurisdiction of agreement would comply with Article 66 where the contract of carriage did not have a jurisdiction agreement that was exclusive. In such circumstances, it is arguable that the

claimant could still bring proceedings in a competent court and one of the four places identified in Article 66, although not in the court agreed by the parties after the dispute has arisen. Such a claimant may or may not be met with an anti-suit injunction, if available to the other party to the dispute. Article 66 would need to be interpreted broadly to include jurisdiction agreements concluded after the dispute has arisen.

X. Choice of court agreements

25. Under Article 67.1, an exclusive jurisdiction clause between the shipper and the carrier will only be binding if it is in a volume contract, the parties agree on exclusive courts jurisdiction, the volume contract clearly states the names and addresses of the parties and either:

- (i) is individually negotiated; or
- (ii) contains a prominent statement that there is an exclusive choice of court agreement and specifies the sections of the volume contract containing that agreement, and clearly designates the courts of one contracting state or one or more specific courts of one contracting state.

26. In relation to a carrier and a third party (but not a maritime performing party), an exclusive jurisdiction clause will only be binding if it is in a volume contract and satisfies the requirements of Article 67 paragraph 1 above, together with additional requirements set out in Article 67, paragraph 2, being :

- (a) the court is in one of the places designated in Article 66 subparagraph (a);
- (b) the agreement is contained in the transport document or electronic transport records;
- (c) that person is given timely and adequate notice of the court where the action shall be brought and that the jurisdiction of the court is exclusive; and
- (d) the law of the court seized recognises that that person may be bound by the exclusive choice of court agreement.

27. Whilst private international law will continue to evolve, Chapter 14 of the Rotterdam Rules will add an additional layer of complexity for parties seeking to rely upon choice of jurisdiction clauses as they must now also establish that the relevant contract is a volume contract, and that it was individually negotiated etc. For third parties, however, Article 67 adds even further complexity where the court seized must recognise that the third party may be bound by the exclusive choice of court agreement. Obviously, the law will differ from state to state as to whether such a third party is bound by such a clause (Article 67.2(d)) leading to further disputes and litigation. Potentially there will be different results in different contracting states, depending on whether they regard the question as one of procedural law or substantive contract law, leading to potential problems of enforcement. The third party will require preliminary advice as to whether they are bound by the exclusive choice of agreement which will depend on which law is applicable. This may, in turn, depend upon whether the procedural or substantive law of the contract is applicable.

XI. Actions against the maritime performing party

28. A claimant can only bring proceedings against a maritime performing party either where the maritime performing party is domiciled or where that party receives or delivers the goods, or performs its activities in respect to the goods, unless the parties agree some other court after the dispute arises (Article 72.1), or the maritime performing party submits to the jurisdiction of another court without contesting its jurisdiction (Article 72.2). Significantly, maritime performing carriers, such as stevedores, terminal operators and warehouseman, cannot be bound by an exclusive jurisdiction clause in the contract of carriage – Article 69 provides that a maritime performing carrier cannot be sued anywhere other than these places. Accordingly, a claimant who is subject to an exclusive jurisdiction clause in the contract of carriage can be prevented from suing the maritime performing carrier in the chosen jurisdiction. Article 71 permits consolidation of actions (and removal of actions through declaration of non-liability) when the relevant jurisdiction satisfies the dual tests of Articles 66 and 68, so article 71 is superfluous.

XII. No additional bases of jurisdiction

29. As Chapter 14 is optional for contracting states, it is unclear what purpose Article 69 seeks to achieve. The contracting states that adopt Chapter 14 will be limited to courts designated in Articles 66 and 68 and the contracting states who do not adopt Chapter 14 will follow their respective national laws in deciding jurisdictional issues.

XIII. Arbitration Agreements

30. Article 75 permits the parties to refer any dispute that may arise relating to the carriage of goods under the Rotterdam Rules to arbitration. Chapter 15 is similar to Chapter 14 in that it draws a distinction between volume and other contracts and between the parties to the agreement and a person who is not a party to the Volume Contract, save for the fact that the applicable law permits that person to be bound by the Arbitration Agreement, rather than the law of the forum which applies to courts jurisdiction clauses (Article 67.2(d)). Any term of an arbitration clause that is inconsistent with these provisions is void (Article 75.5).

31. Apart from the possibility of having arbitration taking place in a number of different possible locations will reduce commercial certainty, the contracting states that adopt Chapter 15 may or may not be properly equipped or have the expertise or experience to handle maritime disputes, nor have a court system which will support those arbitration proceedings.

32. Article 75.4(d) provides for the applicable law to determine whether arbitration agreement is binding on a third party. Potentially there will be different results in different contracting states, depending on whether they regard the question as one of procedural law or substantive contract law, leading to potential problems of enforcement. The third party will require preliminary advice as to whether they are bound by the arbitration agreement which will depend on which law is applicable. This may, in turn, depend upon whether the procedural or substantive law of the contract is applicable.

33. Article 78 makes the arbitration provisions of chapter 15 binding only on states that declare under article 91 that they will be so bound. It echoes the opt-in provision in article 74 regarding court jurisdiction in chapter 14. Each opt-in provision in *Rotterdam* decreases uniformity of law, introducing uncertainty that will discourage international commerce. In a particular claim, even if all relevant jurisdictions adopt *Rotterdam* it will still not be clear which arbitral *fora* are permitted. This will encourage disputes about jurisdiction, which are expensive distractions from dealing with the merits of the claim.

XIV. Exclusions of liability and the volume contract exemption

34. Article 79 laudably follows the principle of the *Hague Rules*, making void any term of a contract of carriage that excludes or limits the liability of the carrier (or excludes, limits or increases the liability of the shipper) beyond those allowed by *Rotterdam*.

35. However, article 80 undermines the principle in article 79 for “volume contracts” and is the most objectionable part of *Rotterdam* according to many commentators. *Rotterdam* creates theoretical door-to-door uniformity of law, but at the unacceptably high cost of reviving the chaotic freedom of contract which necessitated the creation of the *Hague Rules* in 1924.

Article 80 allows parties to derogate their obligations under *Rotterdam* in “volume contracts”, which are extremely broadly defined in article 1:

“Volume contract” means a contract of carriage that provides for the carriage of a specified quantity of goods in a series of shipments during an agreed period of time. The specification of the quantity may include a minimum, a maximum, or a certain range.

36. Shippers will find this definition too broad and unspecific. It includes any contract for more than one shipment in any period of time; for example, a contract to ship two packages over a period of three years with an option to cancel the second shipment.

37. Article 80 contains controversial minimum requirements that the carrier must meet in order to have a contract qualify as a “volume contract”. In theory, these should give the shipper an opportunity to negotiate a higher freight rate for a higher liability under *Rotterdam*. In practice, creative carriers will use contractual forms that arguably comply with *Rotterdam*, but without real negotiation. The requirements are:

Article 80. Special rules for volume contracts

1. Notwithstanding article 81, as between the carrier and the shipper, a volume contract to which this Convention applies may provide for greater or lesser rights, obligations and liabilities than those imposed by this Convention.

2. A derogation pursuant to paragraph 1 of this article is binding only when:

- (a) The volume contract contains a prominent statement that it derogates from this Convention;*
- (b) The volume contract is (i) individually negotiated or (ii) prominently specifies the section of the volume contract containing the derogations;*
- (c) The shipper is given an opportunity and notice of the opportunity to conclude a contract of carriage on terms and conditions that comply with this Convention without any derogation under this article; and*
- (d) The derogation is not (i) incorporated by reference from another document or (ii) included in a contract of adhesion that is not subject to negotiation.*

38. A typical multi-modal container shipment would almost certainly be a “volume contract” and thus subject to the freedom of contract which, even now, often leads to complex contractual arrangements with many layers of sub-contracts, making claim outcomes difficult to predict. *Rotterdam* will worsen this problem.

39. *Rotterdam* may apply to inland transit in states where there is no “international instrument” affecting inland transit under article 26, for example, in North America. There are serious issues about whether *Rotterdam* applies to inland transit damage. The *Rotterdam* limits differ from existing inland regimes. For example, they are higher than the Canadian motor carrier statutory limit of Cdn \$4.41 per kilogram. A container with 1,000 packages weighing 10,000 kilograms would allow the motor carrier to limit liability to Cdn \$44,100 under the Canadian motor carrier regime. However, the *Rotterdam* limit for that container is 875,000 SDR’s (about Cdn \$1.4 million dollars). The limit under the CMR Convention (road) for that container is 83,300 SDR’s (about Cdn \$133,000) and under both the Cotif/CIM Convention (rail) and the Montreal Convention (air) is 170,000 SDR’s (about Cdn \$270,000). These different liability limits, for the same claim, will encourage multi-modal carriers under *Rotterdam* to seek “volume contracts” that reduce their liability to below Cdn \$44,100, often to zero. Cargo interests will then sue motor carriers, freight forwarders, and all other available targets seeking to avoid either the low motor carrier limit, or the zero limit permitted by *Rotterdam*. There will be uncertainty about the effect of *Rotterdam*, and much litigation with unpredictable results in different countries.

40. Freight forwarders will probably face more law suits under *Rotterdam* than at present. *Rotterdam* is more likely to allow the ocean carrier to avoid liability under “volume contracts”, leaving forwarders more exposed to cargo claims because forwarders have more “one off” (not “volume”) contracts with shippers than do carriers.

XV. Special Agreements

41. Article 81(b) allows freedom of contract for “special agreements”, being agreements unrelated to ordinary commerce and where no negotiable document is issued. Although this provision has

the potential for abuse by carriers in some circumstances, that potential is entirely overshadowed by the “volume contract” freedom of contract problem in Article 80.

XVI. Ratification

42. Article 94(1) provides that *Rotterdam* comes into force on the first day of the month one year after the 20th ratification, a day that the authors of this paper hope never comes. At the time of writing, no state has ratified, and the most recent (21st) signatory on October 26, 2009 was Mali. Signature, of course, is far less significant than ratification.

XVII. Summary

43. In summary, *Rotterdam* contains several terms, notably “volume contracts”, that will make *Rotterdam* a difficult sell to many governments. These terms were added at the USA’s insistence, and based on the USA negotiators’ advice that the USA would ratify *Rotterdam* only if these terms were present. If the USA ratifies, then many countries will seriously consider *Rotterdam* in order to achieve uniformity with the USA, despite its flaws. If the USA does not ratify, then everyone will be disappointed with a convention with unacceptable flaws due to the USA’s terms, and years of work will have been wasted.

XVIII. What Alternative?

44. There is a lot to be said for not throwing away that which has not ceased to work. There is also a lot to be said for simplicity. With less than 20 articles, the Hague-Visby Rules has been a very long lived and successful Convention and Protocol. With over 90 articles and many new concepts we are of the view that the Rotterdam Rules should not prosper as we do have the makings of a network liability system in Conventions that are long lived, well used and relatively simple.

45. The work of CMI initially involved comparing and contrasting Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules with a view to bringing back uniformity to international maritime law. That work should be used as a core base to create the maritime core. Inevitably due to modern technology the error in navigation clause in the Hague-Visby Rules should be removed and the electronic documentation provisions from the Rotterdam Rules could be included. The Montreal Convention for air carriage and CMR Convention for road and CIM-COTIF for rail could all be adopted on a wider basis. CMR and CIM-COTIF are European Conventions but there is no reason why they should not work across the globe. A suitable clause to deal with any potential clashes between the conventions would not be too complex to draft. Indeed the CMR Convention already has such a clause dealing with when the convention should apply and when not when the goods being carried are on water. As long as the goods remain on wheels then the Convention applies.

46. These conventions covering the four major transport modes that are specifically tailored to deal with these modes (which the Rotterdam Rules is not) have been long tried and tested and work well with many countries across the globe having ratified in large numbers. Why reinvent the wheel? If these conventions were offered for wider acceptance with a view to uniformity with an agreement that any gaps would be dealt with by national law we would have a tailored worldwide system already widely in use rather than a more fragmented system than that already in place which the Rotterdam Rules appears to be heading for creating instead of reaching its goal of uniformity. We urge those countries that have signed and those that have not to consider the many problems with the Rotterdam Rules and the potential alternative we have in the form of current conventions meshed together with national law.

47. To reach overall global uniformity along the lines of the conventions dealing with non maritime transport may well be cumbersome. However, the main merits of the Rotterdam Rules (the deletion of the error in navigation defence and introduction of the electronic record) could easily be saved by protocols to the existing maritime conventions. This would leave the field free for adopting a more suitable international regime than the Rotterdam Rules to govern transport in the modern era of transport logistics.

48. The Rotterdam Rules are clearly in danger of causing further splintering of international maritime law despite the intention of the same to bring back uniformity. There is no doubt that uniformity is what is needed and furthermore all stakeholders need to be dealt with fairly under any international regime. The central issue with these Rules is the fact that certain stakeholders are able to contract out or are not even covered and once liability as between cargo and Carrier has been dealt with there are no provisions for dealing with liability between carriers involved in the contractual chain to ensure that the actual liable party ends up paying for the loss. The volume contract exemption is a most worrying development that favors the large scale stakeholders and allows them to make their own rules. Allowing such freedom on an international basis in the banking sector recently created a worldwide financial crisis. We could end up with the large scale stakeholders gaining such sufficient market power to enable them to hold the international supply chain to ransom. Do we really want to facilitate what happened in the banking world becoming a potential reality in the field of international transport?

TECNICHE INTERNAZIONALPRIVATISTICHE FONDATE SULLA VOLONTÀ DELLE PARTI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

GIACOMO BIAGIONI

*Ricercatore di diritto internazionale
Università di Cagliari*

Recibido: 21.07.2010 / Aceptado: 04.08.2010

Riassunto: La maggior parte delle misure adottate o proposte sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE contiene norme che consentono alle parti di scegliere la legge applicabile. Il principio dell'autonomia della volontà è ben noto agli ordinamenti nazionali ma il diritto dell'Unione europea sembra utilizzarlo in termini più ampi di quanto normalmente accade sulla base delle norme di conflitto statali. Lo scritto esamina la funzione di tale principio nel sistema del diritto internazionale privato: esso parte dall'assunto che le norme di conflitto, anche quando si richiamano alla volontà delle parti, si applicano concretamente e producono i loro effetti solo nel corso di un procedimento giurisdizionale. Alla luce di questa premessa lo scritto distingue vari metodi per dare effetto all'autonomia della volontà come principio internazionalprivatistico. Anzitutto, esso analizza la scelta espressa, la cui funzione può essere differente a seconda del momento della scelta. Di conseguenza, lo scritto giunge alla conclusione che la scelta preventiva, la scelta successiva e la scelta in corso di causa hanno natura e funzioni diverse. Quindi, la stessa distinzione viene utilizzata per la scelta tacita, che si configura in termini ristretti dai regolamenti «Roma I» e «Roma II». In terzo luogo, lo scritto valuta la questione del possibile ricorso alla scelta presunta, concludendo che in alcuni casi essa sembra essere prefigurata dall'art. 3 del regolamento «Roma I». Infine, lo scritto esamina la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto societario e diritto al nome (in particolare, le sentenze *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* e *Grunkin*). Queste decisioni sono in genere considerate come dirette a prevedere un meccanismo di riconoscimento (delle società, dei cognomi) tra Stati membri. Lo scritto tenta di ricavarne invece una norma autonoma di conflitto, basata sulla scelta di legge, rispetto al funzionamento delle società e alla protezione dei cognomi. Le considerazioni conclusive evidenziano la rilevanza del principio dell'autonomia della volontà nell'attuale stato del diritto internazionale privato europeo, concentrandosi sul rischio insito in uno spostamento eccessivo del suo centro di gravità dalla sovranità statale.

Parole chiave: Unione europea, autonomia della volontà, legge applicabile, norme di conflitto, scelta di legge, scelta espressa, scelta tacita, momento della scelta, interessi delle parti, obbligazioni contrattuali, obbligazioni non contrattuali, successioni, divorzio, separazione personale, *depeçage*.

Abstract: Most measures adopted or currently under examination on the basis of art. 81 TFEU contain rules allowing parties to choose the applicable law. The party autonomy principle is well-known in national legal orders, but the European Union law seems to use it in wider terms than national conflict rules usually do. The paper examines the function of that principle in private international law systems: it rests on the assumption that conflict rules, even if they refer to party autonomy principle, actually apply and produce their effects only in the course of jurisdictional proceedings. In the light of those preliminary remarks the paper distinguishes several methods for giving effect to party autonomy as a private international law principle. First, it analyses express choice, whose function can be different, depending on the time of the choice. Accordingly, the paper concludes that antecedent choice, successive choice and choice in the course of jurisdictional proceedings have different nature and functions. Then, the same distinction is drawn with respect to implied choice, which is envisaged in quite strict terms under «Rome I» and «Rome II» regulations. Thirdly, the paper evaluates the question of the

availability of presumed choice, concluding that in some cases it seems to be envisaged in art. 3 of the «Rome I» regulation. Finally, the paper examines ECJ case-law in matter of company law and surname law (especially judgments in *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* and *Grunkin* cases). Those judgments are usually regarded as providing for a mechanism of mutual recognition (of companies and of surnames) between Member States. The paper tries to infer from them autonomous conflict rules based on party autonomy principle about company administration as well as protection of surnames. The concluding remarks outline the relevance of party autonomy principle in the present state of European Union private international law, focusing on the risk of moving the centre of gravity too far away from State sovereignty.

Key words: European Union, party autonomy, applicable law, conflict rules, choice-of-law agreement, express choice, implied choice, time of the choice, parties' interests, contractual obligations, non-contractual obligations, successions, divorce, legal separation, *depeçage*.

Sommario: I. Premessa. II. Il principio dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato. III. La scelta espressa. 1. La scelta espressa preventiva. 2. La scelta espressa *successiva*. 3. La scelta espressa *formulata in sede giurisdizionale*. IV. La scelta tacita o implicita. V. Il possibile spazio per la scelta presunta. VI. La scelta indiretta attraverso la costituzione di una situazione giuridica. VII. La rilevanza del principio di autonomia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea.

I. Premessa

1. Dal momento in cui è venuta ad esistenza una competenza dell'Unione europea in materia di «conflitti di leggi»¹, le istituzioni hanno proceduto con relativa rapidità all'elaborazione di norme internazionalprivatistiche, assumendo con qualche modifica come modello di riferimento la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. È dunque invalsa, nell'attuazione dell'art. 65 TCE (oggi art. 81 TFUE), la tecnica tradizionale delle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, che consiste nell'elaborazione della disciplina internazionalprivatistica di una determinata materia unitamente alla formulazione di apposite norme riguardanti le questioni generali (ordine pubblico, norme di applicazione necessaria, rinvio, ecc.). Si è trattato evidentemente di una scelta pragmatica da parte dell'Unione europea, dettata dalla consapevolezza che in alcuni settori sarebbe stato più agevole raccogliere il consenso degli Stati membri, più riluttanti invece a cedere la loro sovranità su materie ritenute tradizionalmente «sensibili» e dunque più difficilmente suscettibili di un'armonizzazione delle norme di conflitto. Si perviene in tal modo alla formazione di vari sottosistemi normativi separati, per quanto non necessariamente isolati tra loro, almeno se la Corte di giustizia continuerà ad utilizzare anche rispetto ai regolamenti in materia di conflitti di leggi il criterio dell'interpretazione intertestuale².

2. Nonostante che si debba riconoscere alle istituzioni di aver tentato di introdurre qualche forma di coordinamento tra i regolamenti sin qui emanati, è già stato messo in luce come questa scelta renda più laboriosa la ricostruzione di principi di carattere generale che possano far concludere per l'esistenza di un autonomo sistema di norme di conflitto, capace di rimpiazzare completamente quelli nazionali. È verosimile che per una definitiva concettualizzazione si debba attendere l'adozione di quella disciplina globale del diritto internazionale privato cui l'Unione europea ambisce; ma occorre anche tener conto che la frammentaria evoluzione in corso corrisponde talvolta a scelte di fondo e a tecniche internazio-

¹ L'espressione trova riscontro nell'art. 81 TFUE ma non deve evidentemente intendersi come riferimento esclusivo al metodo conflittuale tradizionale, trovando invece riscontro anche nell'ordinamento dell'Unione europea norme fondate su considerazioni di genere diverso (basti pensare alle norme sui contratti conclusi coi consumatori e sui contratti individuali di lavoro nel regolamento «Roma I», oppure all'art. 9, par. 3, dello stesso regolamento sulle norme di applicazione necessaria di Stati terzi).

² Sull'uso di tale criterio rispetto al regolamento n. 44/2001 v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2007, p. 53 s.

nalprivatistiche anche significativamente diverse. D'altra parte, tale difficoltà non è per il momento neppure temperata dall'intervento interpretativo della Corte di giustizia, la quale ha sin qui esaminato i problemi internazionalprivatistici nella prospettiva delle libertà di circolazione previste dal Trattato, giungendo per questa via a risultati non sempre felici e coerenti.

3. È alla luce di queste premesse generali che si deve valutare l'attuale rilevanza del principio dell'autonomia della volontà all'interno del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Costituisce infatti un dato ineludibile quello che nei vari strumenti sin qui adottati o proposti compare sempre, sia pure come si vedrà con contorni diversi, una disposizione sulla scelta di legge³. D'altra parte, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sembra suggerire che nel diritto dell'Unione europea la libertà di individuare la legge regolatrice di determinati rapporti giuridici debba essere garantita. Ci si può dunque chiedere, sia pure tenendo conto del carattere non compiuto del sistema europeo di diritto internazionale privato, se l'autonomia della volontà possa costituire un principio di portata generale e quali siano le ricadute della centralità di tale principio sul sistema complessivo.

II. Il principio dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato

4. Nei sistemi di conflitto di leggi è tradizionalmente consentito alle parti⁴, almeno in talune materie, individuare la legge applicabile al rapporto giuridico che le riguarda attraverso una loro manifestazione di volontà⁵. Anzi, negli ordinamenti nazionali nei quali è stata recentemente introdotta una nuova legislazione internazional-privatistica si è manifestata una diffusa tendenza a valorizzare lo spazio riservato all'*optio iuris*⁶, estendendola anche a settori diversi dalla materia contrattuale⁷.

Ciò nondimeno, la pur diffusa regola dell'autonomia della volontà è ben lontana dal presentare connotati chiari e definiti. Anzi, intorno a tale principio e al suo ruolo nei sistemi di diritto internazionale privato si è sviluppato, anche in tempi recenti, un dibattito dottrinale molto ampio.

5. Secondo un'impostazione divenuta tradizionale a partire dal XX secolo l'autonomia della volontà costituirebbe un criterio di collegamento diretto, in base al classico metodo conflittuale, a localizzare il rapporto nell'ordinamento che ne costituisce la sede naturale. In particolare, la volontà delle parti, che si traduce in uno specifico negozio giuridico, esplicherebbe una funzione strettamente internazional-privatistica – e dunque distinta da quella dell'autonomia contrattuale di diritto privato⁸ – e rappresenterebbe, in questa concezione, il fattore che istituisce un collegamento sufficiente tra un rapporto giuridico e un determinato ordinamento⁹.

³ L'indagine può peraltro essere estesa anche al Protocollo dell'Aja del 2007 sulle obbligazioni alimentari in ragione del richiamo contenuto nell'art. 15 del regolamento CE n. 4/2009 del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁴ Ovviamente, il riferimento all'autonomia delle parti non esclude che in taluni casi la volontà rilevante a fini internazionalprivatistici possa avere carattere unilaterale, come accade di norma in materia di successioni, ove la scelta di legge viene normalmente effettuata dal *de cuius*, come risulta, ad esempio, dall'art. 17 della proposta di regolamento sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009) 154 def.

⁵ Per una ricostruzione storica della formazione del principio dell'autonomia della volontà v. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 19 ss. e P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 3 ss.; per una disamina comparativa delle posizioni europee e statunitensi rispetto all'autonomia della volontà nel secolo scorso v. G. RÜHL, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, p. 5 ss.

⁶ V., sul tema, P. PICONE, "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti", in Id., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 515 ss.

⁷ Sul tema P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, p. 3 ss.

⁸ Per la sopravvivenza di questa distinzione nel regolamento «Roma I» si pronuncia N. BOSCHIERO, "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I", in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di N. BOSCHIERO, Torino, 2009, p. 67 ss., in specie p. 69 ss. Per la rilevanza di tale distinzione anche rispetto al diritto uniforme v. E. CASTELLANOS-RUIZ, *Autonomia de la voluntad y derecho uniforme en la compravenda internacional*, Granada, 1998, p. 8 ss.

⁹ V., per questa posizione, già D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale privato*, Roma, 1918, p. 327 ss.; Id. *Corsi di*

Da analoghe premesse teoriche in ordine al necessario carattere localizzatore delle norme di conflitto parte altro orientamento dottrinale secondo cui la volontà delle parti svolgerebbe la funzione di un normale criterio di collegamento ma non costituirebbe manifestazione di autonomia bensì una mera indicazione fattuale¹⁰.

Altre ricostruzioni dell'istituto condividono l'assunto secondo cui l'autonomia della volontà troverebbe il suo riconoscimento in una norma di diritto internazionale privato – e dunque diretta a designare la legge applicabile –, ma escludono che questa norma abbia una funzione meramente localizzatrice. Al contrario, trattandosi di una norma di diritto internazionale privato a carattere materiale, essa non potrebbe essere ispirata a un criterio di neutralità ma perseguirebbe un obiettivo sostanziale, e precisamente la realizzazione degli interessi delle parti¹¹.

Da ultimo, una parte della dottrina identifica nell'autonomia della volontà una norma materiale, diretta a fornire una disciplina specifica per i contratti internazionali, in ragione della loro delocalizzazione e dunque dell'impossibilità di individuare *a priori* un singolo ordinamento che costituisca sede del rapporto¹².

6. Peraltro, la dottrina recente ha già avvertito che gli ordinamenti nazionali possono utilizzare tecniche internazionalprivatistiche differenti che rispondono ad esigenze differenti di politica del diritto e che, in questo contesto, il principio dell'autonomia della volontà può connotarsi concretamente come espressione di diversi approcci metodologici al problema del conflitto di leggi, in relazione al contenuto delle varie norme positive¹³.

Sebbene non si possa aderire interamente alla complessiva ricostruzione metodologica propugnata da questa dottrina, si deve rilevare sin d'ora che nel diritto dell'Unione europea si trova conferma della non omogeneità delle tecniche conflittuali ispirate al principio dell'autonomia della volontà. In particolare, come si vedrà meglio in seguito, nei diversi regolamenti dedicati alla disciplina del conflitto di leggi si riscontrano approcci differenziati alla libertà delle parti di designare la legge regolatrice; allo stesso modo, è diversa la valorizzazione dell'autonomia della volontà sul piano conflittuale che discende dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴.

7. Ciò nondimeno, sembra comunque possibile ravvisare un minimo comun denominatore delle norme che si richiamano all'autonomia della volontà. In proposito, ad avviso di chi scrive, occorre partire dalla premessa che le norme di diritto internazionale privato sono destinate ad operare in funzione del processo e dunque sono dirette in via immediata non alle parti bensì al giudice, poiché solo nel corso del processo si rende necessaria una valutazione della fattispecie in senso giuridico (mentre al di fuori di esso le parti agiscono sulla base di impulsi sociali, economici, morali ecc., tra i quali va compresa anche l'aspettativa di quanto il giudice potrebbe decidere in un eventuale giudizio). Ciò significa che, soltanto quando sorga tra le parti una controversia relativa ad un determinato rapporto giuridico, si verificherà concretamente la designazione della legge regolatrice del rapporto, che ciascun giudice è chiamato a svolgere sulla base delle sue norme di conflitto.

La medesima premessa vale evidentemente per la regola dell'autonomia della volontà: quando la norma attribuisce rilevanza alla volontà delle parti per la produzione di un determinato effetto, non

diritto internazionale privato e processuale, a cura di F. SALERNO, Padova, 1996, p. 210.

¹⁰ Si tratta di teoria sviluppata in particolare da H. BATIFFOL, a partire da *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, 1938, e poi ripresa in Italia da R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 192 ss.; G. MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1941, p. 89 ss.; T. PERASSI, "Sull'autonomia dei contraenti", in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, II, p. 173 ss.

¹¹ V. P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantial*, Genève, 1985, p. 213 ss.; A.E. VON OVERBECK, "Cours general de droit international privé", in *Rec. de Cours*, III, 1982, p. 74 ss.

¹² Così in particolare G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 96 ss., che peraltro ritiene possibile richiamarsi all'ordinario meccanismo dell'autonomia conflittuale quanto alla scelta limitata a un certo novero di leggi individuate *a priori*.

¹³ Tale posizione risulta sviluppata in P. PICONE, "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti", cit., poi ripreso, tra gli altri, da G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 86 ss.

¹⁴ In materia contrattuale la Corte di giustizia si è fin qui limitata a prendere atto delle ampie possibilità di scelta di legge normalmente concesse alle parti: cfr. sent. 24 gennaio 1991, causa C-399/89, *Alsthom Atlantique*, in *Racc.*, 1991, p. I-107.

siamo di fronte a una manifestazione di un principio di libertà in senso kantiano¹⁵ (che preesiste al diritto e dunque opera sul piano metagiuridico) bensì ad un precetto indirizzato al giudice. Più in particolare, le norme che si riferiscono alla scelta della legge hanno per scopo di consentire al giudice di tener conto, a determinate condizioni, della volontà delle parti – ove risulti – al fine di permettere la designazione delle norme applicabili al rapporto.

Ciò non significa evidentemente che la ragione principale della rilevanza attribuita alla scelta di legge non risieda nel desiderio di assicurare alle parti l'opportunità di un miglior soddisfacimento dei loro interessi. Ma non sempre, come si vedrà, questa esigenza può avere un rilievo pratico nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato fondate sulla volontà delle parti. D'altra parte, se si assume che le norme di diritto internazionale privato abbiano sicura rilevanza essenzialmente in funzione del processo, la comunanza di interessi tra le parti ai fini della realizzazione di un certo obiettivo materiale non può essere sicuramente annoverata tra i dati di partenza, poiché in funzione del processo le parti tenderanno a perseguire interessi diversificati¹⁶.

8. Nondimeno, appaiono condivisibili le critiche mosse all'idea che l'autonomia della volontà abbia una funzione localizzatrice, poiché non si tratta di individuare un ordinamento che costituisca la sede naturale del rapporto ma di fornire al giudice gli elementi per ricostruire le norme – interne o straniere, ed eventualmente appartenenti anche a ordinamenti diversi – da applicare per decidere la controversia.

D'altra parte, ed in questa stessa prospettiva, non si può non tener conto che la norma di diritto internazionale privato fondata sull'autonomia della volontà non produce soltanto l'effetto positivo di consentire al giudice di individuare le norme applicabili, ma anche quella di determinare una deroga alle norme che il giudice avrebbe dovuto altrimenti applicare. In questo senso assume una certa importanza la configurazione della scelta di una certa legge anche come libertà da una diversa legge¹⁷.

9. Tuttavia, quest'ultima considerazione non può condurre a condividere l'orientamento che tende a considerare i rapporti giuridici transnazionali in cui le parti abbiano esercitato la scelta di legge – ma soprattutto i contratti internazionali – come completamente delocalizzati e dunque sottratti all'imperio della legge statale. Ad avviso di chi scrive, ad escludere la possibilità di un rapporto giuridico *sans loi* è la circostanza che la dimensione giuridica dello stesso viene in considerazione soltanto quando questo venga sottoposto alla cognizione di un giudice, il quale dovrà tra l'altro applicare le norme di conflitto del suo ordinamento, con la conseguenza che da queste dipenderà la possibilità di dar seguito alle scelte effettuate dalle parti nell'esercizio della loro autonomia¹⁸, salva la necessità di accertare la validità dell'optio sulla base della legge scelta. Prima e al di fuori della sede giurisdizionale il rapporto è *sans loi* solo nel senso che esso rileva come fenomeno socio-economico, rispetto al quale le norme giuridiche, comprese le norme di conflitto, operano solo al fine di prevedere il probabile esito di un eventuale processo¹⁹.

Date queste premesse, sembra possibile individuare varie tipologie di norme internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti, le quali trovano un concreto riscontro nella disciplina europea dei conflitti di leggi. Tali norme sono espressione di tecniche tra loro diverse, nelle quali può dunque

¹⁵ V., per il richiamo alla filosofia kantiana, P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 7.

¹⁶ Va peraltro aggiunto che, per stabilire se la norma sull'autonomia della volontà sia ispirata al c.d. metodo della considerazione degli interessi materiali, non pare decisiva la circostanza che il potere di designazione della legge applicabile sia attribuita a tutte le parti del rapporto o a una di esse per ragioni di *favor*. Infatti, la realizzazione degli interessi materiali sottesi alla scelta presupporrebbe la titolarità, in capo al giudice, del potere di correggere una scelta non coerente con tali interessi; ma tale possibilità è normalmente esclusa dagli strumenti oggetto della nostra indagine. L'unico meccanismo di questo genere è prefigurato nell'art. 8, ultimo paragrafo, del Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di obbligazioni alimentari, sul quale *infra*, nota 36. In senso diverso, P. PICONE, "Autonomia della volontà e metodi di coordinamento", cit., p. 521 ss.

¹⁷ V., anche per riferimenti, F. JOHNS, "Performing Party Autonomy", in <http://ssrn.com/abstract=1344121>, p. 102 ss.

¹⁸ In particolare, sul problema del contratto *sans loi* v. A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", in questa *Rivista*, 2009, 2, p. 52 ss., in specie p. 79 ss., nonché i contributi di G. CARELLA, "Il diritto applicabile ai contratti: norme di conflitto e norme materiali", e S.M. CARBONE, "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti", entrambi in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, Napoli, 2008, p. 169 ss.

¹⁹ Tale posizione è stata sostenuta in particolare da W. WHEELER COOK, *The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws*, Harvard, 1942, p. 30 ss.

variare il ruolo attribuito al principio dell'autonomia della volontà. Come subito si vedrà, si ritiene che l'elemento discrezionale tra le varie tecniche discenda essenzialmente dalla differente funzione che sulla base di esse viene concretamente attribuita alla scelta di legge e che può dipendere dal momento in cui la scelta viene formulata ovvero dalle modalità della stessa²⁰.

III. La scelta espressa

10. L'ipotesi tipica in cui la volontà delle parti consente la designazione della legge applicabile è costituito dalla scelta c.d. *espressa*, che ricorre con grande frequenza in materia contrattuale ed è presente in tutti gli strumenti normativi proposti o adottati dall'Unione europea in tema di conflitti di leggi²¹ (con la sola eccezione del regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza). Questa tecnica di determinazione della legge applicabile risulta caratterizzata dalla circostanza che le parti manifestano *ex professo* la volontà di prevedere che il rapporto giuridico sia regolato dalle norme di un determinato ordinamento (o di più ordinamenti, ove sia ammesso il *depeçage*); tale manifestazione deve peraltro avvenire nel rispetto dei requisiti di forma posti dalla norma di diritto internazionale privato di volta in volta applicabile.

Ad avviso di chi scrive, alla figura della scelta espressa vengono tuttavia normalmente ricondotte ipotesi tra loro anche significativamente diverse, assumendo che esse siano del tutto identiche nel metodo e differiscano soltanto per il momento in cui ha luogo la designazione della legge applicabile. In realtà, all'interno del concetto di «scelta espressa», come utilizzato nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, possono essere delineate, come di seguito si vedrà, tre modalità di manifestazione tra loro distinte.

1. La scelta espressa preventiva

11. L'archetipo dell'*optio iuris* è costituito da quella che si può definire scelta espressa *preventiva*, che si realizza allorché le parti interessate individuano la legge applicabile, quale garanzia di prevedibilità, in un momento antecedente al verificarsi dei fatti intorno a cui sorge la controversia sottoposta al giudice. Ciò presuppone evidentemente un incontro di manifestazioni di volontà, che dà luogo ad un negozio giuridico²² unilaterale o bilaterale, soggetto a requisiti di capacità delle parti e di validità formale e sostanziale²³.

²⁰ Secondo P. PICONE, "Autonomia della volontà e metodi di coordinamento", cit., p. 521 ss., dovrebbe tenersi conto anche della distinzione tra scelta illimitata e scelta limitata, poiché la prima si fonderebbe sul metodo della considerazione degli interessi materiali e la seconda sul metodo localizzatore classico. Tale argomentazione non pare convincente, sia perché, come anticipato, il giudice non ha normalmente il potere di correggere una scelta non coerente con l'obiettivo materiale perseguito dalle parti, sia perché non mancano norme che prevedono una scelta limitata ma al contempo mirano, talvolta con scarso esito, a realizzare esigenze di protezione di una delle parti, come accade per i contratti di trasporto di persone e i contratti di assicurazione, sui quali v. *infra*.

²¹ Cfr. l'art. 14 del regolamento CE n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 3 del regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»); l'art. 17 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009), 154 def.; l'art. 3 della proposta di regolamento UE del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, COM (2010) 105 def. Anche in materia di obbligazioni alimentari si applicheranno norme che prevedono una scelta espressa di legge, poiché l'art. 15 fa rinvio al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, che contiene due disposizioni che si richiamano a tale tecnica (articoli 6 e 7 del Protocollo).

²² Nel senso che la scelta di legge in materia contrattuale costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto al contratto in cui si inserisce, v., tra i tanti, A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 73 s. Per una posizione critica v. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 96 ss.

²³ In realtà, soltanto il regolamento «Roma I» contiene indicazioni in ordine alla legge applicabile alla capacità delle parti e alla validità formale e sostanziale della scelta di legge, rinviando (art. 3, par. 5) alle corrispondenti norme del regolamento relative alla validità del contratto e alla capacità (articoli 10, 11 e 13). In proposito, è stato sostenuto che le medesime regole dovrebbero applicarsi rispetto agli accordi di scelta di legge stipulati sulla base dell'art. 14 del regolamento «Roma II», data la

Tale negozio – che costituisce talora l'unica forma ammessa di *optio iuris*²⁴ – ha evidentemente una funzione conflittuale, poiché implica la designazione della legge applicabile a tutte le future controversie tra le parti. Ciò non significa peraltro ricondurre la scelta espressa preventiva al metodo localizzatore, sia perché può essere considerata preventiva anche l'*optio iuris* che sia formulata in un momento successivo alla costituzione del rapporto²⁵, sia perché le norme positive ammettono, almeno in materia contrattuale²⁶, il *depeçage* volontario²⁷.

12. Va qui aggiunto che la sussistenza di una funzione tradizionalmente localizzatrice è esclusa anche dalle tecniche su cui si fonda la scelta espressa preventiva. In proposito, è anzitutto indicativo che in materia contrattuale ed extracontrattuale essa sia configurata, in linea di principio, come illimitata, non risultando dunque necessario un collegamento materiale tra la fattispecie e l'ordinamento richiamato²⁸. Ciò è dimostrato anche da quanto è previsto dal regolamento «Roma I» in materia di tutela del contraente debole, ove si impone comunque l'applicazione delle norme protettive di un ordinamento considerato particolarmente prossimo alla fattispecie, restando tuttavia intatta per il resto la facoltà di scelta della legge ad opera delle parti²⁹.

D'altra parte, anche quando le norme dell'Unione europea circoscrivono a determinati ordinamenti la facoltà di scelta riservata alle parti, come avviene in particolare in materia di contratti di trasporto di persone o di assicurazione³⁰, l'ampiezza dei legami considerati rilevanti (non meno di cinque

loro qualificazione contrattuale (P. BERTOLI, "Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation", in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 697 ss., in specie p. 708); questa posizione pare condivisibile ma non suscettibile di essere estesa alla materia delle successioni e a quella matrimoniale. A tal proposito, merita segnalare che la recente proposta di cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale stabilisce requisiti formali uniformi (forma scritta, presenza della data e della sottoscrizione dei coniugi), ma al contempo ammette requisiti supplementari che possano essere stabiliti dalla legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi o di uno di essi.

²⁴ È il caso della proposta di regolamento relativo alla legge applicabile alle successioni, in cui la scelta della legge applicabile è rimessa, ai sensi dell'art. 17, al *de cuius* (che deve procedervi in forma espressa) e dunque può essere compiuta, ovviamente, soltanto in via preventiva rispetto all'apertura della successione (mentre una diversa soluzione potrebbe prefigurarsi rispetto alla legge applicabile per scelta delle parti ai patti successori ai sensi dell'art. 18, par. 3). In materia matrimoniale la proposta di regolamento ammette la sola *optio iuris* espressa ma consente che essa sia formulata sino al momento dell'instaurazione del giudizio o eventualmente anche nel corso dello stesso. Al contrario, nel regolamento «Roma II» la scelta preventiva della legge applicabile è consentita solo nell'ipotesi speciale in cui «tutte le parti esercitano un'attività commerciale, mediante un accordo liberamente negoziato»: su tale disposizione v. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008, p. 561 ss.

²⁵ Un'ipotesi tipica potrebbe esser quella della scelta di legge in materia contrattuale che sia negoziata in un momento successivo alla stipulazione del contratto ma antecedente ai fatti che facciano sorgere la controversia (ad esempio, l'inadempimento di uno dei contraenti).

²⁶ Ritengono che il *depeçage* volontario sia possibile anche in materia di obbligazioni non contrattuali, peraltro in difetto di un fondamento normativo espresso (che parrebbe invece necessario, anche alla luce del tenore testuale dell'art. 3, par. 1, ultima parte, del regolamento «Roma I») P. BERTOLI, "Choice of Law", cit., p. 705; S.C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", in *Amer. Journ. Comp. Law*, 2008, p. 485, il quale individua molte ipotesi di frazionamento sia volontario che *ope legis*. *Contra*, L. DE LIMA PINHEIRO, "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization. A First Assessment of EC Regulation Rome II", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 5 ss., in specie p. 13.

²⁷ Sulla facoltà delle parti di procedere alla frammentazione della legge applicabile al contratto nel regolamento «Roma I», v. A. GARDELLA, "Art. 3 (I)", in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 521 ss. (il commento citato si trova a p. 616 ss.); F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto", in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 15 ss., in specie p. 32 ss.

²⁸ V. anche H. HEISS, "Party Autonomy: The Fundamental Principle in European PIL of Contracts", in *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, a cura di F. FERRARI e S. LEIBLE, München, 2009, p. 1 ss., in specie p. 2.

²⁹ Nel senso che in questi casi si verifica la mera integrazione della legge scelta dalle parti con le norme inderogabili in ipotesi maggiormente protettive della legge applicabile in mancanza di scelta è orientata concordemente la dottrina: v. A.L. CALVO CARAVACA, *El reglamento Roma I*, cit., p. 103; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 229 ss.; G. PIZZOLANTE, "Art. 6", in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 601 ss. Se ne fa normalmente derivare che, laddove la legge scelta sia più favorevole al contraente debole, essa continua ad applicarsi senza alcuna interferenza delle norme inderogabili dell'ordinamento designato sulla base di criteri obiettivi.

³⁰ Sull'autonomia conflittuale limitata in materia assicurativa nel regolamento «Roma I» v. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Los contratos de seguro del art. 7 del reglamento Roma I", in questa *Rivista*, 2009, 2, p. 30 ss.; H. HEISS, "Insurance Contracts in "Rome I": Another Recent Failure of the European Legislature", in *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, a cura di E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI, Zürich, 2008, p. 97 ss.; P. PIRODDI, "I

per ciascuna di queste fattispecie) esclude che la scelta dia semplicemente luogo alla designazione di una preesistente *proper law* del rapporto giuridico³¹. La proposta di regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale – che a sua volta consente alle parti di scegliere fra diversi ordinamenti³² – si inserisce nella medesima linea di indirizzo.

13. Di questa ricostruzione si ricava una conferma dalla circostanza che in alcuni casi le norme sembrano chiaramente improntate a valorizzare, più che la scelta della legge applicabile, la deroga alla legge designata sulla base di altri criteri di collegamento. Tale fenomeno appare con chiarezza laddove, come nei regolamenti «Roma I» e «Roma II» sia ammessa la scelta di legge rispetto a fattispecie puramente interne³³, per le quali viene introdotto il solo temperamento del necessario rispetto delle regole inderogabili appartenenti all'unico ordinamento collegato con la fattispecie³⁴. Ma, ad avviso di chi scrive, costituisce un'ipotesi di questo tipo – piuttosto che una norma di conflitto tradizionalmente localizzatrice – quella che si riscontra nella proposta di regolamento in materia di successioni, il cui art. 17 consente al *de cuius* di scegliere di far regolare la sua successione dalla legge nazionale in luogo della legge dello Stato di residenza abituale.

Se si assume, come ci pare necessario, che le norme che ammettono la scelta di legge producano concretamente i loro effetti solo nel contesto di un procedimento giurisdizionale, si può agevolmente concludere che con la scelta espressa preventiva la volontà delle parti opera nel senso di indicare al giudice l'ordinamento (o gli ordinamenti), ivi compreso quello del foro, in cui dovranno essere ricercate le norme applicabili al rapporto³⁵.

14. A ciò va peraltro aggiunta la precisazione che tale individuazione avviene in astratto e non con riferimento ad uno specifico contenuto del diritto materiale applicabile. Infatti, per quanto non sia

contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 247 ss.

³¹ Sono critici sull'ampio catalogo di leggi che le parti di un contratto di assicurazione o di trasporto di persone possono scegliere G. CONTALDI, “Il contratto internazionale di trasporto di persone”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 358 ss., in specie p. 380 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato*, cit., p. 218 ss., per il fatto che in questo modo non potrebbero essere realizzate le finalità protettive delle due disposizioni.

³² Si tratta della legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi (o dell'ultima residenza abituale se uno di essi vi risiede ancora), della legge nazionale di uno dei coniugi o della *lex fori*. I criteri di collegamento coincidono in gran parte con quelli previsti dal successivo art. 4 della proposta per l'ipotesi della mancanza di scelta, ma con la significativa differenza che nel primo caso il collegamento va valutato al momento della conclusione dell'accordo e nel secondo al momento dell'instaurazione del procedimento giurisdizionale.

³³ Ciò non accade nell'ordinamento statunitense, ove l'art. 187 del Restatement (Second) of the Conflict of Laws richiede che «two or more states have an interest in the determination of the particular issue» per dare effetto alla scelta di legge. Per una lettura che tende ad assimilare l'art. 3, par. 3, del regolamento «Roma I» e l'art. 187 appena menzionato, v. G. RÜHL, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, cit., p. 9.

³⁴ Tale temperamento è dovuto all'esigenza di garantire il rispetto degli interessi degli Stati, ma con un'intensità maggiore rispetto agli altri casi di scelta di legge (in cui i regolamenti «Roma I» e «Roma II» assicurano la sola applicazione dei limiti generali dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria) proprio per il carattere puramente interno della fattispecie: v. anche P. BERTOLI, “Choice of Law”, cit., p. 713. Peraltro, tale meccanismo non opera sul piano dell'autonomia internazionalprivatistica, ma sul piano materiale del contenuto del contratto: v. più approfonditamente, G. BIAGIONI, “Art. 3 (II)”, in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 630.

³⁵ Ciò pone evidentemente problemi rispetto alle c.d. *floating choice-of-law clauses*, che condizionano la scelta di legge a un evento futuro o la differiscono semplicemente a un momento successivo: rispetto a tali ipotesi è evidentemente necessario ritenere che in tali casi è possibile distinguere la legge applicabile al rapporto in due fasi (quella antecedente all'instaurazione del procedimento di soluzione delle controversie, in cui la legge sarebbe determinata sulla base di criteri obiettivi, e quella successiva, in cui opererebbe la scelta), come fa A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I”, cit., p. 75. Infatti, se il procedimento giurisdizionale viene instaurato prima del verificarsi della condizione o della designazione della legge regolatrice, il giudice dovrà individuare la *lex causae* sulla base delle regole basate su criteri oggettivi. Diverso sembra il caso delle clausole che stabiliscono l'applicabilità di leggi diverse a seconda della parte che instauri il procedimento giurisdizionale o arbitrale o del luogo ove esso viene instaurato, che ben possono rientrare nella nozione di scelta espressa preventiva, poiché gli effetti della scelta di legge sono comunque destinati ad operare solo all'interno del processo. Anche in tali ipotesi la scelta si limita a operare nel senso consueto, secondo chi scrive, di consentire al giudice o all'arbitro di individuare l'ordinamento all'interno del quale rinvenire le norme sulla base delle quali giudicare la controversia relativa a quel determinato rapporto giuridico. Su questi problemi rispetto alla convenzione di Roma del 1980, v. A. SARAVALLE, “Clausole con scelta di legge variabile e convenzione di Roma del 1980”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 17 ss.

possibile negare che, anche attraverso la scelta espressa preventiva, le parti intendono designare una legge, oltre che certa, che reputino anche idonea a realizzare i loro interessi, è anche sicuro che le norme positive non consentono al giudice di accertare se la legge scelta corrisponda effettivamente alle aspettative delle parti e, in caso negativo, di non tenerne conto³⁶. Risulta dunque prevalente in queste ipotesi l'esigenza di prevedibilità della legge applicabile³⁷, anche al fine di garantire alle parti di poter conoscere le conseguenze della loro condotta sulla base delle norme in ciascun momento vigenti nell'ordinamento richiamato.

Ciò è confermato dalla circostanza che la scelta espressa preventiva resta insensibile alle eventuali modifiche delle norme materiali dell'ordinamento richiamato, quali vigevano al momento della scelta stessa³⁸. Per questa stessa ragione ci sembra da escludere che alla scelta di legge preventiva possa attribuirsi valore normativo³⁹, poiché essa non svolge la funzione di individuare direttamente le norme materiali applicabili, il cui contenuto non è sicuramente prevedibile al momento della scelta.

2. La scelta espressa successiva

15. Molte caratteristiche della scelta espressa preventiva si ritrovano anche in quella che si può definire la scelta espressa *successiva*⁴⁰, con la quale le parti designano la legge applicabile al rapporto quando si sono già verificati i fatti che danno luogo alla controversia tra le parti⁴¹. Si tratta infatti, anche in questo caso, di un atto negoziale attraverso il quale le parti intendono individuare, eventualmente anche col metodo del *depeçage* ove consentito, la legge applicabile al rapporto ai fini di eventuali e futuri procedimenti giurisdizionali⁴². Nel mentre tale tecnica non viene trattata separatamente nel regolamento «Roma I» e nella proposta di regolamento sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁴³, essa costituisce il meccanismo ordinario ai sensi dell'art. 14 del regolamento «Roma II», per

³⁶ Una diversa soluzione si ritrova nell'art. 8, ultimo paragrafo, del Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari secondo cui «unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties». La disposizione, come si evince dall'inciso iniziale, sembra diretta soprattutto a evitare le possibili incongruenze che conseguano alle modifiche normative interne all'ordinamento richiamato, ma consente al giudice di non tener conto della scelta di legge sulla base di una valutazione *content-oriented*, che trascende le ipotesi di violazione del limite generale dell'ordine pubblico.

³⁷ V. già M. GIULIANO, «La loi d'autonomie: le principe et sa justification theorique», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss.

³⁸ Per questa affermazione e per un esame dei meccanismi che possono sovvenire le parti allorché il nuovo contenuto del diritto materiale applicabile non risponda più alle esigenze dell'operazione economica, v. A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I», cit., p. 73 s., il quale nutre dubbi sulla validità delle cc.dd. *freezing clauses*, con cui le parti decidono che al loro contratto (e ora, ai sensi dell'art. 14, par. 2, del regolamento «Roma II», anche all'obbligazione non contrattuale) si applicherà la legge scelta quale vigeva al momento della conclusione dell'*optio iuris*. Sembra in effetti che le norme positive autorizzino soltanto tale lettura, potendo semmai le parti – ove il contenuto della *lex causae* non soddisfi più le loro aspettative – modificare in ogni tempo la scelta, raggiungendo dunque (e ciò non sarà sempre agevole) un nuovo consenso. La modifica della scelta è evidentemente una soluzione ben diversa dall'applicazione di norme non più in vigore a seguito di una *freezing clause* (che va tenuta distinta dal meccanismo della recezione negoziale): diversamente, G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 113 s., nella prospettiva della massimizzazione della libertà delle parti di realizzare i loro interessi. Sul problema delle *freezing clauses*, v. anche F. MARRELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia», cit., p. 48 s., il quale distingue a seconda che tali clausole debbano essere esaminate dal giudice o dall'arbitro.

³⁹ In senso diverso, P. BERTOLI, «Choice of Law», cit., p. 704 s.

⁴⁰ Il riferimento alla scelta «tardiva», contenuto in F. MARRELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia», cit., *passim*, sembra un residuo del metodo localizzatore tradizionale, che presuppone la necessaria contestualità tra la costituzione del rapporto e la scelta della legge applicabile.

⁴¹ Per questa distinzione già I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 127 ss.; P. PICONE, «Autonomia della volontà e pluralità dei metodi», cit., specialmente p. 527 ss.

⁴² Ciò naturalmente non esclude che la scelta abbia effetto retroattivo (in questo senso, in materia contrattuale, tra gli altri, R. BARATTA, «La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 633 ss., in specie p. 653); conseguenza, questa, che è addirittura scontata in materia di obbligazioni non contrattuali, nelle quali la scelta *post eventum* è evidentemente destinata a produrre effetti rispetto all'illecito già verificatosi. Ciò non fa altro che dimostrare che la designazione della legge ad opera delle parti produce effetti ai fini del successivo apprezzamento del giudice.

⁴³ In entrambi i testi è soltanto contenuta la previsione che la scelta di legge può essere formulata o modificata in ogni momento, e ciò è sufficiente a comprendere la scelta espressa successiva.

l'evidente ragione che in materia non contrattuale le parti non sono di norma legate da un preesistente rapporto giuridico.

16. La caratteristica essenziale che la differenzia dalla scelta preventiva consiste nella circostanza che la scelta successiva interviene allorché sono in linea di principio note le norme concretamente applicabili alla fattispecie. Infatti, queste si determinano ordinariamente sulla base del principio *tempus regit actum* e dunque nel momento in cui si verificano i fatti rilevanti ai fini della controversia: ad esempio, l'accertamento del fatto generatore di responsabilità extracontrattuale o dell'inadempimento contrattuale va effettuato sulla base delle norme vigenti al tempo in cui l'uno o l'altro si è verificato.

Ne deriva che, al momento della conclusione del *pactum de lege utenda*, le parti sono, o possono essere, consapevoli del contenuto delle norme materiali applicabili e dunque, ancorché la designazione riguardi formalmente l'ordinamento richiamato, la scelta ricade immediatamente su specifiche norme vigenti ritenute applicabili alla fattispecie. Pertanto, in questo momento le parti si troverebbero meglio collocate per stabilire quale legge può realizzare i loro interessi; ma occorre anche considerare che, essendo già sorta la controversia alla quale dovrà applicarsi la legge designata, le aspettative delle parti risulteranno divergenti e sarà difficile che esse possano condividere tale valutazione di convenienza.

Anche la tecnica della scelta espressa successiva, dunque, sembra in concreto realizzare soprattutto un'ampia garanzia di prevedibilità rispetto a futuri giudizi⁴⁴. Peraltro, la significativa differenza che intercorre rispetto alla scelta preventiva consiste nel fatto che le parti sono (o possono essere) a conoscenza della disciplina apprestata dai diversi ordinamenti. Di conseguenza, esse sono poste in condizione di determinare, sia pure indirettamente, le specifiche disposizioni applicabili, per quanto il giudice resti libero, all'interno dell'ordinamento richiamato, di individuarle in base al principio *iura novit curia*.

3. La scelta espressa formulata in sede giurisdizionale

17. Va poi tenuta distinta, ad avviso di chi scrive, dalla scelta espressa successiva la scelta espressa *formulata in sede giurisdizionale*. Una chiara bipartizione in tal senso si ritrova in particolare nell'art. 3, par. 4, della proposta di regolamento sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁴⁵ e, almeno *in nuce*, nell'art. 7 del Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari⁴⁶; ma si tratta di un metodo utilizzato anche in materia di obbligazioni contrattuali e non contrattuali⁴⁷.

Tale tecnica presenta anzitutto la peculiarità di attribuire rilevanza, ai fini della designazione della legge applicabile, ad un atto processuale: ciò si riflette sulla disciplina dei requisiti di capacità (ad esempio, la necessità o meno che la scelta venga effettuata dalla parte personalmente) e di validità, che evidentemente dipende dalla *lex fori*⁴⁸. Quest'ultima dunque stabilirà i requisiti di forma dell'atto che contiene la scelta di legge in corso di causa, il termine ultimo entro il quale questa può essere formulata⁴⁹, e così via, salvo che alcuni aspetti siano già regolati dalle norme uniformi.

⁴⁴ V. S.C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts", cit., p. 495, il quale fa espresso riferimento al criterio della «judicial economy».

⁴⁵ Stabilisce tale disposizione che «ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono del pari designare la legge applicabile nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale».

⁴⁶ Il par. 1 prevede che «...the maintenance creditor and debtor for the purpose only of a particular proceeding in a given State may expressly designate the law of that State as applicable to a maintenance obligation»; nonostante che il par. 2 menzioni «a designation made before the institution of such proceedings», non sembra che la disposizione intenda escludere che l'accordo possa essere raggiunto nel corso del procedimento.

⁴⁷ Cfr. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, cit., p. 560 s. È opportuno rammentare che l'art. 7 del regolamento «Roma I», relativo al c.d. danno ambientale, attribuisce, in un'evidente ottica di *favor*, la facoltà di scelta in corso di causa al solo danneggiato.

⁴⁸ In questo senso, espressamente l'art. 3, par. 4, della proposta di regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

⁴⁹ Nel senso che in materia contrattuale essa potrebbe essere effettuata sino alla prima udienza di trattazione della controversia, F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia", cit., p. 59, con gli ulteriori riferimenti bibliografici. Non è chiaro se l'Autore citato intenda così prefigurare una regola uniforme, della quale non viene peraltro indicato il possibile fondamento normativo, o si riferisca al solo ordinamento italiano.

18. Venendo agli effetti dell'*optio* formulata in un procedimento giurisdizionale, essa è in generale assimilabile alla scelta espressa successiva in quanto comporta la designazione di uno o più ordinamenti all'interno dei quali sono già note alle parti le norme materiali applicabili. Tuttavia, poiché in queste ipotesi la scelta viene formulata nel corso di un procedimento giurisdizionale e sulla base di un atto di natura processuale, sembra logico ritenere che i suoi effetti siano limitati allo specifico procedimento nel quale si inserisce. Sebbene nei regolamenti dell'Unione europea – a differenza dell'art. 7 del Protocollo dell'Aja sulle obbligazioni alimentari – non si rinvenga alcuna espressa indicazione in tal senso, non pare infatti possibile immaginare che le parti, scegliendo la legge applicabile nel corso del processo, intendano vincolarsi anche per le future controversie⁵⁰.

IV. La scelta tacita o implicita

19. Soltanto i due regolamenti «Roma I» e «Roma II» riconoscono peraltro effetti anche alla scelta *tacita* o *implicita*, cioè a quella scelta di legge che risulta «in modo ragionevolmente certo» dalle circostanze del caso o, secondo l'art. 3 del regolamento «Roma I», anche dalle disposizioni del contratto.

Si ritiene comunemente che con tale tecnica le parti possano pervenire alla formulazione della scelta per comportamenti concludenti⁵¹, con conseguente riconoscimento, anche in questo caso, della natura negoziale della stessa. In questo senso la dicotomia tra scelta espressa e scelta tacita diviene conseguenza soltanto della diversa forma nella quale le parti manifestano la volontà di rendere applicabile al rapporto una determinata legge.

20. Da tale ricostruzione discende anzitutto che la scelta di legge tacita può aver luogo secondo la medesima scansione temporale della scelta espressa, e dunque può essere preventiva, successiva⁵² o in corso di causa. Nelle tre ipotesi, trattandosi di una mera distinzione rispetto alla forma della scelta, e non della sua *ratio*, la funzione corrisponderà di volta in volta a quelle delineate per la scelta espressa: l'astratta individuazione dell'ordinamento la cui legge dovrà trovare applicazione per eventuali controversie nella scelta preventiva; l'individuazione concreta delle norme materiali applicabili alle future controversie nella scelta successiva; l'individuazione concreta delle norme materiali applicabili a un determinato procedimento giurisdizionale nella scelta in corso di causa.

21. Inoltre, la scelta tacita deve – al pari di quella espressa – rispettare analoghe condizioni in materia di capacità delle parti e di validità formale e sostanziale. Tuttavia, a questo proposito ciò che non sempre la dottrina e la giurisprudenza sembrano avvertire è che la scelta tacita presuppone un accertamento assai rigoroso dei comportamenti in cui consiste la manifestazione della volontà e del loro carattere concludente⁵³.

22. Questo significa, ad avviso di chi scrive, che la scelta tacita *preventiva* potrà configurarsi soltanto nell'ipotesi, prevista dalla *Relazione Giuliano-Lagarde* ma non frequente nella prassi, in cui un certo tipo contrattuale sia disciplinato da un determinato ordinamento oppure qualora il contenuto

⁵⁰Nel senso che le parti potrebbero tuttavia accordarsi espressamente perché la scelta di legge in corso di causa abbia effetti anche per il futuro, v. P. LAGARDE, commento a Cour de cassation, 4 ottobre 1989, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1990, p. 317 ss., in specie p. 322. Cfr. anche N. BOSCHIERO, “Norme di diritto internazionale privato «facoltative»?”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 541 ss., in specie p. 581.

⁵¹Così, espressamente U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 67.

⁵²Dubita della ammissibilità di una scelta tacita successiva F. MARRELLA, “Funzione ed oggetto dell'autonomia”, cit., p. 71. Tuttavia, occorre considerare che tale possibilità deve considerarsi sicuramente consentita nel regolamento «Roma II», in cui la scelta successiva costituisce, ai sensi del suo art. 14, l'ipotesi ordinaria. Poiché non è verosimile che il regolamento «Roma I» preveda una libertà di scelta più ristretta rispetto alla materia delle obbligazioni non contrattuali, se ne deve concludere che anche nel suo campo di applicazione può farsi luogo a una scelta tacita successiva.

⁵³Da questo punto di vista sembra lecito dubitare che attraverso la tecnica della scelta tacita le parti siano in grado di dar luogo ad un frazionamento della legge applicabile al contratto, tenuto anche conto che la prova di comportamenti concludenti diretti a distinguere la legge applicabile alle varie parti sarebbe ben difficile da ottenere.

del contratto, complessivamente considerato, faccia chiaramente emergere la volontà delle parti di sottomettersi a una legge regolatrice. Sotto tale profilo, il rapporto tra recezione negoziale e scelta tacita dev'esser valutato con particolare prudenza, in quanto il richiamo o l'incorporazione di singole norme materiali non potrà sempre considerarsi decisivo ai fini della configurazione di una volontà tacita, anche in ragione delle ampie possibilità di frazionamento del contratto. Nelle materie disciplinate dal regolamento «Roma II» le possibilità di una scelta tacita preventiva, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b), appaiono confinate alle ipotesi in cui le parti di un contratto lascino implicitamente – ma inequivocabilmente – intendere che la legge da essi designata debba applicarsi anche alle controversie derivanti da un eventuale illecito civile⁵⁴.

23. Non possono invece costituire forme di scelta tacita preventiva né la presenza di clausole di scelta del foro competente, poiché esse non depongono univocamente nel senso che le parti abbiano voluto sottomettersi alla *lex fori*; né tantomeno l'esistenza di un collegamento negoziale⁵⁵, quando questo risulti indipendente dalla volontà dei contraenti. Infatti, la scelta tacita deve comunque consistere in una manifestazione di volontà e non può coincidere con la mera consapevolezza delle parti che il giudice potrebbe applicare una determinata legge.

24. La scelta tacita *successiva* potrà configurarsi allorché le parti abbiano convenuto modifiche del contratto, che rendano evidente che esse hanno inteso sottomettersi a una determinata legge applicabile. Allo stesso modo, particolare rilievo va riconosciuto al comportamento *post eventum*, quando se ne possa desumere univocamente una volontà di pervenire alla scelta di legge; in questo contesto pare possibile valorizzare specialmente il contenuto della corrispondenza scambiata tra le parti, quando essa contenga chiari riferimenti alla legge di un certo Stato.

25. Va infine considerata ammissibile la scelta tacita *in corso di causa*, ma anche in tal caso il comportamento processuale dovrà essere valutato con cautela, non potendosi desumere dal silenzio delle parti (o di una di esse) una manifestazione di volontà, che dunque non può coincidere con la semplice non contestazione. Al contrario, una determinata legge potrà essere applicata, con effetti limitati al procedimento giurisdizionale, quando nel corso di questo tutte le parti si siano ripetutamente ed esclusivamente riferite ad essa⁵⁶.

V. Il possibile spazio per la scelta presunta

26. La chiara indicazione del regolamento «Roma I» di attribuire una certa rilevanza agli accordi di scelta del foro ai fini della determinazione della *lex voluntatis* sembra peraltro suggerire che nel diritto dell'Unione europea possa ammettersi anche una scelta meramente *presunta*. Com'è noto, infatti, il 12° considerando di tale regolamento prevede che «l'accordo tra le parti volto a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro»⁵⁷.

Ora, l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, quando avvenga senza altre specificazioni, non sembra potersi considerare un comportamento concludente ai fini di una scelta tacita, poiché nella prassi dei rapporti transnazionali è invece ben frequente l'evenienza (della quale le parti saranno normalmente consapevoli) che un giudice sia chiamato ad applicare una legge diversa dalla *lex fori*. Pertanto,

⁵⁴ Così, A. DICKINSON, *The «Rome II» Regulation*, cit., p. 561 s.

⁵⁵ Diverso è evidentemente il caso in cui le parti di un contratto richiamino *per relationem* le clausole contenute in altro contratto, compresa la scelta di legge, trattandosi di una manifestazione espressa di volontà.

⁵⁶ Per un atteggiamento di particolare prudenza nei confronti della scelta tacita in corso di causa v. N. BOSCHIERO, «Norme di diritto internazionale privato «facoltative»?», cit., p. 583 ss., la quale rileva come spesso i giudici si limitino a desumere una volontà tacita o implicita da un comportamento meramente inerte delle parti o addirittura da circostanze obiettive relative al rapporto.

⁵⁷ Sui lavori preparatori e sul valore di questo considerando, anche per riferimenti bibliografici, v. A. GARDELLA, «Art. 3(I)», cit., p. 628.

dalla scelta di un giudice, per quanto esclusiva, non può decisamente ricavarsi la volontà di indicare la legge del foro come applicabile al rapporto⁵⁸, poiché non verrebbe manifestata alcuna volontà di designare la legge, né avrebbe senso immaginare un atto negoziale soggetto a requisiti di validità e capacità⁵⁹.

27. Sarebbero dunque le norme uniformi a imporre al giudice di desumere dal fatto noto (scelta del giudice) il fatto ignoto (scelta della legge regolatrice): in sostanza, la volontà delle parti verrebbe ricavata attraverso un procedimento induttivo stabilito dalla norma di conflitto e dunque l'accordo sulla scelta del foro⁶⁰ verrebbe ad operare come elemento di collegamento obiettivo da cui ricavare la designazione della legge regolatrice. La *ratio* di una simile equiparazione – rispetto alla quale il riferimento ad una scelta avrebbe valore meramente formale – risulta facilmente comprensibile, sol che si consideri la semplificazione procedurale che ne discenderebbe.

28. L'ambiguità del preambolo del regolamento «Roma I», che non sembra coerente con l'impianto generale dell'atto, non consente di trarre conclusioni certe sul punto; ma non sembra possibile escludere che prevalga un'interpretazione che tenda a far coincidere in maniera pressoché automatica *forum* e *ius* con un meccanismo riconducibile ad una volontà presunta delle parti⁶¹. Non si può d'altronde dimenticare che un'ipotesi di scelta meramente presunta è costituita anche da quella che gran parte della dottrina ricollega al c.d. collegamento negoziale⁶²: anche in tale ipotesi, infatti, manca sovente qualunque manifestazione della volontà dei contraenti e la designazione della legge regolatrice viene fatta risalire, a fini esclusivi di semplificazione, all'obiettiva esistenza del nesso tra i contratti⁶³.

VI. La scelta di legge indiretta attraverso la costituzione di una situazione giuridica

29. Ma un'ulteriore tecnica fondata sulla volontà delle parti può ricavarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha desunto direttamente dal Trattato ulteriori possibilità di scelta della legge regolatrice ad opera dei privati dall'interpretazione delle norme primarie in materia di libertà di circolazione.

30. Un primo gruppo di decisioni – le note sentenze *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio*⁶⁴ – si è occupato dello stabilimento delle società in connessione col tema della legge regolatrice della co-

⁵⁸ Si è affermato che l'accordo di scelta del foro potrebbe essere valutato ai fini di una scelta tacita unitamente ad altri elementi ricavabili dal contratto (A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 66) e questo sembra essere appunto il significato che le istituzioni europee intendevano attribuire al 12° considerando. Va tuttavia rilevato che, quando la volontà tacita si possa desumere dal complesso delle disposizioni del contratto, l'accordo di scelta del foro eventualmente presente potrebbe certamente essere valorizzato a tal fine anche in mancanza di specifica indicazione interpretativa del regolamento. L'attribuzione di un particolare risalto a questo tipo di accordi sembra dunque doversi spiegare piuttosto come una conseguenza dell'originaria proposta della Commissione, che istituiva un collegamento automatico tra scelta del foro e scelta della legge applicabile.

⁵⁹ La volontà di concludere un accordo per la proroga della competenza giurisdizionale non coincide con la volontà di formulare una scelta di legge e dunque essi, anche quando coesistono, sono due negozi distinti. Anche ove si ritenga che all'*electio fori* acceda necessariamente un'*optio iuris*, l'eventuale invalidità determinerebbe non già l'invalidità della seconda, ma la sua inesistenza per mancanza della circostanza obiettiva cui essa si collega.

⁶⁰ Da questo punto di vista si dovrebbe tener conto, ai fini della designazione della legge regolatrice, anche di accordi diretti alla scelta del giudice conclusi in forma tacita ai sensi dell'art. 24 del regolamento n. 44/2001, poiché anche qui sussisterebbe la medesima esigenza di far coincidere *forum* e *ius* e la designazione del giudice competente potrebbe essere considerata come frutto della volontà delle parti.

⁶¹ Ritengono che il testo del 12° considerando debba condurre ad escludere che sussista una vera presunzione P. LAGARDE e A. TENNENBAUM, "De la convention de Rome au règlement Rome I", in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2008, p. 737 s.

⁶² Per questa posizione v., tra gli altri, A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 68; A. GARDELLA, "Art. 3 (I)", cit., p. 628.

⁶³ Poiché le parti ben potrebbero aver inteso far regolare il contratto accessorio o collegato da una diversa legge applicabile, la conclusione dello stesso non può in effetti considerarsi un comportamento concludente, significativo ai fini della scelta tacita di legge.

⁶⁴ Si tratta, rispettivamente, delle sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97; 5 novembre 2002, causa C-208/00; 30 settembre 2003, causa C-167/01; 16 dicembre 2008, causa C-210/06.

stituzione e del funzionamento delle stesse. In proposito, occorre partire dalla premessa della peculiare natura delle persone giuridiche, le quali vengono ad esistenza per effetto del diritto e sulla base di una manifestazione di volontà dei soci fondatori. Si può pertanto distinguere concettualmente la legge regolatrice del procedimento costitutivo, sulla base della quale ha luogo l'effetto giuridico della creazione della società, e la legge regolatrice del successivo funzionamento dell'ente, una volta personificato.

Ora, le menzionate decisioni hanno evidentemente inteso attribuire rilevanza alla legge scelta dai soci per la realizzazione del procedimento costitutivo, stabilendo che, una volta che questo si sia perfezionato secondo la legge di un determinato Stato membro, la società dovrà essere riconosciuta da tutti gli altri Stati membri⁶⁵. Ciò significa che, nell'esercizio del diritto di stabilimento, i soci fondatori possono scegliere l'ordinamento nel quale si produrrà l'effetto della costituzione della società.

31. Una volta determinatosi tale effetto giuridico, al funzionamento della società si applicherà la legge dello Stato secondo il cui diritto essa è stata incorporata. Risulta ad evidenza dalle sentenze *Centros* e *Inspire Art* che l'applicazione di una determinata legge regolatrice dell'attività dell'ente può senz'altro costituire l'obiettivo perseguito dalle parti con l'incorporazione dello stesso in un determinato ordinamento⁶⁶. Ed infatti, come la sentenza *Cartesio* dimostra⁶⁷, la scelta della legge applicabile al funzionamento della società si trova, almeno indirettamente, nella disponibilità delle parti: infatti, la società può sempre scegliere di incorporarsi in un diverso ordinamento e di assoggettarsi a una diversa legge applicabile⁶⁸.

32. Ora, la questione della costituzione dell'ente secondo una determinata legge e della sua conseguente incorporazione in tale ordinamento rileva certamente in termini di mutuo riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite secondo la legge di un determinato Stato membro⁶⁹. Ma dalle citate pronun-

⁶⁵ Il problema del riconoscimento delle società straniere si è posto in particolare nel caso *Überseering*, che riguardava, come noto, una società di diritto olandese che aveva trasferito la sua sede effettiva in Germania ma che si vedeva negato in quest'ultimo Stato il riconoscimento della personalità giuridica acquisita sulla base delle norme olandesi. Nelle sentenze *Centros* e *Inspire Art*, in effetti, le questioni sottoposte alla Corte riguardavano piuttosto le norme applicabili al funzionamento e all'attività dell'ente, mentre il problema del riconoscimento della società secondo la personalità giuridica acquisita in altro Stato membro rimaneva sullo sfondo. La differente valutazione della Corte potrebbe discendere anche dalla circostanza che solo il caso *Überseering* riguardava lo stabilimento primario di una società, mentre nelle altre due decisioni veniva in questione uno stabilimento secondario attraverso la costituzione di una succursale.

⁶⁶ Cfr. il punto 18 della sentenza *Centros* e il punto 98 della sentenza *Inspire Art*, che ammettono espressamente la possibilità di costituire una società in altro Stato membro al fine di ottenere l'applicazione di norme ritenute più favorevoli rispetto al capitale sociale o alla responsabilità degli amministratori. Sembra peraltro utile ribadire che tale metodo può anche non comportare una effettiva realizzazione degli interessi materiali perseguiti dalle parti, in quanto il giudice è comunque sfornito della possibilità di valutare se le norme dell'ordinamento prescelto siano concretamente più favorevoli. Su tali sentenze v. anche T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.

⁶⁷ Tale decisione ha infatti ribadito il precedente della sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail*, nella quale si era affermato il principio che una società costituita in uno Stato membro non può trasferire la sede mantenendo invariata la legge applicabile se ciò non è consentito dallo Stato membro di incorporazione. Nel caso *Cartesio*, tuttavia, la Corte di giustizia fa il passo ulteriore descritto nel testo, quando afferma che la società resta libera di trasferire la sede quando essa decida di trasformarsi in una società di altro Stato membro variando così la legge applicabile (punto 111 ss.). Su questa sentenza v., tra gli altri, S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 869 ss.; F. MARTÍNEZ RIVAS, "Translado internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada", in questa *Rivista*, 2009, 1, p. 132 ss.

⁶⁸ A tale proposito, l'obbligo di mantenere la sede effettiva nel territorio dello Stato di incorporazione, come previsto da alcune legislazioni (ad esempio, quella ungherese in questione nel caso *Cartesio*), dovrebbe considerarsi non correlato ad una norma di diritto internazionale privato, ma piuttosto ad una norma materiale: in pratica, si tratterebbe di una regola sul funzionamento dell'ente, soggetta in quanto tale alla legge dello Stato di incorporazione, come (indirettamente) scelta dalle parti (cfr. anche il punto 105 della sentenza *Cartesio*). Ciò spiegherebbe il motivo per cui nella prospettiva della Corte di giustizia un limite siffatto potrebbe essere imposto dalla legge dello Stato di incorporazione, ma non dalla legge dello Stato della sede effettiva (come ritenuto in particolare nel caso *Überseering*).

⁶⁹ È questo il profilo sul quale la dottrina si è in genere soffermata, richiamandosi appunto alla tecnica del "mutuo riconoscimento" ovvero alla teoria di matrice anglosassone dei c.d. *vested rights*: v., senza pretesa di completezza, M. GESTRI, "Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso *Centros*", in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; J.J. KUIPERS, "*Cartesio* and *Grunkin-Paul*: Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private International law", in <http://ssrn.com/abstract=1473055>; S. MECHELLI, "Libertà di stabilimento per le società comuni-

ce si ricava non soltanto un meccanismo di produzione di effetti giuridici idonei a circolare – sulla base delle norme primarie del diritto dell'Unione europea – bensì anche una norma che attribuisce rilevanza alla scelta *indiretta* della legge regolatrice del funzionamento della persona giuridica così creata. Si tratta dunque di una norma di diritto internazionale privato, che valorizza sia la possibilità delle parti di designare – in via mediata – la legge applicabile sia la libertà delle stesse di escludere l'applicazione di un'altra legge eventualmente applicabile sulla base di criteri obiettivi⁷⁰. Merita peraltro segnalare che tale norma non possiede carattere universale, potendo apparentemente essere individuata a tal fine soltanto la legge di uno Stato membro.

33. Ad avviso di chi scrive, un'analogia scissione tra i due profili potrebbe prefigurarsi anche in materia di tutela del diritto al nome, rispetto alla quale la Corte di giustizia si è anche recentemente pronunciata con la sentenza *Grunkin* per il riconoscimento delle situazioni giuridiche createsi in altro Stato membro⁷¹. In questa decisione la Corte ha sostanzialmente ritenuto che l'attribuzione del cognome effettuata sulla base della legge di uno Stato membro debba essere riconosciuta negli altri Stati membri, specialmente al fine di evitare le c.d. *limping relationships* nello spazio giuridico europeo.

Ora, anche in tale contesto appare possibile prefigurare la scissione tra il momento della costituzione della situazione giuridica e la successiva disciplina di tale situazione secondo la legge dello Stato di costituzione. È pur vero che la Corte di giustizia non ha, nella decisione in oggetto, fatto esplicito riferimento alla questione di stabilire la legge regolatrice del cognome nella fase successiva alla sua attribuzione⁷²; ma sembra logico che, anche in questa ipotesi, debba applicarsi il medesimo principio sopra individuato per le società. Non può d'altronde escludersi che la scelta di una determinata legge per l'attribuzione del cognome possa essere effettuata dalle parti anche in vista del maggiore o minor livello di tutela dello stesso previsto dai vari ordinamenti degli Stati membri⁷³.

VII. La rilevanza del principio di autonomia nel diritto dell'Unione Europea

34. Alla luce dell'*excursus* sin qui svolto possono svolgersi alcune considerazioni conclusive sul ruolo della volontà delle parti quale elemento costitutivo di norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea.

La circostanza che tutti gli strumenti normativi *ex art. 81 TFUE* e la giurisprudenza della Corte di

tarie e diritto societario dell'Unione europea", in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 73 ss.; W.H. ROTH, "From *Centros* to *Ueberseering*: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law", in *Int. comp. law quart.*, 2003, p. 177 ss.

⁷⁰ In effetti, la Corte di giustizia non sembra aver mai affermato la possibilità di applicare la legge di uno Stato membro da quello dell'incorporazione a titolo di norme di applicazione necessaria, e dunque in una prospettiva internazionalprivatistica. Nel caso *Centros* essa si è limitata a richiamare la dottrina delle c.d. esigenze imperative, che attiene all'esercizio delle libertà di circolazione ma deve considerarsi formulata in un'ottica estranea ai meccanismi internazionalprivatistici. Nel caso *Inspire Art* si rinviene un fugace riferimento all'applicazione imperativa di alcune norme a società straniere, ma questo meccanismo viene travolto dalla necessaria attuazione della regola fondamentale della libertà di stabilimento (punto 99 ss.).

⁷¹ Sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06: anche questa decisione ha dato luogo a un gran numero di commenti: si richiamano in questa sede, sempre senza pretesa di completezza, M.D. ORTIZ VIDAL, "El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008", in questa *Rivista*, 2009, 1, p. 143 ss.; L. TOMASI, "Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 891 ss.; S. TONOLO, "Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano", *ivi*, p. 849 ss.

⁷² Analogamente questo profilo non è stato neppure esaminato – né poteva esserlo – dalla Corte di giustizia nella sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*. Anche tale decisione, pur formalmente concernente un'ipotesi di modifica di cognome, riguardava in effetti una fattispecie in cui i minori in questione erano stati registrati col cognome formato secondo la legge spagnola presso la sezione consolare dell'Ambasciata di tale Stato in Belgio (punto 16) e dunque era stata esercitata la scelta di tale legge ai fini della costituzione della situazione giuridica. La modifica del cognome belga doveva dunque servire soltanto ad adeguarlo all'attribuzione dello stesso già effettuata sulla base della legge spagnola. Su questa sentenza v. S. TONOLO, "La legge applicabile al diritto al nome dei bipolidi nell'ordinamento comunitario", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 957 ss.

⁷³ Ciò secondo il meccanismo della "concorrenza tra ordinamenti" o *regulatory competition* individuata da gran parte della dottrina come frutto delle sentenze sopra citate in materia di diritto societario: v., tra gli altri, M. BENEDETTELLI, "«Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano", in *Riv. dir. soc.*, 2003, p. 701 ss.; C. KIRCHNER, R. PAINTER, W. KAAL, "Regulatory Competition in EU Law after *Inspire Art*: Unbundling Delaware's Product for Europe", in <http://ssrn.com/abstract=617681>.

giustizia riconoscano alle parti un notevole margine di scelta per la designazione della legge applicabile al loro rapporto comporta che il principio di autonomia possa essere considerato un elemento fondante dell'ancora embrionale sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea⁷⁴. La facoltà dell'*optio iuris* è giunta infatti a trascendere ormai la materia dei rapporti economici (nella quale la sua presenza può considerarsi consueta), estendendosi, pur con tratti differenziati, a settori tradizionalmente permeati di considerazioni pubblicistiche, come il diritto di famiglia o il diritto delle successioni⁷⁵, o inerenti a diritti della personalità⁷⁶, come il diritto al nome.

35. Questo dato sembra da solo sufficiente a distinguere il diritto internazionale privato dell'Unione europea dalle leggi nazionali in tale materia, che in genere non attribuiscono portata generale all'autonomia della volontà, nonostante la sua accresciuta rilevanza. Naturalmente, non si può escludere che in alcune materie le istituzioni europee reputino non opportuno consentire la scelta della legge applicabile, in quanto non sembrano esistere norme primarie che impongano l'applicazione di tale principio. Tali non possono infatti considerarsi i principi del Trattato in materia di libertà di circolazione: in effetti un quadro normativo teso alla massima attuazione del principio dell'autonomia della volontà risulta senz'altro coerente con tali principi, ma fra questi due gruppi di norme pare piuttosto sussistere un reciproco condizionamento, poiché in taluni casi le norme di conflitto fondate sulla scelta delle parti favoriscono una più ampia realizzazione degli obiettivi delle libertà fondamentali, come accade in materia contrattuale; in altri casi queste ultime creano i necessari presupposti per l'esplicazione dell'autonomia delle parti.

36. Tuttavia, sembra che si possa affermare che è in atto una chiara tendenza a superare l'idea che sia lo Stato a determinare il rispettivo campo di applicazione delle norme interne e delle norme straniere, assoggettandovi così gli individui a seconda della natura e delle caratteristiche del rapporto. Al contrario, appare sempre più frequente la possibilità che siano questi ultimi a determinare la legge applicabile, la cui designazione si giustifica non più con una astratta e armoniosa distribuzione della competenza normativa nello spazio, ma con la realizzazione di esigenze differenziate delle parti.

In questo senso depongono in particolare la frequente previsione di una facoltà di scelta illimitata, che consente alle parti di prescindere dall'esistenza di un collegamento materiale con l'ordinamento richiamato e di esercitare pienamente la loro libertà di designazione della legge regolatrice; ma anche l'uso di tecniche differenziate, il cui effetto pratico è (anche) quello di estendere i margini di applicazione del principio dell'autonomia della volontà.

37. Non può d'altronde dimenticarsi che a questa tendenza si accompagna la sempre maggior valorizzazione di criteri di collegamento obiettivi che, a differenza del tradizionale legame di cittadinanza, restano ampiamente nella disponibilità delle parti in quanto presentano un fondamento volontaristico, come accade in particolare per la residenza abituale⁷⁷ o la sede statutaria delle società. Rispetto a queste norme di conflitto fondate sul principio di autonomia, il ruolo degli strumenti di diritto internazionale privato appare sempre più diretto a definire i limiti alle possibili scelte delle parti, ma ciò avviene da un lato depotenziando gli istituti tradizionali⁷⁸ quali l'ordine pubblico⁷⁹ e le norme di applicazione necessaria⁸⁰ e dall'altro attuando

⁷⁴ V. anche F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia", cit., p. 17 ss.

⁷⁵ Per l'introduzione di una regola sulla scelta di legge in questa materia si pronunciava già A. DAVI, "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.

⁷⁶ Sull'esclusione dei diritti della personalità dal regolamento «Roma II» v. O. FERACI, "La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria", in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1020 ss.

⁷⁷ Per un'analisi del concetto di «residenza abituale» e delle peculiari modalità con le quali esso è utilizzato nel regolamento «Roma I», v. F. MARONGIU BUONAIUTI, "Art. 19", in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 892 ss.

⁷⁸ A ciò deve aggiungersi il generalizzato rifiuto del rinvio negli strumenti sin qui adottati: tale scelta, giustificata dall'allineamento con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, nonché con esigenze di certezza del diritto e di semplificazione (così, P. FRANZINA, "Art. 20", in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 904 ss.), produce l'effetto pratico di consentire una attuazione piena dell'*optio iuris* eventualmente formulata dalle parti, come accade anche in base all'art. 13 della legge italiana n. 218/1995.

⁷⁹ Sulla necessità di un'interpretazione restrittiva del limite dell'ordine pubblico ci sia permesso rinviare a G. BIAGIONI, "Art. 21", in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 911 ss., in specie p. 916 s.

⁸⁰ Sulla definizione contenuta nel regolamento «Roma I» v., tra i tanti, A. BONOMI, "Le norme di applicazione necessaria

meccanismi di contrasto alla frode alla legge nazionale, in situazioni particolarmente gravi, e allo stesso diritto dell'Unione europea⁸¹.

38. Peraltro, allo stato non è agevole prefigurare quali possano essere gli sviluppi futuri che riguarderanno l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea. Da un lato, le proposte di regolamento sulla legge applicabile alle successioni e sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale sono ancora ben lontane dall'approvazione e l'esperienza dei regolamenti «Roma I» e «Roma II» dimostra che nel corso dell'*iter* legislativo sono possibili modifiche anche significative sul contenuto e sull'impianto delle norme; pertanto, la configurazione della libertà di scelta della legge regolatrice in tali materie deve considerarsi per il momento solo indicativa. Dall'altro, gli strumenti sin qui adottati lasciano ampi margini applicativi al principio dell'autonomia della volontà, consentendo alle parti di fare uso di meccanismi anche particolarmente sofisticati; non è tuttavia possibile prevedere in quale misura la prassi dei rapporti transnazionali sarà in grado di sfruttare il rilevante potenziale delle tecniche internazionalprivatistiche utilizzate nei regolamenti «Roma I» e «Roma II».

Non può infine sottacersi che l'attuale mancanza di pronunce interpretative della Corte di giustizia rispetto agli strumenti normativi sin qui adottati impedisce di trarre conclusioni definitive sulla portata che essa vorrà riconoscere alla priorità dei meccanismi di designazione della legge applicabile sulla base della volontà delle parti⁸² – per il momento valorizzata soprattutto in settori in cui non sono presenti norme di conflitto uniformi dell'Unione europea.

39. Ci pare tuttavia auspicabile che l'evidente preferenza per il metodo della designazione volontaria della legge applicabile non conduca, sull'assunto che solo essa possa condurre alla massima attuazione delle libertà di circolazione, a giustificare ricostruzioni radicali che fanno del diritto internazionale privato uno strumento interamente disponibile nelle mani dei privati, risolvendosi il ruolo della legge nella mera supplenza in caso di mancata scelta delle parti e nella definizione dei limiti alla scelta stessa. Pare infatti che in questo caso si finirebbe per sostituire alla criticata “onnipotenza del legislatore” di matrice positivista⁸³ una “onnipotenza delle parti”, che potrebbe egualmente rivelarsi suscettibile di dar luogo ad uno sbilanciamento della disciplina di conflitto dei rapporti transnazionali.

nel regolamento Roma I”; in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 201 ss.; A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I”, cit., p. 114 ss., e P. DE CESARI, “«Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel regolamento Roma I”, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 261 ss. È singolare la circostanza che nelle recenti proposte di regolamento in materia di successioni e di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale niente sia previsto in ordine alle norme di applicazione necessaria.

⁸¹ Sul tema, ampiamente N. BOSCHIERO, “I limiti al principio d'autonomia”, cit., p. 73 ss.

⁸² Il termine «priorità» è utilizzato da Corte di giustizia, sent. 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, punto 24.

⁸³ Sul punto, v. le critiche di G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 36 ss.

L'INCORPORATION AU RÉGIME JURIDIQUE ESPAGNOL DE LA NORMATIVE COMMUNAUTAIRE DE RESTITUTION DE BIENS CULTURELS*

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Professeur de Droit International Privé
Universidad Carlos III de Madrid*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ**

*Professeur Adjoint Docteur en Droit International Privé
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.04.2010 / Aceptado: 29.04.2010

Résumé: La présente étude a pour objet d'examiner le régime envisagé dans la Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels qui sont sortis du territoire d'un État membre de manière illicite, ainsi que la transposition qui en a été faite au sein du Régime Juridique espagnol, à travers la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

Mots-clés: Biens culturels, restitution, État membre requérant, possesseur, propriété.

Abstract: This study deals with the Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, and its implementation by the Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

Key words: Cultural objects, return, requesting member State, possessor, ownership.

Sommaire: I. Introduction. II. Concepts de base. 1. Bien culturel. A) La classification en tant que patrimoine artistique, historique ou archéologique national. B) L'appartenance aux catégories de l'Annexe, à une collection publique ou à l'inventaire d'une institution ecclésiastique. a) L'Annexe. b) Les collections publiques et l'inventaire des institutions ecclésiastiques. 2. L'exportation illicite. A) La violation des normes nationales de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique. B) La violation des normes communautaires d'exportation de biens culturels. III. La restitution du bien culturel. 1. Les personnes légitimées. 2. Documents à joindre à l'instance. 3. Le Tribunal compétent face à la demande de restitution. 4. Délais de prescription. 5. Le prononcé du tribunal. IV. La propriété du bien culturel après la restitution. 1. L'art. 12 de la Directive. 2. La Ley 36/1994. V. Conclusions.

* Texte du rapport présenté lors du XVIIIe Congrès International de droit comparé. 25 juillet - 1er août 2010. Washington, DC.

** Le Docteur CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ a élaboré sa partie de l'exposé durant un séjour de recherches à l'Università degli Studi di Ferrara (Italie). Pour cela, elle désire remercier le Professeur Dr. FRANCESCO SALERNO et son équipe pour leur hospitalité. Elle veut aussi remercier l'Universidad Carlos III de Madrid pour l'octroi, dans le cadre du Programa Propio de Investigación, de "Ayuda para la movilidad de investigadores en centros de investigación nacionales o extranjeros" grâce à laquelle le séjour a été financé.

I. Introduction

1. La présente étude a pour objet d'examiner le régime envisagé dans la Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels qui sont sortis du territoire d'un État membre de manière illicite, ainsi que la transposition qui en a été faite au sein du Régime Juridique espagnol, à travers la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea¹.

2. La Directive fait partie, tout comme la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou exportés de manière illicite, faite à Rome le 24 juin 1995, de ce que l'on peut nommer *mécanismes de restitution et retour automatique* de biens culturels². Elle établit une action de restitution des biens culturels qui, ayant été illicitement exportés d'un État membre, se trouvent dans un autre État membre.

3. La Directive a été élaborée dans un contexte dans lequel certains États membres se montraient craintifs au cas où la suppression des frontières internes permette l'exportation des biens culturels à des États tiers, moyennant le transport du bien culturel vers des États membres dont les législations sont moins restrictives; de même que, au cas où la circulation de ces biens à travers le territoire de l'Union Européenne ne se traduise en un appauvrissement du patrimoine culturel propre de chaque État membre³.

4. Nous procéderons à l'exposition du régime de la Directive tout en insistant sur les aspects pour

¹ Respectivement, DOCE n° L 74, du 27 mars 1993, pp. 74-79 ; modifiée par la Directive 96/100/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 février 1997, DOCE n° L 60, du 1^{er} mars 1997, pp. 59-60; modifiée par la Directive 2001/38/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 5 juin 2001, DOCE n° L 187, du 10 juillet 2001, pp. 43-44. Voir aussi la Proposition de la Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la restitution des biens culturels qui sont sortis de manière illicite du territoire d'un État membre dans: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0873:FIN:ES:PDF> (il s'agit d'une proposition d'une version codée de la Directive 93/7/CEE présentée par la Commission le 11 janvier 2008, pouvant provoquer des modifications concernant la numération des articles de celle-ci) ; et le Journal Officiel Espagnol n° 307, du 24 décembre 1994, pp. 38.672 et suivantes. Modifiée par la Ley 18/1998, du 15 juin, Journal Officiel Espagnol (dorénavant BOE) n° 143, du 16 juin 1998, pp. 19.799 et suivantes.

² BOE num 248, du 16 octobre 2002, pp. 36.366-36.373. Concernant les travaux de date récente sur la Convention d'Unidroit de 1995, voir, entre autres, J. S. BERGÉ, «La Convention d'Unidroit sur les biens culturels : remarques sur la dynamique des sources en droit international», *JDI*, 2000, pp. 215-262 ; A. L. CALVO CARAVACA, «Private international law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects», *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 87-104 (de même que A. L. CALVO CARAVACA, «Derecho Internacional Privado y Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», *La Ley*, 7 juillet 2004, pp. 1-7) ; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, 2007, pp. 123-200 ; G. CARDUCCI, «Complémentarité entre les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels», *RDU*, 2006, vol. 1, pp. 93-102 ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11^a ed., Granada, 2010-2011, pp. 717-763, notamment pp. 741-745 ; S. DOYAL, «Implementing the Unidroit Convention on Cultural Property into Domestic Law : The Case of Italy», *Col. J. Transnat'l. L.*, 2000-2001, vol. 39, pp. 657-700 ; G. A. L. DROZ, «La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)», *RCDIP*, 1997, vol. 86, pp. 239-281 ; M. A. EL WAHED, «The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: a View from Egypt», *RDU*, 2003, pp. 529-540 ; K. FACH GÓMEZ, «Algunas consideraciones en torno al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», *AEDIP*, 2004, t. IV, pp. 237-259 ; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, 2^a ed., Milán, 2007 ; L. GROSSE / J. P. JOUANNY, «La protection du patrimoine culturel en vertu des instruments de l'UNESCO (1970) et d'UNIDROIT (1995): la position d'Interpol», *RDU*, 2003, vol. 1-2, pp. 575-580 ; P. LAGARDE, «La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention d'UNIDROIT de 1995», *RDU*, 2006, vol. 1, pp. 83-91 ; L. PROTT, «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On», *RDU*, 2009, vol. 1-2, pp. 215-237 ; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Adhesión de España al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995», *REDI*, 2003, vol. 55, pp. 573-577 ; J. A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, *Les biens culturels précolombiens: leur protection juridique*, Paris, 2004, pp. 319-387 ; M. SCHNEIDER, «UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : Explanatory Report», *RDU*, 2001, vol. 3, pp. 476-564 ; F. SHYLLON, «The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration», *RDU*, 2000, pp. 219-241 ; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property : the UNIDROIT Convention and the ECC instruments of 1992/93 Compared», *RDU*, 1998, p. 678.

³ Vid. G. VOLPE, *Manuale di Diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, 2^a ed., Padova, 2007, p. 273.

lesquels le règlement prévu dans la norme de transposition espagnole peut poser des problèmes majeurs. Ainsi, pour illustrer le fonctionnement de la *Ley 36/1994*, nous ferons référence, tout au long de cet exposé, à une réclamation d'un bien culturel réalisée par les autorités portugaises auprès des tribunaux espagnols. Il s'agit d'un cas connu sous le nom de *campana de la Santa María (cloche de La Sainte Marie)*, et qui a vu le jour à l'occasion de l'action de restitution exercée par la République portugaise auprès des tribunaux espagnols, où l'on a projeté qu'il pouvait s'agir de la cloche de la caravelle *Santa María*⁴. La cloche a été retrouvée au fond de la mer en territoire portugais et mise aux enchères en territoire espagnol.

Nous ferons allusion, fondamentalement, tout au long de cet exposé, à la résolution de la Cour Provinciale (*Audiencia Provincial*) de Madrid, qui s'est prononcée sur l'appel déposé par la République portugaise. Cependant, concernant les délais de prescription, nous analyserons aussi le prononcé remis en première instance.

II. Concepts de base

5. La Directive 93/7/CEE est appliquée aux biens culturels qui sont sortis de manière illicite du territoire d'un État membre. Pour cela, nous allons examiner dans ce chapitre deux concepts: *bien culturel* et *sortie illicite*.

1. Bien culturel

6. Conformément aux dispositions de la Directive 93/7/CEE art. 1, sont considérés comme *biens culturels*:

- a) Ceux étant classifiés, avant ou après la sortie illicite du territoire d'un État membre, «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» et
- b) Ceux appartenant à l'une des catégories de son Annexe ou, alternativement, ceux faisant partie d'une collection publique figurant dans les inventaires de musées, archives et fonds de conservation de bibliothèques; ou de l'inventaire d'une institution ecclésiastique.

A) La classification en tant que patrimoine artistique, historique ou archéologique national

7. La première condition indiquant que nous nous trouvons face à un bien culturel en application de la Directive 93/7/CEE, est qu'il s'agisse d'un bien classifié comme «patrimoine artistique, historique ou archéologique national», conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE (ex art. 30 TCE). L'expression susmentionnée est aussi employée dans la version italienne de la Directive («beni del patrimonio nazionale aventi un valore artistico, storico o archeologico») et dans la version portugaise («património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico»). La version anglaise de la Directive utilise plutôt l'expression «national treasures possessing artistic, historic or archaeological value» et la version française a recours au terme «trésor national de valeur artistique, historique ou archéologique».

Cette diversité d'expressions se trouve déjà dans le TCE⁵. Le problème qui se pose est que la variété d'expressions utilisées vise plutôt, dans les versions française et anglaise, des biens dont l'importance est exceptionnelle vis-à-vis du patrimoine artistique de l'État; par contre, dans les versions uti-

⁴ Journal *El País*, 18 janvier 2006. Vid. SAP (Section 9) Madrid, le 21 juillet 2008 (AC\2008\1598) ; SJPI n° 39 (Madrid), le 6 mars 2006. Vid. V. FUENTES CAMACHO, «El caso de la campana de la Santa María : un indiscutable ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *La Ley*, mercredi 31 mai 2006, pp. 1-4 (dans la note de pied de page numéro 1 de l'article de l'auteur susmentionné se trouvent reproduits les Fondements Juridiques du Jugement prononcé en première instance). Nous faisons référence au cas de la *Cloche de la Sainte Marie*, mais il faut tenir compte du fait que la SAP se limite à signaler qu'il s'agit d'une cloche de plus de 100 ans, datant au moins du XVIIIe siècle.

⁵ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali : la disciplina comunitaria e il progetto di legge di attuazione della direttiva CEE 93/7», *Dir. com. int.*, 1996, p. 328 ; A. MATTERA, «La libre circulation des œuvres d'art à l'intérieur de la Communauté et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique», *Rev. marché univ. europ.*, 1993, n° 2, pp. 18 et suivantes.

lisant le terme «patrimoine artistique, historique ou archéologique national», soit les versions espagnole, italienne et portugaise, paraissent permettre l'inclusion de biens de moindre importance⁶.

Ces différences ne sont qu'une conséquence de la division existant entre les pays exportateurs de biens culturels, qui défendent un concept ample de bien culturel, pour ainsi protéger un plus grand nombre de biens, et les pays importateurs dont l'objectif est la promotion du commerce d'œuvres d'art, se penchant sur un concept restrictif⁷.

8. La classification du bien en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» a dû être menée conformément à la législation et aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE. Ladite clause établit que «Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres».

L'art. 36 TFUE suppose ainsi une dérogation de la libre circulation de certaines marchandises, parmi lesquelles se trouvent les biens culturels⁸. Sur la base de la clause, les États membres peuvent prendre des mesures pouvant restreindre le commerce intercommunautaire de biens culturels, justifiées dans l'intention de protéger lesdits biens des effets préjudiciables qui provoqueraient leur libre circulation⁹. De cette manière et dans les limites de l'art. 36 TFUE, les États membres conservent le droit de définir leurs patrimoines nationaux et la faculté d'adopter les dispositions nécessaires afin de garantir leur protection¹⁰.

9. L'article 1.1. de la Directive 93/7/CEE exige que le bien soit «classifié». On peut comprendre que ce terme implique que l'État demandant la restitution doit faire une déclaration formelle sur le fait que le bien appartienne à son patrimoine artistique, historique ou archéologique national, ce bien culturel pouvant être réclamé et inventorié en même temps¹¹. Cela dit, il n'est pas nécessaire que le bien se trouve inclus, au préalable, dans un inventaire ou catalogue. En outre, tout comme le précise l'art. 1.1 de la Directive, la classification peut avoir lieu *avant ou après* la sortie de manière illicite du bien du territoire d'un État membre. Cette précision nous semble importante, parce qu'elle permet ainsi d'inclure, dans le domaine de l'application matérielle de la Directive, les biens culturels en provenance de fouilles archéologiques illicites et les biens culturels appartenant au particuliers¹².

⁶ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 328 ; A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* pp. 18 et suivantes.

⁷ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 332.

⁸ Vid. R. CLERICI, «La circolazione delle opere d'arte nella Comunità Europea», in M. CONSTANZA (ed.), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova, 1999, p. 36. Concernant l'article 30 TCE, vid. KARYDIS, «Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale», in *Rev. trim. droit eur.*, 1994, pp. 550-575 ; F. LÓPEZ RAMÓN, «La movilidad del patrimonio Histórico Español en la Comunidad Europea», *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 1992, n° 75, pp. 359-379 ; J. M. MAGÁN PERALES, «Algunas precisiones sobre la noción de bien cultural en el Tratado de la Comunidad Europea», *Patrimonio cultural y derecho*, 1998, vol. 2, pp. 171-182 ; T. L. MARGUE, «La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché : problèmes et perspectives», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1992, pp. 905-918 ; A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* pp. 13-20 ; J. F. POLI, «Droit communautaire, compétences culturelles des États membres en matière de protection du patrimoine national, et Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, pp. 89-100 ; I. A. STAMATOUDI, «The National Treasures Exception in Article 36 of the EC Treaty : How Many oh them Fit the Bill ?», *Art, Antiquity & L.*, 1998, pp. 39-51. Par rapport à l'inclusion des biens culturels dans le concept de «marchandise», voir STJCE, 10 décembre 1968, Commission/Italie, (Œuvres d'Art, 7/68, Rec., p. 617, ainsi que le commentaire du jugement de P. PESCATORE, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, pp.451-462.

⁹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, p. 70.

¹⁰ Vid. Considérant deuxième de la Directive 93/7/CEE. Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 337 ; A. PAPA, «L'influenza del diritto internazionale e comunitario sulla tutela dei beni culturali nell'ordinamento italiano», in Centro Internazionale di Studi Gentiliani, *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 septembre 2006, Milan, 2008, pp. 503-504.

¹¹ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001, p. 445.

¹² Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires en matière de restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le

10. Concernant l'Espagne, l'art. 46 de la *Constitución Española* signale déjà que « Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este Patrimonio »¹³. Afin de déterminer les biens pouvant recevoir une telle protection, et pour autant, faisant partie du « patrimoine artistique, historique ou archéologique national » signalé dans la Directive, nous devons avoir recours à la *Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español* (ci-après LPHE)¹⁴.

11. Selon ce que met en relief l'art. 1.2 du LPHE, « Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico »¹⁵. Concernant le sujet qui nous intéresse, c'est-à-dire, pour déterminer quels biens sont compris dans le domaine d'application matérielle de la Directive, l'art. 1.3 LPHE semble revêtir une importance spéciale. Ladite clause stipule que « Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley »¹⁶. Nous pouvons ainsi établir qu'il existe deux catégories de biens culturels recevant une protection spéciale :

a) Les biens d'*intérêt culturel* (*bienes de interés cultural*). Il s'agit des biens meubles ou immeubles ayant besoin d'une protection de manière plus évidente¹⁷ parce que leur importance culturelle les rend représentatifs de l'histoire, de l'art, ou de la culture de l'Espagne¹⁸. Selon les dispositions de l'article 9.1 LPHE, une déclaration formelle pour qu'un bien soit intégré dans cette catégorie est nécessaire¹⁹.

b) Les biens *inclus dans l'Inventaire Général des Biens Meubles* (*bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles*). Il s'agit de biens meubles qui, malgré leur importance singulière, n'appartiennent pas à la catégorie de biens d'intérêt culturel (art. 26.1 LPHE). Ce sont des biens qui, du point de vue des valeurs culturelles protégées par le Droit, ont un moindre intérêt par rapport aux biens d'intérêt culturel²⁰.

12. Pour ce qui est de l'Espagne, il faut souligner ici la répartition des compétences qui existe entre l'État et les Communautés Autonomes au moment d'attribuer un bien à l'une des catégories de protection susmentionnées, vu que cela influe quant à l'application de la Directive communautaire.

territoire d'un État membre. Analyse de la directive 93/7/CEE du 15 mars 1993», *Rev. marché uniq. europ.*, 1993, n° 2, p. 55.

¹³ Les pouvoirs publics garantissent la sauvegarde et encouragent l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne et des biens qui en font partie, quel que soit son régime ou son appartenance. La loi pénale sanctionne les attentats contre ce patrimoine. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, « Patrimonio cultural y organización administrativa », *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 21, 1995, p. 36 ; R. ENTRENA CUESTA, « Artículo 46 », in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3^a ed., Madrid, 2001, pp. 921-925 ; A. E. PÉREZ LUÑO, « Artículo 46. Patrimonio histórico, artístico y cultural », in O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, 1996, pp. 277-304 ; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998, pp. 255-256.

¹⁴ BOE n° 155, de 29 juin 1985, pp. 20.342 et suivantes ; rect. BOE n° 296, de 11 décembre 1985, pp. 39.101 et suivantes.

¹⁵ Le Patrimoine Historique Espagnol intègre les immeubles et objets meubles d'intérêt artistique, historique, paléontologique, archéologique, ethnologique, scientifique ou technique. Le patrimoine documentaire et bibliographique, les gisements et zones archéologiques ainsi que les sites naturels, jardins et parcs, ayant une valeur artistique, historique ou anthropologique, font aussi partie de ce même patrimoine.

¹⁶ Les biens les plus importants du Patrimoine Historique Espagnol devront être inventoriés ou déclarés d'intérêt culturel tel qu'il est prévu par cette Loi.

¹⁷ Paragraphe sixième du préambule de la LPHE : « En el seno del Patrimonio Histórico Español, y al objeto de otorgar una mayor protección y tutela, adquiere un valor singular la categoría de Bienes de Interés Cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel Patrimonio que, de forma más palmaria, requieran tal protección. Semejante categoría implica medidas asimismo singulares que la ley establece según la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae ».

¹⁸ Vid. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Madrid, 1989, pp. 110 et suivantes ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. p. 213.

¹⁹ Vid. M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992, p. 157. En règle générale, on ne peut pas inclure dans cette catégorie les œuvres d'auteurs vivants, sauf s'il existe une autorisation expresse de son propriétaire ou s'il y a intervention de l'Administration pour son acquisition (art. 9.4 LPHE).

²⁰ Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, p. 618.

13. En vertu de l'art. 149.1.28 CE, il relève de la compétence de l'État « la defensa del Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental contra la exportación ilícita y la expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas²¹ ». Dans ce sens, l'art. 2.1 LPHE stipule que: «Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado (...) garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28, de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación²² ». Et comme il est établi dans la clause que « sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos... » – sous réserve des compétences correspondant aux autres pouvoirs publics... – la question suivante se pose ici: l'inclusion d'un bien culturel dans les catégories de protection que nous avons signalées correspond-elle à l'État espagnol?²³

14. Cette question a été résolue par le Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*) à travers la *Sentencia* 17/1991, du 31 janvier²⁴. En effet, le Tribunal s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'art. 9.1 LPHE. Ladite clause établit que: «Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada²⁵ ». Selon le jugement nuancé du Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*), uniquement lorsque l'exécution de la Loi fait partie de la compétence de l'État, l'on procèdera à la déclaration au moyen d'un Décret royal²⁶.

Ainsi, il est indiqué que la compétence sera celle de l'État dans trois cas: a) Dans les cas où l'intervention de l'État est nécessaire pour la lutte contre l'exportation illicite et la spoliation des biens du Patrimoine Historique Espagnol; b) S'il s'agit de biens dont la gestion correspond à l'Administration de l'État; c) S'il s'agit de biens relevant du Patrimoine National²⁷. Pour tous les autres cas, la compétence relève des Communautés Autonomes qui l'auront pris en charge conformément aux statuts²⁸.

15. L'on pourrait considérer que le fait d'attribuer aux Communautés Autonomes la compétence d'inclure les biens culturels dans les catégories de protection de la LPHE pourrait permettre d'avoir des catégories uniques de protection (biens d'intérêt culturel et biens de l'Inventaire Général des Biens Meubles). L'on éviterait ainsi que les Communautés Autonomes, vis-à-vis de la compétence de l'État, créent leurs propres catégories de protection, quand il existe déjà des *biens d'intérêt culturel* du Patrimoine Historique Espagnol aux côtés des *biens d'intérêts relevant des Autonomies*²⁹.

Le problème est que, malgré le prononcé du Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*),

²¹ La défense du Patrimoine Culturel, Artistique et Monumental contre l'exportation illicite, des musées, des bibliothèques et archives dont l'État est titulaire, sous réserve de sa gestion de par les Communautés Autonomes. Vid. J. A. ALONSO DE ANTONIO, «Artículo 149.1.1ª, 4ª, 5ª, 7ª, 10ª a 32ª, 2 y 3. Sistema de distribución de competencias», in O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. XI, 1999, pp. 255-320; R. ENTRENA CUESTA, «Artículo 149», in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 2.566-2.572; J. I. ERKOREKA GERVASIO, «Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149.1.28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental», *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 41, 1995, pp. 124-125; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. pp. 205 et 240.

²² Sous réserve des compétences correspondant aux autres pouvoirs publics, il relève des devoirs et attributions essentiels de l'Administration de l'État (...) de garantir la conservation du Patrimoine Historique Espagnol, ainsi que de promouvoir l'enrichissement de celui-ci et d'encourager et de protéger l'accès de tous les citoyens aux biens qui en font partie. De la même manière, et conformément aux dispositions de l'art. 149.1.28 de la Constitution, l'Administration de l'État protégera lesdits biens face à l'exportation illicite et à la spoliation.

²³ Dans ce sens, l'on a recours à une formule «indeterminada y abstracta» (« indéterminée et abstraite »), vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, op. cit. p. 403.

²⁴ STC 31 janvier 1991 (RTC 1991/17). Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. pp. 54-60.

²⁵ Les biens intégrés dans le Patrimoine Historique Espagnol déclarés d'intérêt culturel en application de cette Loi ou moyennant un Décret Royal de manière individuelle, obtiendront bénéfice de protection et tutelle singulière.

²⁶ STC 31 janvier 1991 (RTC 1991/17). Voir : Fondement Juridique n° 10.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea*, Madrid, 1994, pp. 25-26.

certaines Communautés Autonomes ont configuré une sorte de *Patrimoine Historique Autonómico*³⁰. En vue du règlement existant au niveau des Autonomies, l'on peut signaler l'existence des catégories de biens culturels suivantes³¹ :

- a) Biens appartenant aux catégories de protection de la LPHE, ayant été inclus dans celles-ci par l'État ou par les Communautés Autonomes, selon compétence.
- b) Biens ayant été inclus par les Communautés Autonomes dans des catégories de protection autonomiques, catégories que la Communauté en question a déclaré équivalentes aux catégories de la LPHE.
- c) Biens ayant été inclus par les Communautés Autonomes dans des catégories de protection autonomiques différentes des catégories de la LPHE.

16. Des trois alinéas susmentionnés, seul les biens compris dans les deux premiers doivent être considérés comme relevant du domaine de l'application de la Directive. Ainsi, les biens culturels que les Communautés Autonomes ont décidé d'inclure dans des catégories de protection non équivalentes à celles établies par l'État ne seront pas couverts par la Directive. Cela est dû à l'art. 1 de la Directive faisant référence, tel que nous l'avons vu, aux biens ayant été classifiés conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE. Le régime exceptionnel que cette clause contemple et qui permet d'établir des restrictions à l'exportation, semble prévu pour les biens culturels de plus grande importance³². Ces biens sont les biens d'intérêt culturel et les biens de l'Inventaire Général des Biens Meubles, tel qu'il est dit dans l'art. 1.3. LPHE. Ainsi donc, seul ces deux catégories seront protégées face à l'exportation et à la spoliation³³. Cela dit, si une Communauté Autonome décide de ne pas inclure un bien dans les catégories de protection des biens de plus grande importance – c'est-à-dire, dans les catégories de l'État ou dans des catégories autonomiques équivalentes à celles établies par l'État – le dit bien ne sera pas protégé par la Directive, car il ne jouit pas de l'importance justifiant sa protection face à l'exportation³⁴.

B) L'appartenance aux catégories de l'Annexe, à une collection publique ou à l'inventaire d'une institution ecclésiastique

17. Les biens classifiés *patrimoine artistique, historique ou archéologique national* ne peuvent être protégés par la Directive s'ils ne réunissent pas une deuxième condition, qui se traduit en trois alternatives possibles: a) L'appartenance à l'une des catégories de son Annexe; b) l'appartenance à une collection publique; c) l'inclusion dans l'inventaire d'une institution ecclésiastique.

a) L'Annexe

18. L'Annexe de la Directive comprend plusieurs catégories de biens qui doivent réunir des conditions déterminées par rapport à leur ancienneté et/ou valeur économique³⁵. Quant à la valeur économique, il faut préciser, comme l'indique l'Annexe, qu'elle sera décidée au moment où la demande de restitution sera présentée et qu'elle correspondra à celle que le bien culturel a dans l'État membre à qui l'on fait la réclamation.

19. La doctrine a signalé à ce propos que des problèmes de coordination peuvent surgir entre les

³⁰ Concernant l'étude de différentes législations autonomiques, Cf. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, «El Derecho andaluz del Patrimonio Histórico en el vigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 2003, numéro extraordinaire 2, fascicule 2, pp. 341-346; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. pp. 57-59 ; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. pp. 25 et suivantes.

³¹ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 60.

³² Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. p. 95.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 60.

³⁵ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. p. 92. Dans la Convention d'Unidroit de 1995, l'annexe n'exige aucune condition quant à la valeur économique. À cet égard, l'on a signalé que la valeur économique exigée par l'Annexe de la Directive semble nier la conception du bien culturel comme étant un bien avec valeur de civilisation, vid. M. CHITI, «Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario», *Beni culturali e Comunità Europea*, 1994, p. 148 ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. p. 447.

législations nationales et les catégories de l'Annexe ; cela dit, il existe des cas où le bien culturel est classifié patrimoine artistique, historique ou archéologique national, mais ne se trouve pas inclus dans l'Annexe et inversement³⁶.

20. Arrivé à ce point, il faut mentionner les *rapports* que la Commission a élaboré durant les dernières années vis-à-vis de l'application de la Directive 93/7/CEE. Plus concrètement, le *Troisième rapport* fait allusion aux propositions des États membres pour ajouter de nouvelles catégories à l'Annexe ou modifier les valeurs minimales des biens, quoique l'on souligne dans les conclusions qu'il n'existe aucun consensus à ce propos³⁷.

b) Les collections publiques et l'inventaire des institutions ecclésiastiques

21. Tel que le souligne l'art. 1 de la Directive, les collections publiques sont celles « qui appartiennent à un État membre, à une autorité locale ou régionale dans un État membre ou à un organisme situé sur le territoire d'un État membre et qui est défini comme bien public selon la législation dudit État membre; ou qui appartient ou est financé de manière significative par ledit État membre ou par une autorité locale ou régionale ». De plus, la collection doit figurer dans les inventaires des musées, archives et des fonds de conservation des bibliothèques.

Ce qui est important, c'est que le bien culturel fasse partie de la collection publique, sans trop tenir compte du fait qu'il puisse s'agir d'un bien public ou privé³⁸.

La protection des biens appartenant à des collections publiques se trouve justifiée parce que l'on reconnaît leur valeur artistique ou historique du fait même de leur appartenance à ladite collection³⁹.

2. L'exportation illicite

22. La Directive protège le bien culturel « qui est sorti de manière illégale du territoire d'un État membre. »⁴⁰. *Sortie illégale* veut dire celle qui se produit tout en transgressant l'une des normes suivantes:

a) La législation en matière de protection du patrimoine national. En ce qui concerne l'Espagne nous devons apporter une précision terminologique, puisque les biens du *patrimoine national* ne sont que l'un des types de biens inclus dans le Patrimoine Historique Espagnol. Il faut comprendre que la Directive fait allusion à la législation qui, dans chaque État membre, protège le patrimoine artistique, historique ou archéologique national⁴¹. Pour cela, nous ferons référence, pour l'Espagne, à la LHPE.

b) Les dispositions du *Règlement n° 116/2009, du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à l'exportation de biens culturels*⁴².

³⁶ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 339. Or, pour l'éviter, l'art. 14.1 de la Directive permet aux États membres d'étendre l'obligation de restitution aux catégories de biens non contemplés dans l'Annexe, même si l'on a pas fait usage d'une telle prévision dans la *Ley 36/1994*, qui reproduit dans son art. 1 le contenu de l'Annexe de la Directive.

³⁷ Vid. *Troisième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 30 juillet 2009) COM (2009) 408 fin, p. 9.

³⁸ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 62.

³⁹ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁰ À ce propos, on doit tenir compte de la Disposition Additionnelle deuxième de la *Ley 36/1994*, qui stipule que: « En el supuesto y momento en que se atengan al cumplimiento de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales, la presente Ley será de aplicación a los países miembros del Espacio Económico Europeo no integrados en la Unión Europea, teniendo a todos los efectos la condición de Estados requirentes » (Dans le cas et au moment où l'on s'en tient à l'accomplissement de la Directive 93/7/CEE du conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels, la présente Loi sera appliquée dans les pays membres de l'Espace Économique Européen non intégrés à l'Union Européenne, ayant à toutes fins la condition d'États requérants). Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación illicite...*, *op. cit.* p. 497.

⁴¹ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 73.

⁴² La Directive fait allusion au Règlement 3911/92, mais ledit Règlement a été objet d'une codification et se nomme actuellement *Règlement n° 116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à l'exportation de biens culturels* (DOUE n° L. 39, du 10 février 2009, pp. 1-7).

23. La sortie illicite doit avoir eu lieu, selon les indications de l'art. 13 de la Directive, après 1^{er} janvier 1993, bien qu'il soit permis aux États membres d'appliquer le régime de celle-ci aux sorties précédant la date susmentionnée (art. 14.2 de la Directive 93/7). Le législateur espagnol n'a pas fait usage de cette dernière prévision puisque, dans la Disposition Transitoire Unique de la *Ley 36/1994*, il est indiqué que la Loi est applicable aux sorties illicites du Territoire des États membres qui se seraient produites à partir du 1^{er} janvier 1993⁴³.

En outre, il se trouve couvert par la Directive dans le cas de sortie temporaire, qui devient illicite dès le moment où le bien n'est pas retourné dans le délai prévu, ou quand il y a dépassement quant à la condition relative à l'expédition temporaire⁴⁴.

A) La violation des normes nationales de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique

24. Concernant l'Espagne, tout en nous basant sur l'art. 5 de la LPHE, nous pouvons signaler que, en premier lieu, il existe une exportation illicite dès qu'il y a une sortie à caractère définitif de biens *d'intérêt culturel* et de biens appartenant au patrimoine Historique Espagnol qui, comme mesure préventive, ont été déclarés expressément, non exportables par l'Administration de l'État, en attendant de les inclure dans l'une des catégories de protection spéciale de la Loi (art. 5.3 LPHE)⁴⁵.

25. En deuxième lieu, il existe exportation illégale quand il y a sortie à caractère définitif, et sans qu'il y ait une autorisation formelle d'exportation, de biens du Patrimoine Historique Espagnol ayant une ancienneté supérieure à cent ans, de biens inclus dans l'Inventaire Général des Biens Meubles et ceux dont le dossier d'inclusion a été ouvert (art. 5.2 LPHE)⁴⁶.

B) La violation des normes communautaires d'exportation de biens culturels

26. Le *Règlement n° 116/2009* exige une autorisation d'exportation pour la sortie de biens culturels en dehors du territoire douanier de l'Union Européenne (art. 2.1). Ainsi, les frontières communautaires sont protégées tout en contrôlant les exportations, afin d'éviter le transfert illicite de biens culturels des États membres vers les États non communautaires⁴⁷.

27. Reste à signaler deux règles afin de déterminer l'État membre compétent pour la concession de ladite autorisation: a) En termes généraux, la compétence revient à l'État membre où le bien culturel en question se trouve de manière légale et définitive au 1^{er} janvier 1993 (art. 2.2a) R 116/2009); b)

⁴³ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea», *REDI*, 1995, vol. XLVII, p. 489.

⁴⁴ Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, op. cit. pp. 299-300, définissant le concept d'exportation et de sortie temporaire.

⁴⁵ Voir, entre autres, STS du 2 février 2000 (*RJ 2000\788*) ; STS du 7 mars 2007 (*RJ 2007\2591*), STS du 6 novembre 2007 (*RJ 2007\8176*) ; STS du 6 novembre 2007 (*RJ 2007\8177*) ; STS du 2 juillet 2008 (*RJ 2008\3341*) ; STS du 8 juillet 2008 (*RJ 2008\3424*) ; STS du 25 septembre 2008 (*RJ 2008\4576*) ; STS du 3 décembre 2008 (*RJ 2008\8057*). Bien qu'on ne le mentionne pas de manière expresse dans l'art. 5.3 LPHE, il existe d'autres catégories de biens non exportables: à caractère provisoire, les biens en passe d'être déclarés biens d'intérêt culturel (art. 11.2 LPHE); les biens meubles des institutions ecclésiastiques se trouvant inclus dans l'Inventaire Général – vu qu'il ne peuvent être vendus à des organismes publics, il existe une prohibition implicite d'exportation – (art. 28 LPHE); tous les biens du Patrimoine Historique Espagnol dont les propriétaires sont les Administrations publiques (art. 28.2) ; les biens du Patrimoine National, et ceux du Patrimoine archéologique (art. 44.1 LPHE). Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. pp. 39-40.

⁴⁶ L'on inclut aussi dans cette section, les biens meubles ayant été objet d'importation légale vu que, à condition qu'ils ne soient pas classifiés d'intérêt culturel en vertu de l'art. 32.2 LPHE, ils peuvent être librement exportés durant les dix années qui suivent celle-ci, sans possibilité de refus de l'autorisation. Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, op. cit. p. 300 ; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. p. 43.

⁴⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único...*, op. cit. p. 84 ; R. CLERICI, «La circolazione delle opere...», op. cit. p. 42 ; A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», op. cit. p. 328 ; K. SHORT, «Preventing the Theft and Illegal Export of Art in a Europe Without borders», *Va. J. Int'l. L.*, 1993, vol. 26, pp. 633-665 ; V. VITRANO, «Protecting Cultural Objects in an Internal Border-Free EC : the EC Directive and Regulation for the Protection and Return of Cultural Objects», *Fordham Int'l L. J.*, 1994, vol. 17, pp. 1164-1201.

Cependant, si après cette date le bien culturel est transporté vers un autre État membre, la compétence correspondra à l'État membre de sa nouvelle destination, lequel deviendra compétent dans l'une des situations suivantes: a) quand le bien est sorti de manière légale et définitive depuis un autre État membre; b) quand le bien a été importé vers un État membre depuis un État non communautaire; c) quand le bien a été réimporté d'un pays tiers vers lequel il a été légalement exporté depuis un État membre (art. 2.2.b) R 116/2009.

28. Le Règlement protège les *biens culturels* appartenant aux catégories de son Annexe⁴⁸. On doit refuser l'autorisation pour que lesdits biens soient exportés quand le bien culturel se trouve protégé par une législation nationale de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique (art. 2.2, paragraphe troisième, R 116/2009)⁴⁹. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'art. 2.2, paragraphe deuxième du Règlement permet à l'État membre compétent de ne pas exiger d'autorisation lorsqu'il s'agit d'objets archéologiques de plus de cent ans d'ancienneté en provenance de fouilles et découvertes terrestres et sous-marines; de sites archéologiques ou de collections archéologiques sous certaines conditions⁵⁰.

III. La restitution du bien culturel

29. La Directive établit une procédure de *restitution*, qu'il faut comprendre comme un retour matériel du bien culturel vers le territoire de l'État membre requérant (art. 1.5)⁵¹.

1. Les personnes légitimées

30. La légitimation dans la procédure de restitution est déterminée par l'art. 5 de la Directive qui stipule que: « L'État membre requérant pourra introduire à l'encontre du possesseur, et en l'absence de celui-ci, du détenteur (...) une action de restitution du bien culturel. »

31. La légitimation active dans la procédure de restitution correspond ainsi à l'État membre requérant, c'est-à-dire, à celui qui s'est vu privé d'un bien culturel, sorti de son territoire de manière illicite (art. 1.3 Directive 93/7/CEE)⁵². Il n'y a pas de relevance à ce sujet que le bien culturel réclamé soit propriété publique ou privée. Cependant, il faut préciser que l'Espagne étant le pays requérant, le bien culturel réclamé sera dans tous les cas, un bien de sa propriété⁵³. Ceci découle de l'art. 29 LPHE, qui établit « 1. Pertencen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles »⁵⁴. Cela dit, comme l'État espagnol devient propriétaire du bien à partir de

⁴⁸ Vid. C. BISCARETTI DI RUFFIA, «Il Regolamento n. 3911/1992 del consiglio relativo all'esportazione di beni culturali ed il trattato sull'Unione Europea», *Dir. com. int.*, 1992, vol. 4, pp. 485-502.

⁴⁹ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, *op. cit.* pp. 121-129.

⁵⁰ Art. 2.2, paragraphe deuxième, R 116/2009 : « (...) lorsque son intérêt archéologique ou scientifique est limité et qu'il ne s'agit pas d'un produit direct de fouilles, découvertes ou gisements archéologiques dans les États membres, et sa présence sur le marché ne viole pas la normative applicable ».

⁵¹ Pour un traitement détaillé des concepts de *restitution*, *retour* et *rapatriement*, W. W. KOWALSKI, «Claims for Works of Art and Their Legal Nature», in International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (ed.), *Resolution of Cultural Property Disputes. Papers emanating from the seventh PCA International Law Seminar May 23, 2003*, La Haya, 2004, pp. 33 et suivantes.

⁵² Tenir compte à ce sujet du contenu de la note de pied de page n° 36. Vid. G. CORDINI, «I beni culturali nell'Ordinamento dell'Unione Europea», in N. ASSINI / G. CORDINI, «I beni culturali e paesaggistici», Padua, 2006, p. 284 ; A. LANCIOTTI, «La restituzione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario», in Centro Internazionale di Studi Gentiliani, «Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale», Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006, Milán, 2008, p. 475 ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, *op. cit.* p. 497 ; A. PAPA, «L'influenza del diritto internazionale...», *op. cit.* p. 502.

⁵³ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 54-60.

⁵⁴ Appartiennent à l'État les biens meubles intégrant le Patrimoine Historique Espagnol qui ont été exportés sans l'autorisation requise par l'art. 5 de cette Loi. Lesdits biens sont inaliénables et imprescriptibles. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, *op. cit.* p. 627.

son exportation illicite, et que l'exportation illicite justifie la réclamation du bien conformément aux dispositions de la Directive, l'État espagnol exerce ainsi l'action de restitution de la Directive d'un bien lui appartenant⁵⁵.

32. Tel que nous l'avons signalé ci-dessus, l'art. 5 de la Directive indique également qui se trouve légitimé passivement dans la procédure de restitution. Tel qu'il est établi dans cette clause, une demande de restitution sera introduite «(...) à l'encontre du possesseur et, en son absence, à l'encontre du détenteur (...)» La Directive établit dans son art. 1 que l'on peut considérer possesseur, la personne possédant un matériel faisant partie d'un bien culturel à son compte, alors que le détenteur détient un matériel du bien au compte d'autrui (respectivement, alinéas 6 et 7 de l'art. 1 de la Directive).

En tenant compte de l'art. 5 de la Directive, il y a lieu de considérer les situations suivantes:

a) À condition que l'État requérant connaisse l'identité du possesseur, la demande devra être introduite à l'encontre de celui-ci. Cette solution est déduite d'une interprétation littérale de l'art. 5 de la Directive. Il faut préciser ici que dans la *Ley 36/1994*, la possibilité d'agir en justice contre le possesseur et le détenteur semble se poser d'une manière *alternative*⁵⁶.

b) Si l'État requérant reconnaît la personne qui se trouve en possession du bien, mais ne connaît pas le type de possession – au compte d'autrui ou à son compte – il faut admettre qu'il faut d'agir en justice contre ladite personne.

c) Si l'État requérant connaît l'identité des deux personnes possédant le bien, mais ne détient pas le renseignement lui permettant de déterminer qui est le possesseur et qui est le détenteur, l'instance peut être présentée à l'encontre de n'importe lequel des deux ou contre les deux⁵⁷.

Aussi bien l'art. 5 de la Directive que l'art. 5 de la *Ley 36/1994* doivent être interprétés en tenant compte du fait que la régulation de la légitimation passive, qui est basée sur la découverte du bien entre les mains d'une personne, répond à l'idée de faciliter l'exercice de l'action de restitution⁵⁸.

2. Documents à joindre à l'instance

33. Tel que l'indiquent les art. 5 de la Directive et 7 de la *Ley 36/1994*, pour que l'instance soit admise il y a lieu de joindre les documents suivants:

a) un document dans lequel se décrit le bien objet de la réclamation et dans lequel il est certifié qu'il s'agit bien d'un *bien culturel*, et

b) une déclaration des autorités compétentes de l'État membre requérant sur le fait que la *sortie* du bien culturel de son territoire s'est faite de manière illégale.

Selon les indications de la *Ley 36/1994* dans son art. 7.2, l'omission des deux documents mentionnés ci-dessus, donnera lieu à ce que le juge se prononce d'office contre l'admission de la requête et sans audience des parties. Notre point de vue coïncide avec les critiques qualifiant cette prévision de trop rigoureuse⁵⁹.

34. Il correspond à l'État membre requérant de certifier que le bien culturel remplit les conditions afin que sa restitution soit recevable en vertu de la Directive⁶⁰. Ceci se traduit par la justification de deux points:

a) La classification du bien, avant ou après la sortie illicite du territoire de l'État membre requérant, en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» et

⁵⁵ L'art. 29 LPHE, dans son alinéa troisième, contemple la possibilité, une fois le bien culturel du Patrimoine Historique Espagnol récupéré, que le titulaire précédant récupère la propriété en cas de perte ou de soustraction. Mais ladite clause n'est pas applicable dans le domaine de la procédure de restitution de la Directive, mais c'est possible, avec caractère ultérieur, recourir à une procédure civile contentieuse en ce qui concerne la détermination de la propriété du bien. Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. pp. 265-266.

⁵⁶ Art. 5 *Ley 36/1994*: «Estarán legitimados pasivamente únicamente quienes tuvieren la posesión o la simple tenencia del bien reclamado». Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 104.

⁵⁷ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, «El comercio del arte...», op. cit. p. 112.

⁵⁸ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. pp. 456-457.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 496 (note 396).

⁶⁰ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», op. cit. p. 66.

b) Le fait d'appartenir à l'une des catégories de l'Annexe ou, de manière alternative, l'inclusion dans une collection publique ou inventaire d'institution ecclésiastique.

35. Les mécanismes de classification du bien en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» varient en fonction du système existant dans l'État membre requérant⁶¹. Lorsque l'Espagne est l'État requérant, nous devons tenir compte du fait qu'il existe dans notre pays une définition générique des biens intégrant le Patrimoine Historique Espagnol exposée dans l'art. 1.2 LPHE et qui, selon les cas, est combinée avec une déclaration catégorique d'inclusion dans ledit Patrimoine⁶².

Si dans l'État membre requérant il existe une liste de biens intégrant son «patrimoine artistique, historique ou archéologique», cet État pourra le présenter conjointement avec la demande de restitution⁶³. Dans le cas des États membres n'ayant qu'une définition générale de «patrimoine artistique, historique ou archéologique» le problème est plus complexe : tel qu'il est promulgué par la doctrine, nous considérons alors qu'il serait recommandable de présenter la demande de restitution en y joignant un acte de motivation de l'autorité compétente de l'État membre requérant, moyennant lequel il sera mentionné que le bien culturel est inclus dans son patrimoine⁶⁴.

36. Afin de justifier le fait que la sortie du bien culturel de l'État membre requérant s'est produite de manière illicite, la *Ley 36/1994* exige que l'on précise si le fait de l'illégalité est déterminé par la violation de la normative communautaire d'exportation de biens culturels (R 116/2009) ou des normes nationales de protection du patrimoine. Dans le premier cas, l'on doit accréditer que le bien culturel requerrait une autorisation d'exportation en vertu du Règlement et que celle-ci n'a pas été établie. Dans le deuxième cas, nous devons nous rapporter à nouveau à la manière dont est réglée l'exportation de biens culturels dans l'État membre requérant. Ainsi, dans le cas où le bien se trouverait inclus dans une liste de biens non exportables, il faudra joindre ladite liste afin de justifier le fait que le bien se trouve hors de l'État membre requérant⁶⁵. Par contre, s'il s'agit d'un bien dont la sortie exige la concession d'une autorisation, l'État membre devra joindre une dénégation de celle-ci ou alléguer que les démarches de réclamation n'ont pas été initiées⁶⁶.

En outre, si l'illégalité ne s'est pas produite avec la sortie illicite du bien, mais à cause de l'inaccomplissement des conditions d'une expédition temporaire, la Loi exige de préciser si l'on n'a pas respecté l'obligation de retour ou s'il s'agit d'autre chose.

37. Concernant le cas de la *campana de la Santa María (cloche de la Sainte Marie)*, il fallait préciser en premier lieu, si la cloche était un bien culturel inclus dans le domaine d'application de l'art. 1 de la *Ley 36/1994*. Tout en se basant sur les rapports d'expertise présentés et sur les déclarations et explications réalisées, on a admis qu'il s'agissait d'une cloche de plus de 100 ans, datant tout au plus du XVIII^e siècle⁶⁷. Selon le Jugement, et conformément aux dispositions du *Decreto Lei 164/97*, tous les biens meubles ou immeubles et zones adjacentes témoins de la présence humaine, dont la valeur est historique artistique ou scientifique, font partie du patrimoine culturel sous-marin portugais⁶⁸. Et, en vertu du *Decreto Lei 416/1970*, ainsi que des Décrets qui l'ont remplacé au fur et à mesure, les objets trouvés dans la mer sans propriétaire connu, dont les restes de naufrages de navires, s'ils ont un intérêt du point de vue scientifique pour l'État, seront considérés de sa propriété⁶⁹.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ladite déclaration expresse existe, par exemple, dans le cas des *biens d'intérêt culturel*.

⁶³ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 66.

⁶⁴ *Ibidem*. M. FRIGO, «*La circolazione internazionale...*», *op. cit.* pp. 56-57.

⁶⁵ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», p. 50.

⁶⁶ *Ibidem*. A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* p. 27.

⁶⁷ Vid. SAP (Section 9) de Madrid du 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Quatrième.

⁶⁸ *Ibidem*. Fondement Juridique Cinquième. Art. 1 *Decreto-Lei* n° 164/97, de 27 junio, *Diário da República*, I Série A, n° 146, du 27 juin 1997 : «O património cultural subaquático é constituído por todos os bens móveis ou imóveis e zonas envolventes, testemunhos de uma presença humana, possuidores de valor histórico, artístico ou científico, situados, inteiramente ou em parte, em meio subaquático, encharcado ou húmido: a) No mar territorial, seus leitos e margens (...)»

⁶⁹ SAP (Section 9) de Madrid du 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Cinquième.

38. Enfin, pour accrédi-ter que la sortie du bien s'est produite de manière illicite, il est souligné dans l'art. 7 de la *Ley 36/1994* qu'il faudra préciser si l'illégalité est déterminée « por infracción de la legislación en materia de Patrimonio Histórico Español » ou par la normative communautaire. Tel que le montre, avec succès, le Jugement de l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*), ladite clause doit être interprétée dans le sens où la sortie est illicite non pas selon la législation en matière de Patrimoine Historique Espagnol, mais, de manière générique, selon la législation de l'État membre requérant⁷⁰. Dans le cas qui nous intéresse, la législation de l'État membre requérant est l'Ordre juridique portugais.

Et comme, aussi bien en vertu de la *Lei 13/1985* que de la *Lei 107/2001*, il est important que toute sortie soit autorisée par le Ministère de la Culture ou bien communiquée à l'autorité compétente, et il n'est attesté qu'aucune des deux ne s'est produite dans ce cas, on a considéré que, en application de la *Ley 36/1994*, la sortie de la cloche du territoire portugais s'était produite de manière illicite⁷¹.

3. Le Tribunal compétent face à la demande de restitution

39. La compétence judiciaire internationale est déterminée par l'art. 5 de la Directive et l'article 2 de la *Ley 36/1994*. Ladite clause établit que « l'État membre requérant pourra présenter (...) auprès des tribunaux compétents de l'État membre requis, une action de restitution du bien culturel ».

Selon l'art. 1.4. de la Directive, l'État membre requis est l'État dans lequel se trouve le bien après sa sortie illicite d'un autre État membre. Nous pouvons donc signaler que la Directive contemple le *forum rei sitae*⁷². Et bien que dans l'art. 5 de la Directive l'on emploie l'expression « pourra entamer », l'on ne contemple pas dans la norme communautaire d'autres forums à caractère alternatif. Ainsi, les tribunaux de l'État requérant sont les seuls à être compétents⁷³. L'avantage principal de ce forum se trouve dans le fait que, comme le bien culturel se trouve dans un État où les tribunaux connaissent la réclamation, une fois la restitution arrêtée, il n'y a pas lieu d'avoir recours aux mécanismes de validité extra territoriale de décisions pour l'exécution de la résolution.

La *Ley 36/1994* souligne que, si l'Espagne est l'État membre requis, les tribunaux espagnols compétents seront ceux de l'ordre juridictionnel civil (art. 2 *Ley 36/1994*).

4. Délais de prescription

40. La Directive contemple deux délais de prescription pour l'exercice de l'action de restitution⁷⁴.

a) Un délai *relatif* d'une année à partir de la date où l'État membre requérant a eu connaissance du lieu où se trouve localisé le bien culturel et de l'identité du possesseur ou du détenteur de celui-ci. Dans les

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*. Vid. *Lei 107/2001*, du 8 septembre, *Diário da República*, Série I-A, n° 209, du 8 septembre 2001. Art. 64.1 : « A exportação e a expedição temporárias ou definitivas de bens que integrem o património cultural, ainda que não inscritos no registo patrimonial de classificação ou inventariação, devem ser precedidas de comunicação à administração do património cultural competente com a antecedência de 30 dias. » Art. 65.2 : « A exportação e expedição temporárias de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, apenas pode ser autorizada, por despacho do membro do Governo responsável pela área da cultura, para finalidades culturais ou científicas, bem como de permuta temporária por outros bens de igual interesse para o património cultural. » Art. 65.3 : « A exportação e expedição definitivas de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, pertencentes ao Estado, apenas podem ser autorizadas, a título excepcional, pelo Conselho de Ministros, para efeito de permuta definitiva por outros bens existentes no estrangeiro que se revistam de excepcional interesse para o património cultural português. » Art. 66.1 : « Dependem de autorização ou licença da administração do património cultural a exportação e a expedição definitivas ou temporárias de bens classificados como de interesse público, ou em vias de classificação como tal. »

⁷² Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, « Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPr. », *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, 2001, n° 19, p. 230.

⁷³ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, « La circulación ilícita... », *op. cit.* p. 455. La Directive s'éloigne ainsi de la ligne suivie en matière de compétence judiciaire internationale par la Convention d'Unidroit de 1995, qui contemple des forums additionnels. Art. 8 de la Convention d'Unidroit de 1995 : « 1. Toute demande basée sur les chapitres II et III pourra être présentée auprès des tribunaux ou autres autorités compétentes de l'État Contractant où se trouve le bien culturel ; des tribunaux ou autres autorités compétentes pouvant connaître en outre le litige en vertu des normes en vigueur dans les États Contractants. 2. Les parties pourront convenir de soumettre le litige à n'importe quel tribunal ou autre autorité compétente, ou à arbitrage. »

⁷⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 112.

conclusions du *Deuxième Rapport* que la Commission a élaboré quant à l'application de la Directive 93/7/CEE, l'on indiquait, parmi les améliorations possibles qui pourraient être introduites dans le régime de restitution, l'élargissement du délai d'une année⁷⁵. Cette idée est aussi recueillie dans les conclusions du *Troisième Rapport* de la Commission, indiquant que «tous les États membres sont d'accord sur le fait que le délai actuel d'une année limite l'efficacité de la Directive, à cause de sa brièveté, et qu'il faudrait l'élargir»⁷⁶.

b) Dans tous les cas, cela dit, même si l'on n'arrive jamais à connaître les circonstances précédentes, il existe un *délai absolu* de trente ans à partir de la date de sortie illicite du bien culturel de l'État requérant.

41. Pour ce qui est du *délai absolu*, il faut tenir compte du fait qu'il existe une exception quand il s'agit de biens appartenant à des collections publiques et de biens ecclésiastiques. Selon les dispositions de l'art. 7.1 de la Directive, «dans les États membres où ils sont soumis à un régime spécial de protection selon la loi nationale, l'action de restitution prescrira dans un délai de 75 ans, à l'exception des États membres où l'action est imprescriptible ou dans le cadre d'accords bilatéraux entre les États membres où est établi un autre délai dépassant 75 ans».

42. En ce qui concerne les délais de prescription dans le cas de *la campana de la Santa María (cloche de la Sainte Marie)*, il faut faire une distinction entre le prononcé du Jugement de Première Instance (*Juzgado de Primera Instancia*) et celui de l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*).

43. Le Jugement de Première Instance (*Juzgado de Primera Instancia*) a signalé que le délai de prescription pour l'exercice de l'action de restitution était écoulé. Dans ce sens, le Tribunal a considéré que la République portugaise avait eu connaissance du lieu où se trouvait la cloche et aussi de l'identité du possesseur le 13 novembre 2002⁷⁷. Il est indiqué dans le jugement que ces informations étaient connues à l'échelle publique et internationale, puisque les possesseurs n'avaient pas agi de manière clandestine. En plus de l'apport de documents et des déclarations réalisées, le Tribunal considère, comme confirmant la date mentionnée, que la République portugaise a commencé à mener des actions pour tenter de récupérer la cloche à partir de cette date⁷⁸.

Le Tribunal a également signalé que la République portugaise n'avait réalisé aucune démarche administrative visant à classer le bien comme étant «culturel», au cours de l'année du dépôt de la cloche auprès du Ministère de Culture⁷⁹. En outre, la demande ne disposait pas des documents exigés pour l'admission de l'instance lors de sa présentation⁸⁰.

Comme la République portugaise n'a pas exercé l'action de restitution dans le délai d'une année à dater du 13 novembre 2002 – la demande a été présentée le 16 février 2004 – il a été considéré, en première instance, que le délai de prescription était écoulé.

44. En faisant appel du Jugement de première instance, la République portugaise a allégué en motif du recours que le délai de prescription était à compter du 17 février 2003 et non du 13 novembre 2002.

L'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*) signale, en se basant sur une jurisprudence réaffirmée, que l'exception de prescription est basée sur le principe de sécurité juridique, basée à son tour sur la présomption d'abandon de droits⁸¹. Ceci veut dire que l'exception de prescription doit être l'objet

⁷⁵ Voir *Deuxième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 21 décembre 2005) COM (2005) 675 fin.

⁷⁶ Voir *Troisième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 30 juillet 2009) COM (2009) 408 fin, p. 9.

⁷⁷ SJPI n° 39 (Madrid) 6 mars 2006, Fondement Juridique Quatrième. Concernant le régime de prescription dans le Régime Juridique espagnol, vid. L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003.

⁷⁸ Vid. SJPI n° 39 (Madrid) 6 mars 2006, Fondement Juridique Quatrième.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Vid. SAP (Section 9) Madrid, 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Troisième, et la jurisprudence qui y est mentionnée.

d'un traitement restrictif, de telle manière que, en cas d'indétermination ou de doute concernant la date initiale du délai, la partie à qui revient le droit ne subisse aucun préjudice, si ce n'est celle prétendant son extinction⁸².

L'*Audience Provincial* a tenu compte du fait que, en conséquence d'une commission rogatoire internationale émise par le Ministère Public du Portugal, un Jugement d'Instruction (*Juzgado de Instrucción*) de Madrid a rendu un arrêt de suspension de vente aux enchères prévue le 9 décembre 2002, tout en accordant l'intervention de la cloche, pour sa remise aux autorités portugaises. Ladite intervention n'a pas pu avoir lieu vu que la vente aux enchères a été reportée à une date ultérieure. L'enquête de la police a alors été reprise afin de vérifier où se trouvait la cloche. Quelque temps plus tard, soit le 28 janvier 2003, un arrêt a été rendu pour la suspension de la vente aux enchères qui allait se tenir le 20 février 2002, tout en accordant l'intervention de la cloche. Ceci s'est produit le 17 février 2003.

Selon l'*Audience Provincial* (*Audiencia Provincial*), l'importance réside dans le moment où l'on a connu de manière concrète et précise, aussi bien le lieu où se trouvait la cloche que, le cas échéant, les personnes possédant celle-ci («conocimiento concreto y preciso, tanto del lugar donde se encontraba la campana, como en su caso de las personas poseedoras de la misma») ⁸³. Pour cela, elle a estimé que la date du délai de prescription était à compter du 17 février 2003.

5. Le prononcé du tribunal

45. S'il est avéré que le bien réclamé par l'État requérant est un *bien culturel* en application de la Directive et que sa *sortie* s'est faite de manière *illicite*, le tribunal compétent ordonnera la restitution du bien à l'État membre requérant (art. 8 Directive 93/7/CEE et de la *Ley 36/1994*)⁸⁴.

46. L'*Audience Provincial* (*Audiencia Provincial*) a considéré que ces points ont été justifiés dans le cas de la *campana de la Santa María (cloche de Sainte Marie)* et a ordonné le retour de celle-ci au Portugal.

47. Dans le cas où la restitution est ordonnée, le possesseur du bien culturel se verra privé de celui-ci. Pour cela, le tribunal doit évaluer s'il convient de lui concéder une *indemnisation*.

Si l'indemnisation a lieu, son paiement correspondrait à l'État requérant (art. 9, paragraphe quatre, Directive 93/7/CEE et art. 9.1 de la *Ley 36/1994*). Le paiement devra se faire au moment de la restitution (art. 9, paragraphe quatre, Directive 93/7/CEE). À cet effet, la *Ley 36/1994* précise que le moment important est celui de la signature du jugement de restitution, ce qui fait que le montant doit être consigné auprès du tribunal compétent comme condition préalable à l'exécution du jugement.

Ladite indemnisation, dans le cas où elle serait recevable, sera concédée au *possesseur*, qui, tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, est la personne qui détient la possession du bien culturel à son compte (art. 1.6 Directive 93/7/CEE). C'est sur ce point que prend de l'importance la distinction entre possesseur et détenteur. Avec l'indemnisation, l'on prétend atteindre un équilibre entre les intérêts du propriétaire original et le tiers qui a payé un prix pour l'acquisition du bien, soit le possesseur et non le détenteur⁸⁵.

48. La concession de ladite indemnisation n'aura lieu que si le possesseur a agi avec *diligence* au moment de l'acquisition du bien (art. 8 Directive 93/7/CEE)⁸⁶. Il faut signaler sur ce point que l'article 8 de la *Ley 36/1994* dispose que le possesseur recevra l'indemnisation mentionnée s'il a agi avec la diligence et la bonne foi adéquates («ha actuado con la diligencia y buena fe debidas»). Comme les États membres utilisent différentes significations du terme *bonne foi* dans leurs législations internes, l'usage

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ À prendre en compte : en règle générale, concernant la Directive – mais aussi la *Ley 36/1994* – la sortie illicite doit avoir eu lieu après le 1^{er} janvier 1993 (art. 13 et Disposition Transitoire Unique, respectivement).

⁸⁵ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 119.

⁸⁶ Si le possesseur reçoit le bien sous forme de donation ou de succession, il ne pourra pas bénéficier d'un régime plus avantageux que celui de la personne qui le lui a concédé (art. 9, alinéa troisième, Directive 93/7/CEE).

de cette notion dans les normes de transposition a déjà fait l'objet de critique dans le *Premier Rapport* que la commission a élaboré concernant l'application de la Directive 93/7/CEE⁸⁷.

49. La charge de la preuve de la diligence susmentionnée sera déterminée par la législation de l'État membre dont les tribunaux connaissent l'affaire (art. 9, alinéa deuxième, Directive 93/7/CEE)⁸⁸.

50. Dans le cas où la restitution du bien est arrêtée, l'État membre requérant devra payer les frais de l'exécution de la résolution de retour ainsi que ceux dérivant des mesures qui, dans le cadre de la coopération entre États membres, auraient été adoptés par les autorités pour la conservation matérielle du bien (art. 10 Directive 93/7/CEE)⁸⁹.

51. Il est évident que le fait que l'indemnisation et les frais mentionnés soient financés par l'État membre requérant n'est pas une solution satisfaisante. Pour cela, l'État membre requérant conservera le droit de réclamer le remboursement des montants payés aux personnes responsables de la sortie illicite du bien (art. 11 Directive 93/7/CEE).

52. Revenons au cas qui nous intéresse. Une fois ordonné le retour de la cloche au Portugal, il fallut examiner s'il y avait lieu de réclamer une indemnisation quelconque au possesseur de celle-ci. Concernant l'indemnisation contemplée dans l'art. 8 de la *Ley 36/1994*, l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*) précise, en premier lieu, qu'en cas d'autorisation, l'indemnisation ne peut être concédée qu'au possesseur du bien culturel et non à n'importe quel tiers prétendant avoir un droit quelconque sur celui-ci, sous réserve des relations internes pouvant dériver des contrats et accords que le possesseur du bien ait pu établir avec des tiers («sólo procede a favor del poseedor del bien cultural, no a favor de cualquier tercero que pretenda tener algún derecho sobre el bien, sin perjuicio de las relaciones internas que puedan derivarse de los contratos y acuerdos que el poseedor del bien pueda haber celebrado con terceros»)⁹⁰. Ainsi donc, bien qu'au moment de son intervention la cloche se trouvait entre les mains de la société de vente aux enchères, il n'y a pas eu lieu d'octroyer à ce détenteur matériel une indemnisation quelconque en vertu de la *Ley 36/1994*⁹¹.

53. Une fois déterminé le fait que, en cas d'indemnisation, celle-ci correspondrait au possesseur de la cloche, il fallut examiner si celui-ci avait agi avec diligence. Dans ce sens, il a été considéré qu'il n'avait pas agi de la sorte, ni au moment de l'acquisition de la cloche, ni, notamment, quand il avait été question de la transporter hors de l'État portugais⁹². Il a donc été déduit qu'il n'avait pas communiqué aux autorités portugaises qu'il était en possession de la cloche et qu'il n'avait demandé aucune autorisation pour son transfert, n'ayant même pas communiqué la sortie de celle-ci⁹³.

Ainsi, le cas de *la campana de la Santa María (Cloche de la Sainte Marie)* a été résolu par l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*), avec ordre de retour de la cloche au Portugal, sans que le possesseur n'obtienne, en échange, une quelconque indemnisation.

IV. La propriété du bien culturel après la restitution

54. Une fois le mécanisme de restitution automatique de la Directive exposé, nous allons main-

⁸⁷ Voir *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social sur l'application du Règlement (CEE) n° 3911/92 du Conseil relatif à l'exportation de biens culturels et de la Directive 93/7/CEE du Conseil relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 25 mai 2000) COM (2000) 325 fin. Voir aussi le *Deuxième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution des biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 21 décembre 2005) COM (2005) 675 fin. Vid. M. E. VESCI, «I beni culturali», in N. LIPARI, *Tratato di Diritto Privato Europeo*, 2003, p. 480.

⁸⁸ Vid. M. E. VESCI, «I beni culturali...», *op. cit.* p. 477.

⁸⁹ En ce qui concerne la coopération entre les États membres, voir art. 4 de la Directive 93/7/CEE.

⁹⁰ Vid. SAP (Section 9) Madrid de 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Sixième.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

tenant aborder la disposition contenue dans son art. 12, agissant ultérieurement, c'est-à-dire, lorsque le bien culturel a été restitué à l'État membre d'origine.

1. L'art. 12 de la Directive

55. La Directive précise dans son art. 12 que « La propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'État membre requérant ». L'article 12 semble cohérent avec la position neutre de l'Union Européenne en ce qui concerne la régulation de la propriété (art. 345 TFUE, ex art. 295 TCE)⁹⁴.

56. La clause est applicable à la détermination de la propriété des biens culturels « après leur restitution ». Ainsi donc, pour que la propriété du bien culturel soit régie par la législation de l'État membre requérant, le bien doit avoir été restitué en vertu de la Directive⁹⁵. Ceci se manifeste dans le fait qu'il doit s'agir d'un *bien culturel* dans le sens de la Directive, qui est *sorti de manière illicite* du territoire d'un État membre dans le même sens et qu'il a été ordonné par les tribunaux de l'État requis son retour à l'État membre requérant.

Aussi, l'application de l'art. 12 de la Directive s'avère exclue dans les cas suivants⁹⁶:

- a) Biens culturels auxquels la procédure de restitution de la Directive ne peut être appliquée.
- b) Biens culturels dont le retour vers l'État membre requérant, malgré l'application de la procédure de restitution de la Directive, a été considéré comme étant non recevable par les tribunaux de l'État membre requis.

57. L'art. 12 de la Directive est une norme de conflit qui fait allusion à la législation de l'État membre requérant. Comme nous l'avons déjà dit, l'État membre requérant est l'État d'où est sorti de manière illicite le bien culturel (art. 1, alinéa troisième Directive 93/7/CEE). Ainsi donc, l'art. 12 de la Directive fait allusion à la *lex originis*⁹⁷. Mais il est important de revoir les critères utilisés par la norme communautaire pour la détermination de cette *lex originis*.

Le point de départ est celui qui est mentionné dans l'art. 1, alinéa troisième de la Directive. Tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, le bien doit être sorti du territoire de l'État requérant tout en violant la normative nationale ou communautaire de protection des biens culturels. Cela dit, la sortie illicite, en tant que règle générale, doit avoir eu lieu après le 1^{er} janvier 1993. En application de l'art. 12 de la Directive, on considère donc État d'*origine* l'État d'où le bien est sorti de manière illicite à partir de cette date, qu'il ait toujours été dans cet État ou non, y compris s'il est arrivé transporté depuis un autre État de manière légale ou illégale. Dans ce sens, l'importance donnée à la date de sortie illicite du bien peut être objet de critique, puisque cela peut mener à considérer que l'État d'origine est fonction de la permanence de celui-ci sur un territoire durant une période déterminée⁹⁸.

58. Une fois concrétisé ce qu'il faut comprendre par *lex originis* dans le domaine d'application de l'art. 12 de la Directive, il est important de déterminer si la référence à la législation de l'État membre requérant permet d'appliquer les normes de conflit dudit État. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir si le *renvoi* est admis. Si l'on considère la version espagnole de la Directive, la réponse est claire: la clause fait allusion à la législation *interne* de l'État membre requérant, donc le *renvoi* ne serait

⁹⁴ Art. 345 TFUE: «Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres». Vid. P. FRANZINA, «Considerazioni in merito al possesso nella prospettiva della "comunitarizzazione" delle norme sui conflitti di leggi», in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (dirs.), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, 2009, p. 252; M. FRIGO, *La circolazione internazionale...*, op. cit. p. 53; A. LANCIOTTI, «La restituzione...», op. cit. p. 477.

⁹⁵ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», op. cit. pp. 492-493; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property...», op. cit. p. 678.

⁹⁶ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 274.

⁹⁷ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS / M. VIRGOS SORIANO, «Law and Practice of the International Art Trade in Spain», in M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'œuvres d'Art*, 1988, pp. 333 et suivantes.

⁹⁸ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», op. cit. p. 492. Les inconvénients que suscite un tel critère sont examinés par ledit auteur dans V. FUENTES CAMACHO, «El caso de la campana de la Santa María: un indiscutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *La Ley*, mercredi 31 mai 2006, pp. 2 et suivantes.

pas admissible. Or, il faut préciser ce point, car les versions de la Directive dans d'autres langues ne font pas allusion au terme de législation *interne*⁹⁹.

59. Nous considérons que, dans le cadre de l'art. 12 de la Directive, le *renvoi* n'est pas admissible¹⁰⁰. S'il était admissible, l'on devrait se rapporter à l'Ordonnance à laquelle font référence les normes de conflit de l'État membre requérant. Cela se manifeste habituellement en l'application de la règle *lex rei sitae*¹⁰¹. Et celle-ci ne permet pas – de manière générale – d'appliquer les normes de protections des biens culturels du pays d'origine, ce qui est le but de la Directive en prévision de l'art. 12¹⁰².

2. La Ley 36/1994

60. Pour terminer notre analyse de la Directive, nous devons faire référence à une question qui affecte la norme de transposition espagnole. Tel que nous l'avons vu tout au long de notre exposé, la *Ley 36/1994* contrôle l'action de restitution du bien culturel à l'État membre requis, mais ne contient aucune prévision relative à la propriété du bien culturel après sa restitution¹⁰³. Autrement dit, il n'y a aucune clause équivalente à l'art. 12 de la Directive.

61. Face à cette situation, nous devons tenir compte de ce qui suit, concernant la régulation de la propriété des biens culturels en matière de Droit International Privé espagnol:

a) La norme de conflit générale est établie par l'art. 10.1 CC, stipulant que « La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles »¹⁰⁴.

b) La norme matérielle spéciale de l'art. 29 LPHE souligne que « Pertenece al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles »¹⁰⁵.

62. Si l'on expose auprès des tribunaux espagnols la question de la propriété d'un bien culturel du Patrimoine Historique Espagnol exporté de manière illicite et, en vertu de la procédure de la Directive, sa restitution à l'Espagne, le tribunal appliquera l'art. 29 LPHE¹⁰⁶. Puisqu'il s'agit d'une *norme matérielle spéciale*, l'on appliquera ladite clause et non la norme de conflit générale de l'art. 10.1 CC. En vertu de l'art. 29 LPHE, il sera déterminé que le bien culturel appartient à l'État espagnol.

⁹⁹ Art. 12 Directiva (version française) : «La propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'Etat membre requérant». Art. 12 Directiva (version anglaise): «Ownership of the cultural object after return shall be governed by that law of the requesting Member State». Art. 12 Directiva (version italienne): «La proprietà del bene culturale dopo la restituzione è disciplinata dalla legge dello Stato membro richiedente». Art. 12 Directiva (version portugaise): «Após a restituição, a propriedade do bem cultural rege-se pela legislação do Estado-membro requerente».

¹⁰⁰ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 46 ; K. KREUZER, «La propriété mobilière en droit international privé», *RCADI*, 1996, vol. 259, p. 173.

¹⁰¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 742 ; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, 1993, p. 203 ; A. LANCIOTTI, «La restituzione...», *op. cit.* pp. 478-479 ; L. V. PROTT, «Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage», *RCADI*, 1989, vol. 217, p. 262 ; J. A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, *Les biens culturels...*, *op. cit.* pp. 327-328. Il est à préciser que, bien que le Droit espagnol soit applicable en tant que *lex originis*, la règle *lex rei sitae*, contenue dans l'art. 10.1 CC, se verrait exclue par l'application de l'art. 29 LPHE, comme *norme matérielle spéciale de Droit International Privé* (Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 742 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* pp. 221-222. Nous nous rapportons ici à l'analyse faite dans A. L. CALVO CARAVACA / C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, pp. 195-219.

¹⁰² Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 276.

¹⁰³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ «Derechos reales...», *op. cit.* p. 745 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 231 ; V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», *op. cit.* p. 491.

¹⁰⁴ La possession, la propriété et autres droits sur des biens immeubles, ainsi que leur publicité, seront régis par la loi du lieu où ils se trouvent. La même loi sera applicable aux biens meubles.

¹⁰⁵ Appartiennent à l'État tous les biens meubles intégrant le Patrimoine Historique Espagnol exportés sans l'autorisation requise par l'art. 5 de cette Loi. Lesdits biens sont inaliénables et imprescriptibles. Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley 16/1985...», *op. cit.* pp. 1061-1063 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 221.

¹⁰⁶ Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 231.

63. Le problème se pose lorsque les tribunaux espagnols connaissent un litige relatif à la propriété d'un bien relevant du patrimoine culturel d'un autre État membre qui a été exporté de manière illicite et restitué à l'État membre au patrimoine duquel appartient le bien culturel. Concernant la réclamation de la propriété présentée auprès des tribunaux espagnols, il y aura lieu d'appliquer l'art. 10.1 C.C., c'est-à-dire, la Loi du lieu où se trouve le bien¹⁰⁷. Selon la doctrine majoritaire à caractère général, il faut tenir compte de la Loi du lieu du bien au moment de son acquisition par un tiers¹⁰⁸. Ceci peut alors mener à ce que la propriété soit régie par une loi différente de celle de l'État membre requérant. Pour cela nous croyons que l'élément clef se trouve dans l'interprétation de l'art. 10.1 CC à la lumière de la normative communautaire¹⁰⁹. De cette façon, si, tel qu'on l'a vu, l'objectif de la Directive est bien l'application de la *lex originis*, il faut soutenir que, dans le cas de biens culturels illégalement exportés mais qui ont été restitués en vertu de la Directive, le tribunal espagnol appliquera la loi du pays dans lequel se trouvait le bien culturel – art. 10.1 C.C. – *avant qu'il ne soit illégalement exporté*¹¹⁰. Si l'on interprète l'art. 10.1 CC de cette manière, l'on arrive à la même solution à laquelle arriverait l'application de l'art. 12 de la Directive: la *lex originis*.

V. Conclusions

64. En Espagne, la normative communautaire de restitution de biens culturels a été objet de transposition à travers la *Ley 36/1994*. Ladite Loi s'applique aux biens culturels qui, ayant été exportés de manière illicite d'un État membre de l'Union Européenne, se trouvent en territoire espagnol. De même que la Directive, la Loi espagnole n'a pas inclus dans son domaine d'application, les biens exportés de manière illicite à partir du 1^{er} janvier 1993, le législateur espagnol n'ayant pas fait usage de la possibilité d'appliquer la norme de transposition à des sorties précédant ladite date.

65. L'État membre requérant se doit de certifier, afin que sa réclamation aboutisse, le fait qu'il s'agit d'un *bien culturel* et que sa *sortie* s'est faite de manière *illicite*. L'action de restitution doit être exercée dans le délai d'une année à partir de la date de la connaissance du lieu où se trouve le bien et l'identité du possesseur. De toutes manières, l'action prescrira dans un délai de trente ans à partir de la sortie illégale. Tel que nous l'avons vu avec le cas de la *campana de la Santa María (Cloche de la Sainte Marie)*, le calcul du délai de prescription sera déterminant pour le succès de la réclamation.

66. L'un des points où la transposition n'a pas été adéquate, depuis le *Premier Rapport* élaboré par la Commission, est l'inclusion du concept de « bonne foi », au moment d'évaluer s'il convient de concéder l'indemnisation au possesseur du bien culturel dont le retour a été ordonné. Vues les différences existant sur ledit concept au sein des législations internes des États membres, l'uniformité concernant l'application de la norme communautaire peut subir un préjudice.

67. Mais, dans le cas espagnol, ce qui attire sans doute le plus l'attention est le fait que la prévision contenue dans l'art. 12 de la Directive, relative à la loi applicable à la propriété du bien après sa restitution, n'a pas été transposée. Tel que nous l'avons exposé, quand on se dispute la propriété d'un bien inclus dans le cadre d'application de l'art. 12 Directive, l'une des solutions consisterait à interpréter la règle *lex rei sitae* du Système Juridique espagnol à la lumière de la normative communautaire, c'est-à-dire, en tant que loi du lieu où se trouve le bien culturel avant son exportation illégale.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 231-232.

¹⁰⁸ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 743.

¹⁰⁹ Vid. P. MENGOSZI, *Il Diritto Comunitario...*, *op. cit.* pp. 157-158. STJCE du 14 août 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec., p. 3.325.

¹¹⁰ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 279-280. Concernant la possible interprétation de la règle *lex rei sitae* comme loi de situation du bien culturel avant son exportation illégale, quoique non appliquée, faute de transposition de l'art. 12 de la Directive dans le cas espagnol, voir, entre autres, CH. ARMBRÜSTER, «La revendication de biens...», *op. cit.* pp. 741-743.

LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN EN DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL ESPAÑOL

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 07.07.2010 / Aceptado: 27.07.2010

Resumen: Si bien los acuerdos de jurisdicción tienen naturaleza procesal, no podemos dejar de lado sus elementos civiles. Por ello, su análisis desde la perspectiva del Derecho Procesal Civil Internacional debe fragmentar los diferentes aspectos que integran el acuerdo. De este modo, las cuestiones civiles, como la existencia y validez del acuerdo se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. Por otro lado, a sus aspectos puramente procesales (admisibilidad, forma y efectos) les será de aplicación la *lex fori*. Con el objeto de tener una visión lo más completa posible de la regulación de los acuerdos en el ordenamiento español, este trabajo realiza un estudio de su regulación tanto en las normas de origen comunitario (Reglamento Bruselas I y Convenio de Lugano) como de las normas de origen interno (Ley Orgánica del Poder Judicial y normativa con incidencia en esta materia). Todo ello se ve complementado con el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que interpreta las disposiciones comunitarias, y de los tribunales españoles.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Internacional, acuerdos de jurisdicción, competencia judicial internacional, Derecho de la UE.

Abstract: Jurisdiction agreements are contracts on procedural relationships. Therefore, their analysis from the perspective of the International Civil Procedural Law requires the fragmentation of each one of the elements that makes up the agreement. Thus, civil matters, so as the existence and validity of the agreement, will be governed by the law designated by the conflict of laws rules on contractual obligations. On the other hand, purely procedural aspects (eligibility, form and effects) shall be complied with the *lex fori*. In order to develop a detailed landscape of the agreement's regulation in the Spanish Legal System, this paper analyses the European Union rules (Brussels I Regulation and Lugano Convention) and the internal ones (Judiciary Act and some other Spanish legislation related to this subject). All this is complemented with the study of case-law of the Court of Justice of the European Union on Community Legislation, so as these of the Spanish courts.

Key words: International Civil Procedural Law, Jurisdiction Agreements, International Jurisdiction, European Union Law.

Sumario: I. Los acuerdos atributivos de jurisdicción. 1. *Prorogatio fori* y *derogatio fori* como objeto de los acuerdos de jurisdicción. 2. Acuerdos de jurisdicción y ley aplicable. 3. Acuerdos de jurisdicción y reconocimiento de resoluciones extranjeras. 4. Naturaleza jurídica de los acuerdos de jurisdicción. II. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen no interno. 1. Ámbito de aplicación del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano. A) Ámbito *ratione materiae*. B) Ámbito temporal. C) Domicilio de una de las partes en un Estado miembro. D) Designación por las partes del tribunal de un Estado Miembro. E) ¿Vinculación de alguno de los elementos del proceso con otro Estado? El denominado «carácter internacional» del litigio. 2. Interpretación del concepto «convenio atributivo de competencia». 3. La atribución de jurisdicción mediante el documento constitutivo de un *trust*. 4. Limitaciones a la conclusión de acuerdos

atributivos de jurisdicción. A) Las competencias exclusivas. B) Protección de la parte jurídicamente débil. a) Materia de seguros. b) Contratos celebrados por consumidores. c) Contratos individuales de trabajo. 5. Forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción. A) Acuerdos concluidos por escrito. B) Acuerdos concluidos verbalmente. C) Acuerdos concluidos en una forma que se ajuste a los hábitos establecidos entre las partes. D) Acuerdos concluidos en una forma conforme a los usos del comercio internacional. 6. Efectos del acuerdo atributivo de jurisdicción válidamente concluido. A) Creación de una competencia exclusiva. a) Principio general. b) Los acuerdos contenidos en un documento constitutivo de un *trust*. c) Apreciación por los tribunales de la competencia exclusiva. a') Examen de la existencia del acuerdo. Control de oficio de las normas sobre jurisdicción. b') Examen de la validez del acuerdo. Los conflictos negativos de jurisdicción. B) Acuerdos atributivos de jurisdicción celebrados en favor de un sola parte. C) Efectos frente a terceros. D) Los acuerdos de jurisdicción y otros foros. a) Sumisión tácita de las partes. b) Designación por las partes en una obligación contractual del lugar de cumplimiento de la obligación. c) Compensación. d) Foros de vinculación procesal. III. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen interno. 1. Ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa de la LOPJ. 2. Admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable a la admisibilidad. B) Límites a la admisibilidad de la conclusión de acuerdos de jurisdicción. a) Límites comunes a la posibilidad de acordar y derogar la jurisdicción de los tribunales españoles. b) Límites específicos a la posibilidad de acordar la jurisdicción de los tribunales españoles. c) Límites específicos a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles. 3. Existencia y validez de fondo de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable a la existencia y validez de fondo. a) Los acuerdos de jurisdicción incluidos en contratos. b) Los acuerdos de jurisdicción como objeto de un contrato. B) Ámbito de la ley aplicable a la existencia y validez de fondo. 4. La forma de los acuerdos de jurisdicción. 5. Efectos procesales de los acuerdos de jurisdicción. A) Ley aplicable. B) Carácter exclusivo del *forum prorogatum*. C) Efectos frente a terceros. D) La sumisión tácita.

I. Los acuerdos atributivos de jurisdicción

1. *Prorogatio fori* y *derogatio fori* como objeto de los acuerdos de jurisdicción

1. La voluntad de las partes puede ser un criterio relevante para designar los órganos jurisdiccionales territorialmente competentes de un Estado. Ahora bien, los acuerdos *inter partes* también pueden versar sobre la jurisdicción de los tribunales de un Estado. En este caso, y para el Derecho Procesal Civil Internacional (DPCI), estos acuerdos de voluntades pueden tener un doble objeto. Por un lado, puede establecerse *la prorogación de la jurisdicción* a favor de los tribunales de un país que, en caso contrario, no serían competentes para conocer del asunto (*prorogatio fori*). De otro lado, las partes pueden convenir *la derogación de la competencia judicial internacional* de los tribunales de un Estado en principio competentes (*derogatio fori*)¹. Con carácter general, puede afirmarse que *prorogatio* y *derogatio* se hallan interconectados, representando las dos caras de una misma moneda, de manera que toda prórroga en favor de la jurisdicción de los tribunales de un Estado implicaría paralelamente la derogación de la competencia judicial internacional de los de otro u otros Estados. Ahora bien, ello no es siempre así, de manera que *prorogación* y *derogación* no tienen que ir necesariamente unidos, siendo posibles los acuerdos en los que se contenga únicamente una *prorogatio* o una *derogatio fori*².

2. Los acuerdos atributivos de jurisdicción tienen por objeto normalmente la competencia internacional de los tribunales de un Estado, aunque también es posible que designen los órganos jurisdiccionales *territorialmente* competentes³. Así se prevé en el art. 23.1 del Reglamento 44/2001: «las partes

¹ R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4., neubearb. und erw. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 2001 [cit. GEIMER, *IZPR*], NM 1652; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, en AA.VV., *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, vol. I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, capítulo III [cit. J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”], NM 471.

² GEIMER, *IZPR*, NM 1653 y 1654; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, en C. REITHMANN, D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5. völlig überarb. u. wesentl. erw. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 1996, NM 2085–2293 [cit. R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”], NM 2087; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 473 y 474. No es imprescindible que *prorogatio* y *derogatio* se contengan en el mismo acuerdo.

³ Si el acuerdo se refiere solamente a la competencia internacional, la territorial deberá determinarse de acuerdo con las

[...] hubieren acordado que *un tribunal o los tribunales de un Estado miembro* fueren competentes para conocer de cualquier litigio...» Sin embargo, no es posible que las partes convengan la *competencia funcional* de los tribunales de un Estado, debido a su finalidad –presuponen la determinación del juez objetiva y territorialmente competente– y a su taxativa determinación a través de normas de origen interno.

Cuando el acuerdo se refiera únicamente a la competencia internacional de los tribunales de un Estado, es posible que surja un posterior problema sobre la determinación de la competencia territorial, debido a la falta de concordancia entre la primera (derivada de un acuerdo entre las partes) y la segunda (fijada por normas de origen interno). Como no es posible afirmar que los tribunales de un Estado poseen competencia internacional para entender de un determinado asunto pero, a la vez, no existe un órgano jurisdiccional territorialmente competente, deberá determinarse en cada caso concreto y en cada país una solución acorde con sus propias normas de competencia territorial⁴.

2. Acuerdos de jurisdicción y ley aplicable

3. Aun cuando existe una clara diferencia entre la elección de la ley aplicable en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la designación del tribunal competente en virtud del mismo principio, existe una estrecha relación entre ambas elecciones. Así, cuando las partes deciden acerca de la jurisdicción de los tribunales que van a conocer de un litigio, en última instancia su acuerdo también incide sobre las normas materiales que se aplicarán a la relación litigiosa, puesto que la elección, o la exclusión, por las partes de los tribunales de un país conlleva la aplicación, o la inaplicación, de su sistema conflictual y la consiguiente designación de un concreto ordenamiento jurídico⁵. Desde esta perspectiva, la relevancia de los acuerdos de jurisdicción trasciende el aspecto procesal, proyectándose en última instancia sobre la norma material aplicable a la relación jurídica.

4. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es determinar si la designación del órgano jurisdiccional podría interpretarse como una elección del derecho aplicable. A mi entender, no parece posible establecer tal tipo de relación, puesto que nos situamos ante cuestiones que, aun existiendo entre ellas cierta vinculación, son totalmente distintas y representan aspectos diferentes de una misma relación jurídica. La existencia de un acuerdo entre las partes eligiendo la ley aplicable a una relación jurídica no puede ser interpretada como una derogación automática de la jurisdicción de los tribunales del foro. Del mismo modo, cuando no se haya convenido el Derecho aplicable pero exista sumisión expresa a los tribunales del foro, tampoco puede concluirse inexorablemente que la voluntad de las partes es aplicar la *lex fori*; todo lo más, puede considerarse un indicio de que las partes podían querer aplicar ese ordenamiento⁶.

3. Acuerdos de jurisdicción y reconocimiento de resoluciones extranjeras

5. Desde la óptica del reconocimiento, los acuerdos de jurisdicción plantean diversos problemas. El primero de ellos es que, habiéndose adoptado la resolución por un tribunal competente (bien sea el designado por las partes, bien cualquier otro distinto al excluido por aquéllas), el juez del exequátur puede considerar que el tribunal de origen carecía de competencia judicial internacional indirecta para

normas procesales del país cuyos órganos jurisdiccionales han sido declarados (internacionalmente) competentes.

⁴ F. GARAU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma, UIB, 2008 [cit. F. GARAU, *Lecciones DPCI*], pp. 32 ss. Cabe la posibilidad de que, designado el órgano territorialmente competente, el ordenamiento del foro considere indisponible la competencia territorial (véase *infra* NM 58).

⁵ A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 73; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R.des C.*, 1977–III, p. 267.

⁶ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, 2008 [cit. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*], Madrid, Colex, 2008, NM. 12; igualmente, A-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, 2009, núm. 2, NM 24. La *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentada por la Comisión, establecía en su art. 3.1, p. 2º, una presunción de que la elección por las partes de los tribunales de un Estado miembro para conocer de los litigios derivados del contrato podía interpretarse como que las partes habían tenido la intención de elegir la ley de ese Estado en calidad de *lex contractus* [véase COM(2005) 650 final, p. 15].

conocer del asunto. Un segundo problema puede surgir porque la resolución haya sido dictada por un órgano jurisdiccional distinto al designado por las partes o, por contra, por el tribunal excluido expresamente por aquéllas. En estos casos, el juez del exequátur debe decidir si reconoce la resolución emanada de un tribunal incompetente según la voluntad de las partes. En definitiva, debe determinarse hasta qué punto la libre elección de las partes puede ser entendida como un criterio de control de la competencia judicial internacional indirecta del tribunal de origen⁷. Si partimos de la idea de que la voluntad de las partes puede ser utilizada para controlar la competencia del juez de origen, la respuesta a las cuestiones anteriores pasa porque el juez del exequátur considere que los acuerdos entre las partes son admisibles desde el punto de vista de su propio ordenamiento jurídico –incluyendo los textos convencionales que haya ratificado–, así como que aquellos hayan sido concluidos válidamente de conformidad con la ley bajo la cual deba apreciarse dicho extremo⁸.

4. Naturaleza jurídica de los acuerdos de jurisdicción

6. Cuestión fundamentalmente teórica, y auténtico caballo de batalla de los acuerdos de jurisdicción, es la discusión doctrinal acerca de su naturaleza jurídica. Los procesalistas vienen discutiendo desde hace tiempo sobre si se trata de un contrato de naturaleza material o procesal, incluso si conforma una especie intermedia en el que tienden a predominar bien los aspectos jurídicos materiales bien los jurídicoprocesales⁹. Para quienes sostienen que el convenio atributivo de jurisdicción es un contrato de naturaleza jurídica material, deben concluir que los elementos integrantes se rigen por las normas civiles. A favor de esta postura puede argumentarse que el acuerdo de las partes se halla normalmente incluido en un contrato, como una cláusula más del mismo, o que incluso puede ser objeto de un contrato autónomo, siéndole de aplicación las normas civiles relativas a la teoría general de los contratos –p. ej. su conclusión, forma y efectos se determinarían de acuerdo con el Derecho Civil–. Ahora bien, quienes defienden su naturaleza jurídicoprocesal deben afirmar, consecuentemente, que el acuerdo de jurisdicción queda sometido a las normas procesales, no siéndole de aplicación las normas civiles¹⁰.

7. Estas teorías obvian el análisis desde la perspectiva del DPCI, centrándose únicamente en el ámbito de la dimensión interna del fenómeno, en la sumisión expresa de las partes como criterio determinante de la competencia territorial en el proceso civil, lo que conduce a una visión sesgada del

⁷ Sobre la cuestión, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, pp. 73 ss. España es parte en un gran número de convenios bilaterales sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones extranjeras en los que la sumisión –en algunos casos únicamente la expresa, en otros también la tácita– es admitida, bajo determinadas condiciones, como un criterio de competencia indirecta: convenios con Francia (art. 7.5), Italia (art. 17.5), Alemania (arts. 7.3 y 7.4), Austria (arts. 7.1.3 y 7.1.4), Checoslovaquia (art. 19.1, e) –aplicable a la República Checa (confirmado por intercambio de notas de 21.3.1994 y 2.2.1995) y a Eslovaquia–, Israel (arts. 3, j y art. 3, k), México (art. 4.1, d), Brasil (art. 17.1, a), China (art. 21.I, aps. 3º y 4º), Uruguay (art. 5.1, letra a), Rumania (art. 12.2, e.r. con art. 6), El Salvador (art. 11, penúltimo párrafo, e.r. con art. 5), Argelia (art. 17, letra c) y Mauritania (art. 17, letra c). Lo mismo puede decirse de algunos tratados multilaterales sobre materias específicas: Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, hecho en La Haya el 15.4.1958 (art. 3.3) y Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2.10.1973 (art. 7.3).

⁸ Así, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, p. 74. Véase *infra* el apartado III núms. 2 y 3.

⁹ En la doctrina alemana, la que con diferencia más ha elaborado esta cuestión, véase R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2090 y 2091; ID., “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?”, en B. PFISTER, M.R. WILL (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 360–364; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, en K. REBMAN, F.J. SÄCKER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 7 (EGBGB), 2ª ed., München, C.H. Beck, 1990 [cit. D. MARTINY, “vor Artikel 27”], NM 50. En España, M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, pp. 167 ss. Con carácter general, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera*, pp. 74 ss.; A. QUIÑONES, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *R.J. Catalunya.*, 1987, pp. 660 ss.

¹⁰ Sobre ambas teorías, véase R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2089 y 2091; ID., “Einheitliche Anknüpfung”, pp. 360 y 361; M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial*, p. 167. A favor de tratarlo como un «contrato material sobre relaciones procesales», aun reconociendo que se trata de una cuestión discutida, P. HARTMANN, “§ 38 ZPO”, en A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 61ª ed., München, C.H. Beck, 2003, NM 5. La SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 define el *forum prorrogatum* como «aquél convenio de *contenido estrictamente procesal* por virtud del cual las partes litigantes con carácter preventivo, antes de sufrir el conflicto, fijan la localidad a que debe pertenecer el Juzgado que sustancie que les enfrentará [sic.]» (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr, p. 436).

problema. Con toda razón se ha afirmado que la calificación de la naturaleza jurídica de los acuerdos atributivos de jurisdicción no puede realizarse al margen del derecho conflictual, así como este tampoco puede sustituir la calificación jurídico-dogmática¹¹. Un análisis fructífero de la cuestión debe intentar interrelacionar ambos aspectos, lo que solamente se consigue desde la perspectiva del DPCI.

Las consecuencias que la calificación dogmática de los acuerdos atributivos de jurisdicción tiene sobre el DIPr. es clara. Si somos consecuentes con su naturaleza procesal, todos sus aspectos deberán ser resueltos por la *lex fori*, en tanto que ordenamiento aplicable a las cuestiones procesales; si nos inclinamos por su naturaleza contractual, habrá que acudir al ordenamiento designado por las normas de conflicto del foro sobre obligaciones contractuales. El estudio de la cuestión desde la óptica del DPCI muestra que no es posible aferrarse a una calificación jurídico-dogmática y llevarla hasta sus últimas consecuencias en el plano de la ley aplicable. Precisamente, la fragmentación de los distintos aspectos del convenio atributivo de jurisdicción acaba sometiéndolos a diferentes ordenamientos jurídicos¹².

A mi entender, es precisamente su inclusión en un contrato o, en ocasiones, su formulación autónoma mediante un acuerdo de voluntades lo que me inclina a sostener que el convenio atributivo de jurisdicción goza de *naturaleza procesal pero sin descartar que en él concurren elementos civiles*. Aunque sus efectos se produzcan estrictamente en el ámbito procesal, no se puede excluir totalmente la aplicación del Derecho civil a determinados aspectos¹³. Desde la vertiente del DPCI, debe procederse a una fragmentación del acuerdo de jurisdicción, de modo que sea posible someter a diferentes ordenamientos jurídicos sus distintos aspectos. De este modo, y en líneas generales, determinados aspectos del acuerdo (existencia y validez de fondo) se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales –lo que no significa que las normas materiales que resulten aplicables deban coincidir con las que rigen el contrato en el que se contiene–; por contra, los aspectos estrictamente procesales del acuerdo (admisibilidad, forma y efectos procesales) deben acomodarse a la *lex fori*¹⁴.

II. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen no interno

8. Del conjunto de normas de origen no interno que forman parte del ordenamiento español, solamente un pequeño número de ellas contiene una regulación sustantiva en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción, haciendo innecesario el acudir a nuestro ordenamiento procesal para determinar las cuestiones en ellas reguladas, tales como su admisibilidad, forma y efectos. En el ámbito del Derecho comunitario nos encontramos precisamente con normas de estas características: el Reglamento (CE) n° 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 [en adelante: *Reglamento 44/2001*] y el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007 [en adelante: *C. Lugano*]. Estos textos regulan de manera idéntica la prórroga de competencia mediante acuerdos atributivos de jurisdicción, por lo que el análisis que ahora se inicia se centrará en estas dos normas.

¹¹ J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 479.

¹² La jurisprudencia alemana mayoritaria califica los acuerdos de jurisdicción como «un contrato material sobre relaciones procesales». Véase GEIMER, *IZPR*, NM 1678; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2090; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, NM 50, Nota núm. 100.

¹³ Así, P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado. Derecho comunitario*, Madrid, Caser, 1989 [cit. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*], pp. 230 ss.; R. BORK, “§ 38 ZPO”, en STEIN / JONAS, *Kommentar zum Zivilprozeßordnung*, vol. I, 21ª ed., Tübingen, 1993, J.C.B. Mohr, NM 45; GEIMER, *IZPR*, NM 1677; M. VIRGÓS, F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª edic., Navarra, Thomson-Civitas, 2007, NM 9.11; M. VOLLKOMMER, “§ 38 ZPO”, en R. ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 23. neubearb. Auf., Köln, Otto Schmidt, 2002, NM 4 y 5. Aunque no parece ser consciente de la trascendencia de sus afirmaciones, la SAP Valencia 24 noviembre 2000 (*JUR*, 2001/52424) afirma que «la sumisión expresa es un negocio jurídico extraprocesal y bilateral, modificador de las reglas de la competencia».

¹⁴ Sobre estas cuestiones en el ordenamiento español véase *infra* apartado III, núms. 2, 3, 4 y 5.

1. Ámbito de aplicación del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano

A) *Ámbito ratione materiae*

9. Las partes –personas físicas o jurídicas– pueden transigir sobre la jurisdicción de los tribunales de un Estado cuando el objeto del pleito verse, en principio, sobre una materia civil o mercantil, siendo indiferente «la naturaleza del órgano jurisdiccional» (administrativo o propiamente judicial), así como el orden al que pertenezca (civil, penal o administrativo), siendo también indistinto que el proceso se sustancie a través de los trámites de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria¹⁵. El ámbito de aplicación por razón de la materia debe matizarse en un sentido positivo –contenido de la expresión «materia civil y mercantil»– y negativo –materias que, aunque puedan ser consideradas como tales, quedan excluidas expresamente del ámbito de estas normas.

El TJUE ha resuelto la primera precisión, inclinándose por una *interpretación autónoma* de los conceptos «civil» y «mercantil», no identificándola con el contenido concreto de tales términos en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes. Son conceptos autónomos «que, por una parte, deben interpretarse de acuerdo con los objetivos y sistema del Convenio y, por otra, con los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos nacionales»¹⁶. En sentido negativo, el art. 1 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las materias relativas al estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones¹⁷, quiebra, convenios entre acreedores y quebrado y otros procedimientos análogos¹⁸, seguridad social y, finalmente, el arbitraje. Por lo que se refiere a las materias expresamente excluidas, el Tribunal comunitario ha realizado una labor de depuración para su exacta determinación. Así, en materia de estado y capacidad de las personas físicas, estos textos no son aplicables a las medidas provisionales y cautelares (art. 31 Reglamento 44/2001 y C.Lugano) que se refieran a determinados derechos relacionados con materias excluidas de su ámbito de aplicación¹⁹. Ahora bien, cuando estas medidas emanan de demandas accesorias derivadas de una principal que tiene por objeto una materia excluida de su ámbito de aplicación, podrá otorgarse su exequátur siempre que el objeto de las accesorias forme parte del ámbito de aplicación de estas normas²⁰. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado también a favor de una interpretación autónoma de los conceptos «regímenes matrimoniales»²¹, así como de las expresiones «quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos»²².

Finalmente, la exclusión del arbitraje es una cuestión que no ha sido pacífica, ni continua siéndolo aun después de los pronunciamientos del Tribunal comunitario²³. El Tribunal ha distinguido entre *procedimientos de aplicación* de un arbitraje (p.ej., la designación judicial de un árbitro), que estarían excluidos, y *procedimientos de apoyo de un arbitraje* (p.ej., la adopción de una medida cautelar que tenga por objeto una cuestión comprendida en el ámbito material de estos textos y que ha sido sometida a arbitraje), quedarían incluidos. Ni que decir tiene que la línea divisoria entre ambos tipos de procedimientos es

¹⁵ INFORME AL CONVENIO DE BRUSELAS EN LA VERSIÓN DE 1968 [cit. INFORME JENARD], *DOUE* C 189 de 28 julio 1990, pp. 130 y 131.

¹⁶ STJUE 14 octubre 1976, *LTU*, 29/76, *Rec.* 1976, p. 1541, ap. 3. Igualmente, SSTJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423; 16 diciembre 1980, *Países Bajos*, 814/79 *Rec.* 1980, p. 3807; 27 febrero 1997, *Van den Boogaard*, C-220/95, *Rec.* 1997, p. 1147; 14 noviembre 2002, *Steenbergen*, C-271/00, *Rec.* 2002, p. 10527; 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière Tiard*, C-266/01, *Rec.* 2003, p. 4867.

¹⁷ Los procedimientos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, así como los referentes a la responsabilidad parental se rigen por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁸ Los procedimientos de insolvencia –excluidos los relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión que posean fondos o valores negociables de terceros, así como los organismos de inversión colectiva– en los que el deudor tiene situado su centro de intereses principal en territorio comunitario se rigen por el Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

¹⁹ STJUE 27 marzo 1979, *De Cavel*, 143/78, *Rec.* 1979, p. 1055.

²⁰ STJUE 6 marzo 1980, *De Cavel*, 120/79, *Rec.* 1980, p. 731; las desavenencias del matrimonio De Cavel resultaron enriquecedoras para el TJUE, a la vez que no empobreció el matrimonio.

²¹ STJUE 27 marzo 1979, *De Cavel*, 143/78, *Rec.* 1979, p. 1055, ap. 8.

²² STJUE 22 febrero 1979, *Gourdián*, 133/78, *Rec.* 1979, p. 733, ap. 4.

²³ SSTJUE 25 julio 1991, *Rich*, C-190/89, *Rec.* 1991, p. 3855; 17 noviembre 1998, *Van Uden*, C-391/95, *Rec.* 1991, p. 7091; 10 febrero 2009, *Allianz*, C-185/07, *Rec.* 2009, p. 663.

muy fina y endeble –¿por qué la adopción de una medida cautelar relacionada con un arbitraje no puede ser considerada un «procedimiento de aplicación»?–, y deberá establecerse caso por caso.

10. Cuestión diferente, aunque relacionada con el ámbito material, es precisar *el objeto del acuerdo atributivo de jurisdicción*. Tal como se recoge expresamente («cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica»), Este debe tener un *objeto cierto*, siendo inadmisibles un objeto incierto o global (p.ej., que en el acuerdo se establezca la competencia internacional para todos los pleitos futuros que surjan entre las partes). No es imprescindible que la relación jurídica objeto del acuerdo exista en el momento de su conclusión, pudiendo nacer con posterioridad (relaciones jurídicas futuras), en cuyo caso el acuerdo debe contener referencias al tipo de relación y a su objeto, lo que permite su posterior determinación. Esto no quiere decir que el acuerdo deba tener por objeto una relación jurídica única. Puede perfectamente referirse a varias, en cuyo caso deben ser concretadas en el documento en el que se contenga el convenio de jurisdicción. El TJUE ha manifestado que la finalidad del art. 23.1 de estos textos es «limitar el alcance de un acuerdo atributivo de competencia tan sólo a las controversias que traigan causa de la relación jurídica con respecto a la cual se pacta dicho acuerdo»²⁴. Por tanto, siempre que exista vinculación entre el objeto del proceso y el objeto del acuerdo de jurisdicción, los efectos de la sumisión se extienden también a él, aun cuando las partes no se hayan referido expresamente en el acuerdo a dicha materia²⁵.

11. Las disposiciones sobre acuerdos de jurisdicción contenidas en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano son aplicables también a las acciones que puedan ejercitarse al amparo de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial²⁶. En materia de competencia judicial internacional, estas normas contienen una remisión genérica bien al Reglamento 44/2001 bien al C. Lugano (Reglamento 2100/94), además de contener referencias concretas, según el tipo de acciones que se ejerciten, a los respectivos preceptos que regulan la sumisión expresa²⁷.

B) Ámbito temporal

12. Por lo que respecta a las disposiciones del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional directa, estas solamente son de aplicación a las *acciones ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor*; esto es, después del 1 de marzo de 2002 (art. 66.1 e. r. con art. 76). Por tanto, la regla general es su irretroactividad²⁸. Debido a que el art. 66.1 utiliza la expresión «acciones judiciales ejercitadas», deberemos acudir al ordenamiento jurídico del tribunal ante el que se plantee la acción para determinar cuándo se considera ejercitada²⁹. Cuando el foro se sitúe en España, y de conformidad con los arts. 399.1 y 437 LEC, ello sucederá con la *presentación bien de la demanda* (en el juicio ordinario) bien de la *demandación sucinta o del impreso normalizado* (juicio verbal), entendiendo estos escritos no sólo como el acto en el que el actor solicita su derecho a la tutela judicial efectiva, afirma la acción que ejercita y solicita una tutela jurisdiccional concreta, sino también, y lo que es más importante, como

²⁴ STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 31.

²⁵ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, aps. 8 y 9. Corresponde al tribunal ante el que se invoca el acuerdo de jurisdicción interpretarlo con la finalidad de determinar qué litigios forman parte de su objeto: STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 36, STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, ap. 31.

²⁶ Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (versión codificada). Igualmente la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria: COM(2000) 412 final.

²⁷ Véase art. 94 Reglamento 207/2009, art. 79 Reglamento 6/2002, arts. 101 y 102 Reglamento 2100/94, así como art. 47 Propuesta de Reglamento sobre patente comunitaria.

²⁸ En relación con las resoluciones dictadas después de esa fecha, pero que tienen su origen en procesos iniciados con anterioridad, podrán reconocerse y ejecutarse al amparo del capítulo III del Reglamento, si la acción se hubiese iniciado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del C.Lugano de 1988 y del C.Bruselas de 1968 en el Estado de origen y en el Estado requerido; en caso contrario, los foros de competencia directa deben ajustarse a los previstos en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado de origen y el requerido (véase art. 66.2)

²⁹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 66”, NM 2.

el acto procesal de parte mediante el que se inicia el proceso³⁰.

En el C. Lugano, las disposiciones de derecho transitorio se encuentran recogidas en el art. 63, en términos semejantes a los del art. 66 del Reglamento 44/2001³¹.

C) Domicilio de una de las partes en un Estado miembro

13. Mientras que, con carácter general, el ámbito de aplicación personal de las normas del título II del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano exige que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro (véanse arts. 2 y 4), la norma sobre los acuerdos de jurisdicción tiene un ámbito personal específico³². Expresamente se establece que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado contratante (art. 23.1)³³, siendo irrelevante la nacionalidad de las partes (art. 2.1). La determinación del domicilio de las partes se realizará de conformidad con las previsiones de los arts. 59 y 60 Reglamento 44/2001 y C. Lugano.

Cuestión vinculada con la domiciliación de una de las partes en un Estado miembro es la determinación del momento temporal en el que debe cumplimentarse ese requisito, problema que sólo se plantea cuando hay un cambio de domicilio entre el momento de la conclusión del acuerdo y el de la interposición de la demanda. La jurisprudencia del TJUE no contiene un pronunciamiento directo sobre esta cuestión, aunque sí podemos encontrar manifestaciones indirectas. En una ocasión se inclinó por el momento de interposición de la demanda³⁴, mientras que en otra se remitió a las relaciones entre las partes del contrato inicial³⁵. En mi opinión, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y las razones procesales, me inclino por defender que al menos una de las partes debe estar domiciliada en un Estado miembro *en el momento de interponerse la demanda*. El art. 66 declara la aplicación de sus normas a las acciones ejercitadas con posterioridad a su entrada en vigor. Además, desde el punto de vista procesal, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de los criterios de competencia internacional es examinado, incluso de oficio, por el tribunal en el momento de iniciarse el proceso³⁶.

D) Designación por las partes del tribunal de un Estado Miembro

14. El art. 23 exige expresamente que las partes hayan acordado la competencia de un tribunal, o de los tribunales, «de un Estado miembro» (Reglamento 44/2001) o «de un Estado vinculado por el presente Convenio» (C. Lugano), aplicándose solamente a los acuerdos atributivos de jurisdicción en los que el órgano jurisdiccional designado se halle sito en un país comunitario o parte en el C. Lugano³⁷.

³⁰ I. DÍEZ-PICAZO, "Iniciación del proceso", en A. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, J. VEGAS, *Derecho Procesal. Declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999 [cit. DE LA OLIVA, DP, Proc. Declaración], § 35, NM 1. Sobre la incidencia de los aspectos de derecho transitorio en los acuerdos de jurisdicción, la STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, afirmó que las cláusulas de sumisión producen efectos en el momento de plantear la acción, por lo que le es de aplicación la norma vigente en ese momento (ap. 6).

³¹ El C. Lugano entró en vigor el 1.1.2010.

³² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 28. La STJUE 13 julio 2000, *Group Josi*, C-412/98, *Rec.* 2000, p. 5925, ha acabado con la debatida cuestión de si el demandante también debía estar domiciliado en un Estado contratante: se aplica cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado contratante y aunque el demandante lo tenga en un tercer país, excepto en aquellos casos en que se exige expresamente que el demandante tenga su domicilio en un Estado contratante –p.ej., art. 5.2, art. 9.1.b), art. 17– (véanse aps. 33 a 61).

³³ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 16 ss. También, SAP Madrid 10 diciembre 2002 (*JUR* 2003/126808), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581), SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443). En contra, vinculando la aplicación del art. 17 C. Bruselas al domicilio del demandado en un Estado contratante, STS, Sala de lo Social, 12 junio 2003 (*RJ* 2003/4585). Al ser el objeto de un acuerdo atributivo de jurisdicción un eventual pleito futuro, no se puede establecer de antemano la posición procesal (demandante/demandado) que, llegado el momento, asumirá cada parte (A.–L. CALVO CARAVACA, "Artículo 17", en A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, reimp. de la 1ª edic., Madrid, BOE, 1995 [cit. A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*], NM 5).

³⁴ STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, ap. 6.

³⁵ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, ap. 20.

³⁶ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 29.

³⁷ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 16 ss. Son indiferentes los motivos que han llevado a las partes a insertar dicha cláusula, siendo irrelevante cualquier consideración ajena a las exigencias contenidas

La designación de los tribunales de un Estado no comunitario o no vinculado por el C. Lugano plantea distintas cuestiones. El art. 23 no puede impedir a los órganos jurisdiccionales designados de terceros Estados conocer del asunto siempre que consideren válido el acuerdo³⁸. Tampoco se ocupa el art. 23 de determinar la validez de la *derogatio fori* de los tribunales de los Estados miembros o de los Estados vinculados por el C. Lugano cuando existen otros foros del Reglamento o del Convenio que les otorgan jurisdicción. En este caso, únicamente después de concluirse la invalidez del acuerdo de conformidad con la *lex causae* designada por las normas de conflicto del tribunal del Estado miembro, o del Estado parte, ante el que se incoa el procedimiento, podrán aplicarse los foros de competencia directa contenidos en el Reglamento o en el Convenio³⁹.

La designación realizada por las partes puede no referirse directamente a la competencia judicial internacional (p.ej., los tribunales españoles), sino centrarse en la competencia territorial (p.ej., los tribunales de Valencia), posibilidad prevista por el art. 23.1 cuando afirma que las partes hayan acordado que «un tribunal o los tribunales de un Estado miembro (un Estado vinculado por el presente Convenio)» fueren competentes. Designada la competencia territorial, debe entenderse que se establece implícitamente la competencia internacional de los tribunales de ese país. Si se acuerda solamente la jurisdicción de los tribunales de un Estado, la individualización del concreto órgano jurisdiccional competente se realizará conforme al ordenamiento de cada país. En España, mediante las normas procesales españolas sobre competencia territorial, sobre competencia objetiva (por razón de la materia y por razón de la cuantía), sobre jurisdicción por razón del objeto, así como, llegado el caso, sobre competencia funcional⁴⁰. En estos casos, deben tenerse en cuenta también los límites de cada ordenamiento jurídico a la posibilidad de convenir la competencia territorial, con el objeto de evitar la elusión de las normas imperativas del foro sobre disponibilidad de la competencia territorial.

El art. 23.1 no impide a las partes designar la jurisdicción de dos o más tribunales⁴¹. Esta designación tendría como efecto rechazar el carácter exclusivo de la competencia (art. 23.1, inciso segundo). No es necesario que la cláusula identifique plenamente el órgano jurisdiccional competente, sino que es suficiente con que identifique los elementos objetivos sobre los que las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o tribunales a los que desean someter sus litigios presentes o futuros⁴².

E) ¿Vinculación de alguno de los elementos del proceso con otro Estado? El denominado «carácter internacional» del litigio

15. La reglamentación sustantiva sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción contenida en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano se aplica siempre que los acuerdos puedan ser incluidos en su ámbito material, temporal y personal de aplicación, siendo indiferente que en el litigio exista o no un elemento de internacionalidad⁴³. En relación con el Convenio de Bruselas de 1968, algunos autores habían sostenido que solamente podía aplicarse en litigios de naturaleza «internacional», afirmación que se basaba en una frase del párrafo cuarto de su Preámbulo («determinar la competencia de sus jurisdicciones en el orden internacional»)⁴⁴. Aun así, algunos autores han negado que la internacionalidad del litigio

en el art. 23, tales como el contenido de las disposiciones materiales que van a aplicarse por el tribunal designado por las partes (STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 49 a 51). En contra, exigiendo una relación entre el tribunal designado y la legislación que vaya a aplicar, SAP Zaragoza 3 abril 2001 (*JUR* 2001/171413).

³⁸ INFORME AL CONVENIO DE ADHESIÓN DE 1978 AL CONVENIO DE BRUSELAS [cit. INFORME SCHLOSSER], *DOUE* C 189 de 28 julio 1990, p. 232.

³⁹ INFORME SCHLOSSER, p. 232 (el texto no es un modelo de claridad); STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, ap. 19

⁴⁰ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 32; SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443).

⁴¹ El Tribunal comunitario ha admitido la designación recíproca de las partes de la jurisdicción de los tribunales del Estado del domicilio del demandado: STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, ap. 5.

⁴² STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 10 ss. Los elementos deben ser lo suficientemente precisos para permitir al juez que entiende del litigio determinar su propia competencia y, además, pueden ser concretados por las circunstancias propias de cada situación.

⁴³ R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, 3. Aufl. München, C.H. Beck, 2010 [cit. GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*], “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 101.

⁴⁴ Así, A. L. CALVO CARAVACA, “Introducción general al Convenio de Bruselas”, en A.–L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 7; H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Köln, Otto Schmidt, 1995, NM. 123;

haya constituido una condición de aplicabilidad del mencionado convenio, afirmando que sus normas de competencia se aplicaban también a supuestos puramente internos⁴⁵.

2. Interpretación del concepto «convenio atributivo de competencia»

16. El concepto «convenio atributivo de competencia» contenido en el art. 23 debe interpretarse de forma autónoma, esto es, no identificado con el concreto significado que recibe en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Lo contrario produciría «una multiplicación de los criterios de competencia con respecto a los litigios derivados de una misma relación jurídica y fáctica entre la sociedad y sus accionistas y quebrantaría el principio de seguridad jurídica»⁴⁶. Deberá procederse, por tanto, a una interpretación casuística del concepto, determinándose en cada caso la posible subsunción de los hechos en el supuesto del art. 23 Reglamento 44/2001 y en el art. 17 C. Lugano y C. Bruselas.

3. La atribución de jurisdicción mediante el documento constitutivo de un *trust*

17. El acuerdo atributivo de jurisdicción puede derivar no sólo de la conjunción de la voluntad de dos o más partes, sino que también puede tener su origen en la manifestación unilateral de una sola parte. Ello puede suceder en la institución anglosajona del *trust*, que no debe crearse necesariamente mediante un contrato sino que, con frecuencia, tiene su origen en un acto jurídico unilateral⁴⁷. El art. 23.4 prevé que en el documento constitutivo de un *trust* se contenga una cláusula, insertada unilateralmente, mediante la que se atribuye jurisdicción a los tribunales de un Estado miembro. En este caso, el objeto del proceso puede ser tanto las relaciones internas como las externas del *trust*, aunque se sobreentiende que la materia debatida en el litigio debe formar parte del ámbito de aplicación del Reglamento y del C. Lugano⁴⁸. Finalmente, este acuerdo de jurisdicción tiene como efecto constituir una competencia exclusiva, y sin que pueda excluirse esta exclusividad mediante pacto entre las partes cuando el documento de constitución haya sido otorgado unilateralmente.

4. Limitaciones a la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción

A) Las competencias exclusivas

18. Con la finalidad de no convertir en ilusorios los foros exclusivos del art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano, se prevé que no puedan ser inaplicados mediante la utilización de acuerdos atributivos de jurisdicción. De este modo, el art. 23.5 prevé que un acuerdo de jurisdicción *stricto sensu*, o una disposición semejante contenida en el documento constitutivo de un *trust*, si bien puede ser válido en cuanto a la forma y al fondo, no surtirá efectos cuando modifiquen alguno de los foros exclusivos.

La relación entre el tribunal designado mediante un acuerdo amparado en el art. 23 y los foros exclusivos del art. 22 puede plantear diversas hipótesis, según se designen los tribunales de un Estado

H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., München, C.H. Beck, 1996, NM.241. En *obiter dicta*, SAP Barcelona 3 diciembre 1999 (AEDIPr., 2001, núm. 2001/114).

⁴⁵ GEIMER / SCHÜTZE, *EuZVR*, “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 103. Para una crítica al «elemento internacional» como condición de aplicabilidad del C. Bruselas, R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, vol. I, parte primera (Das EWG–Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil– und Handelssachen. Systematischer Kommentar), München, C.H. Beck, 1983 [cit. GEIMER/SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*], pp. 220; ID., *EuZVR*, “A1 – Art. 2 EuGVVO”, NM 101 ss.; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 4., Neub. Aufl., Heidelberg, Verl. Recht und Wirtschaft, 1993, “vor Artikel 2”, NM 6 ss.

⁴⁶ STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 20. En este asunto se discutía si un convenio atributivo de jurisdicción contenido en los estatutos de una sociedad anónima constituía un acuerdo sumisión subsumible en el art. 17 C. Bruselas.

⁴⁷ Las relaciones jurídicas entre los *trustees* (relaciones internas) y entre éstos y los beneficiarios (relaciones externas) no tienen naturaleza contractual, y, en la mayoría de los casos, los *trustees* no tienen poder para concluir convenios atributivos de jurisdicción. Véase INFORME SCHLOSSER, pp. 215 y 232.

⁴⁸ INFORME SCHLOSSER, p. 215, que pone como ejemplo de exclusión que en el litigio se debatan las relaciones internas de un *trust* constituido a través de una disposición testamentaria, ya que la materia sucesoria se halla excluida del ámbito material del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano.

miembro con carácter genérico o un concreto órgano jurisdiccional, y atendiendo a la coincidencia o no con los foros exclusivos y con los criterios contenidos en las normas internas de fijación de la competencia territorial. En primer lugar, cabe una *coincidencia en la competencia internacional*: las partes acuerdan la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, que, a su vez, coincide con la fijada por el art. 22. En este caso, al existir coincidencia, el acuerdo de jurisdicción también desplegaría efectos⁴⁹. Una segunda hipótesis vendría dada por la *coincidencia en la competencia internacional y en la territorial*: en el acuerdo se designa un concreto órgano jurisdiccional que coincide con el previsto en el art. 22 y también con el territorialmente competente de acuerdo con las normas de competencia interna del Estado. Al existir también una coincidencia del foro acordado por las partes con la competencia internacional y la territorial⁵⁰, el acuerdo de jurisdicción también desplegaría efectos. Una tercera posibilidad es que exista *coincidencia en la competencia internacional y divergencia en la competencia territorial*: la competencia internacional del tribunal designado coincide con el foro del art. 22 pero, de acuerdo con sus normas internas, no posee competencia territorial. Entonces, el convenio de jurisdicción produciría efectos en relación con la competencia internacional de los tribunales acordados, sin embargo carecería de efecto respecto de la competencia territorial, puesto que ha desconocido las normas internas que la regulan y a las que se remite el art. 22⁵¹. En este caso, sería territorialmente competente el tribunal designado por las normas internas del Estado en cuestión. Finalmente, la última hipótesis parte de una *divergencia en la competencia internacional*: el pacto de sumisión designa internacionalmente competentes los tribunales de un Estado distinto al previsto en los foros del art. 22. Al excluir los foros exclusivos, el acuerdo no es válido y no despliega efectos⁵².

B) Protección de la parte jurídicamente débil

Tanto en el Reglamento 44/2001 como en el C. Lugano se contienen ciertas limitaciones a la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción basadas en la existencia de una parte débil en la relación jurídica. En estos casos se pretende evitar que la parte más fuerte pueda prevalerse de su posición para forzar la conclusión de acuerdos de jurisdicción claramente favorable a sus intereses y perjudiciales para la contraparte.

a) Materia de seguros

19. Si los foros sobre seguros contenidos en los arts. 9 a 14 pudieran ser modificados a través de acuerdos de jurisdicción celebrados al amparo de las disposiciones generales contenidas en el art. 23, su eficacia y finalidad podrían verse anuladas, o menguadas. Desde el momento en que la mayoría de contratos de seguros se contienen en formularios en los que existe una cláusula de jurisdicción, se hace necesario dictar disposiciones que garanticen el consentimiento de ambos contratantes y la protección de sus intereses. Por esta razón, el art. 13 contiene las *condiciones de admisibilidad* de los pactos de sumisión, que constituyen una fase previa a la aplicación el art. 23⁵³. Todas aquellas cuestiones no contempladas específicamente en el art. 13 continuarán rigiéndose por las reglas generales del art. 23, como es el caso, por ejemplo, de los requisitos formales del acuerdo. Veamos seguidamente las condiciones de admisibilidad del art. 13.

⁴⁹ Así, G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972, NM 202.

⁵⁰ El art. 22 se remite implícitamente a las normas de cada Estado para fijar la competencia interna. Vid. J. CARRASCOSA, "Artículo 16", en A. L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 7; INFORME JENARD, p. 153 (con lenguaje de escasa corrección técnica).

⁵¹ DROZ considera que no sería válido todo el acuerdo de sumisión (*Compétence*, NM 202).

⁵² Véase SAP Baleares 16 diciembre 2002 (*JUR* 2003/74389). Tampoco despliega efectos si se designa un concreto tribunal que no pertenece al Estado internacionalmente competente de acuerdo con el art. 22.

⁵³ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 48. El art. 13 se refiere únicamente a los acuerdos de jurisdicción, excluyendo la sumisión tácita realizada conforme al art. 24. Ahora bien, frente a un acuerdo de jurisdicción válido conforme a los arts. 13 y 23, las partes pueden posteriormente someterse tácitamente *ex art. 24* a un tribunal o tribunales diferentes de los acordados (indirectamente, STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, ap. 21) —la sumisión tácita prevalece frente a los foros de los arts. 8 a 14 (STJUE 20 mayo 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, aps. 30 y 33).

En primer lugar, el convenio atributivo de jurisdicción *debe haberse concluido con posterioridad al nacimiento del litigio* (núm. 1) –este límite no rige para todos los supuestos de sumisión expresa contemplados en el art. 13, como es el caso de sus números 2 y 5–. A estos efectos, se considera que existe litigio cuando entre las partes se manifiesta «un desacuerdo sobre la interpretación, el desenvolvimiento, la conclusión o el cumplimiento del contrato, sin que sea necesario que se haya planteado un concreto procedimiento judicial»⁵⁴. En segundo lugar, el acuerdo de jurisdicción *puede ser concluido por la parte jurídicamente débil con el objeto de excluir los foros de los arts. 9 a 12* (núm. 2) –las partes pueden convenir la jurisdicción en el momento de celebrar el contrato, constituyendo una excepción a la exigencia de que sea con posterioridad al nacimiento del litigio–. Aunque el precepto mencione como sujetos al tomador, al asegurado y al beneficiario, la enumeración no es taxativa, siendo la *lex causae* la que determinará su ámbito subjetivo⁵⁵. En tercer lugar, si el acuerdo *se celebra entre partes contratantes con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro, pueden acordar la competencia de los tribunales de ese Estado* (núm. 3). Este acuerdo no puede ser invocado frente al asegurado beneficiario del contrato cuando este no haya aceptado expresamente la cláusula de sumisión y viva en un Estado contratante distinto de aquel en el que estén domiciliados el tomador de seguro y el asegurador⁵⁶. En relación con la exigencia de que la ley del domicilio o residencia de las partes no prohíba estos acuerdos, cabe decir que el ordenamiento español no los limita: el art. 22.2, inciso primero, LOPJ admite con carácter general la sumisión expresa a los tribunales españoles como foro en el que basar su competencia internacional; por su parte, el art. 24 de la Ley de Contrato de Seguro considera nulo cualquier pacto entre las partes por el que se modifique la *competencia territorial*, no afectando a la internacional⁵⁷. En cuarto lugar, también puede celebrarse un *acuerdo atributivo de jurisdicción con un tomador de seguros no domiciliado en un Estado contratante* (núm. 4). Ahora bien, la sumisión no será posible cuando se trate de seguros obligatorios o el contrato de seguro tenga por objeto un bien inmueble situado en un Estado miembro, siendo aplicables en estos casos los foros de los arts. 9 a 12. Finalmente, también es posible celebrar *convenios atributivos de jurisdicción en contratos de «grandes seguros»* (núm. 5). Para este tipo de seguros, enumerados en el art. 14, no rige la exigencia de la conclusión del acuerdo con posterioridad al nacimiento del litigio.

b) Contratos celebrados por consumidores

20. Otra materia en la que existe una parte jurídicamente débil a la que se debe proteger a la hora de concluir convenios atributivos de jurisdicción es la relativa a los contratos celebrados por consumidores. Estas disposiciones solamente son aplicables cuando se trate de consumidores finales privados que no participen en actividades comerciales o profesionales, lo que se determina de acuerdo con la posición de la persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de dicho contrato⁵⁸. Los foros del art. 16 únicamente pueden ser alterados mediante un acuerdo de sumisión expresa que reúna los requisitos del art. 17, que contiene las condiciones de admisibilidad de los pactos y que deben ser examinadas con carácter previo a la aplicación el art. 23⁵⁹. Las cuestiones no reguladas en el art. 17 con-

⁵⁴ Para el C.Bruselas, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, en A. L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, NM 22. A favor de una interpretación amplia, GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 496. En relación con el Reglamento 44/2001, GEIMER / SCHÜTZE, *EuZVR*, “A1 – Art. 13 EuGVVO”, NM 5.

⁵⁵ En relación con el C.Bruselas, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, NM 26. El art. 13.2 permite que el tomador del seguro concluya un acuerdo en favor del asegurado y del beneficiario del seguro (STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, ap. 18). El art. 13.2 contiene un supuesto específico de acuerdo de jurisdicción celebrado en favor de una parte (sobre esta figura véase *infra* el NM 39).

⁵⁶ STJUE 12 mayo 2005, *SFIP*, C-112/03, *Rec.* 2005, p. 3707, aps. 37 ss..

⁵⁷ Así, P. BLANCO-MORALES, “Artículo 12”, NM 32; Id., *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 228. En contra, M. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989-1, p. 141, nota núm. 85.

⁵⁸ La determinación no puede realizarse de acuerdo con la situación subjetiva de la persona, puesto que el mismo sujeto puede ser considerado consumidor respecto de ciertas operaciones y profesional respecto de otras: STJUE 21 junio 1978, *Ott*, 150/77, *Rec.* 1978, p. 1431, ap. 21; STJUE 19 enero 1993, *Shearson Lehman Hutton*, C-89/91, *Rec.* 1993, p. 139, ap. 22; STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 15, 16; SAP Barcelona 3 diciembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/114).

⁵⁹ El tenor literal del art. 17 («acuerdos atributivos de competencia») excluye la sumisión tácita. Cuestión diferente es que,

tinuarán rigiéndose por lo dispuesto con carácter general en el art. 23 (p.ej., los requisitos de forma). El paralelismo entre los arts. 13 y 17 me dispensa de repetir nuevamente las consideraciones realizadas en el número anterior, que doy por reproducidas. Únicamente, en relación con la exigencia del art. 17.3, de que el ordenamiento del tribunal elegido por las partes no prohíba el acuerdo de sumisión, y por lo que respecta al ordenamiento español, cabe mencionar que la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU) califica como abusiva la cláusula contractual en la que se contenga la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional distinto del correspondiente al del domicilio del consumidor, al del lugar de cumplimiento de la obligación o al del lugar de situación del bien inmueble, cuando el contrato verse sobre estos (art. 90.2). El carácter abusivo tiene como consecuencia que la propia Ley considere el acuerdo nulo de pleno derecho, teniéndolo por no puesto (art. 83.1)⁶⁰. A la vista de esta normativa, pueden concluirse cláusulas de sumisión en contratos celebrados por consumidores siempre que no puedan ser calificadas como abusivas: en las que se acuerde la jurisdicción de los tribunales del domicilio del consumidor, los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación o, en caso de litigios sobre inmuebles, los tribunales del lugar de situación de aquél. En relación con las condiciones del art. 17.3 Reglamento 44/2001 (consumidor y su cocontratante domiciliados o con residencia habitual en España), solamente cabrá la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles en aquellos casos en los que ambas partes tengan en el momento de la celebración del contrato su domicilio o su residencia habitual en España y, o bien el consumidor esté domiciliado en España en el momento de presentación de la demanda, o bien el contrato deba cumplirse en territorio español o bien se trate de un contrato relativo a un bien inmueble sito en España⁶¹.

c) Contratos individuales de trabajo

21. Los convenios atributivos de jurisdicción contenidos en contratos individuales de trabajo son objeto del art. 21 Reglamento 44/2001 y C.Lugano. Este precepto otorga validez a los acuerdos siempre que sean posteriores al nacimiento del litigio o, en el caso de que sean anteriores, si los foros acordados por las partes son invocados por el trabajador («permitieran al trabajador formular demandas») (requisito personal), y que este lo haga ante tribunales distintos de los contemplados en el art. 19 (requisito objetivo)⁶². Si se cumplen estas dos condiciones y existe un acuerdo de jurisdicción concluido con anterioridad al nacimiento del litigio, el trabajador–demandante podrá elegir plantear su demanda bien ante el órgano jurisdiccional designado por las partes antes del nacimiento del litigio, bien ante alguno de los previstos en el art. 19. Cuando sea el empresario quien demande al trabajador ante los tribunales de su

existiendo un acuerdo de jurisdicción válido conforme al art. 23, las partes decidan posteriormente someterse tácitamente *ex art. 24* a otro tribunal.

⁶⁰ Estas disposiciones de protección poseen carácter imperativo, aplicándose con independencia de la ley que rija el contrato, siempre que este último mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, considerándose que se cumple esta exigencia cuando el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o cuando 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, o, en los contratos relativos a inmuebles, cuando estos se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro (art. 67.1). El origen de esta protección está en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. La LGDCU va más allá de lo dispuesto por el art. 17 Reglamento 44/2001, planteándose el eterno problema del carácter *de mínimos* de la normativa comunitaria en esta materia (véase P. JIMÉNEZ BLANCO, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr.*, 2002, pp. 134-135).

⁶¹ Así, SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr). Las disposiciones de protección solamente pueden ser invocadas por quienes merezcan la consideración de consumidores: SAP Castellón 26 mayo 1997 (*AC* 1997/1343), SAP Valencia 21 septiembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/4), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581).

⁶² Estos foros se aplican sin perjuicio de la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador para decidir sobre el cumplimiento de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas por el *Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*: véase el art. 6 de la Directiva y el art. 16 de la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Sobre el tema véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Bruselas, 14.7.1999, COM(1999) 348 final [cit. COMISIÓN, *Propuesta de Reglamento Bruselas I*], comentario sección 5ª.

domicilio (del trabajador), este último no podrá invocar el acuerdo de sumisión concluido antes del nacimiento del litigio –aunque le sea más favorable–, puesto que no es la parte demandante (falta el requisito personal) y, además, es emplazada ante los tribunales de su domicilio (foro del art. 20.1, único previsto para demandar al trabajador). Nuevamente aquí, la expresión «nacimiento del litigio» debe interpretarse en un sentido amplio, no identificándose con el inicio de un proceso judicial, siendo suficiente con que exista un desacuerdo entre las partes sobre algún aspecto del contrato de trabajo: su interpretación, su desenvolvimiento, su conclusión o su cumplimiento⁶³.

5. Forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción

Las exigencias formales previstas en el art. 23 tienen por finalidad garantizar que las partes que han convenido la jurisdicción de los tribunales de un Estado contratante han otorgado expresamente su consentimiento⁶⁴. Veamos a continuación los aspectos formales exigidos por el Reglamento 44/2001 y por el C. Lugano, así como su interpretación realizada por el Tribunal comunitario.

A) Acuerdos concluidos por escrito

22. La primera exigencia, y la más frecuente, es que el convenio atributivo de jurisdicción se concluya por escrito, reafirmando el principio de seguridad jurídica y facilitando en principio la prueba de que las partes han concluido un acuerdo⁶⁵. El cumplimiento de esta forma parece que no debería presentar mayores problemas, sin embargo la práctica analizada por la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de precisar sus perfiles.

23. El primer ajuste se realizó en relación con los *acuerdos contenidos en el reverso de un contrato bajo la forma de condición general* prefijada por una de las partes. En ese caso, no se cumplen las exigencias del art. 23, puesto que no se garantiza que la contraparte haya prestado su efectivo consentimiento, de forma clara y precisa, al acuerdo de jurisdicción, salvo que en el contrato firmado por ambas partes se contenga una remisión expresa a las condiciones generales⁶⁶. Cuando en el contrato las partes se refieren a una oferta anterior («une lettre d'offre antérieure»), que, a su vez, se remite a las condiciones generales fijadas por una de las partes, entre las que se contiene un acuerdo atributivo de jurisdicción, se satisface la exigencia de forma escrita siempre que las partes realicen una remisión expresa que permite determinar si las condiciones generales contienen un acuerdo de jurisdicción y si fueron comunicadas a la otra parte mediante la oferta a la que se hace referencia. De este modo, no se cumple la exigencia formal cuando existan remisiones indirectas o implícitas a documentos anteriores, que no permiten determinar con certeza que la cláusula que contiene el acuerdo de sumisión formaba parte del objeto del contrato⁶⁷. Si el acuerdo se incluye entre las cláusulas impresas de un conocimiento de embarque firmado sólo por el transportista, su validez formal depende de que el cargador también haya manifestado por escrito su consentimiento al clausulado en el que figura el acuerdo de sumisión, pudiéndolo hacer en el propio documento o en un escrito aparte⁶⁸.

⁶³ En otras versiones oficiales de los arts. 13, 17 y 21 del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano, los términos utilizados no se identifican con la vertiente procesal: «postérieure à la naissance du différend», «after the dispute has arisen» –cuando se hace referencia a un litigio se utilizan otros vocablos: «action/litige», «claim/proceeding». La versión oficial en lengua alemana utiliza una expresión amplia: «nach der Entstehung der Streitigkeit.» El acuerdo debe referirse únicamente a las relaciones individuales de trabajo, quedando excluidos los convenios colectivos concluidos entre los empresarios y los representantes de los trabajadores (F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 53).

⁶⁴ INFORME JENARD, p. 155. Igualmente, STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 7; STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, ap. 25; STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 24. Los Estados no pueden exigir condiciones de forma diferentes de las recogidas en el Reglamento o en el Convenio: STJUE 24 junio 1981, *cit.*, ap. 26; STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, ap. 5.

⁶⁵ INFORME JENARD, p. 155.

⁶⁶ STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 10; STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 13.

⁶⁷ STJUE 14 diciembre 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, *Rec.* 1976, p. 1831, ap. 12. Igualmente AAP Tarragona 10 junio 2004 (*JUR* 2004/204232).

⁶⁸ STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 16. También, SAP Valencia 24 noviembre 2000 (*JUR*

24. Puede suceder que *el acuerdo de jurisdicción forme parte de un contrato expirado*, para cuya prórroga es preciso un acuerdo escrito no realizado, a pesar de lo cual las partes siguen utilizando dicho contrato como fundamento jurídico de sus relaciones obligacionales. Una cláusula incluida en un contrato de estas características cumple con los requisitos de forma del art. 23 siempre que la ley aplicable al contrato prevea que el contrato inicial se entiende válidamente prorrogado sin necesidad de hacerlo por escrito. Ahora bien, cuando la *lex contractus* exija la observancia de la forma escrita para su prórroga, la validez formal del acuerdo de sumisión exige que una de las partes confirme por escrito bien la cláusula de jurisdicción bien el conjunto de cláusulas tácitamente renovadas en las que se halla ínsita y, a la vez, la contraparte no oponga objeciones⁶⁹.

Ante la solución adoptada por el Tribunal comunitario cabe preguntarse si el ordenamiento jurídico español admite la prórroga tácita de las relaciones obligatorias sometidas a un término final. Como ejemplos de dicha posibilidad podemos citar los arts. 1.566 y 1.567 Cc, en relación con el contrato de arrendamiento, y el 1.702 Cc, referido a la sociedad civil. Aunque en principio la prórroga puede ser expresa, no debe descartarse la posibilidad contraria, de tal manera que «una tácita continuación en la ejecución de las prestaciones previstas puede considerarse como una prórroga tácita»⁷⁰. Es, por tanto, admisible con carácter general la prórroga tácita de las obligaciones, excepto en aquellos casos en que la forma escrita es un requisito esencial para que se produzca, o que exista una disposición específica que obligue a prorrogar expresamente una determinada relación obligacional. Este es el caso, por ejemplo, de lo previsto con carácter general para las sociedades mercantiles en el art. 223 C.de c., y de forma más específica en los arts. 261 LSA y 107 LSRL.

25. Los *estatutos de una sociedad anónima* pueden contener una cláusula atributiva de jurisdicción relativa a los litigios que surjan entre la sociedad y sus accionistas. En estos casos, el Tribunal comunitario considera que una cláusula de tales características conforma un acuerdo de jurisdicción en el sentido del art. 23, y para que cumpla con sus requisitos de forma es suficiente con que la cláusula de sumisión se contenga en los estatutos sociales y que, además, éstos se hallen depositados en un lugar al que pueda tener acceso un accionista para su examen (p.ej., el domicilio social) o se hallen inscritos en un registro público⁷¹.

26. ¿Puede considerarse inválido, desde el punto de vista de la forma, un acuerdo de jurisdicción por el hecho de *hallarse redactado en un idioma distinto al exigido por el ordenamiento jurídico del Estado en el que radica el tribunal* ante el que es invocado? En otras palabras, ¿permite el art. 23 supeditar la validez de un convenio de jurisdicción al cumplimiento de determinados requisitos idiomáticos? Para el TJUE, los Estados carecen de libertad para añadir nuevas exigencias de forma a las ya previstas en el art. 23, por lo que exigir que el acuerdo de jurisdicción se halle redactado en un determinado idioma iría contra tal prohibición. Además, contravendría los objetivos del art. 23, que es permitir a las partes elegir libremente la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro que, por esa razón, resultarían incompetentes –elección que debe ser respetada por los tribunales de los demás Estados miembros–. En definitiva, la normativa interna de un Estado contratante no puede negar validez a un acuerdo atributivo de jurisdicción por el único motivo de que se halle redactado en un idioma distinto al exigido en ella⁷².

2001/52424), STS 8 febrero 2007 (RJ 2007/558).

⁶⁹ STJUE 11 noviembre 1986, *Iveco Fiat*, 313/85, *Rec.* 1986, p. 3337, ap. 10, basada en STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18, y en STJUE 11 julio 1985, *Berghoefer*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699, ap. 15.

⁷⁰ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2008, p. 372.

⁷¹ STJUE de 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, aps. 6 ss. y 26 ss.

⁷² STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, aps. 26 ss. La validez formal de una cláusula atributiva de competencia contenida en un uso que las partes conocieren o debieren conocer en el comercio internacional solamente puede depender del cumplimiento de requisitos formales específicos que guarden relación con las exigencias del art. 23; por ello, el juez nacional debe remitirse a los usos del sector del comercio internacional de que se trata para determinar si el idioma de redacción es conforme a dichos usos (STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 36). En la jurisprudencia española, AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/113); SAP Madrid 4 enero 2001, que negó validez a una cláusula de sumisión por no aportarse en el juicio una traducción del documento en el que se contenía (AC 2001/1985).

27. En el art. 23.2 se introduce una referencia a las nuevas técnicas de comunicación, permitiéndose que la exigencia de que el acuerdo sea concluido por «escrito» o también «verbalmente con confirmación escrita» se cumpla igualmente en aquellas cláusulas de elección de foro contenidas en contratos electrónicos siempre que se proporcione un registro duradero del acuerdo⁷³. Esta exigencia debe ponerse en relación con los requisitos que la Directiva 2000/31/CE pone para las cláusulas de elección de foro incluidas en condiciones generales, en el sentido de que deben estar disponibles con el objeto de que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3). Desde la perspectiva del ordenamiento español y en consonancia con estos requisitos, el art. 23.3 de la *Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* establece que «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». Por su parte, su art. 27.4 exige que el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario las condiciones generales a las que se somete el contrato, de manera que este último pueda almacenarlas y reproducirlas.

B) Acuerdos concluidos verbalmente

28. También prevé el art. 23 la posibilidad de concluir un acuerdo de jurisdicción «verbalmente con confirmación escrita» [ap. 1º, letra a), inciso segundo]. Aunque inicialmente haya un acuerdo oral, el principio de seguridad jurídica aconseja que exista una prueba de que entre ambas partes ha existido un verdadero acuerdo, previa propuesta y consiguiente aceptación. En el ámbito de la contratación electrónica, se considera que se cumple con esta exigencia cuando la confirmación de la cláusula de elección de foro se transmite por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 23.2).

A la luz de los casos que surgidos en la práctica, la jurisprudencia del Tribunal comunitario ha matizado los requisitos de validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción concluidos verbalmente. Veamos a continuación estos criterios de interpretación.

29. En un contrato de compraventa concluido verbalmente, se cumplen las exigencias del art. 23.1 únicamente si el comprador acepta por escrito las condiciones generales de venta –entre las que figura el acuerdo de jurisdicción– que previamente le ha remitido el vendedor junto con la confirmación escrita del contrato⁷⁴. Cuando la cláusula de sumisión se haya acordado verbalmente y posteriormente se incluye entre las condiciones impresas en el reverso de un conocimiento de embarque, para el TJUE la firma del conocimiento de embarque por el transportista puede ser considerada como su confirmación escrita, incluso si el cargador no ha firmado el documento⁷⁵.

Cuando *no existen relaciones comerciales corrientes entre las partes*, y siempre que la cláusula de jurisdicción no forme parte del objeto del contrato verbal de compraventa concluido previamente, la ausencia de objeciones (el silencio) de una de las partes no puede interpretarse como una aceptación (tácita) del acuerdo de sumisión⁷⁶. Sin embargo, el silencio sí debe ser entendido como la confirmación de un acuerdo verbal previo sobre la jurisdicción de los tribunales cuando una de las partes confirma a la otra por escrito el convenio de sumisión, guardando esta última silencio a pesar de haber recibido la mencionada ratificación –sería contrario al principio de buena fe que la parte que ha guardado silencio alegara posteriormente la invalidez del acuerdo verbal⁷⁷. Ahora bien, estas precisiones cambian cuando existen *relaciones comerciales corrientes entre las partes*. En este caso, la ausencia de objeciones por una de las partes puede interpretarse como una confirmación (tácita) de la cláusula atributiva de juris-

⁷³ COMISIÓN, *Propuesta de Reglamento Bruselas I*, comentario art. 23. Sobre las exigencias para la celebración de los contratos por vía electrónica véanse los arts. 9 a 11 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁷⁴ STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, aps. 8 ss. A ello no se opone que el vendedor le haya confirmado por escrito el contrato, adjuntándole las condiciones de venta.

⁷⁵ Sentencia de 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 17. En la jurisprudencia española AAP Barcelona 7 julio 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/111).

⁷⁶ Véase STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, aps. 11 y 12.

⁷⁷ STJUE 11 julio 1985, *Berghoefer*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699, ap. 15.

dicción, siempre que las relaciones comerciales se rijan por unas condiciones generales –entre las que figura la cláusula de sumisión expresa– conocidas por ambas partes⁷⁸.

C) Acuerdos concluidos en una forma que se ajuste a los hábitos establecidos entre las partes

30. Los convenios atributivos de jurisdicción pueden celebrarse también «en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecido entre ellas» (art. 23.1, letra *b*). El origen de la cuestión está en la jurisprudencia del Tribunal comunitario, que entendió que, en ocasiones, la ausencia de objeciones por parte del comprador a la confirmación unilateral del contrato realizada por el vendedor podía ser tomada como una aceptación de la cláusula de sumisión. Esto sucede cuando el acuerdo verbal puede ser incardinado en el marco de las relaciones comerciales corrientes entre ambas partes, que se rigen por las condiciones generales establecidas por una de ellas⁷⁹.

D) Acuerdos concluidos en una forma conforme a los usos del comercio internacional

31. Como quiera que la forma escrita plantea problemas en el ámbito del comercio internacional, donde no es frecuente tal práctica, en el art. 23 se prevé que el acuerdo atributivo de jurisdicción pueda celebrarse en una forma de amplio conocimiento y regular observancia por las partes en el concreto sector del comercio internacional en el que se incardine el contrato. El Tribunal comunitario entiende que se presume que las partes han dado su consentimiento a la cláusula cuando su comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen, o debieran conocer⁸⁰. El término «usos» del comercio internacional debe interpretarse de forma autónoma, jugando un papel destacado la jurisprudencia del TJUE, la Convención de Viena y los ordenamientos jurídicos nacionales de los países comunitarios⁸¹. En este sentido, el TJUE considera que «la existencia de un uso no debe determinarse mediante referencia a la Ley de uno de los Estados contratantes»⁸².

32. Veamos las condiciones que deben concurrir para que un acuerdo de jurisdicción concluido al amparo de un «uso» pueda considerarse formalmente válido. En primer lugar, el acuerdo debe contenerse en usos aplicables al *comercio internacional*; esto es, en las operaciones comerciales entre sujetos situados en diferentes Estados. No es imprescindible que el uso tenga carácter universal, pudiendo ser regional o, incluso, regir en un solo Estado (p.ej., si este es productor mundial de un bien o en él radica el principal centro de negociación del mismo)⁸³. Además, los usos deben ser *ampliamente conocidos y regularmente observados* por las partes en contratos del mismo tipo que se celebren en un determinado sector comercial. Esta exigencia impide que una parte pueda ser válidamente emplazada ante un tribunal de un Estado miembro en virtud de cláusulas de sumisión que, con carácter general, no se introducen en el mismo tipo de contratos o cuya inclusión es poco frecuente. Corresponde al juez nacional determinar si el contrato en el que se contiene la cláusula se encuadra en el marco del comercio internacional, así

⁷⁸ STJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, ap. 11, STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18. Negar la existencia o la validez del acuerdo supondría una contravención del principio de buena fe que debe presidir las relaciones comerciales.

⁷⁹ SSTJUE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25/76, *Rec.* 1976, p. 1851, ap. 11, y 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, ap. 18. En la jurisprudencia española, SAP Jaén 6 julio 2001 (*JUR* 2001/268443), SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356); obviando la existencia de relaciones corrientes entre las partes, SAP Girona 20 julio 2005 (*JUR* 2006/210539).

⁸⁰ STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 17 ss. La redacción del art. 23 Reglamento 44/2001 y C.Lugano deriva del C.Bruselas y este del C.Lugano de 1988, el cual, a su vez, tomó como modelo el art. 9.2 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

⁸¹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 53.

⁸² STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, ap. 23. Igualmente, STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 25.

⁸³ En relación con el Convenio de Viena véase A. L. CALVO CARAVACA, “La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura Tuells*, tomo I, Madrid, La Ley, 1994, p. 392; ID., “Artículo 9”, en L. DIEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 142.

como comprobar la existencia de un uso en el concreto sector del comercio internacional en el que las partes operan. Para el TJUE, existe un uso en un sector comercial cuando sus operadores siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos⁸⁴. Para acreditar la existencia de un uso no cabe exigir una forma de publicidad específica, aunque esta puede contribuir a facilitar su prueba⁸⁵. En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de la cláusula, corresponde al juez nacional comprobar si, de acuerdo con los usos del sector del comercio internacional en cuestión y sin tener en cuenta las exigencias particulares de las disposiciones nacionales, aquella se ajusta a las formas conformes a dichos usos (idioma de redacción de la cláusula, su inclusión en un formulario preestablecido, falta de firma de las partes que no han participado en su elaboración,...)⁸⁶. Por último, compete también al juez nacional verificar el conocimiento efectivo o presunto del mencionado uso por las partes, lo que se acredita de manera especial siempre que estas hubieran entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes del mismo sector considerado, o cuando en ese sector un comportamiento determinado es suficientemente conocido para que pueda considerarse una práctica consolidada, debido a que se observa de modo general y regular siempre que se celebran cierta clase de contratos⁸⁷.

6. Efectos del acuerdo atributivo de jurisdicción válidamente concluido

Cuando un acuerdo de jurisdicción se ha concluido válidamente de acuerdo con las prescripciones del art. 23 Reglamento 44/2001 y C.Lugano, tanto por lo que respecta a la forma como a las limitaciones a la hora de transigir sobre determinadas materias (competencias exclusivas, relaciones con la existencia de una parte jurídicamente débil), despliega los efectos establecidos en el propio precepto y a los que me refiero seguidamente.

A) Creación de una competencia exclusiva

a) Principio general

33. El art. 23 determina que la competencia del tribunal acordado por las partes será exclusiva, salvo que estas acuerden lo contrario. De este modo, existe una presunción favorable a la creación de un foro exclusivo, que exige para su destrucción una clara voluntad de las partes de excluir tal posibilidad, lo que sucedería si las partes acordasen la competencia de varios tribunales⁸⁸. El art. 23 no restringe la posibilidad de acordar la jurisdicción de dos o más tribunales, de manera que las partes de un contrato domiciliadas en Estados distintos pueden acordar que, en caso de litigio, solamente puedan ser demandadas ante los tribunales del Estado de su domicilio⁸⁹. El principio de autonomía de la voluntad, fundamento de todo acuerdo de sumisión, permite igualmente que las partes puedan modificar el órgano jurisdiccional designado mediante el mecanismo de la sumisión tácita *ex art. 24*.

El órgano jurisdiccional designado por las partes tiene también competencia para conocer de aquellos procesos cuyo objeto es, entre otros, declarar la nulidad del contrato en el que se contiene dicha

⁸⁴ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 21 y 23; STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 27.

⁸⁵ P.ej., la publicidad en asociaciones o en organismos especializados de formularios impresos en los que se incluyen cláusulas atributivas de competencia. Véase STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, ap. 28. La impugnación ante los tribunales de un comportamiento que reúne los elementos para ser considerado un uso, no es suficiente para hacerle perder la condición de uso, mientras se acredite que corresponde a una práctica seguida de modo general y regular en el sector económico al que corresponde el contrato (STJUE 16 marzo 1999, ap. 29).

⁸⁶ STJUE de 16 marzo 1999, aps. 35 a 37.

⁸⁷ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 21 a 25. El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del acuerdo; el momento temporal en el que las partes «conocen o deben conocer» los usos será el de la conclusión del convenio atributivo de jurisdicción (véase S. O'MALLEY, A. LAYTON, *European Civil Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1989 [cit. O'MALLEY / LAYTON, *European*], p. 596).

⁸⁸ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, "Artikel 23", NM 92.

⁸⁹ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, aps. 5 y 6. A pesar de que el Tribunal se ciñe al caso planteado (designación recíproca por las partes del tribunal del domicilio del demandado), en su fundamentación no pone límites a la designación de foros (véase ap. 5).

cláusula. No puede perderse de vista la independencia de la cláusula de competencia, de finalidad procesal, de las estipulaciones materiales del contrato en el que se contiene la cláusula. Mientras la primera se rige por el Reglamento 44/2001 y por el C. Lugano, la validez de las segundas se determina a través de la *lex contractus* designada por las normas de DIPr. del foro. Si se negara validez al acuerdo siempre que se solicitase la nulidad del contrato en el que se contiene la cláusula de sumisión, se estaría dejando en manos de una de las partes la inaplicación de dicho precepto mediante el sencillo expediente de alegar la nulidad de todo el contrato⁹⁰.

b) Los acuerdos contenidos en un documento constitutivo de un *trust*

34. Cuando el documento por el que se constituye un *trust* contenga una cláusula por la que se declara unilateralmente la jurisdicción de un tribunal o de los tribunales de un Estado miembro, estos poseerán *competencia exclusiva* para conocer de los pleitos relativos tanto a sus relaciones internas (entre los *trustees*) como las externas (entre los *trustees* y los beneficiarios) (véase art. 23.4). En estos casos no se puede convertir en facultativo (no exclusivo) el foro designado, puesto para que ello se produzca es preciso que exista un «pacto en contrario *entre las partes*», circunstancia inexistente en un acuerdo de sumisión basado en la *manifestación unilateral* de una de las partes. En todo caso, la materia objeto del litigio relativo al *trust* debe formar parte del ámbito de aplicación del Reglamento y de los textos convencionales.

c) Apreciación por los tribunales de la competencia exclusiva

La creación de un foro exclusivo mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción plantea a los tribunales dos tipos de cuestiones. Las primeras giran en torno al examen de *la existencia* del convenio de jurisdicción, lo que deriva en el problema procesal de cómo hacer valer ante los tribunales de los Estados miembros el acuerdo de jurisdicción y si pueden los tribunales examinar de oficio su jurisdicción. El segundo grupo de cuestiones se centra en el examen de *la validez* del acuerdo, lo que puede dar lugar a conflictos negativos de jurisdicción.

a') Examen de la existencia del acuerdo. Control de oficio de las normas sobre jurisdicción

35. Manifestación concreta de la aplicación de oficio de las normas sobre jurisdicción contenidas en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano son los arts. 25 y 26.¹⁹¹ El primero referido a las competencias exclusivas del art. 22 y el segundo a la incomparecencia de una persona domiciliada en un Estado miembro que es emplazada ante los tribunales de otro Estado, que carecen de jurisdicción en virtud del resto de foros del Reglamento o del Convenio. Existiendo un acuerdo atributivo de jurisdicción en favor de los tribunales de un Estado miembro (p.ej., el Reino Unido) y presentada una demanda ante los tribunales de otro Estado (p.ej., España), la parte demandada posee varias vías de actuación. La primera, comparecer y no impugnar la competencia de los tribunales españoles, quedando así sometida tácitamente a estos (art. 24). La segunda, comparecer e impugnar la jurisdicción de los tribunales españoles, no produciéndose sumisión tácita (véase art. 24). En tercer lugar, podría no comparecer⁹². En este

⁹⁰ Véase STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 21 ss.; corresponde al juez nacional determinar si la cláusula atributiva de competencia le permite conocer del litigio relativo a la validez del contrato (ap. 31). En la jurisprudencia española, SAP Barcelona 11 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/127), AAP Cádiz 22 diciembre 2003 (*JUR* 2004/110057).

⁹¹ Para el ordenamiento español, la regulación sustantiva se contiene en textos comunitarios o convencionales ratificados por nuestro país y que, por tanto, han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y deben ser aplicadas de oficio (arts. 96.1 CE y 1.5 Cc), rigiendo para ellas el principio *iura novit curia*. Al ser la jurisdicción (la competencia internacional) el principal presupuesto del proceso, todo lo actuado sin ella deviene nulo (art. 238.1 LOPJ, art. 225.1º LEC), por esta razón deberá ser controlada por el tribunal, de oficio o a instancia de parte, a lo largo del proceso.

⁹² Para el Derecho español, el demandado puede adoptar dos posturas: bien *no comparecer en el proceso*, dando lugar a que se le declare en rebeldía (arts. 496.1 LEC), bien *comparecer en el proceso y contestar o no a la demanda*, aunque lo normal es que sí lo haga. El demandado puede comparecer, sin que sea declarado rebelde, en el *juicio ordinario* dentro del plazo de 20 días fijado para contestar la demanda (arts. 404, 414.3 y 496.1 LEC) y en el *juicio verbal* hasta el acto de la vista (art. 443 LEC). La comparecencia del demandado sin contestar la demanda no produce su sumisión tácita –es necesario que *además* de personarse realice cualquier gestión procesal distinta a la de proponer la declinatoria–, salvo que lo haga una vez haya precluido la facultad

último caso, y solamente si está domiciliada en otro Estado miembro que no sea España, los tribunales españoles deben examinar de oficio su jurisdicción *ex art. 26*, declarándose de oficio incompetentes al no estar su competencia «fundamentada en las disposiciones del presente Reglamento» («en las disposiciones del presente Convenio»)⁹³. La ventaja que otorga el art. 26 es que el demandado queda liberado de la obligación de comparecer ante el tribunal que ha sido emplazado con la finalidad de denunciar su falta de jurisdicción⁹⁴. Ahora bien, en la práctica se plantea el problema de la dificultad del tribunal para conocer la existencia del acuerdo atributivo de jurisdicción: la parte demandante es difícil que lo ponga en su conocimiento y la parte demandada no puede hacerlo debido a su incomparecencia. Por otro lado, esta inactividad de la parte demandada también le perjudica si lo que en realidad quiere es obviar la jurisdicción del tribunal acordado con la contraparte –si lo que realmente desean ambas partes es cambiar de órgano jurisdiccional, lo que deben hacer es someterse tácitamente.

Como acabamos de ver, el art. 26 exige que el demandado haya sido emplazado ante los tribunales de un Estado miembro distinto al de su domicilio y que la parte demandada esté domiciliada en un Estado miembro. Al fallar cualquiera de estas dos condiciones –demandado emplazado ante los tribunales de su domicilio, o parte domiciliada en un Estado no miembro y demandada ante los tribunales de un Estado miembro distinto del acordado– no se aplicará el art. 26, en cuyo caso el examen de oficio de la jurisdicción se basará en el ordenamiento procesal del Estado en el que radique el tribunal ante el que se ha emplazado al demandado.

36. Admitida la necesidad de realizar el control de oficio, debemos ver ahora cómo hacerlo. Siempre que el control se realice al amparo del art. 26 y al no hallarse específicamente regulado en el Reglamento 44/2001 y en el C.Lugano el cauce a través del que realizar el control de oficio de la jurisdicción y ser esta una cuestión estrictamente procesal, el *modus operandi* deberá adecuarse al ordenamiento jurídico del Estado contratante donde radique el tribunal ante el que se ha emplazado al demandado. En relación con España, el art. 38 LEC establece el control de oficio de la competencia judicial internacional cuando el órgano jurisdiccional aprecie la existencia de alguna de las situaciones contempladas en el art. 36 LEC. Cuando el tribunal aprecie de oficio la concurrencia de alguna de esas circunstancias, dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, tras lo cual, y si considera que efectivamente no existe competencia internacional, emitirá un auto declarando su abstención (art. 38 e.r. con art. 206.1, regla 2ª, LEC)⁹⁵. El órgano jurisdiccional podrá solicitar a las partes que le acrediten o prueben determinados extremos para formar su opinión acerca de su propia jurisdicción⁹⁶. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, y en relación con la tramitación de la declinatoria internacional, el art. 65.1 LEC establece que habrán de aportarse los documentos o principios de prueba en que ésta se funde. Aplicando esta exigencia al examen *ex officio* de la competencia internacional, bastaría con un principio de prueba de los hechos que fundamentan la jurisdicción de los tribunales españoles según los foros contenidos en los textos comunitarios y convencionales (p.ej., el domicilio del demandado en otro Estado miembro, la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción entre las partes procesales declarando competentes los tribunales de otro Estado miembro, etc.).

Cuando no sea aplicable el art. 26 –la parte demandada se halla domiciliada en España y es emplazada ante los tribunales españoles, o se halla domiciliada en un Estado no miembro–, también se llevará a cabo el control de oficio de la competencia internacional por parte del órgano jurisdiccional siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 36 LEC. El control de oficio se basaría entonces en las normas procesales españolas: art. 38 LEC.

de proponer la declinatoria (art. 56.2 LEC).

⁹³ A favor del control, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Madrid, Civitas, 2009, NM 60; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 26”, NM 1.

⁹⁴ GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 327; ID., *EuZVR*, “A1 – Art. 26 EuGVVO”, NM 13, con matices; G. MÜLLER, “Artikel 20”, en A. BÜLOW, K.-H. BÖCKSTIEGEL, R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Der internationale Rechtsverker in Zivil- und Handelsachen*, München, C.H. Beck, desde 1985 con puestas al día periódicas, apartado I.

⁹⁵ Sobre el control de oficio véase E. CASTELLANOS, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)”, *InDret*, 3/2006, pp. 16 ss.; F. GARAU, *Lecciones DPCI*, pp. 30 y 31.

⁹⁶ INFORME SCHLOSSER, p. 193.

37. Puede suceder que, existiendo un acuerdo de jurisdicción previo, las partes interpongan sus respectivas demandas ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados comunitarios y que la segunda demanda sea la presentada ante el foro acordado por las partes. En este caso, nos hallaríamos ante un supuesto de litispendencia regulado en el art. 27 Reglamento 44/2001 y C.Lugano, por lo que «el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera». El segundo órgano jurisdiccional –el acordado por las partes–, competente de acuerdo con la cláusula de sumisión, debe limitarse a aplicar en sus propios términos el art. 27; esto es, suspender el procedimiento hasta tanto el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda no se declare incompetente⁹⁷. Las normas de competencia son comunes a ambos tribunales, por lo que solamente al órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la primera demanda corresponde examinar la existencia y validez del acuerdo atributivo de competencia y, por tanto, determinar su competencia o incompetencia para conocer del litigio que se le ha planteado⁹⁸.

b') Examen de la validez del acuerdo. Los conflictos negativos de jurisdicción

38. Cuando existe un acuerdo atributivo de jurisdicción, los tribunales nacionales no se limitan solamente a examinar de oficio su existencia, con la finalidad de establecer su propia competencia internacional, sino que también deben examinar su validez. Es precisamente en este punto donde pueden surgir los conflictos negativos de jurisdicción. El tribunal designado por las partes (*forum prorogatum*) puede declararse incompetente para emitir una sentencia sobre el fondo, porque no considera válido el acuerdo de jurisdicción, mientras que posteriormente otro tribunal excluido por la voluntad de las partes (*forum derogatum*) se considera también incompetente por entender que el acuerdo de sumisión sí es válido. Ningún órgano jurisdiccional emitirá una sentencia sobre el fondo del asunto, por considerar que carecen de competencia judicial internacional⁹⁹.

Si el tribunal designado considera inválido el acuerdo de sumisión y las partes presentan su demanda ante los tribunales de otro Estado miembro, ¿pueden declararse estos últimos incompetente por entender que el acuerdo sí es válido? Esta posibilidad parece quedar excluida por el Reglamento 44/2001 y por el C.Lugano, puesto que contienen normas sobre competencia judicial directa y permiten el reconocimiento de las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de una acción¹⁰⁰. Una segunda hipótesis sería aquella en la que la demanda inicial se plantea ante tribunales distintos de los acordados por las partes. Centrando la cuestión en el examen de la validez del acuerdo de jurisdicción, los tribunales elegidos por las partes no pueden actuar hasta tanto los primeros no se pronuncien sobre la validez del acuerdo, en definitiva, sobre su jurisdicción. Si finalmente los tribunales ante los que se interpuso la primera demanda consideran válido el acuerdo de jurisdicción y se declaran incompetentes, entonces los tribunales del *forum prorogatum* quedan vinculados por este pronunciamiento acerca de la competencia internacional, pudiendo entrar en el fondo del asunto. Pero si los tribunales del *forum derogatum* declaran *inválido el acuerdo de sumisión*, pueden adoptar una resolución sobre el fondo, debiendo los tribunales elegidos por las partes inhibirse en favor de aquellos (art. 27.2), y la resolución sobre el fondo adoptada por los tribunales ante los que se planteó la demanda debe reconocerse en el resto de Estados al amparo de los arts. 32 y siguientes¹⁰¹.

⁹⁷ STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, aps. 41 ss. La conclusión del Tribunal no se vería alterada siquiera por la existencia de una finalidad dilatoria en la actuación de la parte que interpone la demanda ante un tribunal que sabe incompetente (véase ap. 53).

⁹⁸ Véase STJUE 27 junio 1991, *Oversea Union*, C-351/89, *Rec.* 1991, p. 3317, ap. 23, y STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, ap. 48.

⁹⁹ Véase R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales con arreglo al Convenio de Bruselas”, en TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 53.

¹⁰⁰ Véase INFORME SCHLOSSER, p. 235; F. GARAU, *Los efectos de las resoluciones extranjeras. Sistemas general y convencional*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 41; R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales”, p. 53. Cuestión distinta es si la resolución del *forum prorogatum* sobre su jurisdicción produce el efecto de cosa juzgada o se trata de una vinculación *sui generis*

¹⁰¹ Sobre las distintas hipótesis, R. GEIMER, “El derecho de acceso a los Tribunales”, pp. 53 y 54.

B) Acuerdos atributivos de jurisdicción celebrados en favor de una sola parte

39. Cuando en el art. 23.1, segunda frase, se reconoce a las partes la posibilidad de convenir la no exclusividad del foro previamente acordado, se les está otorgando la facultad de celebrar acuerdos en favor de una sola parte, de manera que la parte designada pueda así acudir a los tribunales designados o a otros previstos en los foros del Reglamento¹⁰². La cuestión radica en determinar cuándo un acuerdo de jurisdicción ha sido concluido en favor de una sola de las partes. Es difícil establecer criterios, por lo que su existencia deberá deducirse en cada caso de la voluntad de las partes en el momento de la celebración del contrato. De este modo, el Tribunal comunitario ha afirmado que «es necesario que la voluntad común de otorgar una ventaja a una de las partes resulte claramente de los términos de la cláusula, del conjunto de indicios hallados en el contrato o de las circunstancias que rodearon la celebración del mismo»¹⁰³. Un supuesto específico de acuerdo de jurisdicción celebrado en favor de una parte es el previsto en el art. 13, núm. 2, en materia de contrato de seguros, según el cual la parte jurídicamente débil en un contrato de seguro puede concluir –incluso antes del nacimiento del litigio– un acuerdo atributivo de jurisdicción que excluya los foros de los arts. 8 a 12. En virtud de esta regla, la parte en favor de la que se ha celebrado el acuerdo –parte jurídicamente débil– conserva siempre el derecho de acudir a cualquier otro tribunal con jurisdicción para conocer del asunto en virtud de los arts. 8 a 12¹⁰⁴.

C) Efectos frente a terceros

40. En principio, los efectos de los acuerdos atributivos de jurisdicción válidamente celebrados tienen un ámbito personal *inter partes*: crea entre las partes que lo han suscrito una competencia exclusiva de los tribunales designados. Ahora bien, ante determinadas relaciones jurídicas, los terceros pueden verse afectados por el convenio de sumisión. Este es el caso contemplado en el art. 23.4, en relación con el documento constitutivo de un trust, o la jurisprudencia del TJUE referida al contrato de transporte marítimo de mercancías y al contrato de seguro. En el primer caso, el art. 23.4 prevé la vinculación de los terceros frente a la designación (unilateral) de la jurisdicción contenida en el documento constitutivo de un *trust*, de manera que los terceros quedan vinculados por la prorrogación o la derogación de jurisdicción introducida por el creador del *trust* en el documento constitutivo, no siendo un obstáculo su ajenidad en la conclusión del acuerdo de sumisión.

41. Por lo que se refiere al transporte marítimo de mercancías, cabe determinar si un tercero tenedor del conocimiento de embarque queda vinculado por el acuerdo de jurisdicción válidamente concluido entre las partes del contrato de transporte, esto es, entre transportista y cargador. Para el Tribunal comunitario, el tercero tenedor queda vinculado por la cláusula atributiva de jurisdicción siempre que concurren dos condiciones. Primera, que en las relaciones entre las partes contratantes (entre cargador y transportista) la cláusula sea considerada válida de acuerdo con los requisitos del art. 23. Y, la segunda, que el tercero, al serle entregado el conocimiento de embarque, sea considerado por el «Derecho nacional aplicable» como persona que subroga al cargador en todos sus derechos y obligaciones¹⁰⁵. Ahora bien, si de acuerdo con el Derecho nacional aplicable el tercero no sucede a una de las partes originarias del contrato en sus derechos y obligaciones, debe verificarse que el tercero ha otorgado su consentimiento a la cláusula de acuerdo con las exigencias del art. 23.1, verificación que corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio¹⁰⁶.

¹⁰² J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 93.

¹⁰³ STJUE 24 junio 1986, *Anterist*, 22/85, *Rec.* 1986, p. 1951, ap. 14. Así sucede cuando en la cláusula se indica expresamente la parte en favor de la cual se ha concluido o, también, cuando en ella se mencionan los tribunales ante los que cada parte puede demandar a la otra, otorgándole a una la facultad de elegir entre un número mayor de tribunales (véase ap. 15). Ahora bien, la designación por las partes de la jurisdicción de un tribunal del Estado contratante del domicilio de una de ellas no puede interpretarse como celebrado en favor de una sola parte, puesto que los motivos que subyacen en esta elección pueden ser muy variados, siendo imposible deducir de forma clara la voluntad de favorecer solamente a una de las partes (véase ap. 16).

¹⁰⁴ Véase *supra* NM 19.

¹⁰⁵ STJUE 19 junio 1984, *Tilly Russ*, 71/83, *Rec.* 1984, p. 2412, aps. 24 ss. Igualmente en la jurisprudencia española, SAP Pontevedra 30 julio 2002 (AC 2002/1542), STS 29 septiembre 2005 (RJ 2005/7156).

¹⁰⁶ STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, aps. 22 ss. El acuerdo no puede ser invocado por un litisconsorte ajeno al vínculo contractual entre las partes del acuerdo: SAP Barcelona 10 diciembre 1999 (AEDIPr.,

¿Qué significa «Derecho nacional aplicable» («en vertu du droit national applicable»)? Al poder considerarse una mera cuestión probatoria reconducible al ámbito procesal, ¿se estaría haciendo referencia al ordenamiento del foro? O, por contra, ¿debe entenderse hecha al ordenamiento aplicable al contrato de transporte? A mi entender, la determinación de quién se subroga al cargador de la mercancía en todos sus derechos y obligaciones es una cuestión íntimamente relacionada con el propio contrato, por lo que debe realizarse de conformidad con la *lex causae* aplicable al contrato¹⁰⁷. Cuando la *lex contractus* sea el ordenamiento español, se puede afirmar que el tenedor del conocimiento de embarque queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del cargador por el simple hecho de serle transferido dicho documento. Ello se deriva de lo dispuesto en el art. 708 del Código de comercio, que no queda contradicho por la Ley de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, de 22 de diciembre de 1949¹⁰⁸.

Desde el momento que se prevé la posibilidad de concluir acuerdos de jurisdicción formalmente válidos conforme a los usos del comercio internacional (art. 23.1. letra c), la exigencia del tribunal comunitario de la subrogación del tercero sería superflua. El tercero tenedor del conocimiento de embarque puede considerarse vinculado por un acuerdo de jurisdicción incluido en una cláusula contenida en dicho documento desde el momento en que sea un uso que conozca o deba conocer y que, además, sea ampliamente conocido y observado por las partes en este tipo de contratos¹⁰⁹.

42. También en el contrato de seguro se plantea si la partes no contratantes pueden invocar la cláusula de sumisión concluida en su favor e introducida en el contrato por acuerdo entre el asegurador y el tomador del seguro. Para el Tribunal comunitario es posible que un tercero (asegurado y beneficiario¹¹⁰) pueda invocar un acuerdo atributivo de jurisdicción incluido en un contrato de seguro siempre que se cumplan dos requisitos: que las partes contratantes (asegurador y tomador del seguro) hayan respetado los requisitos de forma establecidos en el art. 23.1, y que el asegurador haya expresado de forma clara y precisa su consentimiento a dicho acuerdo¹¹¹.

D) Los acuerdos de jurisdicción y otros foros

En ocasiones, la jurisdicción de los tribunales de un Estado contratante basada en un acuerdo atributivo de jurisdicción puede concurrir con la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro fundada en otros foros del propio Reglamento 44/2001 o del C.Lugano. Ante ello cabe bien el desplazamiento de la competencia obtenida *ex art. 23* bien la prevalencia del acuerdo de jurisdicción sobre los otros foros.

a) Sumisión tácita de las partes

43. Si las partes han convenido la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro, ¿pueden con posterioridad a dicho acuerdo comparecer ante un tribunal distinto y someterse tácitamente a éste? La jurisprudencia del Tribunal comunitario tiene establecido que la voluntad de las partes sometándose

2001, núm. 2001/115).

¹⁰⁷ A favor de resolver la subrogación a través del derecho conflictual del foro, GEIMER / SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 928; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 66. Para el TJUE la determinación de cuál es el «Derecho nacional aplicable» a los derechos y obligaciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque compete al órgano jurisdiccional nacional, para lo cual aplicará «las normas de su Derecho internacional privado» (STJUE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. 9337, ap. 30).

¹⁰⁸ Véase SAP Valencia 18 octubre 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/117), SAP Pontevedra 14 enero 2002 (*AC* 2002/443), SAP Valencia 16 febrero 2004 (*JUR* 2004/163931), STS de 29 septiembre 2005 (*RJ* 2005/7156), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (*AC* 2006/435), AAP Granada 23 febrero 2007 (*JUR* 2007/174520). En contra, SAP Vizcaya 28 noviembre 2003 (*JUR* 2004/36787).

¹⁰⁹ Así, J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 62 y 67.

¹¹⁰ No serán partes contractuales siempre que no concurren en la misma persona la condición de tomador y asegurado, tomador y beneficiario, así como la de tomador, asegurado y beneficiario.

¹¹¹ STJUE 14 julio 1983, *Gerling*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 2503, aps. 14 a 19. Cuestión diferente es que la compañía aseguradora, satisfecha la indemnización, se subroga en la posición del asegurado para repetir el pago contra el autor del daño: SAP Barcelona 19 mayo 2000 (*JUR* 2000/223375).

tácitamente a un tribunal de un Estado contratante al amparo del art. 24 –el demandante presentando la demanda y, lo que es propiamente el objeto del art. 24, el demandado compareciendo sin impugnar su jurisdicción– prevalece sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción concluidos al amparo del art. 23. En definitiva, el art. 24 es aplicable aun cuando las partes hayan designado un tribunal competente al amparo del art. 23, pues ambas figuras de la sumisión son expresión de la voluntad de las partes¹¹².

b) Designación por las partes en una obligación contractual del lugar de cumplimiento de la obligación

44. Cuando las partes acuerdan el lugar de cumplimiento de una obligación contractual –según el art. 5.1, las partes pueden convenir el lugar de cumplimiento, aplicándose únicamente las presunciones de la letra *b*) en defecto de pacto–, los tribunales de ese lugar poseen jurisdicción para conocer del asunto conforme al foro del art. 5.1, sin que tal acuerdo pueda ser considerado un convenio atributivo de jurisdicción incardinado en el art. 23. Este acuerdo *inter partes* debe ser válido conforme a la ley aplicable al contrato, no quedando sometido a las formalidades del art. 23 –la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento se basa en el foro del art. 5.1 y no en el del art. 23–¹¹³. Sin embargo, queda sometido al art. 23 un acuerdo verbal entre las partes relativo al lugar de cumplimiento y cuya finalidad no es fijar el lugar en el que el deudor debe cumplir efectivamente su obligación sino solamente establecer un determinado foro¹¹⁴.

Cuando en el mismo contrato concurren una cláusula mediante la que se determine el lugar de cumplimiento de la obligación y un acuerdo atributivo de jurisdicción, serán competentes los tribunales designados en el acuerdo de sumisión *ex art. 23*, siempre que las partes no hayan pactado el carácter no exclusivo del tribunal designado. Si lo han pactado, el foro acordado pierde su carácter exclusivo, pudiendo interpretarse la designación de varios órganos jurisdiccionales como un indicio de que las partes han querido descartar el carácter exclusivo del foro designado en el acuerdo de sumisión¹¹⁵.

c) Compensación

45. Una cláusula atributiva de jurisdicción en la que se designen uno o más tribunales para conocer de un litigio permite a los órganos jurisdiccionales designados conocer de una compensación conexas con el asunto principal¹¹⁶. En ausencia de conexidad y si una de las partes del acuerdo de jurisdicción acepta debatir sobre la compensación ante un tribunal distinto del acordado, se entiende que se somete tácitamente al tribunal que entiende de la demanda de compensación, renunciando de este modo a la jurisdicción del tribunal previamente acordado, no pudiendo luego invocar el acuerdo de jurisdicción frente al objeto del pleito principal¹¹⁷. En la compensación conexas, la competencia internacional se fundamenta en el acuerdo *ex art. 23*, que extiende sus efectos tanto a la demanda inicial como a la de compensación, y no en el foro de vinculación procesal del art. 6.3. Este último será aplicable cuando la compensación

¹¹² STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, aps. 8 ss. Igualmente, STJUE 7 marzo 1985, *Spitzley*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 787, aps. 24 ss; STJUE 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 14693, ap. 49. El foro de la sumisión tácita del art. 24 no es aplicable cuando el demandado impugna la jurisdicción y además contesta la demanda, siempre que la impugnación de la jurisdicción, cuando no sea previa a toda defensa sobre el fondo del asunto, no se realice después del momento en que el ordenamiento procesal del foro considere tal actuación como la primera defensa sobre el fondo dirigida al juez al que se ha sometido (véanse aps. 16 y 17). El art. 24 permite al demandado contestar no solamente la competencia sino también presentar simultáneamente, y de forma subsidiaria, una defensa en cuanto al fondo (STJUE 22 octubre 1981, *Rohr*, 27/81, *Rec.* 1981, p. 2431, ap. 8).

¹¹³ STJUE 17 enero 1980, *Zelger*, 56/79, *Rec.* 1980, p. 89, ap. 4.

¹¹⁴ STJUE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. 911, aps. 27 ss. El art. 5.1 no permite a las partes fijar, con el único objeto de determinar un foro competente, un lugar de cumplimiento que carezca de vínculo efectivo con la realidad del contrato y en el que no pueden cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos recogidos en éste.

¹¹⁵ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 86.

¹¹⁶ STJUE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, *Rec.* 1978, p. 2133, ap. 8. El inciso «con ocasión de una determinada relación jurídica», contenido en el art. 23.1, limita el objeto del acuerdo atributivo de jurisdicción a la relación jurídica respecto de la cual se ha pactado el acuerdo y también a todas las cuestiones litigiosas que de ella traen causa, aun cuando las partes no se hayan referido expresamente a ellas en el acuerdo; vid. STJUE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, ap. 31.

¹¹⁷ STJUE 7 marzo 1985, *Spitzley*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 787, aps. 19 y 27.

pueda plantearse procesalmente como un supuesto de reconvencción, tal como ocurre en Derecho español en el art. 408 LEC¹¹⁸.

d) Foros de vinculación procesal

46. Otros supuestos de posible colisión con los acuerdos de jurisdicción surgen en relación con foros de vinculación procesal: demandas reconvenccionales (art. 6.3), litisconsorcio (art. 6.1) y acumulación de acciones en materia contractual y en materia de derechos reales inmobiliarios (art. 6.4). Mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción puede modificarse el foro del art. 6.3, por el que se atribuye competencia internacional para conocer de la demanda reconvenccional a los tribunales que conozcan de la demanda inicial; de esta manera, pasarán a conocer de la reconvencción los tribunales designados por las partes. Cuando el tribunal designado tiene competencia exclusiva, la reconvencción debe plantearse ante el órgano jurisdiccional acordado por las partes; en el caso de no ser exclusiva, puede también hacerse uso del foro del art. 6.3. Por otro lado, es posible concluir un acuerdo de jurisdicción con el objeto de fijar la competencia para una posible acción reconvenccional en materia de seguros y de contrato de consumidores (arts. 12.2 y 16.3), en cuyo caso el acuerdo debe cumplir con las condiciones fijadas en los arts. 13 y 17, respectivamente.

47. El foro del art. 6.1, referido al litisconsorcio pasivo y que permite presentar a demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los litisconsortes, puede modificarse mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción en el que el tribunal designado por las partes posea carácter exclusivo¹¹⁹. Ahora bien, cabe precisar que el acuerdo concluido entre un litisconsorte y la parte demandante no despliega efectos para el resto de litisconsortes.

48. Cuando nos hallemos ante un proceso en el que puedan acumularse una acción en materia contractual con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigidas contra el mismo demandado (art. 6.4), la competencia de los tribunales del Estado de situación del bien inmueble no puede verse alterada mediante acuerdos de jurisdicción. Una de las dos acciones acumuladas –la acción real– se refiere a la competencia exclusiva del art. 22.1, por lo que el foro no puede verse alterado mediante acuerdos atributivos de competencia (art. 23.5)¹²⁰.

III. Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el DPCI español de origen interno

1. Ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa de la LOPJ

49. El Reglamento 44/2001 y el C. Lugano inaplican la normativa de fuente estatal que coincida con su ámbito de aplicación. De este modo, las normas procesales de los Estados miembros –o de los Estados vinculados por el Convenio– sobre acuerdos atributivos de jurisdicción no se aplican a las materias incluidas en el ámbito de ambos textos. En este último caso, los pactos de sumisión se rigen por lo dispuesto en ambas normas, sin que puedan exigirse formalidades distintas a las previstas en el art. 23¹²¹.

En el ordenamiento español, el art. 22.2, inciso primero, LOPJ regula, de manera parca e insuficiente, los acuerdos de jurisdicción. Debido al carácter supletorio de la LOPJ frente a la normativa de origen no inter-

¹¹⁸ El art. 6.3 se refiere únicamente «a las pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de obtener una condena distinta de la desestimación de la demanda. Dicha disposición no atañe a la situación en la que un demandado invoca, como simple medio de defensa, un crédito del que supuestamente es titular frente al demandante» (STJUE 13 julio 1995, *Danvaern*, C-341/93, *Rec.* 1995, p. 2053, ap. 18).

¹¹⁹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 6”, NM 17. En la jurisprudencia española, SAP Barcelona 20 diciembre 1999 (AC 1999/8149), SAP Vizcaya 16 abril 2002 (*JUR* 2002/176788), AAP Madrid 22 marzo 2004 (*JUR* 2004/260346), AAP Granada 23 febrero 2007 (*JUR* 2007/174520).

¹²⁰ Véase SAP Málaga 31 diciembre 1994 (*REDI*, 1996-1, núm. 1996-2-Pr).

¹²¹ J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, “Artikel 23”, NM 16; *Id.*, “Einleitung”, NM 11; “vor Artikel 2”, NM 16 ss. Igualmente, STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, ap. 5, y STJUE 24 junio 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671, ap. 26.

no, la aplicación de aquella se determinará por exclusión de la segunda. Así, es suficiente con la no concurrencia de uno de los elementos que determinan la aplicación del art. 23 Reglamento 44/2001 y C. Lugano para que el acuerdo se rija por el art. 22.2 LOPJ. Ello sucederá siempre que el litigio tenga por objeto una materia excluida de su ámbito material, o que las partes del acuerdo se hallen domiciliadas en Estados no miembros, o que la acción se ejercite fuera del ámbito temporal de aplicación de estas normas¹²². Veámoslo brevemente.

50. Para la aplicación de la LOPJ es preciso que el litigio tenga por objeto bien alguna de las materias excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y del C. Lugano, bien que la materia no pueda ser considerada civil o mercantil¹²³.

En segundo lugar, siempre que el domicilio de las partes se halle radicado en Estados no miembros –o no vinculados por el C. Lugano–, y se designen los tribunales españoles, su jurisdicción se fundará en principio en el art. 22.2 LOPJ¹²⁴. El Reglamento 44/2001 y el C. Lugano precisan que al menos una de las partes del acuerdo de sumisión esté domiciliada en un Estado miembro –o un Estado vinculado por el Convenio– (art. 23.1); cuando el domicilio de todas ellas se halle en Estados no miembros –o no vinculados–, estas normas se ocupan solamente de regular el efecto que el acuerdo tiene sobre la derogación de la jurisdicción de los otros Estados miembros, o vinculados por el Convenio (art. 23.3).

Finalmente, y en relación con el ámbito temporal, también se aplicará la LOPJ a todas aquellas acciones en materia civil o mercantil ejercitadas –esto es, que se haya presentado la demanda– con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 (1.3.2002) o de la entrada en vigor para España del C. Lugano (1.1.2010), y que dichas acciones se basen en un acuerdo atributivo de jurisdicción. En nada se altera lo anterior si el acuerdo se ha concluido con anterioridad a dicho momento¹²⁵.

2. Admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción

La primera cuestión a la que se enfrenta un tribunal ante el que se hace valer un acuerdo atributivo de jurisdicción –ya sea invocando su competencia ya sea impugnándola– es determinar si las partes podían concluirlo; esto es, si el acuerdo es o no admisible. Hablar de la admisibilidad del acuerdo es determinar los límites que cada ordenamiento jurídico establece a la posibilidad de someterse expresamente a sus tribunales o, por contra, de derogar su jurisdicción.

A) Ley aplicable a la admisibilidad

51. Como ya he indicado, los acuerdos atributivos de jurisdicción poseen naturaleza procesal, aunque en ellos concurren elementos civiles; ello tiene como consecuencia que sus diferentes aspectos queden sometidos a ordenamientos distintos. Por lo que respecta a la admisibilidad de concertar acuerdos de jurisdicción, al ser esta una cuestión estrictamente procesal –posibilidad de convenir o de derogar la jurisdicción de los tribunales de un Estado– se regirá por el ordenamiento del tribunal ante el

¹²² Véase *supra* NM 9 y ss.

¹²³ El art. 23 Reglamento 44/2001 se aplica también a materias no expresamente incluidas en su ámbito de aplicación, como es el caso de las acciones derivadas de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial: acuerdos atributivos de jurisdicción relativos a marcas comunitarias (art. 94 Reglamento 207/2009 sobre la marca comunitaria) y a dibujos y modelos comunitarios (art. 79 Reglamento 6/2002 sobre dibujos y modelos comunitarios) –igualmente los relativos a patentes comunitarias (art. 47 de la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria)–. El C. Lugano es aplicable a los acuerdos relativos a acciones derivadas de la normativa comunitaria en materia de obtenciones vegetales (art. 102.2 Reglamento 2100/94 sobre protección comunitaria de obtenciones vegetales).

¹²⁴ Esta regla general tiene sus excepciones en el ámbito de la normativa comunitaria sobre propiedad industrial. Así, cuando se concluyan acuerdos en materia de violación y validez de las marcas comunitarias (arts. 95 a 105 Reglamento 207/2009), de infracción y validez de dibujos y modelos comunitarios (arts. 80 a 92 Reglamento 6/2002) o de protección de las obtenciones vegetales (arts. 101 y 102 Reglamento 2100/94) es suficiente con que al menos una de las partes posea un establecimiento en un Estado miembro de la UE [art. 94.2, letra c), Reglamento 207/2009, art. 79.3, letra c), Reglamento 6/2002, art. 101.2 Reglamento 2100/94]. En todos estos casos también es posible que las partes sin domicilio ni establecimiento en un Estado miembro puedan acordar la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro [art. 97.4 Reglamento 207/2009, art. 82.3 Reglamento 6/2002, art. 101.2, letra c), e.r. con art. 102.2 Reglamento 2100/94].

¹²⁵ STJUE 13 noviembre 1979, *Sanicentral*, 25/79, *Rec.* 1979, p. 3423, aps. 6 y 7. Las cuestiones de competencia deben deducirse según los documentos y principios de prueba por escrito proporcionados por las partes en el momento de enjuiciar la cuestión: SAP Vizcaya 16 abril 2002 (*JUR* 2002/176788).

que se hace valer el acuerdo, esto es, la *lex fori*¹²⁶. Cuestión distinta de la admisibilidad son los efectos procesales que despliega un acuerdo de jurisdicción permitido por la *lex fori*. Este es un problema sobre el que volveré más adelante¹²⁷.

Cuando la demanda se presente ante los tribunales españoles, será el ordenamiento jurídico español el que determinará la posibilidad de concluir acuerdos de jurisdicción a favor de nuestros tribunales (*prorogatio fori*), así como a favor de tribunales extranjeros –derogando la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles– (*derogatio fori*). En concreto, la admisibilidad se determinará conforme al art. 22.2 LOPJ y a los arts. 54 y 55 LEC, estos últimos sólo en ciertos aspectos y en la medida en que la falta de regulación específica de la sumisión expresa en el ámbito de la competencia internacional permite, en ocasiones, una aplicación analógica de las normas que regulan esa institución en relación con la competencia territorial¹²⁸.

B) Límites a la admisibilidad de la conclusión de acuerdos de jurisdicción

52. El tenor literal del art. 22.2 LOPJ permite una gran laxitud a la hora de admitir la *prorogatio fori* a favor de los tribunales españoles, que tendrán jurisdicción siempre que «las partes se hayan sometido expresa[mente]». Si bien la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de celebrar acuerdos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles tomando como fundamento el foro general del art. 22.2 LOPJ¹²⁹, le costó tiempo y esfuerzo admitir la *derogatio fori* de los órganos jurisdiccionales españoles con fundamento en el mismo precepto. Ahora bien, la jurisprudencia reciente viene admitiendo, a veces con matizaciones y argumentos diversos, la validez de acuerdos de sumisión a favor de tribunales extranjeros¹³⁰. Tanto nuestro ordenamiento jurídico como la jurisprudencia reciente admiten una facultad *limitada* de concertar acuerdos atributivos de jurisdicción. Estos límites se basan tanto en otras normas del ordenamiento español como en la propia coherencia interna de nuestro sistema.

a) Límites comunes a la posibilidad de acordar y derogar la jurisdicción de los tribunales españoles

53. El primer límite lo constituye *la determinación del objeto del acuerdo*, que no podrá ser general sino que debe tener por objeto una concreta relación jurídica sobre la que las partes hayan decidido convenir la competencia internacional. De este modo, no es posible acordar la jurisdicción de los tribunales bien españoles bien de otro Estado para que entiendan de todos los pleitos que traigan causa del conjunto de relaciones jurídicas que en el futuro afecten a ambas partes. Un acuerdo de jurisdicción con un objeto incierto no sólo lo excluye la doctrina¹³¹ sino que también parece descartarlo implícitamente, en la competencia territorial, el art. 54.3 LEC, al afirmar que para que la sumisión sea válida y eficaz debe realizarse a tribunales con competencia objetiva «para conocer *del asunto de que se trate*», dando por supuesto que el objeto del acuerdo está perfectamente determinado. Una designación genérica podría burlar esta norma, porque permitiría designar un tribunal que carecería de competencia objetiva para conocer del litigio. Asimismo, podría acabar transgrediendo las normas imperativas de competencia territorial (véase art. 52 e.r. con art. 54, aps. 1º y 2º, LEC). Finalmente, un acuerdo con objeto incierto

¹²⁶ P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; GEIMER, *IZPR*, NM 1675; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 480.

¹²⁷ Véase *supra* NM 76 y ss.

¹²⁸ Así, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, en A.P. ABARCA (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 4ª edic., Madrid, UNED, 2003 [cit. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”], p. 438.

¹²⁹ STS 30 abril 1991 (*RJ* 1991/3118).

¹³⁰ Solamente en la jurisprudencia más reciente, y a título de ejemplo, véase SAP Pontevedra 8 mayo 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/115), SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (*JUR* 2002/140082), AAP Madrid 30 abril 2004 (*AC* 2004/1581), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (*AC* 2006/435). Una relación de resoluciones favorables y contrarias en F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 98.

¹³¹ P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 231. A favor de este límite en la competencia territorial de la antigua LEC, M.A. FERNÁNDEZ, “La competencia territorial”, en DE LA OLIVA / FERNÁNDEZ, A. DE LA OLIVA, M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª edic., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, vol. I, § 13, NM 23.

podría conducir a la inobservancia de las competencias exclusivas de los tribunales españoles o, incluso, de otro Estado miembro de la UE, contenidas en normas comunitarias o convencionales.

54. A pesar de que la LOPJ no lo recoge expresamente, otro límite general a la admisibilidad de la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles lo constituyen *las competencias exclusivas* de los propios tribunales españoles¹³². Este límite adquiere relevancia procesal cuando, a pesar de la existencia del acuerdo, una de las partes decide interponer la demanda ante los tribunales españoles porque entiende que el acuerdo no es jurídicamente admisible.

El foro relativo al *contrato de trabajo* no se contiene en el art. 22 LOPJ, hallándose ubicado en el art. 25.1 LOPJ, que nada dice acerca de la sumisión como criterio atributivo de jurisdicción. El silencio debe interpretarse como la imposibilidad de acudir a este foro general basado en la voluntad de las partes. En ello abundaría que el art. 11 de la Ley de Procedimiento Laboral no contempla la sumisión como criterio a la hora de fijar la competencia territorial de los tribunales españoles¹³³. Con el Reglamento 44/2001 y el C. Lugano la cuestión ha perdido parte de su relevancia, ya que los mencionados textos contienen disposiciones específicas que permiten la sumisión bajo ciertas condiciones (véase art. 21)¹³⁴. Estos últimos textos relegan la aplicación del art. 25.1 LOPJ –y su prohibición general de concluir acuerdos de jurisdicción en materia de contrato de trabajo– a los litigios en los que las partes se hallen domiciliadas en Estados no miembros (art. 4). En definitiva, cuando la LOPJ sea aplicable, no será admisible la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles ni tampoco, en lógico paralelismo, la sumisión a ellos¹³⁵.

En el marco de los *procesos monitorios*, el art. 813 LEC no sólo configura la competencia objetiva y territorial sino que excluye cualquier posibilidad de sumisión expresa o tácita en el ámbito de la competencia territorial¹³⁶. Por su parte, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, no contiene normas sobre competencia internacional, remitiéndose con carácter general su art. 6.1 a los foros del Reglamento 44/2001. Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de este tipo de procesos, no parece que la sumisión expresa pueda encontrar una gran aplicación como criterio atributivo de jurisdicción para iniciar un proceso monitorio europeo del Reglamento 1896/2006.

55. Nada se dice tampoco en el art. 22.2 LOPJ sobre los *requisitos que debe reunir la designación del tribunal competente* para que el acuerdo de jurisdicción sea válido. Habrá que acudir, por tanto, a los criterios exigidos para la sumisión expresa en el ámbito de la competencia territorial. En el art. 55 LEC se exige a las partes que designen «con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren» –el art. 57 LEC abunda en esta idea, al exigir que la sumisión expresa «determinará la circunscripción cuyos tribunales hayan de conocer del asunto»–. De este modo, la exigencia de designar «con preci-

¹³² Tanto el texto del Proyecto de la LOPJ remitido por el Gobierno a las Cortes Generales como el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados sí limitaban la sumisión a los tribunales españoles cuando la materia objeto del proceso fuese competencia exclusiva de los tribunales españoles (véase art. 33.2, *in fine*, de ambos textos en *Documentación Jurídica*, núm. 47/48, julio-diciembre 1985, pp. 475 ss.). Según el art. 36.2, regla 2ª, LEC, la existencia de una competencia exclusiva de los tribunales de otro país solamente constituye un límite a la admisibilidad de concluir acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles en la medida en que el foro exclusivo se contenga en una norma de origen no interno, como el Reglamento 44/2001 o el C. Lugano.

¹³³ La doctrina laboralista excluye la admisión de pactos que alteren los criterios de la LPL en materia de competencia territorial, considerando que los criterios de sus arts. 10 y 11 constituyen «reglas imperativas» en el sentido del art. 58 LEC, y que el art. 54.1, *in fine*, LEC no admite la sumisión expresa ni la tácita en los asuntos que deben decidirse por el juicio verbal. Véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG, R.M. ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 12ª edic. rev., Madrid, Civitas, 2002, p. 104; A. BAYLOS Y OTROS, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed. rev., Madrid, Trotta, 1995, p. 44. Véase STS (Sala Social) 16 febrero 2004 (RJ 2004/2038).

¹³⁴ Véase *supra* NM 21.

¹³⁵ Excepcionalmente, la *Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas* prevé en su art. 34.1, como foro principal, la sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles cuando se ejercite una acción derivada de dicha disposición legal. Este foro se aplicará únicamente a las materias incluidas en el ámbito de esta disposición legal.

¹³⁶ Este precepto ha sido utilizado por la jurisprudencia para negar la competencia internacional de los tribunales españoles cuando el deudor tiene su residencia fuera del territorio español: AAP Salamanca 16 junio 2003 (JUR 2003/194935), AAP Badajoz 4 noviembre 2003 (JUR 2004/49879).

sión» el órgano jurisdiccional al que se someten las partes, impide la conclusión de acuerdos en los que no se determine de forma expresa y con claridad el tribunal o tribunales competentes. En este sentido, será válida tanto la designación genérica –pero precisa– de los tribunales de un Estado¹³⁷ (p.ej, los tribunales italianos) como la indicación del concreto –y preciso– órgano jurisdiccional (p.ej., los tribunales de Milán). Por contra, no se admitirán los acuerdos en los que no se indique con precisión el órgano jurisdiccional competente (p.ej., los tribunales del lugar de residencia de la parte demandada), aunque éste pudiera ser determinable por referencia al resto del acuerdo¹³⁸.

56. La *imposición por una de las partes de un acuerdo de sumisión* iría en contra del principio de mutuo acuerdo entre ellas, intrínseco a todo convenio atributivo de jurisdicción –en relación con la competencia territorial, el art. 54.2 LEC declara inválidos los pactos de sumisión que no se basen en el acuerdo mutuo entre las partes–. Por ello, un límite a la conclusión de acuerdos mediante los que se prorrogue o derogue la jurisdicción de los tribunales españoles será la falta de concurrencia de la voluntad de ambas partes, siendo inadmisibles la imposición unilateral por una de ellas contra la voluntad de la otra¹³⁹. La vía normalmente utilizada por la parte fuerte para imponer el acuerdo es a través de las cláusulas generales de los contratos. En este caso, el control de las cláusulas de jurisdicción impuestas se realizará mediante la *Ley sobre condiciones generales de la contratación* y la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (LGDCU). Para la primera, son condiciones generales las cláusulas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos y cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes (art. 1), considerando nulas las condiciones generales que, de conformidad con la LGDCU, sean abusivas y el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2)¹⁴⁰. Por su parte, la LGDCU considera abusivas, entre otras, aquellas cláusulas de sumisión expresa a tribunales distintos de los del domicilio del consumidor y usuario, del lugar del cumplimiento de la obligación o del lugar de situación del bien inmueble, en el caso que este sea el objeto del contrato (art. 90.2), considerándolas nulas de pleno derecho y dándolas por no puestas (art. 83)¹⁴¹. Por tanto, la legislación específica de consumidores es más permisiva que el art. 54.2 LEC, dando por válidos los acuerdos de sumisión realizados a favor de los tribunales del domicilio del consumidor, del lugar de cumplimiento de la obligación o, en contratos sobre inmuebles, del lugar de situación de éstos. Ahora bien, cuando la cláusula pueda ser calificada de abusiva, habrá que concluir su nulidad, constituyendo un límite a la posibilidad de concluir acuerdos de prorrogación o de derogación de la competencia internacional de los tribunales españoles¹⁴². La jurisprudencia mayoritaria aplica este límite siempre que exista una parte jurí-

¹³⁷ Así, M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 136. En relación con la *prorogatio fori*, V. CORTÉS, *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981 [cit. V. CORTÉS, *DPCI*], p. 15. Véase STS 30 abril 1991 (*REDI*, 1991-2, núm. 1991-76-Pr).

¹³⁸ En contra de la admisión por el ordenamiento español de las «cláusulas flotantes de elección de fuero», bien totalmente indeterminadas bien indeterminadas pero determinables, M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 137. Véase AAP Madrid 30 septiembre 2004 (*JUR* 2004/1909). La jurisprudencia no considera válida la sumisión realizada a favor de los tribunales del «país en el cual el transportista tiene su sede principal de negocios»: SAP Sevilla 20 septiembre 1990 (*REDI*, 1991-2, núm. 1991-73-Pr. Igualmente, SAP Pontevedra 6 marzo 2002 (*JUR* 2002/150354).

¹³⁹ Véase SAP Álava 31 enero 1996 (*AC* 1996/322), SAP Girona 20 julio 2005 (*JUR* 2006/210539). La STS 18 junio 1990 consideró que, *prima facie*, un acuerdo de sumisión no se ha realizado de forma clara, precisa, explícita y de modo bilateral cuando se contiene en un contrato de adhesión firmado por las dos partes y «tal cláusula figura en las condiciones generales unidas como anexo y a las que se refiere el contrato, pero que no aparecen firmadas por los interesados» (*RJ* 1990/4764). Implícitamente, exigiendo la firma por las partes de la *derogatio fori*, STS 10 julio 1990 (*RJ* 1990/5792), SAP Málaga 9 enero 1998 (*AC* 1998/8880).

¹⁴⁰ La remisión al art. 10 bis y a la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del año 1984 debe entenderse referida, dada su derogación por el Real Decreto Legislativo 1/2007, a los arts. 82 ss. del Texto Refundido del año 2007 de la LGDCU.

¹⁴¹ De conformidad con su art. 67.1, estas disposiciones son imperativas, aplicándose con independencia de la *lex contractus*, cuando este mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE, lo que sucede cuando el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o cuando 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, o, en los contratos relativos a inmuebles, cuando estos se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

¹⁴² Sobre la relación entre cláusulas abusivas y condiciones generales, SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356), SAP Madrid 10 diciembre 2002 (*JUR* 2003/126808), SAP Madrid 11 mayo 2005 (*AC* 2005/832). Para el TJUE, los

dicamente débil; esto es, que se trate de un consumidor. En caso contrario, considera en principio válidas las cláusulas de prorrogación o de derogación de la competencia de los tribunales españoles¹⁴³.

Los *contratos de agencia* han venido planteando el problema del alcance de la norma sobre competencia territorial, contenida en la disposición adicional de la *Ley 12/1992 sobre contrato de agencia*, lo que ha llevado a poner en duda la validez de los acuerdos de sumisión para este tipo de contratos. Siempre que sean aplicables el Reglamento 44/2001 y el C.Lugano no cabe admitir restricciones diferentes a las contenidas en sus respectivos arts. 23, entre las que no se menciona el contrato de agencia¹⁴⁴. Tampoco sería posible una ampliación de los límites a la conclusión de acuerdos de jurisdicción basada en el art. 67 Reglamento 44/2001 (prevalencia de las disposiciones específicas contenidas en actos comunitarios o en legislaciones nacionales armonizadas adoptadas en ejecución de los mismos), porque, si bien la Ley 12/1992 transpone la Directiva 86/653 del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, esta última norma no contiene disposición alguna sobre competencia judicial internacional, en general, ni sobre acuerdos de jurisdicción, en particular¹⁴⁵. En aquellos casos en los que la competencia internacional se determine a través del foro general del art. 22.2 LOPJ, tampoco creo posible establecer límites a la sumisión a favor de los tribunales españoles ni, fundamentalmente, a la derogación de su jurisdicción, alegando la disposición adicional de la Ley 12/1992. Este precepto contiene una norma de competencia territorial, que presupone la jurisdicción de los tribunales españoles, por lo que no puede ser utilizada como limitación a los acuerdos de competencia internacional¹⁴⁶. Si el acuerdo contenido en un contrato de agencia reúne los requisitos de validez (de forma y de fondo) exigidos por el ordenamiento español, no puede limitarse la facultad de las partes de elegir los órganos jurisdiccionales del país que estimen conveniente. Y ello con independencia de que la ley aplicable al contrato de agencia en cuestión sea o no la Ley 12/1992¹⁴⁷. En este sentido, no considero factible utilizar la vía de considerar abusivas las cláusulas de sumisión introducidas en los contratos de agencia y, por tanto, nulas de pleno derecho (art. 92.2 e.r. art. 83 LGDCU). La LGDCU es aplicable únicamente a contratos celebrados por consumidores, entre los que no se incluye el de agencia (vid. arts. 2 a 7 LGDCU)¹⁴⁸. Tampoco es posible apelar a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, pues en las relaciones entre profesionales su aplicación se limita a determinados aspectos del contrato; esencialmente, la incorporación de la cláusula y su interpretación¹⁴⁹.

57. A diferencia de lo que sucedía en el antiguo art. 57 LEC de 1.881, en el art. 55 LEC no se exige que las partes renuncien al fuero propio, por lo que puede afirmarse que para la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción no es preciso que las partes formulen esta renuncia.

órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando analicen la admisibilidad de una demanda planteada sobre el contrato en el que se inserta: STJUE 27 junio 2000, *Océano*, C-240/98, *Rec.* 2000, p. 4941, ap. 29.

¹⁴³ SAP Castellón 26 mayo 1997 (*AC* 1997/1343), AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/113), SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116), SAP Madrid 10 julio 2000 (*AC* 2000/4363), AAP Cádiz 3 octubre 2000 (*JUR* 2001/20247), SAP Cádiz 28 mayo 2001 (*AEDIPr.*, 2003, núm. 2003/93), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (*JUR* 2001/313581), AAP Lugo 16 enero 2004 (*JUR* 2004/69369). Sin embargo, aplican los criterios de la normativa sobre protección de consumidores a sujetos sin esta condición SAP Málaga 23 mayo 2001 (*JUR* 2001/235602), AAP Madrid 22 marzo 2004 (*JUR* 2004/260346), AAP Tarragona 10 junio 2004 (*JUR* 2004/204232), AJMer. Barcelona 11 octubre 2005 (*JUR* 2007/388553).

¹⁴⁴ STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. 1597, aps. 46 ss., STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 26 a 28. El TJUE se pronunció sobre la validez de un acuerdo relativo a un contrato de agencia sin establecer límites o condiciones de validez adicionales a los del art. 23: STJUE 11 julio 1985, *Berghoefer*, 221/84, *Rec.* 1985, p. 2699.

¹⁴⁵ Así, SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356); SAP Alicante 8 junio 2001 (*AC* 2002/31).

¹⁴⁶ Así, SAP Valencia 4 mayo 1999 (*AC* 1999/5520) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 septiembre 2001 (*AC* 2002/356). Implícitamente, SAP Barcelona 7 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/82).

¹⁴⁷ A favor de limitar los acuerdos cuando se aplique el ordenamiento español SSAP Barcelona 7 febrero 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/82), de 28 marzo 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/83) y de 15 diciembre 2000 (*AC* 2001/1574).

¹⁴⁸ La Ley 12/1992 transpone al ordenamiento español la Directiva 93/13/CEE, yendo más allá de lo dispuesto en el núm. 1, letra q), de su Anexo, sobre cláusulas de sumisión. Véase P. JIMÉNEZ BLANCO, "Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia", *AEDIPr.*, 2002, pp. 134-135.

¹⁴⁹ En la contratación entre profesionales, las cuestiones de fondo de la cláusula, su carácter abusivo y su consiguiente nulidad, no se regirán por el art. 8 LCGC, reservado a consumidores, sino por los arts. 1.255 y 1.258 Cc.

b) Límites específicos a la posibilidad de acordar la jurisdicción de los tribunales españoles

58. Nuestro ordenamiento jurídico admite la *prorogatio fori* a favor de tribunales españoles, lo que puede hacerse de forma bien genérica bien específica, designando un concreto órgano jurisdiccional. El único límite a la sumisión a un concreto órgano jurisdiccional tendría su origen en aquellas materias en las que el ordenamiento español establece la indisponibilidad de la competencia territorial. En estos casos, debe entenderse válida la designación de los tribunales españoles, realizándose la determinación del concreto órgano jurisdiccional competente de acuerdo con las normas españolas sobre jurisdicción (por razón del objeto) y competencia (objetiva por razón de la materia y de la cuantía, territorial y funcional)¹⁵⁰. El acuerdo será igualmente válido si el tribunal designado coincide con el que sería competente en aplicación de las correspondientes normas procesales.

La sumisión expresa genérica y específica a los tribunales españoles implica, a la vez, la aceptación de la competencia de los jerárquicamente superiores para entender de los pertinentes recursos derivados del proceso originario (art. 62.1 LEC). En el supuesto de designación genérica, la individualización del órgano jurisdiccional competente se realizará mediante las normas procesales españolas sobre jurisdicción y competencia¹⁵¹. Cuando se designe específicamente el órgano jurisdiccional, la determinación del competente –qué tribunal de entre los que tienen su sede en el lugar elegido entenderá del asunto– se realizará conforme a las normas procesales españolas sobre jurisdicción por razón del objeto y sobre competencia objetiva (por razón de la materia y de la cuantía) y funcional¹⁵².

59. En el plano doctrinal se ha planteado la cuestión de si la sumisión a los tribunales españoles precisaría, además de la voluntad de las partes, que *el litigio contenga algún elemento que lo vincule con el territorio español*. En mi opinión, la validez de la *prorogatio fori* no se puede condicionar a esta exigencia, totalmente ajena al fundamento de la sumisión –la autonomía de la voluntad de las partes–. La interdicción del *forum shopping* no es tampoco un argumento que pueda ser tenido en cuenta a la hora de establecer límites a la *prorogatio fori* de los tribunales españoles. ¿Con qué fundamento legal podemos indagar los motivos personales de las partes? Si la sumisión a los tribunales españoles les plantea ulteriores problemas (p.ej., la eventual denegación del reconocimiento de la resolución en otro Estado), es una cuestión que no afecta al examen de la validez de la sumisión a los tribunales españoles. El presunto límite de la vinculación del litigio con el foro no afecta a ningún interés susceptible de ser protegido directamente por nuestros tribunales, sino a eventuales intereses de los órganos jurisdiccionales de otros países. Por tanto, dejémosles a ellos la posibilidad –aunque sea *a posteriori*– de evaluar y, eventualmente, sancionar la sumisión a los tribunales españoles.

60. Para considerar válida la elección de los tribunales españoles, no es preciso que el órgano jurisdiccional español designado *compruebe que la resolución que vaya a dictar podrá ser ejecutada en España*. Los tribunales españoles pueden poseer jurisdicción en virtud de un acuerdo de sumisión y ello con independencia de las posibilidades que tenga la resolución que dicten de ser ejecutada en territorio español, en definitiva, de que el actor vea satisfecha su pretensión.

61. La admisibilidad de la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles no se halla supeditada al *eventual reconocimiento en otros países de la resolución que dicten*. Y ello por la elemental razón de que en el momento de adoptar la resolución es imposible determinar en qué Estados se solicitará su reconocimiento. Lo mismo cabe afirmar cuando la materia objeto del litigio sometido a los tribunales españoles constituya para el ordenamiento del tribunal cuya jurisdicción se ha derogado una competencia exclusiva. El carácter exclusivo del foro derogado únicamente es relevante, constituyendo un auténtico límite a la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales españoles, cuando aquel se con-

¹⁵⁰ Así, E. CANO, “El régimen autónomo de competencia judicial internacional: la LOPJ”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003 [cit. M. AGUILAR, *Lecciones DPCI*], p. 98. En contra de la eficacia del acuerdo, V. CORTÉS, *DPCI*, p. 15.

¹⁵¹ Vid. M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 137; P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 232.

¹⁵² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 107.

tiene en una norma de origen no interno incorporada al ordenamiento español: el Reglamento 44/2001 (art. 25) o el C. Lugano (art. 25)¹⁵³.

c) Límites específicos a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles

Cuando se plantea ante los tribunales españoles la validez de la derogación de su jurisdicción mediante un acuerdo de sumisión en favor de los órganos jurisdiccionales de otro país (*derogatio fori*), aquellos deben solventar la cuestión mediante el ordenamiento español. El problema surge cuando, a pesar del acuerdo a favor de tribunales extranjeros, una de las partes presenta demanda ante los tribunales españoles, basándose en un foro que les atribuye jurisdicción. En este caso, cuando la parte demandada alega el acuerdo de jurisdicción, el tribunal español analizará conforme a su propio ordenamiento jurídico si la *derogatio fori* es válida (admisible) o, en su caso, no lo es por haber transgredido alguno de los límites, que a continuación paso a analizar.

62. El primer límite a la admisibilidad de la derogación de la competencia internacional de los tribunales españoles mediante acuerdo entre las partes lo constituye la existencia de *foros que determinan su competencia con carácter exclusivo*¹⁵⁴. Las competencias exclusivas se contienen fundamentalmente, que no exclusivamente, en el art. 22.1 LOPJ y art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano. Ahora bien, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de estos preceptos, los foros contenidos en la LOPJ no podrán invocarse como límite, actuando únicamente como tal los del Reglamento y del C. Lugano. La inoperancia de los criterios de atribución contenidos del art. 22.1 LOPJ para fundar la competencia judicial internacional directa de los tribunales españoles y para impedir la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros es consecuencia del solapamiento de foros en la LOPJ y en el Reglamento y el C. Lugano, derivado de la utilización de criterios atributivos de jurisdicción idénticos. En efecto, cuando no se cumple el criterio exigido por el art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano –p.ej., se litigue sobre la validez de una inscripción practicada en un registro público situado en un Estado no miembro–, no sólo no será aplicable dicho precepto sino tampoco el art. 22.1 LOPJ, puesto que no se cumple su supuesto normativo: que se trate de un registro español (situado en un Estado miembro). Con ello no quiere decirse que nuestros tribunales no puedan ser competentes, solo que la jurisdicción no podrá fundarse en dicho artículo sino en otros preceptos del Reglamento 44/2001 y C. Lugano o de la LOPJ¹⁵⁵.

63. No todas las competencias exclusivas de los tribunales españoles se contienen en el art. 22.1 LOPJ y en el art. 22 Reglamento 44/2001 y C. Lugano. La doctrina española considera que existen otras materias cuyo conocimiento está reservado exclusivamente a los tribunales españoles. Este es el caso, en primer lugar, de la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento «respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España» (art. 22.5 LOPJ)¹⁵⁶. Si bien desde

¹⁵³ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 111.

¹⁵⁴ Así, STS 11 febrero 2002 (RJ 2002/3107) –en este asunto, el litigio original se inició el año 1988, no siendo aún España parte en los Convenios de Bruselas y de Lugano–, SAT Palma de Mallorca 13 octubre 1988 (RGD, núms. 532–533, pp. 745 ss.), SAP Madrid 10 julio 2000 (AC 2000/4363). Implícitamente, STS 13 octubre 1993 (RJ 1993/7514) y SJPI Avilés 26 septiembre 1987 (REDI, 1989-1, núm. 1989-27-Pr).

¹⁵⁵ Art. 2 Reglamento y C. Lugano (domicilio del demandado en España), art. 23 Reglamento y C. Lugano (acuerdo atributivo de jurisdicción a favor de los tribunales españoles si al menos una de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro), art. 24 Reglamento y C. Lugano (sumisión tácita de la parte demandada, siempre que el domicilio de una de las partes esté situado en un Estado miembro), art. 22.2, inciso primero, LOPJ (sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles, siempre que las partes se hallen domiciliadas en Estados no miembros). Sobre la cuestión véase F. GARAU, *Lecciones DPCI*, pp. 46-47; *Id.*, *Los acuerdos internacionales*, NM 113.

¹⁵⁶ Sobre el tema, F. GARAU, *Lecciones DPCI*, p. 47; *Id.*, *Los acuerdos internacionales*, NM 114. El TJUE considera posible la adopción, mediante el Reglamento 44/2001 y el C. Lugano, de medidas previstas en el ordenamiento de un Estado miembro por parte los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, para posteriormente reconocerlas y declararlas ejecutivas en otro Estado miembro a través del procedimiento de exequátur regulado en los arts. 38 y siguientes de estas disposiciones. Para evitar que en el Estado requerido se deniegue el reconocimiento de la resolución en la que se adopta la medida cautelar, esta debe haberse adoptado en el Estado de origen a través de un procedimiento contradictorio (vid. STJUE 21 mayo 1980, *Denilauler*, 125/79, Rec. 1980, p. 1553, ap. 17) –el art. 733.1 LEC establece con carácter general la adopción de las medidas cautelares previa au-

un punto de vista teórico, y en tanto que competencia exclusiva, la adopción de medidas provisionales y cautelares se configura como un límite a la posibilidad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles, desde una perspectiva práctica vendrá a ser un límite inoperante, puesto que no tiene sentido que las partes acuerden la competencia internacional de los tribunales de un Estado para adoptar dicho tipo de medidas. Estas se adoptan con motivo de la existencia de un pleito presente o futuro (las medidas cautelares en prevención del art. 725 e.r. con art. 730.2 LEC), cuyo objeto sí puede ser objeto de un acuerdo de jurisdicción.

Igualmente se ha venido considerando que los procesos cuyo objeto es la determinación a título principal de la nacionalidad configuran una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del país cuya nacionalidad se discute. De este modo, los tribunales españoles tendrán competencia judicial internacional exclusiva para entender de aquellos pleitos que tengan por objeto la atribución de la nacionalidad española¹⁵⁷, no siendo posible excluir la jurisdicción de los tribunales españoles mediante acuerdo entre las partes.

64. Además de las competencias exclusivas de los tribunales españoles, se ha afirmado que los *litigios sobre contratos de consumidores*, materia de competencia no exclusiva, también constituirían un límite a la derogación de la jurisdicción de nuestros tribunales. En otros casos, y aún siendo en principio admisible la *derogatio*, también se ha afirmado que si una de las partes planteara demanda ante los tribunales españoles, estos no podrían declinar su jurisdicción en favor de los tribunales acordados por las partes. Ello sucedería con las cuestiones relativas a la materia matrimonial y a los alimentos¹⁵⁸.

Por lo que respecta a estas cuestiones respecto de las cuales es posible concluir acuerdos derogando la jurisdicción de los tribunales españoles pero que no sería admisible que estos declinasen su jurisdicción, cabe afirmar que si las partes han convenido la competencia internacional de tribunales extranjeros para conocer del litigio, no es comprensible que los tribunales españoles examinen la validez del acuerdo de derogación concluyendo su admisibilidad, pero no declinen su competencia internacional a favor de la jurisdicción acordada. En relación con la inadmisión de la derogación en materia de contratos de consumidores, cabe afirmar, en primer lugar, la escasa relevancia actual de los foros de la LOPJ, al verse desplazados en la mayoría de casos por los contenidos en el Reglamento 44/2001 y en el C.Lugano. En segundo lugar, es obvio que los foros no pueden satisfacer todos los intereses existentes en una relación jurídica, siendo fundamental el correcto emplazamiento de todas las partes, con el objeto de que puedan optar por comparecer o no e impugnar la jurisdicción si así lo consideran oportuno. Otra cuestión a tener en cuenta es establecer una regulación adecuada de las condiciones de admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción en materia de contratos de consumidores, de manera que se proteja convenientemente a la parte jurídicamente débil, exigiéndose, p. ej., que los pactos sean posteriores al nacimiento del litigio.

65. Mención aparte merece el tema de la sumisión expresa en litigios relacionados con la *material concursal*. En estos casos, la admisión de la derogación de la competencia de los tribunales españoles depende del objeto del litigio. Así, si este gira en torno a una cuestión estrechamente vinculada con el procedimiento de insolvencia –p.ej. una tercería de dominio sobre un bien integrado en la masa de la quiebra (entendiendo que se solicita el levantamiento del embargo judicial y la separación del derecho del actor respecto de la masa), la admisibilidad o el rango de un crédito–, operaría la *vis attractiva concursus*, no siendo válido el acuerdo de jurisdicción¹⁵⁹. Son acciones derivadas directamente del Derecho concursal y estrechamente relacionadas con un procedimiento de insolvencia.

diciencia del demandado–. En estos casos, la *ejecución* de la medida cautelar, adoptada por un órgano jurisdiccional extranjero, corresponde a los tribunales españoles.

¹⁵⁷ Véase M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, p. 127; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, p. 337.

¹⁵⁸ Vid. M.A. AMORES, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional”, pp. 147 a 149. En relación con los contratos de consumidores, se alega que podría frustrarse la consecución de otros valores materiales al que el ordenamiento español intenta dar satisfacción: evitar que la parte débil se vea obligada a litigar en un país distinto al de su domicilio, o que pudiera obtener una resolución que nunca podría ser reconocida en el Estado del domicilio de la parte jurídicamente fuerte por haberse dictado allí una resolución anterior con la que entraría en contradicción (p. 147 e.r. con p. 143).

¹⁵⁹ Sin resolver la cuestión, SAP Valencia 6 febrero 2002 (*JUR* 2002/113160) y SJPI Ontinyent 5 marzo 2001 (*REDI*, 2003-1, núm. 2003-11-Pr).

Ahora bien, cuando el proceso tenga por objeto aspectos distintos del Derecho concursal, aunque se vean afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia –p.ej., la existencia o validez de un contrato–, cabría atender al pacto de sumisión. Con carácter general, en este último supuesto se incluirían aquellas acciones que el deudor pudiera ejercitar aunque no se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia¹⁶⁰.

66. En relación con la *derogatio fori* de los tribunales españoles, la jurisprudencia ha echado mano de la figura del *abuso de Derecho*. Así, emplazado el demandado ante los tribunales españoles por hallarse domiciliado en territorio español –foro del art. 22.2, último inciso, LOPJ– y alegando aquel la falta de competencia internacional por existir entre las partes un acuerdo previo en favor de los tribunales de otro país, cierta jurisprudencia ha negado validez a la derogación tras analizar las eventuales razones que le asisten para oponerse a la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles. En estos casos, la falta de validez del acuerdo se basaría en un doble argumento: por un lado, en un eventual abuso de Derecho del demandado (art. 11.2 LOPJ), que pretendería de este modo dilatar el proceso; de otro, en que la «renuncia» del demandante al foro acordado no es contraria al orden público ni perjudica a terceros (arts. 6.2 y 7 Cc)¹⁶¹.

El abuso de Derecho precisa de la concurrencia de los siguientes elementos: *actuación del abutente* consistente en el ejercicio de un derecho externamente legal; *forma de actuación* en la que se sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho; *actuación abusiva* desde el punto de vista subjetivo u objetivo (intención del autor, objeto y circunstancias en las que se realiza la actuación); la actuación abusiva debe tener como *resultado un daño para un tercero*¹⁶². ¿Concurren todos y cada uno de estos elementos en la invocación por la parte demandada domiciliada en España de la cláusula atributiva de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros? En mi opinión, podrían concurrir el primer y último elemento: el demandado utiliza su derecho a ser demandado ante los tribunales previamente acordados con la contraparte y ello produce un daño al tercero demandante que debe presentar su demanda ante tribunales extranjeros. Sin embargo, los requisitos segundo y tercero son de difícil apreciación y la simple presentación por el demandado de la declinatoria internacional no prueba por sí misma una actuación subjetiva y objetivamente abusiva que sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho¹⁶³. Por ello, no me parezca correcto que la sola invocación por la parte demandada de la declinatoria internacional pueda interpretarse sin más como un abuso de Derecho, puesto que equivaldría a negar toda validez a este tipo de cláusulas por el único motivo de que la parte demandada tuviera su domicilio en España y fuera emplazada ante tribunales españoles. El abuso de Derecho exige también la concurrencia de otros requisitos, por lo que en cada caso deberá deducirse de las circunstancias concurrentes si la parte demandada al plantear la declinatoria internacional ha sobrepasado manifiestamente los límites normales de su derecho a hacerlo y si su actuación es objetiva y subjetivamente abusiva¹⁶⁴.

67. Existe una relación manifiesta entre los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ley aplicable al fondo del asunto, en el sentido de que las partes pueden decidir indirectamente sobre la ley que regirá la relación jurídica mediante la designación del tribunal competente. En la medida en que no exista una

¹⁶⁰ Sobre las acciones incluidas y excluidas en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, M. VIRGÓS, E. SCHMIT, “Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995”, en *Derecho Procesal Civil Europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 440 ss., NM 196.

¹⁶¹ Vid. SSAP Barcelona 15 febrero 1994 (RGD, núms. 598–599, pp. 8588 ss.) y 12 abril 1994 (RGD, núms. 601–602, pp. 11447 ss.), SAP Málaga 21 mayo 1994 (RGD, núms. 610–611, pp. 9420 ss.), SAP Barcelona 5 octubre 1998 (AC 1998/8973), SAP Gerona 13 junio 2000 (AEDIPr, 2002, núm. 2002/130), SAP Badajoz 23 marzo 2001 (AC 2001/2243), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (JUR 2002/140082), SAP Barcelona 30 julio 2002 (AC 2002/1673). En ocasiones se niega validez a la cláusula por estar el demandado domiciliado en España y ser emplazado ante los tribunales españoles: STS 20 julio 1992 (RJ 1992/6440), STS 10 noviembre 1993 (RJ 1993/8980). Una variante del abuso del Derecho es reconocer a la parte perjudicada el derecho a ser indemnizado por haber sido emplazado “culposamente y de mala fe” ante tribunales diferentes de los acordados en el pacto de sumisión: STS 12 enero 2009 (RJ 2009/544); sobre este tema véase M. REQUEJO, “Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: Estado de la cuestión”, REEI, 17 (2009).

¹⁶² J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen tercero (Derecho Subjetivo. Negocio jurídico)*, 2ª edic., Madrid, Dykinson, 2000, pp. 112 ss.

¹⁶³ Igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la sentencia AP de Vizcaya de 15.3.2002”, REDI, 2003-1, p. 383.

¹⁶⁴ Sobre otros argumentos utilizados por la jurisprudencia, y su crítica, F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 118.

unificación de las normas de conflicto, la designación del tribunal competente permite que la ley aplicable pueda variar en función de los órganos jurisdiccionales designados, que aplicarán su propio sistema conflictual. De este modo, surge la cuestión de si se debe limitar la facultad de derogar la jurisdicción de los tribunales españoles cuando las partes utilicen el acuerdo con la pretendida finalidad de eludir normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, las normas de carácter imperativo se autoprotegen en el foro mediante normas de conflicto unilaterales –de ahí su imperatividad–¹⁶⁵. Su aplicación se hace depender de la concurrencia de las circunstancias exigidas, no dependiendo de la voluntad de las partes. Cuando la imperatividad se refiera a normativa española del ámbito del Derecho público, su aplicación conduce a la competencia exclusiva de los tribunales españoles a través del criterio del *forum legis*, contenido en los arts. 24 y 25.2º y 3º LOPJ –en materia de contrato de trabajo (y siempre que sea aplicable el art. 25.1) no es posible prorrogar ni derogar la jurisdicción de los tribunales españoles–. Cuando se trate de relaciones pertenecientes al ámbito del Derecho privado, las normas imperativas con incidencia en ellas quedan igualmente protegidas en el foro. En este sentido, el *Reglamento (CE) nº 593/ 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* prevé en su art. 3.3 la aplicación de las normas del país en el que se localicen los elementos pertinentes de la situación y cuya aplicación no puede excluirse mediante acuerdo. Desde otra perspectiva, esta disposición se complementa con el art. 9.2, que establece la aplicación en el foro de sus propias leyes de policía, y con el art. 9.3, que permite «dar efecto» a las leyes de policía del país en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal¹⁶⁶.

68. Al igual que en la *prorogatio fori*, los acuerdos atributivos de jurisdicción por los que se deroga la jurisdicción de los tribunales españoles no precisan de la existencia de una *vinculación de alguno de los elementos del litigio* con el Estado al que pertenecen los órganos jurisdiccionales en favor de los que se ha realizado la sumisión¹⁶⁷.

69. Del mismo modo, la admisibilidad de la *derogatio fori* de los tribunales españoles no se ve condicionada a un *eventual reconocimiento en España de la resolución* que dicten los tribunales extranjeros a los que las partes se han sometido. La admisión de un límite de tal naturaleza supondría la aplicación a un foro de competencia judicial internacional directa –que establece la jurisdicción de los tribunales de un Estado para conocer de un litigio– los mecanismos de la competencia indirecta –el examen desde la perspectiva del Estado requerido de la competencia del juez de origen a efectos del reconocimiento de la resolución–. Además, es imposible saber con certeza en el momento de analizar la admisibilidad del acuerdo de sumisión si la eventual resolución que dictará el *forum prorogatum* podrá ser ejecutada en España, planteándose un problema de inseguridad jurídica en el ámbito del tráfico comercial. La posibilidad de que las partes condicionen, expresa o tácitamente, la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles a que la resolución que dicte el *forum prorogatum* pueda ser posteriormente reconocida y declarada ejecutiva en España topa, en mi opinión, con idéntica indeterminación: en el momento del reconocimiento, la resolución ya ha sido dictada, lo que supone haber admitido la *derogatio fori* de los tribunales españoles.

3. Existencia y validez de fondo de los acuerdos de jurisdicción

70. Para que un contrato exista –se haya perfeccionado– es necesario, entre otros requisitos, que las partes hayan prestado efectivamente su consentimiento. Además, para que sea válido en cuanto al

¹⁶⁵ Pej., el art. 3 de la Ley 24/1988 del mercado de valores establece que dicha ley se aplicará «a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional».

¹⁶⁶ Según el art. 9.1 del Reglamento Roma I, «una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Esta definición está tomada de la acuñada en el ámbito de las relaciones laborales por la STJUE 23 noviembre 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/99, *Rec.* 1999, p. 8453, ap. 30.

¹⁶⁷ Así, AAP Tarragona 30 mayo 2007 (*JUR* 2007/303000). En contra, SAP Zaragoza 3 abril 2001 (*JUR* 2001/171413).

fondo precisa que la voluntad contractual no se haya formado defectuosamente por la concurrencia de algún vicio del consentimiento. Hablar de la existencia y validez de fondo de los convenios atributivos de jurisdicción es hablar de los aspectos civiles del acuerdo. En DIPr., tanto la existencia como la validez de fondo de todo contrato forman parte del denominado estatuto contractual o ámbito de la ley rectora del contrato¹⁶⁸.

A) Ley aplicable a la existencia y validez de fondo

Un convenio atributivo de jurisdicción puede formar parte de un contrato, insertándose en él como una cláusula más, o también constituir un contrato independiente cuyo objeto es el propio acuerdo de sumisión. Desde la óptica del DPCI, la existencia y la validez de fondo del acuerdo pueden quedar sometidas a la ley que rige el contrato principal o, si se trata de un contrato autónomo, al ordenamiento designado por la norma de conflicto del foro aplicable a las obligaciones contractuales¹⁶⁹.

a) Los acuerdos de jurisdicción incluidos en contratos

71. En el ámbito de las obligaciones internacionales es frecuente incluir en un contrato una cláusula en la que las partes acuerdan someter las diferencias derivadas de él a los tribunales de un determinado Estado, o a un concreto órgano jurisdiccional de un país. En la medida que forma parte de otro contrato, la doctrina internacionalista mayoritaria ha entendido que la existencia y validez material deberán ser resueltas por el mismo ordenamiento jurídico que rige el contrato principal, quedando así sometidas al denominado estatuto contractual¹⁷⁰. En mi opinión, la cláusula que contiene el acuerdo de sumisión es independiente del contrato principal en el que se contiene –su objeto y finalidad son distintos–, por lo que las cuestiones relacionadas con su existencia y validez no deben regirse necesariamente por la ley aplicable al contrato principal¹⁷¹. Entonces es necesario determinar el ordenamiento jurídico por el que se regirán. Al representar dicha cláusula un acuerdo de voluntades (una obligación), parece lógico que el ordenamiento aplicable a su existencia y validez de fondo sea el que designe la norma de conflicto española prevista para designar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Esto, que a primera vista no plantea mayores dificultades, debe ser precisado debido al ámbito *ratione materiae* de la norma española de origen no interno que rige esta materia.

El ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales se determina en España a través del *Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, que tiene un ámbito de aplicación universal, esto es, que la ley designada por sus normas de conflicto se aplicará aun cuando sea la ley de un Estado no miembro de la UE (art. 2). El Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito material de aplicación «los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente» (art. 1.2.e). Entonces, si no se aplica el Reglamento Roma I, debemos buscar la norma de conflicto a través de la que podrá determinarse la ley aplicable a la existencia y validez de fondo del acuerdo. Como quiera que el

¹⁶⁸ M. VIRGÓS, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, La Ley, 1995, pp. 188 ss. La STS 19 noviembre 1990 confunde las cuestiones de *admisibilidad* con las de *validez de fondo*, sometiendo las primeras a la ley rectora de las segundas (*REDI*, 1991-1, núm. 1991-7-Pr).

¹⁶⁹ INFORME SCHLOSSER, p. 232, INFORME AL CONVENIO DE LUGANO DE 1988 [INFORME JENARD/MÖLLER], *DOUE C* 189 de 28 julio 1990, p. 76.

¹⁷⁰ Vid. P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2216 y 2222; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 482; D. MARTINY, “vor Artikel 27”, NM 74. Indirectamente, M. VIRGÓS, “Obligaciones contractuales”, 6ª ed., p. 146. De forma implícita SAP Alicante 4 octubre 1995 (*REDI*, 1996-2, núm. 1996-41-Pr).

¹⁷¹ La finalidad del contrato es resolver un conflicto de intereses y el acuerdo representa el interés único de las partes en someter la controversia al que consideran el órgano jurisdiccional más adecuado. Vid. T. ASCARELLI, “Nullità del contratto e ‘prorogatio fori’”, en *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 346; M. PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial*, p. 180. A favor de la independencia de la *lex contractus*, AJMer. Barcelona 11 octubre 2005 (*JUR* 2007/388553). En relación con el Reglamento 44/2001, el TJUE ha declarado que «la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de éste, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro» (STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, ap. 25).

sistema español de DIPr. no contiene una norma de conflicto específica para los acuerdos de jurisdicción, deberá acudir a la norma de conflicto de origen interno aplicable con carácter genérico a las obligaciones contractuales, esto es, el art. 10.5 Cc. Si bien este precepto está desplazado con carácter general por el Reglamento Roma I, puede continuar aplicándose a aquellas obligaciones contractuales excluidas del ámbito de la norma comunitaria, como es el caso de los acuerdos atributivos de jurisdicción. De este modo, la existencia y la validez de fondo del convenio atributivo de jurisdicción contenido en un contrato se determinarán de conformidad con la ley designada por el art. 10.5 Cc y que sería aplicable de haberse celebrado válidamente el acuerdo de sumisión (*lex hypothetici contractus*)¹⁷².

72. Cuestión distinta, e íntimamente relacionada con esta, es si el tribunal designado por las partes en el acuerdo es competente para conocer de la acción mediante la que se solicita la nulidad del contrato en el que se inserta la cláusula atributiva de jurisdicción. Debemos partir de la idea de que una cuestión es la cláusula atributiva de competencia y otra diferente las estipulaciones materiales del contrato en el que se contiene, constituyendo negocios jurídicos independientes, con objetos y finalidades distintos. Si mediante los acuerdos de jurisdicción se da relevancia a la voluntad de las partes para designar de forma clara y precisa el órgano jurisdiccional ante los que dirimir sus diferencias, no parece lógico que pueda reconocerse a una de ellas la posibilidad de alterar lo acordado mediante el mecanismo de alegar la nulidad de todo el contrato basada en motivos contenidos en la *lex contractus*. Por esta razón y a estos efectos, la cláusula de competencia debe considerarse válida, conociendo entonces del litigio sobre la eventual validez del contrato el órgano jurisdiccional acordado por las partes¹⁷³.

b) Los acuerdos de jurisdicción como objeto de un contrato

73. A la misma solución conflictual llegamos cuando el acuerdo constituya el objeto de un contrato independiente. Al no serle de aplicación el Reglamento Roma I y dado que en el DIPr. español no existe una norma de conflicto específica para los convenios atributivos de jurisdicción, el ordenamiento jurídico aplicable a la determinación de la existencia y validez de fondo del contrato en el que se conviene la sumisión a los órganos jurisdiccionales de un Estado se designará de acuerdo con el art. 10.5 Cc.

B) Ámbito de la ley aplicable a la existencia y validez de fondo

74. El ordenamiento jurídico que, en virtud del art. 10.5 Cc, resulte aplicable a la existencia y validez de fondo del acuerdo de jurisdicción regirá todas aquellas cuestiones relacionadas con ambos aspectos. De este modo, la incidencia de *vicios del consentimiento* y sus consecuencias jurídicas, así como su *nulidad* por contravención del ordenamiento jurídico o de la moral se resolverán conforme al ordenamiento jurídico designado por el art. 10.5 Cc¹⁷⁴.

No contempla el art. 10.5 Cc ninguna solución específica para determinar el valor del silencio de una de las partes ante una determinada oferta o ante la recepción de documentos que la contraparte le ha enviado y referidos a la conclusión de un acuerdo atributivo de jurisdicción. En principio, el silencio debería interpretarse conforme al ordenamiento aplicable a la existencia y validez del acuerdo de jurisdicción. Ahora bien, en ocasiones puede parecer desproporcionado atribuir efectos positivos al silencio conforme a la ley del acuerdo, cuando el ordenamiento jurídico del país en el que la parte que lo realiza tiene su centro de vida u operaciones no le atribuye consecuencia jurídica alguna. Por ello, el valor negativo del silencio en un acuerdo de sumisión entiendo que podría determinarse por el ordenamiento del país de la residencia habitual de la parte que ha guardado silencio, siempre que las circunstancias concurrentes en el caso hagan aconsejable la no aplicación de la ley que rige la existencia y validez del acuerdo. Sería esta una solución análoga a la prevista en el art. 10.2 del Reglamento Roma I¹⁷⁵.

¹⁷² F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 123. Vid. SAP Madrid 10 julio 2000 (AC 2000/4363). Sin resolver específicamente la cuestión STS 10 julio 1990 (RJ 1990/5792).

¹⁷³ En relación con el art. 23 Reglamento 44/2001, STJUE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, aps. 21 ss.

¹⁷⁴ F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 126, M. VIRGÓS, "Obligaciones contractuales", 4ª ed., p. 245.

¹⁷⁵ Vid. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 127.

Si una cláusula atributiva de jurisdicción se contiene en una condición general de un contrato, la determinación de si la parte jurídicamente débil ha prestado su consentimiento al acuerdo de sumisión será una cuestión que se regirá por la ley aplicable a la existencia y validez del acuerdo, designada por el art. 10.5 Cc¹⁷⁶. Como quiera que el art. 10.5 Cc tampoco regula específicamente este aspecto, creo que la parte a la que se le ha impuesto la condición general podrá alegar que no ha prestado su consentimiento si así se prevé en la ley del país de su residencia habitual, siempre que de las circunstancias del caso se desprenda que no sería razonable que a dicha parte se le aplicase la ley que rige la existencia y validez del acuerdo de sumisión. Puede parecer desproporcionado atribuir efectos jurídicos a dicha cláusula conforme a la ley del acuerdo cuando el ordenamiento jurídico del país en el que la parte tiene su centro de vida u operaciones no la considera vinculante¹⁷⁷.

4. La forma de los acuerdos de jurisdicción

75. La forma de los acuerdos atributivos de jurisdicción es una cuestión de admisibilidad procesal y no de perfeccionamiento material¹⁷⁸, lo que en el ámbito del DPCI tiene como consecuencia que la forma se rija por la *lex fori* –quien estime que la forma es un problema de existencia material del acuerdo, deberá concluir que aquella se regirá por la norma de conflicto del foro relativa a la forma.

Las normas procesales españolas no regulan específicamente las formalidades de los acuerdos atributivos de jurisdicción. Sin embargo, de los arts. 55 y 57 LEC cabe deducir que el acuerdo debe ser *expreso* y haberse formalizado *por escrito*, siendo suficiente con que figurase en una cláusula contractual o que constituyera un contrato independiente. En todo caso, y según la jurisprudencia, el acuerdo debe reunir las características de «claridad, precisión, bilateralidad y consentimiento expreso de las partes»¹⁷⁹. Estamos ante un incumplimiento de estas exigencias si la cláusula de sumisión se halla impresa en albaranes de entrega de la mercancía en el que figura una firma que no consta si corresponde al comprador o a quien recibió la mercancía¹⁸⁰; o cuando figura incorporada en letra pequeña en el encabezamiento de una factura que sirve también de albarán de entrega de la mercancía, sin que conste ni pueda siquiera presumirse que fue negociada por las partes¹⁸¹; o si figura en letra muy pequeña en partes de trabajo firmados por un empleado, sin que aparezca en el documento contractual previo a los trabajos¹⁸². Cuando hayan existido negociaciones verbales previas, basta que las partes confirmen posteriormente por escrito su acuerdo. Ahora bien, la sumisión debe aparecer firmada por los interesados¹⁸³. Cuestión vinculada con la forma escrita es el *idioma*. Nada impide que el acuerdo de competencia se halle redactado en un idioma extranjero. Ahora bien, cuando deba ser alegado ante los órganos jurisdiccionales españoles debe ser convenientemente traducido a una de las lenguas oficiales del Estado español (art. 144 LEC e.r. con art. 231.4 LOPJ)¹⁸⁴.

La parquedad de la regulación procesal española de origen interno no permite admitir sin más la validez de acuerdos celebrados conforme a hábitos comerciales establecidos entre las partes o conforme a usos admitidos en el comercio internacional. Ahora bien, la vía prevista en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano –normas que regirán fundamentalmente este tipo de acuerdos– permiten defender la extensión de sus soluciones también a la regulación de origen interno.

¹⁷⁶ Otra cuestión es la posibilidad de convenir una cláusula de sumisión a través de la condición general de un contrato, problema que deberá resolver la *lex fori* en calidad de ley aplicable a la admisibilidad del acuerdo.

¹⁷⁷ Vid. F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 128.

¹⁷⁸ Así, P. BLANCO-MORALES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, p. 230; F. GARAU, *Los acuerdos internacionales*, NM 129; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 480; D. MARTINY, “Vof Artikel 27”, NM 78.

¹⁷⁹ STS 20 septiembre 1996 (*RJ* 1996/6728). No es necesaria la utilización de «fórmulas sacramentales», rechazadas reiteradamente por el TS en relación con los convenios arbitrales: SSTS 1 junio 1999 (*RJ* 1999/4284), 13 julio 2001 (*RJ* 2001/5222), 18 marzo 2002 (*RJ* 2002/2847) y 9 mayo 2003 (*RJ* 2003/3893).

¹⁸⁰ SSTS 20 septiembre 1996 (*RJ* 1996/6728) y 24 abril 1998 (*RJ* 1998/2989), SAP Pontevedra 6 marzo 2002 (*JUR* 2002/150354).

¹⁸¹ STS 21 febrero 1997 (*RJ* 1997/1157).

¹⁸² STS 23 mayo 2001 (*RJ* 2001/3374).

¹⁸³ STS 10 noviembre 1993 (*RJ* 1993/8980), SJPI Madrid 15 noviembre 1993 (*REDI*, 1994-2, núm. 1994-87-Pr), STS 23 mayo 2001 (*RJ* 2001/3374).

¹⁸⁴ SAP Santander 9 junio 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/116).

5. Efectos procesales de los acuerdos de jurisdicción

A) Ley aplicable

76. Como el propio enunciado indica, los efectos *procesales* que despliegan los acuerdos atributivos de jurisdicción es una cuestión de naturaleza estrictamente procesal, por lo que aquellos se regirán por la *lex fori*. De este modo, cuando se invoque el acuerdo ante órganos jurisdiccionales españoles, será el ordenamiento español el que determinará qué efectos procesales despliega.

B) Carácter exclusivo del *forum prorogatum*

77. Determinar si el órgano jurisdiccional designado por las partes en el acuerdo posee carácter exclusivo o no es una cuestión que se rige por el contenido del propio acuerdo. La voluntad de las partes es el primer dato a tener en cuenta para determinar si quisieron prorrogar la jurisdicción a favor de un único foro, excluyendo la competencia de cualquier otro órgano jurisdiccional, o si convinieron un foro concurrente con otros. A falta de pronunciamiento expreso de las partes en el acuerdo, el ordenamiento español no contiene presunción alguna ni a favor de la exclusividad ni a favor del carácter concurrente del *forum prorogatum*. En mi opinión, debe estarse a la voluntad de las partes, a lo que éstas quisieron establecer, para lo cual pueden hallarse *indicios* de sus deseos o intenciones en el texto del acuerdo de jurisdicción. De este modo, si el acuerdo contiene tanto la designación de los tribunales españoles como la renuncia a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, podría interpretarse que las partes quisieron otorgar una competencia exclusiva a los tribunales españoles; si las partes designan de forma muy general los tribunales de un Estado (p.ej., los tribunales del domicilio del demandado), puede entenderse como una indicación de que se quiso acordar un foro concurrente¹⁸⁵.

C) Efectos frente a terceros

78. Con carácter general, la jurisprudencia ha entendido que una cláusula de sumisión a unos tribunales contenida en un contrato obliga únicamente a quienes son parte en él¹⁸⁶. De este modo, ha declarado que un acuerdo de jurisdicción contenido en un contrato de fletamento obliga a fletador y a armador, pero no al receptor de la mercancía, que no queda vinculado por lo dispuesto en aquella¹⁸⁷. Sin embargo, si se contiene en un conocimiento de embarque, quien se subroga en la posición del receptor de la mercancía también queda obligado por la cláusula de sumisión expresa contenida en aquel¹⁸⁸. Por el contrario, no obligaría a la parte vendedora de la mercancía cuando ésta no ha suscrito el conocimiento de embarque¹⁸⁹. En el caso de subrogación contractual, la cláusula que contiene el acuerdo de jurisdicción obliga igualmente a quien ha sucedido al primitivo contratante¹⁹⁰.

¹⁸⁵ En la doctrina y jurisprudencia alemanas se consideran indicios a favor de la exclusividad del foro prorrogado el que una de las partes sea una empresa pública, el que junto al acuerdo de sumisión las partes acuerden el ordenamiento aplicable, o el que en la cláusula se establezca que «será competente para todos los litigios...»; en contra del carácter exclusivo podría entenderse la imposibilidad de reconocer en el foro la resolución dictada por el tribunal designado, o la cláusula «será tribunal competente el del país del demandante». Vid. R. HAUSMANN, “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2273–2275; J. KROPHOLLER, “Internationale Zuständigkeit”, NM 585.

¹⁸⁶ STS 18 junio 1990 (RJ 1990/4764).

¹⁸⁷ SAP Tarragona 30 noviembre 1996 (RGD, 1997, núm. 636, pp. 11797 ss.), SAP Tarragona 20 mayo 1998 (AC 1998/5711). En relación con la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en una póliza de fletamento, SAP Valencia 21 mayo 1998 (AC 1998/1093).

¹⁸⁸ SAP Castellón 26 mayo 1997 (AC 1997/1343), AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr., 2001, núm. 2001/113), SAP Santander 9 junio 2000 (AEDIPr., 2002, núm. 2002/116). En relación con las compañías aseguradoras en los contratos de transporte internacional, SAP Barcelona 15 febrero 1994 (RGD, núms. 598-599, pp. 8588 ss.), SAP Barcelona 19 mayo 2000 (JUR 2000/223375), AAP Cádiz 10 septiembre 2001 (JUR 2001/313581), SAP Vizcaya 15 marzo 2002 (JUR 2002/140082), SAP Vizcaya 16 abril 2002 (JUR 2002/176788), SAP Valencia 27 enero 2003 (JUR 2003/115264), SAP Valencia 16 febrero 2004 (JUR 2004/163931), SSAP Barcelona 2 junio 2004 (AC 2004/1099) y 15 septiembre 2004 (JUR 2004/292863), STS 29 septiembre 2005 (RJ 2005/7156), AAP Las Palmas 13 enero 2006 (AC 2006/435). En contra, SAP Vizcaya 28 noviembre 2003 (JUR 2004/36787).

¹⁸⁹ SAP Valencia 15 abril 1998 (AEDIPr., 2000, núm. 2000/47).

¹⁹⁰ SAP Santa Cruz de Tenerife 10 septiembre 2001 (AC 2002/356).

D) La sumisión tácita

79. Una vez las partes han concluido un acuerdo de jurisdicción a favor de los tribunales de un Estado, ¿pueden modificar la competencia internacional mediante el expediente de la *sumisión tácita*? Esta es una cuestión que se resuelve por las normas procesales de la *lex fori*. Este ordenamiento jurídico determina no sólo si ello es posible sino también, en caso afirmativo, las condiciones y efectos.

Cuando la *lex fori* sea el ordenamiento español, y ante la falta de regulación específica en la normativa de origen interno, se utilizarán los criterios por los que se rige la sumisión expresa y tácita en el ámbito de la competencia territorial. De este modo, es posible modificar a través del mecanismo de la sumisión tácita la jurisdicción previamente convenida mediante un acuerdo de sumisión, pues ambas son manifestación de la voluntad de las partes a la hora de elegir un órgano jurisdiccional ante el que plantear sus desavenencias¹⁹¹. Por lo que respecta a las condiciones, se producirá la sumisión tácita de las partes cuando el demandante interponga la demanda ante un determinado órgano jurisdiccional español y el demandado, tras personarse, realice «cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria» o cuando, habiendo sido emplazado convenientemente, comparezca una vez precluida la facultad de proponer la declinatoria (art. 56.2 LEC). No creo que en el ámbito de la competencia judicial internacional pueda considerarse que existe sumisión tácita a los tribunales españoles cuando el demandado ha sido emplazado convenientemente y no comparece (art. 56.2, segundo inciso). Esta disposición, que puede tener sentido en el ámbito de la competencia territorial para evitar dilaciones innecesarias, carece de sentido en la competencia internacional. Así, mientras en la primera nos hallamos ante un proceso en el que se presupone la competencia internacional de los tribunales españoles pero en el que existen dudas sobre el órgano territorialmente competente, en la segunda se está resolviendo la activación o no de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del asunto. Además, el demandado puede no comparecer, a pesar de haber sido emplazado correctamente, porque considera que los tribunales españoles no son internacionalmente competentes, por considerar válido el acuerdo en favor de los tribunales de otro país¹⁹². No existirá sumisión tácita a los tribunales españoles cuando la parte demandada, después de personarse e impugnar la jurisdicción de los tribunales españoles, conteste con carácter alternativo a las cuestiones de fondo¹⁹³. Parece, por tanto, indiferente que las partes anteriormente se hubieran sometido de manera expresa a los órganos jurisdiccionales de otro Estado; de haberse sometido expresamente a un concreto órgano jurisdiccional español distinto de aquél en cuyo favor se ha producido la sumisión tácita, se trataría de una cuestión de determinación de la competencia territorial, no viéndose afectada la competencia internacional.

Mediante la sumisión tácita, las partes pueden acordar la competencia internacional de los tribunales españoles en ámbitos a los que les está vedada la sumisión expresa, como por ejemplo en litigios relativos a contratos de consumidores. El art. 54.2 LEC excluye únicamente de este tipo de contratos los acuerdos de sumisión expresa, protegiéndose de este modo a la parte jurídicamente débil frente a los pactos anteriores al litigio, respecto de los que se halla en una posición de inferioridad frente a la contraparte jurídicamente fuerte para su negociación¹⁹⁴. Esta idea de protección a la parte débil con anterioridad al litigio se recoge en el Reglamento 44/2001 y en el C. Lugano, cuando en los arts. 13.1, 17.1 y 21.1 se permiten los acuerdos atributivos de competencia en relaciones jurídicas con una parte débil (contratos de seguros, de consumidores y de trabajo) siempre que sean posteriores al nacimiento del litigio.

¹⁹¹ Así A. DE LA OLIVA, “La competencia territorial, la declinatoria y el reparto”, en DE LA OLIVA, *DP*, Proc. Declaración, § 27, NM 16; E. CANO, “El régimen autónomo de competencia judicial internacional: la LOPJ”, en M. AGUILAR, *Lecciones DPCI*, p. 98. Véase STS 20 julio 1988 (*RJ* 1988/5996), SAP Alicante 4 octubre 1995 (*REDI*, 1996-2, núm. 1996-41-Pr), SAP Barcelona 12 mayo 2000 (*JUR* 2000/222483), SAP Bilbao 26 septiembre 2000 (*AEDIPr.*, 2002, núm. 2002/163), SAP Pontevedra 12 mayo 2003 (*JUR* 2003/229121).

¹⁹² El art. 26.1 del Reglamento 44/2001 impone la cautela en estos casos, obligando al tribunal a examinar de oficio su competencia internacional cuando el demandado no esté domiciliado en el Estado del tribunal ante el que ha sido emplazado. No me parece conveniente privar al demandado a través de la normativa de origen interno de la ventaja que se le otorga de liberarle de la obligación de comparecer para denunciar la falta de competencia internacional (véase *supra* NM 35).

¹⁹³ SAP Madrid 20 enero 1998 (*AEDIPr.*, 2000, núm. 2000/42), SAP Madrid 4 noviembre 1999 (*AEDIPr.*, 2001, núm. 2001/126), SAP Málaga 21 mayo 1994, en *obiter dicta* (*RGD*, núms. 610-611, pp. 9420 ss.).

¹⁹⁴ Vid. A. DE LA OLIVA, “La competencia territorial, la declinatoria y el reparto”, NM. 15, quien admite también la sumisión tácita para los contratos de adhesión y para los contratos que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes.

CONCURSO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL*

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 26.08.2010 / Aceptado: 09.09.2010

Resumen: El artículo 52 de la Ley Concursal (LC) asume un criterio temporal para regular la eficacia del convenio arbitral en supuestos de concurso. Así, si en el momento de la declaración del concurso el procedimiento arbitral está “en tramitación”, el arbitraje seguirá hasta la firmeza del laudo. Por el contrario, si el procedimiento arbitral no está “en tramitación”, el convenio arbitral en el que sea parte el deudor queda sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso. Esta regulación plantea dos interrogantes en la práctica. La primera y más importante gira en torno a su misma aplicación en los supuestos internacionales: ¿es de aplicación cuando el acreedor interesado tenga su residencia habitual en un Estado extranjero? La segunda, de relevancia para los supuestos internos, gira en torno a la concreción de lo que debe entenderse por procedimiento arbitral “en tramitación”. Ambas cuestiones son tratadas en este estudio.

Palabras clave: Arbitraje internacional, concurso, Convenio de Nueva York de 1958, Convenio de Ginebra de 1961, Ley de Arbitraje, Ley Concursal, convenio arbitral.

Abstract: Article 52 of The Spanish Insolvency Act takes a territorial approach to regulate the efficacy of the arbitral agreement in insolvency cases. Therefore, if the arbitral proceeding is “being processed” at the moment of the insolvency declaration, the arbitration will continue until the resolution of the arbitral award. However, if the arbitral proceeding is not yet “being processed”, the arbitral agreement in which the debtor is part is rendered ineffective through insolvency proceedings. This regulation raises two practical questions. The first and most important one deals with its own application in international cases: is it applicable when the creditor has her habitual residence in a foreign country? The second question, which is important for internal matters, deals with the meaning of arbitral proceedings “being processed”. Both questions are studied in the following essay.

Key words: International arbitration, Insolvency, New York Convention 1958, Genf Convention 1961, Arbitration Act, Insolvency Act, Arbitration agreement.

Sumario: I. Introducción. II. El ordenamiento aplicable: el ordenamiento *concursal*. 1. El ordenamiento aplicable a la *eficacia* del convenio arbitral *internacional* en supuestos de concurso. 2. El ordenamiento aplicable a la *internacionalidad* del supuesto. 3. El ordenamiento aplicable a la cuestión relativa al inicio de la *tramitación* del arbitraje. 4. Conclusiones parciales. III. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *intracomunitarios*: El Reglamento europeo de insolvencia. 1. El Reglamento europeo de insolvencia. 2. Característica general del Reglamento europeo de insolvencia: “No *vis attractiva concursus*”. IV. Regulación del supuesto *intracomunitario* en aplicación del *Reglamento europeo de insolvencia*. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Calificación del convenio arbitral como un *mero contrato*. 3. Calificación del convenio arbitral como un *contrato procesal*. V. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *extracomunitarios*: *aplicación del artículo 52 LC a la luz del artículo 11 LC*. VI. Extrapolación de la solución internacional a los supuestos internos: *el Anteproyecto de Ley de Arbitraje*. VII. Conclusiones.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2007-67381/JURI patrocinado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. Introducción

1. La relación *arbitraje / concurso* tal y como está regulada en el ordenamiento jurídico español plantea, al menos, dos cuestiones. La primera gira en torno a la solución que prevé para los supuestos internacionales; esto es, gira en torno a la solución prevista para determinar los *efectos que una declaración de concurso (dictada por un juez español) tiene sobre la vigencia de un convenio arbitral firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia habitual en un Estado extranjero*.

Como quiera que el supuesto internacional comprende dos escenarios distintos (el *intracomunitario* y el *extracomunitario*) cabe preguntarse entonces si a la luz de las distintas normas aplicables (norma interna y reglamento comunitario) la solución relativa a la eficacia del convenio arbitral en supuestos internacionales es la misma en ambos escenarios.

La segunda cuestión se concreta en la misma aplicación de la Ley Concursal (LC) a aquellos supuestos en los que entre el deudor concursal y el acreedor media un convenio arbitral. Como es sabido, el artículo 52 LC establece que la eficacia del convenio en supuestos de concurso queda supeditada a un momento temporal jurídicamente indeterminado: el del inicio de la “tramitación” del procedimiento arbitral. De tal modo que si el procedimiento está “en tramitación” en el momento de la declaración del concurso, la eficacia del convenio no queda alterada y, en consecuencia, el arbitraje sigue su curso hasta la firmeza del laudo. Si por el contrario el procedimiento arbitral *no* está “en tramitación” en el momento de la declaración del concurso, el convenio arbitral pierde su eficacia.

La cuestión que de forma inmediata plantea este precepto pasa por concretar –primero– a la luz de qué norma debe entenderse que el procedimiento arbitral está en “tramitación” (Ley Concursal o Ley de Arbitraje); y determinar –después– el preciso momento temporal en el que tal procedimiento se entiende tramitado.

2. Para responder adecuadamente a estas cuestiones procederé del siguiente modo:

- (i) En primer lugar determinaré el ordenamiento aplicable a este tipo de supuestos, distinguiendo, en un primer momento, entre el ordenamiento concursal y el ordenamiento arbitral (Ep. II). Se trata, en concreto, de precisar el ordenamiento a cuya luz se determinará los *efectos* de la declaración de concurso sobre el convenio, la *internacionalidad* del supuesto y el *inicio de la tramitación* del procedimiento arbitral.
- (ii) Demostrada la aplicación del ordenamiento concursal a las tres cuestiones enunciadas –efectos de la declaración, internacionalidad e inicio de la tramitación–, concretaré primero y estudiaré después la norma aplicable tanto al supuesto *intracomunitario* como al supuesto *extracomunitario*: como se verá, el *Reglamento Europeo de Insolvencia* es de aplicación para los primeros supuestos y la LC para los segundos (Ep. III).
- (iii) En tercer lugar, me centraré en la solución que para estos casos adopta el *Reglamento Europeo de Insolvencia* –supuesto *intracomunitario*– (Ep. IV).
- (iv) En cuarto lugar, mostraré la solución que prevé la *Ley Concursal* española para los supuestos *extracomunitarios* (Ep. V).
- (v) En quinto lugar, me referiré brevemente a la reforma del artículo 52 LC que en fechas recientes ha presentado el legislador; reforma que, como también se verá, asume la interpretación aquí defendida (Ep. VI).
- (vi) Finalmente, se extraerán las pertinentes conclusiones.

II. El ordenamiento aplicable: El ordenamiento concursal

3. El primer interrogante que suscita las cuestiones anteriormente planteadas gira en torno a la concreción de la norma a cuya luz deben resolverse. Es decir, para responder a las tres cuestiones planteadas –*efectos del convenio* arbitral, *internacionalidad* del supuesto y *tramitación* del procedimiento– habrá de concretarse en primer lugar el sector del ordenamiento jurídico finalmente aplicable: el ordenamiento concursal (LC y los textos internacionales propios de este sector) o el ordenamiento arbitral (LA y los textos internacionales propios de este sector).

I. El ordenamiento aplicable a la *eficacia del convenio arbitral internacional en supuestos del concurso*

4. Paradójicamente, en la jurisprudencia menor se detecta una clara inclinación a favor de la aplicación del ordenamiento *arbitral* para resolver la cuestión relativa a la eficacia de un convenio arbitral internacional en supuestos de concurso. Así, en la todavía incipiente jurisprudencia de las Audiencias sobre este particular se constata una invocación –cuando no aplicación– de los Convenios internacionales en materia de arbitraje: en concreto, el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958* (CNY) y el *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961* (CG)¹.

A mi juicio, sin embargo, el ordenamiento arbitral (con especial referencia al ordenamiento de fuente internacional) no es aplicable a estos supuestos. Así, respecto de la aplicación de los convenios citados, cabe recordar lo siguiente. El CNY es un instrumento internacional que regula –únicamente– tres cuestiones: el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero; el reconocimiento –en términos de validez formal– del convenio arbitral (art. II.1 y 2); y, un régimen de declinatoria (art. II.3 CNY). Por su parte, el CG, que se concibió para fomentar el arbitraje entre los dos bloques europeos entonces existentes, se centra, básicamente, en los aspectos organizativos del mismo: elección entre arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*; elección de árbitro; concreción del lugar de la sede del arbitraje; fijación de las normas que deben regir los árbitros².

Ninguno de estos dos instrumentos pretendió –ni remotamente– regular la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso tiene sobre la eficacia de un convenio arbitral.

5. En la medida –recordémoslo– en que se trata de concretar los *efectos que una declaración de concurso tiene sobre un convenio arbitral* tiene todo su sentido que la regulación concursal –y no la arbitral– regule esta cuestión. Básicamente porque los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* que informan las normas concursales así lo exigen³. De hecho, en el derecho comparado, son las normas concursales y no las arbitrales las que contienen disposiciones sobre este particular. Y en nuestro ordenamiento de fuente interna es la Ley Concursal (LC) y no la Ley de Arbitraje la que –con mayor o menor fortuna– regula esta cuestión (art. 52 LC)⁴.

En consecuencia, la cuestión relativa a los efectos de una declaración de concurso sobre un convenio arbitral *internacional* es una cuestión *de índole concursal* y no de *índole arbitral*. Para determinar el alcance de los efectos de esa declaración sobre la vigencia del convenio arbitral deberá estarse a la regulación concursal y no a la regulación arbitral. Cuestión distinta es que la gira en torno a la laguna legal que encierra la norma concursal para los supuestos *internacionales*. Pero en este caso –tal y como se verá–, antes que forzar una aplicación de los textos internacionales en materia de arbitraje, habrá de buscarse una solución del supuesto a partir de una interpretación sistemática y teleológica de la misma norma concursal.

2. El ordenamiento aplicable a la *internacionalidad del supuesto*

6. Por inverosímil que parezca, la cuestión relativa al ordenamiento aplicable a la internacionalidad del supuesto tiene particular importancia. Repárese, por ejemplo, en que es precisamente la *internacionalidad* del mismo la circunstancia que le otorga una solución específica: en principio, la eficacia de un convenio arbitral ante la declaración de concurso es distinta dependiendo del carácter *interno* o *internacional* de la controversia.

¹ En particular, AP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 86/2009, de 29 abril 2009 (EDJ 2009/260256).

² Sobre ambos textos, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 34-90; *Ibid.*, *El arbitraje internacional...*, cit., nota 3, Madrid, Colex, 2007, pp. 39-43.

³ Sobre estos principios, véase, A. ROJO, “El Derecho concursal”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 900-901.

⁴ Sobre la regulación del arbitraje en la Ley Concursal *vid.*, entre otros, E. VERDERA Y TUELLS, “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal”, en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 3295-3354; P. PERALES VISCASILLAS, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2203 (I y II)”, *Diario La Ley*, Núms. 6035 y 6036, 8 y 9 de junio de 2004.

Bien porque la norma *concurzal* no contiene ninguna previsión específica al respecto, bien por la aparente relevancia de la norma *arbitral* en este contexto, un amplio y autorizado sector doctrinal entiende que la *internacionalidad* del supuesto debe determinarse conforme a la norma *arbitral*⁵. En concreto, conforme al artículo 3 LA, a cuyo tenor, un arbitraje es *internacional*: (i) cuando en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (ii) cuando el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y, (iii) cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

Es precisamente esta última conexión –“intereses del comercio internacional”– la que, en su aplicación en supuestos estrechamente vinculados al ámbito concursal, puede llegar a producir notables distorsiones; distorsiones en tanto en cuanto internacionaliza supuestos concursales que el legislador concursal no quiso internacionalizar. De hecho, esta conexión sólo está recogida en la Ley de Arbitraje. El artículo 3 LA representa, en este sentido, la única plasmación positiva en el ordenamiento jurídico español de lo que la doctrina internacional privatista denomina “tesis del efecto internacional”. Una tesis para determinar la *internacionalidad* de un supuesto que, básicamente, se caracteriza por considerar *internacional* cualquier supuesto que presente *repercusión transfronteriza*⁶.

7. Sin ánimo de exhaustividad, baste ahora con señalar que extender la aplicación de esta conexión –de difícil determinación– al ámbito concursal resulta excesivo. Piénsese que la función de esta conexión en el ámbito arbitral es, precisamente, la de internacionalizar supuestos que a la luz de cualquier otra conexión clásica del Derecho internacional privado no alcanzarían tal calificación. De este modo, el legislador ha pretendido –con carácter excepcional– otorgar los beneficios de la internacionalidad (posible aplicación de *lex mercatoria*, plazos más flexibles...) al mayor número de arbitrajes posibles. Y habida cuenta del amplio alcance que la jurisprudencia comparada ha otorgado a esta expresión, lo anterior significa tanto como que determinados operadores económicos (por su carácter multinacional) siempre someterán sus controversias a arbitraje internacional⁷.

Siendo esto así, asumir la interpretación doctrinal mayoritaria –calificación de la *internacionalidad* del supuesto conforme al artículo 3 LA– significaría tanto como que la relación *arbitraje / concurso* en la que pudieran quedar inmersas determinadas empresas españolas siempre sería internacional. Con independencia, por ejemplo, de que el domicilio de las partes se localizase o no en Estados distintos. O dicho de otro modo, si aceptásemos la aplicación del artículo 3 LA para determinar la *internacionalidad* de un supuesto como el que estudiamos –eficacia del convenio arbitral ante una declaración de concurso–, resultaría que cualquier convenio arbitral firmado entre un deudor concursal español de cierto tamaño con domicilio en España –*ad. ex.* empresa constructora española con intereses comerciales en el extranjero– y un acreedor también español (también con domicilio en España) tendría una eficacia distinta a la que tendría ese mismo convenio si hubiera sido firmado por el mismo acreedor español con un deudor concursal de menor tamaño. Lo cual, en perspectiva concursal, no parece que tenga mucho sentido.

8. Además, en la medida en que es la norma concursal –y no la norma arbitral– la que regula la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso produce sobre la eficacia de un convenio arbitral, parece evidente también que debe ser esta misma norma la que determine la *internacionalidad* del supuesto. De hecho, los mismos argumentos técnicos esgrimidos anteriormente en torno a la vigencia de los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* (*supra* 5) mantienen toda su eficacia en este ámbito.

⁵ En este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2007, Madrid, Civitas, p. 335; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Civitas, 2008, p. 101.

⁶ Sobre las distintas tesis para determinar la *internacionalidad* de un supuesto, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 11ª Ed., Granada, Comares, 2010, pp. 18-23.

⁷ Sobre esta cuestión *in extenso* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 51-54.

3. El ordenamiento aplicable a la cuestión relativa al inicio de la *tramitación* del arbitraje

9. Del mismo modo, y también contrariamente a lo que sostiene un mayoritario sector doctrinal⁸ y cierta jurisprudencia menor⁹, entiendo que, para determinar si un arbitraje *se encuentra o no tramitado* a los efectos de la vigencia de un convenio arbitral tras una declaración concursal, habrá de estarse al ordenamiento concursal (LC) y *no* al ordenamiento arbitral (LA).

En efecto, quizá porque la LC no regule expresamente esta materia o quizá porque la LA sí parece contener una disposición expresa al respecto –en puridad, tampoco la contiene–, un primer acercamiento a la cuestión invita a resolverla realizando una remisión al artículo 27 LA. Precepto a cuyo tenor: “*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje*”.

Bien mirado, sin embargo, esta remisión no es coherente con el espíritu de la LC. De entrada, supone una quiebra de los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* ya citados. Pero es que, además, el artículo 52 LC no alude a un procedimiento arbitral *iniciado* (que es lo que regula el artículo 27 LA); el artículo 52 LC alude expresa y conscientemente a un procedimiento arbitral *tramitado*. O lo que es lo mismo: para determinar la vigencia de un convenio arbitral ante una declaración de concurso, la LC no exige que el arbitraje esté *iniciado*; la LC sólo quiere saber si efectivamente se ha llevado a cabo el primer *trámite* necesario para que el arbitraje se inicie (*tramitado*); con independencia absoluta de los efectos procesales (posible prescripción...) que el inicio de ese arbitraje produzca conforme a la LA.

Una interpretación sistemática de los dos párrafos que conforman el artículo 52 LC confirma esta opinión: el artículo 52.1 LC regula los supuestos en los que el convenio arbitral está “inerte” o desactivado, mientras que el artículo 52.2 LC regula los supuestos en los que el convenio ha sido activado. Siendo esto así –que lo es– el primer párrafo del artículo 52 LC puesto en relación con el segundo párrafo del mismo precepto exige que el momento de la *tramitación* del arbitraje sea aquél en el que se lleve a cabo la primera diligencia necesaria para iniciar el arbitraje –por ejemplo, el registro de la entrada del arbitraje en la institución arbitral. Entre ambos supuestos no puede haber un “gap” temporal –de otro modo habría un vacío legal. Para la LC, el convenio arbitral o está activado o está desactivado; pues para la LC y su jurisprudencia –en particular su jurisprudencia sobre el artículo 51– todo lo que *no* está “no iniciado” está tramitado.

Así, la jurisprudencia de las Audiencias en interpretación del artículo 51.1 LC –precepto paralelo en cuanto a su contenido al artículo 52¹⁰– entiende que el procedimiento está tramitado cuando se ha llevado a cabo la primera diligencia posible para iniciarlo. De este modo, el procedimiento se considera tramitado cuando ha sido presentada la demanda¹¹, con independencia absoluta de que ésta haya sido o no admitida a trámite¹². Pero aún más, pues la mera solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la misma presentación de la demanda principal es suficiente para considerar que el procedimiento está *tramitado*¹³. En sentido similar, se ha entendido también que, en el seno de un juicio monitorio, el procedimiento se encuentra en *tramitación* aun cuando la demanda declarativa que sigue a dicho juicio no haya sido presentada¹⁴.

⁸F. CORDÓN MORENO, “Artículo 52”, en: F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ª Ed., Aranzadi, 2010, p. 616 (cfr. no obstante con el comentario de la primera edición, p. 429); E. J. ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho Concursal*, 2ª Ed., Madrid, La Ley, 2009 pp. 427-428; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ / J. HERNANDO MENDÍVIL, “Artículo 52. Procedimientos arbitrales”, en: P. PRENDES CARRIL, *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, 2009, p. 323; J. L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, en: J. L. GONZÁLEZ MONTES (Ed.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley, 2008, p. 386; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, cit., nota 5, p. 53; M. J. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 52”, en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 522; R. BELLIDO, “Artículo 52”, en: Á. ROJO / E. BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 1015.

⁹Auto núm. 106/2009, AP de La Rioja, Núm. recurso 129/2009, 8 octubre 2009, (CENDOJ 26089370012009200128).

¹⁰Y a cuyo tenor: “*Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia...*”

¹¹Auto AP de Madrid de 5 febrero 2009 (EDJ 2009/36573).

¹²Auto AP de Madrid de 26 marzo 2008 (EDJ 2008/61028).

¹³Auto AP de Cáceres de 9 junio de 2009 (EDJ 2009/121024).

¹⁴SAP de Madrid de 4 diciembre 2008 (EDJ 2008/310386).

10. Y por lo que hace al juego del artículo 27 LA en este contexto, debe observarse que su misma aplicación se compadece mal –muy mal– con lo que pretende regular el artículo 52 LC. Repárese en que la primera conexión que utiliza el artículo 27 LA para determinar el inicio de un arbitraje es la de la autonomía de la voluntad. Conexión que tiene todo su sentido cuando el inicio del mismo marque el *dies a quo*, pero que no puede aceptarse en el ámbito concursal. Y es que, no pueden ser las partes quienes determinen por sí mismas cuándo un arbitraje está o no en tramitación a los efectos de la Ley concursal.

La improcedencia del artículo 27 LA para regular estos supuestos se percibe con particular nitidez en aquellos casos en los que la declaración de concurso afecte a varios procedimientos arbitrales cuyo *inicio* se ponga en duda: ¿tendría entonces que estar el juez del concurso pendiente de la fecha de inicio de cada uno de los arbitrajes conforme a criterios distintos para aplicar correctamente el artículo 52 LC? Piénsese que en la medida en que el artículo 27 LA contempla varias conexiones para determinar el inicio del arbitraje –de entrada, todas aquellas que las partes sean capaces de imaginar, más todas aquellas que las distintas instituciones arbitrales prevean– su aplicación en el ámbito concursal crearía un marco excesivamente heterogéneo. Tan heterogéneo que sería de todo punto incompatible con los principios concursales básicos (otra vez, *unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento*).

4. Conclusiones parciales

11. Como conclusión de lo hasta aquí dicho puede afirmarse que es el *ordenamiento jurídico concursal* –y no el ordenamiento jurídico arbitral– el ordenamiento aplicable a las cuestiones relativas a: (i) los efectos que una declaración de concurso despliega sobre un convenio arbitral; (ii) a la determinación de la *internacionalidad* del supuesto; y (iii) a la cuestión relativa al momento procesal en el que debe entenderse si un arbitraje está o no efectivamente “tramitado”.

Y como es sabido, el ordenamiento jurídico concursal español está compuesto por normas de fuente interna y normas de fuente comunitaria. La norma concursal de fuente interna es la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (con las reformas introducidas por el *RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo de Medidas Urgentes en materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la evolución de la situación económica*¹⁵ y por la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*¹⁶).

La norma comunitaria es el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia¹⁷ (en adelante, *Reglamento europeo de insolvencia*).

III. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *intra*comunitarios: el *Reglamento europeo de insolvencia*

1. El *Reglamento europeo de insolvencia*

12. Siendo dos las normas concursales hipotéticamente aplicables, debe concretarse entonces si el *Reglamento europeo* es o no efectivamente aplicable a un supuesto en el que acreedor y deudor concursal tienen su residencia habitual en dos Estados distintos de la Unión. Repárese en que, en caso de ser aplicable, su jerarquía superior respecto de la norma interna supondría tanto como la inaplicación de la LC a este tipo de supuestos (a no ser, claro está, que se llegara a la aplicación de la LC por remisión del mismo Reglamento).

13. Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada es, sin lugar a dudas, afirmativa. El *Reglamento europeo* sí es de aplicación a un supuesto en el que media un convenio arbitral entre en un concursado español con residencia habitual en España y un acreedor nacional de otro Estado miembro de la UE y residente en ese Estado.

¹⁵ BOE núm. 78, de 31.3.2009.

¹⁶ BOE núm. 266, de 4.11.2009.

¹⁷ DOUE L 160, de 30.6.2000; DOUE L 176, 5.7.2002; y, DOUE L 236, 23.9.2003.

Los argumentos a favor de esta interpretación son los siguientes: en primer lugar, y pese a la incomprensible aversión que en ciertos sectores suscita la inclusión del arbitraje en determinados reglamentos comunitarios (en concreto, en los que tienen su base jurídica en el hoy artículo 81 TFUE)¹⁸, resulta que excluir del ámbito de aplicación material del *Reglamento europeo de insolvencia* aquellos supuestos en los que medie un convenio arbitral entre el deudor concursal y el acreedor extranjero supondría tanto como dar al traste con la misma aplicación del mismo. En efecto, bastaría con que el deudor o acreedor exhibiera un convenio arbitral en fase concursal para evitar su misma aplicación¹⁹. Y en la medida en que el arbitraje es la forma habitual de resolver controversias comerciales en el tráfico internacional, la invocación del convenio arbitral en fase concursal sería –de hecho, es ya– el supuesto más normal.

En segundo lugar, desde una perspectiva de interpretación sistemática, el supuesto descrito cumple cumulativamente con dos requisitos de aplicación de las normas más importantes del Reglamento: “conexión comunitaria” y residencia habitual de un acreedor en otro Estado miembro de la UE.

Por lo que hace a la “conexión comunitaria”, baste con traer a colación lo que explica la doctrina de referencia en esta materia: “*El Reglamento sólo se aplica a los procedimientos de insolvencia que se abran en un Estado miembro sobre deudores comunitarios (i. e. deudores, cualquiera que sea su nacionalidad, cuyo centro de intereses principales esté en la Comunidad) y sólo regula los aspectos intracomunitarios de esos procedimientos (i. e. vis-a vis la ley de otros Estados miembros)*”²⁰.

Por otro lado, si bien es cierto que el Reglamento no contempla con alcance general un ámbito de aplicación personal, no lo es menos que determinadas disposiciones del texto sí exigen la residencia habitual del acreedor y deudor en distintos Estados miembros de la UE. Así, por ejemplo, el Capítulo IV del mismo contiene reglas relativas a la “Información a los acreedores y presentación de sus créditos”; reglas que son aplicables a supuestos en los que el acreedor tenga su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquél en el que se haya abierto el procedimiento. En concreto, el mismo artículo 39 del Reglamento (titulado *Derecho a presentar los créditos*) establece: “*Los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya abierto el procedimiento, incluidos las autoridades fiscales y los organismos de la seguridad social de los Estados miembros, tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en el procedimiento de insolvencia*”.

Por fin, el criterio de aplicabilidad del *Reglamento europeo* a supuestos vinculados a un arbitraje internacional es ampliamente aceptado. Así lo contemplan tanto la jurisprudencia comparada²¹ como la doctrina de referencia: *El Reglamento no contiene normas expresas relativas a los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre los procedimientos arbitrales pendientes en un Estado miembro. Los procedimientos arbitrales no quedan excluidos de los efectos generales que prevé la lex concursus (ex artículo 4) y el tenor del artículo 15 es lo suficientemente amplio como para incluirlos*²².

14. La única excepción a la aplicación del *Reglamento europeo* a estos supuestos –supuestos en los que media un convenio arbitral– se encuentra en aquellos casos en los que el concurso esté dentro del grupo de procedimientos de insolvencia excluidos del ámbito de aplicación material del mismo; esto es, *procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito; relativos a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros; y, relativos a los organismos de inversión colectiva* (art. 1.2).

¹⁸ Vid. el Informe sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001 redactado por la *Comisión de Asuntos Jurídicos* del Parlamento Europeo. 29.6.2010. A7-0219/2010.

¹⁹ Circunstancia ésta que parece pasar desapercibida entre quienes proclaman una exclusión “total” del arbitraje del ámbito de aplicación material de cualquier reglamento comunitario.

²⁰ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 29. También en este sentido, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 97.

²¹ Sentencia *Syska v. Vivendi*, High Court of Justice (Queen’s Bench Division), 2.10.2008 (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html).

²² M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, cit., p. 141.

15. Siendo entonces de aplicación el *Reglamento europeo* a los supuestos de insolvencia *intracomunitarios* en los que medie un convenio arbitral entre deudor concursal y acreedor, procede describir muy brevemente la característica general y estructura de este instrumento.

2. Característica general del *Reglamento europeo de insolvencia*: “*No vis attractiva concursus*”

16. Por lo que ahora importa, la característica más importante del Reglamento comunitario se concreta en que parte de un modelo de *no vis attractiva*. Esta cuestión es pacíficamente aceptada²³; está expresamente recogida en el *Informe VIRGÓS / SCHMIT sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia* (numeral 77); y tiene una clarísima justificación.

17. En cuanto al *significado* del principio de *vis attractiva* o *no vis attractiva* en la relación arbitraje / concurso, cabe señalar lo siguiente: una regulación concursal que siga un modelo o principio de *vis attractiva* se caracteriza por otorgar al juez del concurso la competencia para conocer tanto de las cuestiones típicamente concursales (declaración de apertura, desarrollo y finalización del procedimiento concursal, desapoderamiento del deudor, designación del administrador, verificación y aceptación de la lista de acreedores, rango de los créditos...) como de las cuestiones que derivan de una relación entre el deudor concursal y sus acreedores o deudores “ajena” al mismo concurso (cuestiones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal...). Por el contrario, un modelo de *no vis attractiva* niega la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de todas aquellas cuestiones que no sean estrictamente concursales.

En consecuencia, en perspectiva arbitral, un modelo de *no vis attractiva* supone tanto como que los supuestos que no sean estrictamente concursales pueden ser sometidos al juicio de árbitros (es decir, son arbitrables).

18. Por otro lado –y esto en cuanto a la *justificación* del modelo elegido–, el hecho de que el Reglamento comunitario haya adoptado un modelo de *no vis attractiva* no es casual. Responde a una minuciosa ponderación de los distintos intereses en juego. Como ha sido destacado, “*imponer la centralización de todas las controversias vinculadas de forma directa o indirecta al patrimonio del deudor concursal... en el ámbito internacional puede convertirse en absolutamente irrazonable*”²⁴. En efecto, no es lo mismo una mera modificación territorial de la competencia judicial en los supuestos internos, que una modificación integral de la competencia judicial *internacional*, pues esta última modificación supone tanto como un cambio radical de las expectativas procesales de las mismas partes.

19. En cualquier caso, a resultas de este modelo de *no vis attractiva*, únicamente quedan sometidas a la competencia del juez del concurso las siguientes cuestiones (art. 3 del Reglamento):

- (a) todas las cuestiones sobre la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, así como los litigios relativos al procedimiento mismo;
- (b) todas las demás acciones que se *deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste*; y,
- (c) las medidas cautelares que sirvan a dichas acciones.

20. Por fin, no debe olvidarse que del hecho de que el *Reglamento europeo de insolvencia* se base en un principio –o modelo– de “*no vis attractiva*” se derivan una serie de importantes consecuencias. Baste ahora con destacar la más importante: cualquier construcción doctrinal que vaya en contra de este principio debe descartarse²⁵.

²³ Entre otros, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, *cit.*, p. 64; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal...*, *cit.*, p. 97; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 70-71; E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 11”, en: F. CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, 2004, pp. 168-171; E. TORRALBA MENDIOLA, “Artículo 11”, en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 142-146.

²⁴ I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 76.

²⁵ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, *cit.*, pp. 64-65.

IV. Regulación del supuesto *intracomunitario* en aplicación del *Reglamento europeo de insolvencia*

1. Planteamiento de la cuestión

21. Visto entonces que el *Reglamento europeo de insolvencia* es aplicable a un supuesto como el controvertido (efectos que despliega una declaración de concurso en un convenio arbitral *internacional* firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia en otro país miembro de la UE) y visto también que el Reglamento parte de un principio de *no vis attractiva concursus*, corresponde ahora determinar la concreta norma del Reglamento que regula el tratamiento concursal que debe darse a los convenios arbitrales *internacionales*.

El problema en este punto radica, precisamente, en que el Reglamento –aun siendo la norma aplicable– no dedica una sola línea a regular esta cuestión²⁶. Ante esta situación, y en la medida en que el Reglamento es aplicable a estos supuestos (*supra* 13) la única opción posible pasa por deducir una solución del mismo texto a partir de una interpretación analógica, teleológica y/o sistemática de sus preceptos.

22. Para buscar en el Reglamento comunitario una solución a la cuestión planteada debe procederse, con carácter previo, a *calificar* el convenio arbitral: ¿es el convenio arbitral un contrato como cualquier otro? O por el contrario, ¿es el convenio arbitral un contrato procesal que como tal despliega efectos procesales?²⁷

La cuestión así planteada tiene su importancia, pues dependiendo de la respuesta que demos a esta cuestión –*rectius*, dependiendo de la calificación que hagamos del convenio arbitral– las normas aplicables del Reglamento serán unas u otras.

2. Calificación del convenio arbitral como un *mero contrato*

23. Asumir –sin más– la naturaleza contractual del convenio arbitral tiene una consecuencia clara: obliga a dispensar al convenio arbitral el mismo trato que el Reglamento dispensa al resto de contratos. Así, y salvo las excepciones previstas para los contratos relativos a bienes inmuebles y contratos de trabajo (arts. 8 y 10 del Reglamento, respectivamente), los *efectos* del concurso sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte y que se hubieran celebrado con anterioridad a la declaración de apertura se registrarán –en principio, y sólo en principio– por la *lex fori concursus*. Así lo establece el artículo 4.2.e/ del Reglamento²⁸.

Es decir, en nuestro supuesto –y partiendo de la base de la correcta competencia judicial internacional del juez español para abrir el concurso (*ex art. 3 del Reglamento*)–, si calificamos el convenio arbitral como un *mero contrato*, para determinar los efectos que sobre éste produce la declaración de insolvencia habrá de estarse a lo que establezca la LC. Esto es, llegamos a la aplicación de la LC por remisión directa de una norma de conflicto del Reglamento.

24. Posteriormente desarrollaré las consecuencias que se derivarían de la aplicación de la LC al supuesto –supuesto *extracomunitario*– (*infra* Ep. V).

3. Calificación del convenio arbitral como un *contrato procesal*

25. Si por el contrario aceptamos –como es mayoritariamente aceptado²⁹– que el convenio arbitral es un contrato que despliega efectos eminentemente procesales, el razonamiento es otro.

La finalidad del convenio arbitral es la de concretar el cauce procesal que las partes libremente

²⁶ Como así lo advierte I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 84.

²⁷ Parte ya de esta distinción, I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 84.

²⁸ A cuyo tenor: *1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento... 2... Dicha Ley determinará en particular: e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte.*

²⁹ M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, “Artículo 11”, en J. GONZÁLEZ SORIA, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, 2004, p. 116; D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en D. ARIAS LOZANO, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, 2005, p. 102; M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, *cit.*, p. 82; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 86-88; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *cit.*, pp. 311-312.

deciden otorgarse. Para que esto sea efectivamente así, el convenio arbitral despliega unos efectos muy definidos. Esos efectos son, por un lado, el *efecto derogatorio* –o *negativo*–, consistente en excluir la competencia de los jueces estatales; y, por otro, el efecto *prorrogatorio* –o *positivo*–, consistente en atribuir competencia exclusiva a los árbitros para conocer de la controversia³⁰.

Que el convenio arbitral es un contrato que por esos efectos procesales que produce requiere un tratamiento distinto al que reciben los demás contratos, es fácilmente entendible. De entrada, porque los efectos del convenio arbitral no son los mismos que se pretenden en el marco obligacional general: el convenio arbitral define un concreto marco procesal para las partes; un marco que, a mayor abundamiento, ellas mismas se han otorgado. Esta particularísima dimensión procesal del convenio arbitral está implícitamente contemplada en el artículo 22.1 de la LA³¹. De otro modo, el principio de *competencia-competencia* que este precepto consagra no se entendería³².

Explicación: En virtud del principio *competencia-competencia* serán los propios árbitros los primeros en entrar a decidir sobre la validez del convenio arbitral cuando ésta se ponga en duda. En la medida en que los árbitros tienen potestad para conocer de la validez del convenio arbitral, tienen, también, potestad para conocer de su propia competencia: el convenio arbitral es, en definitiva, la cláusula que otorga competencia a los árbitros. Además, para que esto pueda ser así, el artículo 22.1 LA proclama la “separabilidad” o autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal. Lo que quiere decir, a su vez, que la competencia del árbitro no depende del hecho de que únicamente se haya impugnado la validez del mismo convenio arbitral o del hecho de que se haya impugnado el contrato en su totalidad. En ambos supuestos, el árbitro decide sobre la validez del convenio arbitral.

De hecho, el respeto de esta vertiente procesal del convenio arbitral es una nota común en el Derecho comparado y se traduce en la inclusión de una norma *ad hoc* para regular su particular eficacia en el marco concursal: en nuestra LC, el artículo 52.

26. Pues bien, en la medida en que el *Reglamento europeo de insolvencia* respeta la realidad *extraconcursal* –esto es, en la medida en que sólo contempla la *competencia judicial internacional* del juez del concurso para conocer de aquellas acciones que guarden una inmediata relación con el mismo–, parece evidente que en su *ratio* está el respetar la vertiente procesal del *convenio arbitral internacional*.

Extrapolar este razonamiento a los supuestos en los que medie un convenio arbitral entre el deudor concursal y el acreedor supone tanto como aceptar que el juez del concurso está *obligado* a respetar la vigencia del convenio arbitral *internacional*. En efecto, no aceptar esta conclusión (esto es, no aceptar la vigencia del convenio arbitral) supondría tanto como favorecer la *vis attractiva concursus*. Y como ya destacamos anteriormente (*supra* 20), cualquier construcción que vaya contra el principio “no *vis attractiva concursus*” debe descartarse.

27. En conclusión: El *Reglamento europeo de insolvencia* mantiene la validez del convenio arbitral para supuestos extraconcursoales (no inmediatamente vinculados al concurso). Siendo esto así, el juez del concurso está obligado a respetar la vigencia del convenio arbitral. Y ello: (i) aun cuando considere que el arbitraje *no* estaba tramitado en el momento en el que se declaró el concurso³³; y, (ii) aunque la misma *lex fori concursus* establezca lo contrario.

28. A la misma conclusión llegamos aun cuando el juez del concurso como la sede del arbitraje se localicen en un mismo Estado. De entrada, porque el supuesto sigue siendo un supuesto *internacional* (residencia habitual de deudor y acreedor en distintos Estados) y, en consecuencia, no procede la equi-

³⁰ Sobre esta cuestión, con todo detalle, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, cit., pp. 103-108.

³¹ A cuyo tenor: *1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.*

³² Ya en este sentido, I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, cit., p. 88.

³³ La relevancia de la cuestión relativa a “la tramitación” del arbitraje queda pues reducida a los supuestos internos. Sobre este particular, *vid. supra* Ep. II.3.

paración entre la vía arbitral y la competencia judicial meramente *territorial*. Pero además, aceptar otra interpretación supondría tanto como una modificación radical e injustificada del cauce elegido por las partes para solventar sus controversias.

V. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *extracomunitarios*: el artículo 52 LC a la luz del artículo 11 LC

29. Si las características del supuesto impidieran la aplicación del *Reglamento europeo* –*ad. ex.* por no darse la conexión intracomunitaria necesaria–, la solución a la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso tiene sobre la vigencia de un convenio arbitral firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia habitual en el *extranjero* habría de buscarse en la Ley Concursal.

30. En este contexto, una primera incursión en la Ley Concursal podría llevar a la errónea conclusión de que el convenio arbitral –al contrario de lo que ocurriría en aplicación del Reglamento– perdería su vigencia. Y es que, en la medida en que la LC española parte de un principio contrario al del Reglamento comunitario (parte de un principio de *vis attractiva concursus*) podría pensarse que la solución al supuesto controvertido pasaría por aplicar el artículo 52 LC con todas sus consecuencias: como ya vimos (*supra* 9), la vigencia del convenio arbitral dependería de que el arbitraje estuviera o no tramitado.

Sin embargo –y este dato es ahora fundamental–, no puede obviarse que la misma LC se esfuerza en destacar que ese principio (*vis attractiva concursus*) sólo informa a los supuestos estrictamente *internos*. Para los supuestos *internacionales* –en armonía con el Reglamento europeo– rige el principio contrario: rige el principio de *no vis attractiva concursus*. Así lo establece con particular nitidez el artículo 11 LC, a cuyo tenor: “*En el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.*”

31. En consecuencia, ante un supuesto *internacional* –a los efectos del artículo 11 LC, que no del artículo 3 LA³⁴– que *no* guarde una relación inmediata con el concurso (supuesto *extraconcursal*), el principio *vis attractiva* que informa a la LC para los supuestos internos, se torna en un principio de *no vis attractiva*. O dicho de otro modo, el artículo 52 LC debe interpretarse en el sentido de que se respetará la sumisión a arbitraje que establece el convenio arbitral incluso cuando éste se inicie con *posterioridad* a la declaración del concurso.

VI. Extrapelación de la solución internacional a los supuestos internos: el *Anteproyecto de Ley de Arbitraje*.

32. La interpretación defendida de forma unánime por la doctrina *internacional privatista* ha encontrado eco en el legislador. Así, el *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* (en adelante, *Anteproyecto LA*)³⁵ se caracteriza, por lo que ahora importa, por asumir íntegramente las demandas doctrinales sobre este particular. Hasta tal punto que la solución aquí defendida para los supuestos internacionales es explícitamente aceptada por el legislador. En concreto, el Apartado III de la Exposición de Motivos del *Anteproyecto LA* señala:

Por otro lado, ligada a la reforma de la Ley de Arbitraje se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo

³⁴ El artículo 11 LC no concreta cuándo una relación jurídica debe considerarse *internacional*. Sin embargo, lo que sí parece claro es que –a diferencia de la LA– en su *ratio* no está asumir la *tesis del efecto internacional* (*supra* 6). Habrá que considerar *internacional*, por tanto, todo supuesto que presente un “elemento extranjero” (*tesis del elemento extranjero*). Sobre esta cuestión, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 18-23.

³⁵ El *Anteproyecto LA* puede consultarse en la pág. web del Ministerio de Justicia: www.mjjusticia.es

52. *Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor; las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero posesión del deudor concursal, los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura.*

Así las cosas, el Apartado Dos de la *Disposición final quinta* (titulada, *Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*) dispone:

Dos. *El apartado 1 del artículo 52 pasa a tener la siguiente redacción:*

“1. *La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los acuerdos sobre mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado*”.

33. En consecuencia, de mantenerse en el trámite parlamentario la propuesta del legislador, tras la entrada en vigor del hoy *Anteproyecto LA*, toda la polémica anteriormente descrita quedará vacía de contenido: en cualquier caso –ya sea un supuesto interno, ya sea un supuesto internacional– la eficacia del convenio arbitral no se verá afectada por una declaración de concurso.

VII. Conclusiones

34. 1ª) La cuestión relativa a los efectos de una declaración de concurso sobre un convenio *arbitral internacional* es una cuestión *de índole concursal* y no de *índole arbitral*. Para determinar la internacionalidad del supuesto y el alcance de los efectos de esa declaración sobre la vigencia del convenio arbitral deberá estarse a la regulación concursal y no a la regulación arbitral. De hecho, no hay ninguna norma ni en el Derecho arbitral convencional (Convenio de Nueva York de 1958 y Convenio de Ginebra de 1961) ni el Derecho arbitral de fuente interna (LA) que regule esta cuestión.

2ª) En los supuestos *intracomunitarios* es de aplicación el *Reglamento europeo de insolvencia*. Este Reglamento se rige por el principio de “*no vis attractiva concursus*”. En su virtud, escapan a la competencia del juez del concurso las cuestiones *extranconcursoales*. Su competencia queda limitada, por tanto, a las cuestiones directa e inmediatamente afectadas a la realidad concursal.

3ª) El *Reglamento europeo de insolvencia* no regula expresamente la cuestión relativa a la eficacia de un convenio arbitral ante una declaración de concurso. Sin embargo, partiendo de la base de que el convenio arbitral es un contrato procesal –como así se deduce del principio de *competencia-competencia* que informa a la ley arbitral– y en la medida en que el *Reglamento* respeta la realidad *extraconcursoal* –esto es, en la medida en que sólo contempla la *competencia judicial internacional* del juez del concurso para conocer de aquellas acciones que guarden una inmediata relación con el mismo–, es obvio que en su *ratio* está el respetar la vertiente procesal del *convenio arbitral internacional*. Máxime cuando la sumisión a arbitraje está prevista para un supuesto que ni deriva directamente, ni tiene relación inmediata con el procedimiento de insolvencia.

Siendo esto así, el juez del concurso está obligado a respetar la vigencia del convenio arbitral. Y ello: (i) aun cuando considere que el arbitraje no estaba tramitado en el momento en el que se declaró el concurso; y, (ii) aunque la misma *lex fori concursus* establezca lo contrario.

4ª) A la misma conclusión llegamos en aplicación de la Ley Concursal. En efecto, en la medida en que estemos ante un supuesto *internacional* a los efectos del artículo 11 LC, el principio *vis attractiva* que informa a la LC para los supuestos internos, se torna en un principio de *no vis attractiva*. En consecuencia, el convenio arbitral preservará su eficacia aun mediando una declaración de concurso.

5ª) Por fin, no está de menos destacar que la interpretación aquí realizada es la que el legislador pretende para los supuestos internos. De tal forma que, tras la entrada en vigor del hoy *Anteproyecto LA*, el convenio arbitral seguirá manteniendo su vigencia incluso después de la declaración de concurso. Así, el principio de *vis attractiva* que informa la LC tendrá dos clarísimas excepciones: los supuestos internacionales (art. 11 LC) y los supuestos en los que medie un convenio arbitral (art. 52 LC).

LAS REGLAS DE ROTTERDAM (II)

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA

Abogado, Doctor en Derecho

Recibido: 02.09.2010 / Aceptado: 14.09.2010

Resumen: Este trabajo es el segundo en una serie sucesiva de artículos que sobre las Reglas de Rotterdam comenzaron a publicarse en el nº 1 del volumen 2 de Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), pp. 165-185. En esta ocasión, siguiendo el plan establecido en la Parte I, las reflexiones se dedican al análisis de los aspectos formales y documentales contenidos en la regulación prevista en las Reglas de Rotterdam en su aplicación al contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Conforme a un esquema tradicional de exposición de la materia, se explicarán cuáles son los documentos de transporte contemplados en las Reglas, quién debe emitirlos y firmarlos, cuál es su contenido y qué funciones cumplen.

Palabras clave: Contrato, transporte, marítimo, mercancías, multimodal, documentos.

Abstract: This article is the second from a successive series of articles on the Rotterdam Rules which started to be published in No 1, Volume 2 of Cuadernos de Derecho Transnacional (March 2010), pages 165-185. Now, following the outline advanced in Part I, our comments will be focused on the analysis of the formal and documentary aspects contained in the regulation of the Rotterdam Rules as applied to the contract for the international carriage of goods wholly or partly by sea. Through a classical exposition approach, we will address issues such as the concept and classes of transport documents contemplated by the Rules, their issuance and signature, their contents and their functions.

Key words: Contract, carriage, sea, goods, multimodal, documents.

Sumario: IV. Aspectos documentales y formales. 1. Introducción. 2. Concepto de documento de transporte. 3. Clases de documentos de transporte. Los documentos electrónicos de transporte. 4. Emisión del documento de transporte. 5. Firma del documento de transporte. 6. Contenido del documento de transporte. Los “datos del contrato”. 7. Funciones del documento de transporte. 8. Requisitos de forma.

IV. Aspectos documentales y formales

1. Introducción

1. Los aspectos documentales y formales del contrato de transporte marítimo de mercancías siempre han sido objeto de atención particular por los instrumentos internacionales reguladores de este contrato. Es más, puede afirmarse que, como sucede en la regulación uniforme actualmente vigente entre nosotros (RHV), la documentación del contrato de transporte ocupa, por unas razones u otras, un lugar central en el conjunto de sus normas¹. Las Reglas de Rotterdam (RR) no constituyen

¹ No en vano, las Reglas de La Haya (o Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924) identifican, en su título, su objeto,

una excepción en este contexto, pues, como veremos, este cuerpo normativo dedica un buen número de sus preceptos a la regulación de los aspectos formales y documentales del contrato, si bien, siguiendo el camino abierto ya en su día por las Reglas de Hamburgo (RH), las RR han puesto el centro de gravedad de su regulación sobre la figura del “contrato de transporte” en vez de sobre los “documentos de transporte” que se utilizan en este sector². En las páginas que siguen analizaremos, fundamentalmente, el régimen jurídico de la documentación de transporte diseñado por las RR³. En primer lugar, averiguaremos qué entienden las RR por “documento de transporte” (apartado 2) y qué clases de documentos de transporte contemplan dichas Reglas, haciendo una especial mención a la *novedad* que representan en la regulación del sector los “documentos electrónicos de transporte” (apartado 3)⁴. Luego, determinaremos a quién corresponde, y cómo se debe producir, su emisión (apartado 4) y firma (apartado 5). Y reservaremos para el final, los dos aspectos más relevantes, por su trascendencia práctica, del régimen de los documentos de transporte en las RR. Por un lado, la determinación del contenido del correspondiente documento de transporte (apartado 6). Y, por otro, sus funciones (apartado 7). Y, para cerrar el círculo, concluiremos nuestro análisis con una breve mención a la regulación del artículo 3 RR, que se centra en la exigencia de cumplimiento de ciertos requisitos de forma en determinados ámbitos de la regulación de las RR (apartado 8).

2. Concepto de documento de transporte

2. El artículo 1 RR (“Definiciones”), en su apartado 14, proporciona una definición de “documento de transporte” a los efectos de su aplicación en el marco regulador contemplado por las Reglas. Según dicho precepto, “[P]or “documento de transporte” se entenderá el documento emitido por el porteador, en virtud de un contrato de transporte, que: a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b) Pruebe o contenga un contrato de transporte”. Se trata, como puede comprobarse a primera vista, de una definición amplia y sencilla. Al margen de esa referencia, no precisada (pero tampoco necesaria), al género (“documento”) al que pertenecen específicamente los documentos “de transporte” regulados en las RR, tres son los rasgos esenciales que identifican, y cualifican, como tal a un “documento de transporte” en el marco de dichas Reglas. En primer lugar, se trata de un documento que emite un porteador⁵ y no, en consecuencia, cualquier otra persona que tenga relación con la operación de transporte a la que se refiere el documento; cuestión ésta, la de la emisión del documento de transporte, que analizaremos más adelante en este trabajo (apartado IV.4). En segundo lugar, el documento de transporte se emite en relación a, y como consecuencia de (“en virtud de”), un contrato de transporte. Es, por lo tanto, un documento en el que se formaliza tal contrato, en los términos en que aparece definido y delimitado por las propias RR⁶. Y, en tercer y último lugar, un “documento de transporte”, a tenor de esta definición, viene a cumplir una función probatoria esencial tanto respecto de la recepción por parte del porteador (o de una parte ejecutante)⁷ de la mercancía que es objeto del contrato de transporte, como respecto de la existencia misma de dicho contrato de transporte. Cuando abordemos más adelante las funciones que cumplen los documentos regulados en las RR, tendremos la oportunidad de analizar con mayor detalle este aspecto (apartado IV.7).

del siguiente modo: “para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento”.

² Véase el artículo 5 RR (“Ámbito de aplicación general”), en relación con la definición de “contrato de transporte” que se ofrece en el artículo 1.1 RR. En un mismo sentido, DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 1.

³ Entre la todavía escasa literatura sobre este tema, véase R. WILLIAMS, “Transport Documentation under the New Convention” (2008) 14 *JIML* 566.

⁴ La Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 11 de diciembre de 2008 sobre las RR hace alusión específica a la utilización de documentos electrónicos de transporte como motivo para impulsar la actualización del régimen jurídico vigente en materia de transporte marítimo internacional de mercancías.

⁵ Definido en el artículo 1.5 como “la persona que celebre un contrato de transporte con un cargador”.

⁶ Artículo 1.1 RR: “Por “contrato de transporte” se entenderá todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos”.

⁷ Véanse los apartados 6 y 7 del artículo 1 RR que recogen, respectivamente, las definiciones de “parte ejecutante” y de “parte ejecutante marítima”.

3. Clases de documentos de transporte. Los documentos electrónicos de transporte

3. No existe en lugar alguno de las RR, ni en su detallado artículo 1 (“Definiciones”) ni a lo largo de todo su articulado, mención a las distintas clases (o tipos) de documentos de transporte que se utilizan habitualmente en el sector marítimo (p.ej., conocimiento de embarque, carta de porte marítima, etc.)⁸. De modo consciente y expreso, los redactores de las RR han rehuído cualquier tipo de compromiso que supusiese la identificación normativa de tipos específicos de documentos de transporte marítimo, como los contemplados expresamente en la regulación vigente (RHV)⁹, o la utilización de la terminología que, al respecto, se utiliza en el tráfico. No creo, sin embargo, que fuese su intención la de *subvertir*, con un nuevo lenguaje, el estado de las cosas, sino la de ofrecer un marco de regulación del régimen jurídico de los documentos de transporte lo suficientemente amplio como para poder identificar, delimitar y configurar con el mayor margen de maniobra posible el papel que deben desempeñar los distintos documentos de transporte, cualesquiera que sea su nombre, clase y función, susceptibles de ser empleados en el transporte marítimo o, en su caso, en el transporte multimodal con fase marítima¹⁰. No obstante lo anterior, sí que puede hablarse de una clasificación de los documentos de transporte, a tenor de su regulación en las RR. Y son dos, en particular, los criterios de clasificación empleados por las RR (criterios que, como veremos, pueden operar simultáneamente sobre un mismo documento). Uno, el que atiende al carácter *negociable* o no del documento de transporte. Y otro, el que se centra en si tiene o no carácter *electrónico*.

4. Conforme al primer criterio, las RR distinguen entre un “documento de transporte negociable” y un “documento de transporte no negociable”. Éste viene definido, en negativo, por el artículo 1.16 RR, como “*el documento de transporte que no sea negociable*”, mientras que la definición del primero de estos documentos se recoge en el artículo 1.15 RR en los siguientes términos: “*Por “documento de transporte negociable” se entenderá el documento de transporte que indique mediante expresiones como “a la orden” o “negociable” o mediante alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador, a la orden del destinatario o al portador del documento, y que no indique expresamente que se trata de un documento “no negociable”*”. Por lo tanto, para que un “documento de transporte” pueda ser calificado como “negociable” deben concurrir necesariamente dos circunstancias, una positiva y otra negativa. La primera, que el documento contenga expresiones que recojan el carácter de título “a la orden” o “al portador” de dicho documento, siendo, además, destacable esa referencia que hace el artículo 1.15 RR a “*otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto*”, lo que permitirá, en su caso, el recurso a las correspondientes normas de conflicto del foro para determinar si la Ley nacional aplicable indicada por dichas normas de DIPr¹¹ contempla alguna otra expresión, además de las recogidas en el citado precepto, que sirva para indicar el carácter *negociable* del documento. Por lo que respecta a la circunstancia negativa que deberá concurrir para que pueda considerarse a un documento como negociable a tenor del artículo 1.15 RR, se trata, simplemente, de que tal documento no indique expresamente que se trata de un documento “no negociable”. En consecuencia, conforme a dicho precepto, si consta dicha expresión de “no negociable” en el documento de transporte, bajo ninguna circunstancia podrá entenderse que dicho documento es “negociable”, no obstante otras expresiones que puedan aparecer en él en sentido contrario. En suma, no creemos que la formulación empleada por las RR para identificar, y distinguir, un documento de transporte negociable de otro que no lo es plantee problemas de adaptación al tráfico. Por el contrario, más bien servirá para acoger sin ambages bajo la nueva regulación uniforme a toda una serie de documentos propios del sector que hasta la fecha no habían tenido cabida, o la habían tenido de forma dudosa, en la correspondiente reglamentación¹². Lo cual

⁸ DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, pp. 1 y 6.

⁹ Véase el artículo 1b) RHV. En general, sobre la documentación del contrato en el sistema de las RHV, véase, SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 173 ss.

¹⁰ DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 6. En general, sobre estos documentos, véase A. RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid 1992.

¹¹ Que, por regla general, será la Ley del país de emisión del título (p. ej., artículo 10.3 CC español).

¹² Es el caso, p. ej., de la “carta de porte marítima”. Sobre este documento bajo el régimen de las RHV, véase SÁNCHEZ

tiene su relevancia normativa indudable a la luz de lo que las propias RR establecen, pues del carácter negociable o no del documento dependerá la aplicación de una reglas u otras en ámbitos tan relevantes como la entrega de las mercancías¹³, el ejercicio del derecho de control¹⁴ y la transferencia de derechos incorporados al documento¹⁵. También será relevante la calificación del documento a los efectos de la caracterización de la figura del “tenedor” definido por las RR (artículo 1.10)¹⁶. Sobre todas estas cuestiones volveremos al analizar las funciones de los documentos de transporte regulados en las RR y, en particular, al referirnos a su función *traslativa*.

5. El segundo criterio de clasificación de los documentos de transporte que utilizan las RR es el que diferencia entre documentos de transporte electrónicos y los que no lo son (podríamos denominarlos “documentos de papel”). En realidad, las RR contemplan específicamente al primero de estos documentos, al que se define en su artículo 1.18, sin necesidad de definir, por defecto, a los documentos de transporte *no electrónicos*, que serán todos aquellos que no respondan a la definición del artículo 1.18 RR (y que, en positivo, respondan a la definición *general* de “documento de transporte” que ofrece el artículo 1.14 RR). Según el artículo 1.18 RR, “[P]or “documento electrónico de transporte” se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de ésta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que: a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b) Pruebe o contenga un contrato de transporte”. Como es fácil percibir, la definición del artículo 1.18 RR recoge los elementos esenciales de la definición de “documento de transporte” identificados en el artículo 1.14 RR. No podía ser menos, porque, en realidad, el “documento electrónico de transporte” no es sino un “documento de transporte”¹⁷. Hemos de remitirnos, por lo tanto, a los comentarios generales que sobre este tipo de documento hemos hecho en un apartado precedente por lo que a esos elementos se refiere (vinculación con un contrato de transporte, emisión por el porteador y virtualidad probatoria)¹⁸. El resto de la definición no deja de ser un intento literario, más o menos conseguido, por caracterizar con palabras una realidad virtual, la *electronificación* de los documentos, que responde al signo, incluso jurídico, de los tiempos y que en el sector particular del transporte lleva algún tiempo intentándose promocionar, en el Derecho y en el tráfico¹⁹, con resultados –de momento– desiguales²⁰. Las RR, no obstante, no se han limitado a definir y reconocer la existencia de los documentos electrónicos de transporte, sino que han dedicado, además, un breve Capítulo a esta materia: el Capítulo 3 (“Documentos electrónicos de transporte”) (artículos 8-10)²¹.

CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 187-192. Con detalle, R. BRAVO, “La carta de porte marítimo: un nuevo documento para el transporte de mercancías por mar”, *ADM*, vol. II, 1989, pp. 199-290.

¹³ Véanse los artículos 45, 46 y 47 RR. Los dos primeros regulan la entrega de las mercancías en destino en caso de no haberse emitido un documento de transporte negociable. Y el tercero cuando el documento de transporte emitido es negociable.

¹⁴ Regulado en el Capítulo 10 RR (“Derechos de la parte controladora”) (artículos 50-56), destacando el artículo 51.2, en el supuesto de emisión de un documento de transporte no negociable, y los artículos 51.3 y 51.4, cuando el documento sea negociable.

¹⁵ Capítulo 11 (“Transferencia de derechos”): artículos 57 y 58.

¹⁶ DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 4.

¹⁷ Curiosamente, no obstante, la versión inglesa de las RR no utiliza la expresión “document” cuando define al “documento electrónico de transporte (artículo 1.18 RR), como sí hace, por el contrario al definir al documento de transporte (“Transport document”), sino que utiliza la expresión “Electronic transport record”.

¹⁸ En este sentido de remisión general a la regulación de los “documentos de transporte” habrá que entender la frase con la que comienza el artículo 8 RR (“A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio”), que no puede aplicarse sólo a los requisitos establecidos en el Capítulo 3. Véase, DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, pp. 23-24.

¹⁹ Véase, por ejemplo, en el sector terrestre, el artículo 15 de la nueva Ley española sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías (C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La nueva ley sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías: una primera aproximación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 57/2, Julio-Diciembre 2009, p. 124).

²⁰ Sobre la contratación electrónica del transporte bajo el régimen de las RHV, véase SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 194-197.

²¹ La definición del artículo 1.18 RR emplea la expresión de “comunicación electrónica”, que, a su vez, está definida en el artículo 1.17 RR del siguiente modo: “Por “comunicación electrónica” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la infor-

6. El artículo 8 RR recoge dos principios básicos sobre el empleo y eficacia de los documentos electrónicos de transporte: el principio de “equivalencia funcional” y el principio de “uso consensuado”. La formulación del precepto a este respecto es nítida: “*A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio: a) Todo lo que deba figurar en un documento de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte se hagan con el consentimiento del porteador y del cargador; y b) La emisión, el control exclusivo o la transferencia del documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un documento de transporte*”. Se podrá estar de acuerdo en que la redacción del precepto deja –un poco– que desear, al menos por lo que respecta a la estructuración ordenada de sus ideas, pero, al margen de este mínimo inconveniente para el intérprete, los dos mandatos recogidos en este precepto son claros. Por un lado, el contenido, la emisión y el subsiguiente empleo (control exclusivo, transferencia exclusiva) del documento electrónico de transporte producen los mismos efectos que si se tratase de un documento (no electrónico) de transporte. Unos y otros son, en consecuencia, *equivalentes* en cuanto a la función que están llamados a cumplir (principio de “equivalencia funcional”) ²². Y, por otro lado, la emisión y el empleo de los documentos electrónicos exigen necesariamente el consentimiento (consenso) del porteador ²³ y del cargador (principio de “uso consensuado”), consentimiento que será suficiente, por lo que al *subsiguiente empleo* del documento se refiere, si se hubiese conferido inicialmente por el cargador para su *emisión* ²⁴. Nos resta destacar de este precepto, por último, su inciso inicial (“*[A] reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio*”), que, como hemos adelantado, no puede tener otro significado que el de someter los documentos electrónicos de transporte no sólo a lo que establecen los demás preceptos del Capítulo 3 (es decir, los artículos 9 y 10 RR), sino a la regulación general contenida en las RR aplicable a los documentos de transporte.

7. Los documentos electrónicos de transporte, al igual que, como vimos, los “no electrónicos” (o de papel), pueden ser, a su vez, “negociables” y “no negociables”. Estos últimos vienen definidos en el artículo 1.20 RR del siguiente modo: “*Por “documento electrónico de transporte no negociable” se entenderá el documento electrónico de transporte que no sea negociable*”. Por su parte, y correlativamente, el artículo 1.19 RR ofrece una definición de “documento electrónico de transporte negociable” en los siguientes términos: “*Por “documento electrónico de transporte negociable” se entenderá el documento electrónico de transporte: a) Que indique, mediante expresiones como “a la orden” o “negociable”, o mediante alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, y que no indique expresamente que se trata de un documento “no negociable”; y b) Cuyo empleo satisfaga los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 9*”. Como puede comprobarse, la definición del artículo 1.20 RR es tributaria, con las debidas excepciones (como la omisión de la expresión “*o al portador del documento*”), de la que ofrece el artículo 1.15 RR para el “documento de transporte negociable”. Nos remitimos, por tanto, a lo que se dijo más arriba sobre la caracterización de este documento. Como elemento añadido, el artículo 1.20 RR hace mención a la exigencia de que el documento electrónico de transporte, para ser negociable, haya de satisfacer los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 9 RR. Este artículo, en efecto, establece reglas generales sobre los “[*P*] *rocedimientos para el empleo de los documentos electrónicos de transporte negociables*”. Su texto es el siguiente: “*El empleo de un documento electrónico de transporte negociable deberá observar ciertos procedimientos que prevean: a) El método para la emisión y la transferencia del documento al tenedor previsto; b) Las medidas para asegurar que el documento electrónico de transporte negociable emitido*

mación comunicada sea accesible para su ulterior consulta”. Esta última definición no es relevante sólo en el ámbito de los documentos (electrónicos) de transporte, sino, también, en un contexto más general, como pone de manifiesto el artículo 3 RR (“Requisitos de forma”).

²² A esta conclusión se llega combinando lo que señala el inciso inicial de la letra a) del artículo 8 con lo que establece su letra b).

²³ En la medida en que, como veremos más adelante, la emisión del documento corresponde al porteador (artículo 35 RR), la elección por parte de éste de un formato electrónico de documento habrá que entenderla como consentimiento otorgado por su parte al empleo de un “documento electrónico de transporte”.

²⁴ Sobre esta cuestión, véase DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, pp. 24-25.

conservar su integridad; c) la forma en que el tenedor podrá probar su condición de tal; y d) La forma en que se dará confirmación de que se ha realizado la entrega al tenedor, o de que, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 10, o en los apartados a) ii) y c) del párrafo 1 del artículo 47, el documento electrónico de transporte ha perdido su eficacia o validez. 2. Los procedimientos exigidos en el párrafo 1 del presente artículo deberán figurar en los datos del contrato y ser de fácil comprobación". Habrá que entender, en consecuencia, a la luz de este precepto, que los "requisitos" a los que se refiere el artículo 1.20 RR no son otros, o no es otro, que el cumplimiento ("*deberá observar*") de los procedimientos previstos (y necesariamente recogidos en los "datos del contrato": artículo 9.2 RR) en las letras a) a d) del artículo 9.1 RR, los cuales, obviamente, deberán haber sido previamente establecidos²⁵.

8. La regulación especial de las RR sobre los documentos electrónicos de transporte se completa con su artículo 10 ("*Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable*"), que prevé la sustitución, entre sí, de dos clases de documentos de transporte *negociables*, los electrónicos y los que no lo son, y establece los requisitos y condiciones para que dicha sustitución produzca efectos. Es un precepto de fácil inteligencia. Su apartado 1 contempla la sustitución de un documento de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable. Lo hace en los siguientes términos: "*Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento acuerden sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable: a) El tenedor deberá restituir al porteador el documento de transporte negociable, o todos los originales, si se emitió más de uno; b) El porteador deberá emitir al tenedor un documento electrónico de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento de transporte negociable; y c) A partir de ese momento, el documento de transporte negociable quedará privado de su eficacia o validez*". Por su parte, el apartado 2 del artículo 10 RR contempla el proceso de sustitución inverso: "*Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento acuerden sustituirlo por un documento de transporte negociable: a) El porteador deberá emitir al tenedor, en lugar del documento electrónico, un documento de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento electrónico de transporte negociable; y b) A partir de ese momento, el documento electrónico de transporte quedará privado de su eficacia o validez*". La sustitución de un documento negociable por otro, en consecuencia, requerirá del acuerdo entre porteador y tenedor²⁶, así como la emisión por el porteador del documento en su nuevo formato (y, en su caso la restitución a éste del original u originales del documento en papel) y, por último, la constatación en el nuevo documento del hecho de la sustitución. La sustitución producirá efectos a partir del momento de la emisión del documento con el nuevo formato.

9. Aunque no se trate de documentos de transporte, en el sentido que les otorga las RR, no queremos cerrar este apartado sin hacer referencia al hecho de que en toda operación de transporte, junto al documento de transporte, *strictu sensu*, suele ser necesario emplear otro tipo de documentos relativos a la operación de transporte y, en especial, a las mercancías que son objeto del contrato de transporte (los llamados "documentos relativos a las mercancías"). A estos documentos se refieren los artículos 29 y 55 RR a la hora de imponer al cargador o a la parte controladora, respectivamente, la obligación de proporcionárselos al porteador, junto con otras informaciones e instrucciones, cuando sea razonablemente necesario para la adecuada ejecución del transporte.

4. Emisión del documento de transporte

10. En las RR, la emisión del documento de transporte, cualquiera que sea su clase (electrónico, no electrónico, negociable, no negociable), corresponde al porteador (artículos 1.14 y 1.18), sin perjui-

²⁵ En el conjunto de definiciones del artículo 1 RR hay dos que interesan a los efectos de la regulación sobre los documentos electrónicos de transporte negociables. Una es la que ofrece el artículo 1.21 y otra la recogida en el artículo 1.22. La primera indica que "[P]or "emisión" de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá su emisión por medio de procedimientos que aseguren que el documento es susceptible de permanecer bajo control exclusivo desde su creación hasta que pierda su validez o eficacia". Conforme a la segunda definición, "[P]or transferencia de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá la transferencia de control exclusivo sobre el documento".

²⁶ Recuérdesese que el artículo 1.10 RR define la figura del "tenedor".

cio de que, como hemos visto, en los documentos *electrónicos* de transporte, la emisión del documento en dicho formato (electrónico), deberá contar con el consentimiento previo de porteador y cargador (artículo 8a) RR). Las RR no ofrecen una definición general de “emisión”, pero sí definen, como se anticipó, qué debe entenderse por “emisión de un documento electrónico de transporte negociable” (artículo 1.21 RR), si bien este precepto no incide en el significado jurídico de la expresión “emisión”, dada su aceptación generalizada, sino en procurar que la emisión de tal tipo de documento se haga “*por medio de procedimientos que aseguren que el documento es susceptible de permanecer bajo control exclusivo desde su creación hasta que pierda su validez o eficacia*”.

11. De gran trascendencia en esta materia es el mandato del artículo 35 RR (“Emisión del documento de transporte o del documento electrónico de transporte”), que proporciona algunas reglas de relevancia para la caracterización jurídica de los elementos formales del “contrato de transporte” sometido a la regulación de las RR. El artículo 35, que es el que abre el Capítulo 8 (“Documentos de transporte y documentos electrónicos de transporte”)²⁷, capital en la materia que abordamos en este trabajo, dice lo siguiente: “*Salvo que el cargador y el porteador hayan convenido en no utilizar ni un documento de transporte ni un documento electrónico de transporte, o salvo que utilizar uno de esos documentos sea contrario a la costumbre o los usos del comercio o a la práctica del tráfico, al hacer la entrega de las mercancías para su transporte al porteador o a una parte ejecutante, el cargador, o, con el consentimiento de éste, el cargador documentario, tendrá derecho a obtener del porteador, a opción del cargador: a) Un documento de transporte no negociable o, a reserva de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 8, un documento electrónico de transporte no negociable; o b) Un documento de transporte negociable o, a reserva de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 8, un documento electrónico de transporte negociable apropiado, salvo que el cargador y el porteador hayan convenido en no utilizar ni un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable, o que utilizar uno de tales documento sea contrario a la costumbre o los usos del comercio o la práctica del tráfico*”. También aquí la redacción del precepto es algo *sui generis*, particularmente porque se recurre a la repetición, al principio y al final del texto, de una misma salvedad (“*Salvo que*”)²⁸, pero, fuera de esta cuestión, los datos más significativos de la propuesta de reglamentación que recogen las RR en esta materia son los siguientes:

12. a) Las RR no configuran al “contrato de transporte” regulado en su texto (artículos 1.1 y 5.1) como un contrato *formal*, en el que la forma sea un requisito esencial para su validez. Es decir, en hipótesis, podrá existir un “contrato de transporte” sometido a las RR, al margen de que se emita o no un documento de transporte (cualquiera que sea su clase).

13. b) El cargador (o el cargador documentario autorizado por aquél)²⁹, por regla general, tendrá derecho a solicitar al –y obtener del– porteador la emisión de un documento de transporte, en papel o electrónico, negociable o no negociable, si bien en el caso de la solicitud de emisión de un documento electrónico de transporte, no cabrá hablar, conforme a lo establecido en el artículo 8a) RR, de tal derecho del cargador (en su caso, documentario), pues dicha emisión requerirá “*el consentimiento del porteador*”

²⁷ Como vimos, el Capítulo 3 de las RR se denomina “Documentos electrónicos de transporte”. No es, sin duda, la claridad sistemática y estructural la mejor de las virtudes de las RR.

²⁸ Esta redacción, no obstante, ha sido justificada por sus autores del siguiente modo: “*Se apoyó la forma en que el proyecto de artículo 36 estaba redactado. Se observó que, conforme al apartado b), el cargador tenía derecho a obtener del porteador un documento de transporte negociable o no negociable, pero que en la última parte del apartado b) no se daba al cargador el derecho a obtener un documento de transporte negociable cuando el cargador y el porteador hubieran convenido en no utilizar un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable. Se pidió que se aclarara si, en tales circunstancias, un cargador podía, no obstante, obtener un documento de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable. Se convino en que tal era la finalidad del apartado b) y se opinó que si esa finalidad no se deducía claramente del texto, debería modificarse para que quedara bien explícita. Se sugirió que se reestructurara el apartado, de modo que la excepción al principio que actualmente figuraba en el encabezamiento del artículo pudiera figurar después del principio que se enunciaba en los apartados a) y b)*” (A/CN.9/621, para 207).

²⁹ La figura del “cargador documentario”, empleada en este precepto, se define en el artículo 1.9 RR.

y del cargador”. El documento de transporte (versión papel), si es negociable, podrá ser emitido en uno o más ejemplares *originales* (artículo 36.2d) RR)³⁰.

14. c) Es importante destacar, por otra parte, que el momento temporal establecido por las Reglas para el ejercicio de este derecho a obtener el documento de transporte es el de la “*entrega de las mercancías para su transporte al porteador o a una parte ejecutante*”³¹, debiendo entenderse por *entrega* el acto jurídico bilateral que se compone, a su vez, de dos elementos inescindibles: (a) la *puesta a disposición* de la mercancía frente al porteador (o a una parte ejecutante) por parte del cargador; y (b) su *recepción* por parte del porteador (o de una parte ejecutante). No creemos, en todo caso, que este mandato específico de las RR pueda impedir la obtención por parte del cargador (en su caso, documentario) de un documento de transporte en el que conste la mención de que la mercancía se ha cargado *a bordo* del buque (“on board”)³². O, dicho con otras palabras, que al documento recibido para embarque no se le pueda convertir posteriormente en un documento de embarque, como se ha venido haciendo hasta la fecha en el sector marítimo (*cf.* artículo 36.2 RR, letra c)³³.

15. d) El derecho del cargador (en su caso, documentario) al que nos acabamos de referir incluye el derecho a *optar* por la emisión de un tipo u otro de documento de transporte, con la salvedad de lo que se ha mencionado anteriormente para los documentos electrónicos (artículo 8a) RR).

16. e) El derecho del cargador (en su caso, documentario) recién analizado conoce, no obstante, dos excepciones. Una, que el cargador y porteador hayan acordado no utilizar documento de transporte alguno. Otra, que la utilización de esos documentos sea contraria a la costumbre o los usos del comercio o la práctica del tráfico³⁴. La primera excepción es clara y perfectamente delimitable. La segunda no lo es tanto y puede suscitar mayores problemas en su aplicación práctica, por lo que respecta a la determinación de qué son la *costumbre*, los *usos del comercio* o la *práctica del tráfico* (no definidos en las RR) y cuáles son sus efectos en cada caso, problemas que se habrán de agravar, además, en el contexto de la aplicación internacional de las RR. Éstas, por cierto, no señalan, además, las consecuencias de la contravención del mandato recogido en ambas excepciones o, dicho con otras palabras, no aclaran cuál será el valor del documento de transporte emitido en contra del pacto expreso de cargador y porteador o que sea vulnerador de la costumbre, usos del comercio o práctica del tráfico. Mi impresión particular es la de que, en estos casos, debería darse plena validez a dicho documento, pues las dos excepciones lo son al ejercicio del derecho del cargador (documentario, en su caso) a obtener la emisión del correspondiente documento de transporte. Es decir, el artículo 35 RR le está indicando al cargador (documentario, en su caso) que, en esos supuestos, no tiene derecho a dirigir su pretensión al porteador (y éste, en caso contrario, puede negarse a cumplir con tal pretensión), pero no impide que si las dos partes del contrato así lo desean pueda emitirse el correspondiente documento de transporte en atención al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que permite desvirtuar un acuerdo previo entre esas partes o la derogación de la aplicación de reglas de carácter consuetudinario o similares. Por esta misma justificación, sin embargo, no creemos, en vía de hipótesis, que resulte válida la emisión unilateral del documento por parte del porteador, en cuyo caso, dicho documento sería inválido, debiendo correr el porteador con las consecuencias perjudiciales derivadas de la emisión en contra de lo establecido en las Reglas.

³⁰ Sobre la repercusión práctica de la emisión de más de un original en el sistema de las RR, véanse sus artículos 10.1a), 46a), 47.1c), 51.2b) y 51.3a), b) y c).

³¹ *Cfr.* Artículo 3.3 RHV.

³² *Cfr.* Artículo 3.7 RHV.

³³ En contra, LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 101. En el régimen de las RHV, véase SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 256-264.

³⁴ Señala LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 100, que la carga de la prueba de la existencia del acuerdo o de la costumbre, usos del comercio o práctica del tráfico “parece que debe recaer sobre el porteador” (“would appear to rest on the carrier”), pero, a nuestro juicio, resulta más apropiado afirmar que la carga de la prueba deberá recaer en quien alegue a su favor la existencia del acuerdo o de la costumbre, usos del comercio o práctica del tráfico. Habitualmente, será el porteador, pero, en ocasiones, podrá ser el cargador, cuando desee oponerse a la emisión del documento solicitada por el porteador en tales situaciones.

5. Firma del documento de transporte

17. La regulación de las RR sobre este aspecto, recogida en su artículo 38 (“Firma”) es escueta. Por un lado, se impone la obligación de firma del documento de transporte, sea electrónico o no, por parte del porteador o de persona que actué en su nombre (apartado 1). Constituye a nuestro juicio, por lo tanto, el requisito de la firma, uno de carácter esencial, cuya ausencia invalida el documento³⁵. Por otro lado, además del porteador, también se permite, como es habitual en el tráfico, que el documento lo firme otra “*persona que actúe en su nombre*”. En el documento deberá identificarse quién es esa persona (al igual que habrá de indicarse si la firma que se recoge en el documento es del propio porteador), pero no parece que las Reglas exijan que en el documento deba recogerse la acreditación de la representación, sin perjuicio de que esta acreditación deba proporcionarse, si se solicita, tanto antes como después, en su caso, de la emisión del documento de transporte. Las Reglas, finalmente, guardan silencio sobre la *forma* de la firma, con excepción de la firma del documento electrónico de transporte, que deberá ser, obviamente, una firma electrónica (del porteador o de quien actúe en su nombre) (artículo 38.2 RR). Señala este precepto, además, que “[D]icha firma electrónica deberá identificar al firmante en relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte”. Fuera de la firma manuscrita o, en su caso, electrónica, las Reglas guardan silencio en cuanto a la posibilidad de emplear otros procedimientos de firma alternativos.

6. Contenido del documento de transporte. Los “datos del contrato”

18. El artículo 36 RR (“Datos del contrato”) se dedica a la identificación de las menciones que deberán figurar en el documento de transporte (sea electrónico o no). La expresión que se utiliza en la rúbrica del precepto (“Datos del contrato”) merece atención, en primer lugar, porque es una de las que aparecen definidas expresamente en el artículo 1 RR y, concretamente, en su apartado 23, conforme al cual “[P]or “*datos del contrato*” se entenderá la información relativa al contrato de transporte o a las mercancías (incluidas las condiciones, anotaciones, firmas y endosos) que figure en un documento de transporte o en un documento electrónico de transporte”. Esta definición, por tanto, nos permitirá delimitar el sentido y alcance del citado artículo 36 RR, pero también nos servirá para identificar la voluntad del legislador internacional cuando, como sucede en otros preceptos de las RR, éste ha optado por utilizar la expresión concreta de “datos del contrato”.

19. Por lo que respecta a la identificación de los “datos del contrato” que deben figurar en el correspondiente documento de transporte, el artículo 36 RR presenta una estructura tripartita, es decir, se nos indica cuáles deberán ser esos datos en tres apartados distintos. La razón de esta tripartición se justifica, en parte, en que, por lo que respecta a los datos que recoge el apartado 1 de dicho artículo, éstos deberán ser proporcionados por el cargador (“*conforme sea facilitada por el cargador*”). No sucede así, por el contrario, con los datos agrupados en los apartados 2 y 3, respectivamente, del artículo 36 RR, que no indican expresamente cuál de las partes del contrato deberá proporcionar tal o cual dato³⁶.

20. El artículo 31 RR (“Información requerida para formular los datos del contrato”), precisamente, recuerda la mencionada obligación, y responsabilidad, del cargador³⁷ respecto del suministro de los “datos del contrato”. Y lo hace en los siguientes términos: “1. *El cargador deberá facilitar en el momento oportuno al porteador la información precisa requerida para la formulación de los datos del contrato y la emisión de los documentos de transporte o de los documentos electrónicos de transporte, incluidos los datos indicados en el párrafo 1 del artículo 36, así como el nombre de la parte que deba ser identificada como cargador en los datos del contrato, el nombre del destinatario, si lo hubiera, y el nombre de la persona a cuya orden de haya de emitir el documento de transporte o el documento*

³⁵ Cfr. Artículo 39.1 RR.

³⁶ La estructura tripartita del precepto se podría justificar, en su caso, desde una perspectiva sistemática, en la necesidad de coordinar adecuadamente este precepto con otros preceptos de las RR (véase, p.ej., el artículo 40 RR).

³⁷ El artículo 31 habla de “cargador”, pero cabría plantearse si las responsabilidades derivadas de esta obligación habría que extenderlas, también, al “tenedor”: LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 90.

electrónico de transporte, si la hubiera.— 2. *Se entenderá que el cargador garantiza la exactitud de la información facilitada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo en el momento de su recepción por el porteador. El cargador indemnizará al porteador por la pérdida o el daño que resulte de la inexactitud de dicha información*³⁸. Este precepto, en su coordinación con el artículo 36 RR, nos proporciona algunos datos de interés. En primer lugar, si nos ceñimos a lo que establece el artículo 36.1 RR parecería que la obligación del cargador allí recogida de facilitar determinada información al porteador para su incorporación al correspondiente documento de transporte habría de limitarse a lo que se señala en las cuatro letras a) a d) de dicho apartado. Sin embargo, no es esto lo que se deriva del artículo 31.1 RR, para el que el cargador “*además de los datos indicados en el párrafo 1 del artículo 36*” deberá facilitar al porteador “*la información precisa requerida para la formulación de los datos del contrato y la emisión de los documentos de transporte o de los documentos electrónicos de transporte*”. Puede haber, y habrá, por lo tanto, datos que obligatoriamente deberá proporcionar el cargador más allá de los indicados en el artículo 36.1 RR, como los previstos en los apartados 2 y 3 de dicho precepto (si corresponde) o los que, por ejemplo, menciona el propio artículo 31.1 RR: “*el nombre de la parte que deba ser identificada como cargador en los datos del contrato, el nombre del destinatario, si lo hubiera, y el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte, si la hubiera*”. En consecuencia, no es posible entender bien el alcance de la obligación impuesta por el artículo 36.1 RR al cargador sin haber pasado antes por el artículo 31.1 RR. Téngase en cuenta, en este sentido, p.ej., que de los datos que se acaban de mencionar, el artículo 36 RR sólo contempla la necesidad de identificar, en su caso, al destinatario (artículo 36.3a), pero no al cargador o a la persona a cuya orden se haya de emitir el correspondiente documento de transporte. Ni tampoco al “cargador documentario” que, por su propia naturaleza conceptual, siempre deberá ser identificado como tal en el correspondiente documento de transporte³⁹. Se nos escapa, en todo caso la razón última que justifica que no se haya podido organizar normativamente esta información en el seno de las RR de otra manera más clara y sistemáticamente más coherente.

21. Otra cuestión que debe destacarse del análisis del artículo 31 RR es el del *momento* en que el cargador debe proporcionar al porteador la información *precisa* establecida en dicho precepto (y, por ende, en el artículo 36 RR). Precisamente, el artículo 31 RR hace alusión en su texto a dos momentos distintos, cuya relación y coordinación debemos establecer. Por un lado, en su apartado 1, dicho precepto habla del “*momento oportuno*” para identificar cuándo el cargador debe cumplir con su obligación. Y en su apartado 2, por su parte, señala que “*el cargador garantiza la exactitud de la información facilitada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo en el momento de su recepción por el porteador*”. La expresión “momento oportuno” es poco certera, sin duda⁴⁰. Pero, en realidad, se está refiriendo, con cierta amplitud, a cualquier momento, normalmente una vez concluido el contrato de transporte, en que el cargador esté en condiciones de poder proporcionar la correspondiente información al porteador por estar éste, a su vez, en condiciones operativas de recibirla y utilizarla en la emisión del correspondiente documento de transporte. Ahora bien, como se ha dicho, el cargador garantizará “*la exactitud de la información facilitada (...) en el momento de su recepción por el porteador*”⁴¹. Lo cual no quiere decir que esa información recibida por el porteador no pueda ser posteriormente modificada, si, p.ej., se observa que es inexacta; en cuyo caso, la modificación y la consiguiente recepción de la nueva información por el porteador fijarán de nuevo en el tiempo las consecuencias previstas en el artículo 31.2 RR. Ahora bien, si no se modifica posteriormente la información inexactamente transmitida al porteador o se hace más tarde de la ocurrencia de la pérdida o daño a los que se refiere el artículo 31.1 RR, en su inciso segundo, el cargador será responsable en virtud de la garantía que, sobre la base del inciso primero del dicho precepto, ha proporcionado el porteador.

³⁸ En relación con lo establecido en el apartado 2 de este precepto, compárese con lo establecido en el artículo 3.5 RHV

³⁹ Artículo 1.9 RR: “*Por “cargador documentario” se entenderá la persona, distinta del cargador, que acepte ser designada como “cargador” en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte*”.

⁴⁰ No sólo se utiliza en este precepto. Véase, p. ej., el artículo 29.1 RR.

⁴¹ En su caso, con las consecuencias indemnizatorias que establece el segundo inciso del artículo 31.2 RR: “*El cargador indemnizará al porteador por la pérdida o el daño que resulte de la inexactitud de dicha información*”.

22. El último aspecto relevante que queremos destacar del análisis del artículo 31 RR con respecto a la obligación que asume el cargador en relación con la información necesaria para la formulación de los “datos del contrato” y la emisión de los documentos de transporte o de los documentos electrónicos de transporte es la relativa al *fundamento* que rige la responsabilidad del cargador en caso de incumplimiento de la obligación que le impone el citado artículo 31 RR. Sobre la base de lo que señalan los *trabajos preparatorios* de las Reglas⁴², se afirma que hay que distinguir entre el fundamento de responsabilidad propio del apartado 1 del artículo 31 y el que caracteriza al apartado 2 de dicho precepto⁴³. En el primer caso, estaríamos ante un sistema de responsabilidad *por culpa*, como el que, de forma general, recoge el artículo 30 RR (“Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador”), en cuya virtud “[E]l cargador será responsable de la pérdida o el daño sufrido por el porteador si éste prueba que dicha pérdida o daño fue causado por el incumplimiento por el cargador de sus obligaciones previstas en el presente Convenio” (apartado 1), si bien “el cargador quedará total o parcialmente exonerado de su responsabilidad si la causa o una de las causas de la pérdida o daño no es imputable a su culpa ni a al culpa de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 34”⁴⁴. Por el contrario, en el supuesto del apartado 2 del artículo 31 estaríamos ante un supuesto denominado de “strict liability”, conforme al cual el cargador no podría exonerarse de responsabilidad proporcionando la prueba de que “la causa o una de las causas de la pérdida o daño no es imputable a su culpa ni a al culpa de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 34”. Aunque, a nuestro juicio, la conclusión que acabamos de resumir no se deriva con evidencia del texto del artículo 31 RR⁴⁵, no es nuestra intención, por otro lado, la de contrariar la voluntad del legislador expresada en sus *trabajos preparatorios*, si bien nos gustaría plantear algunas dudas derivadas de la lectura del precepto. Una primera duda nace del alcance respectivo del carácter “preciso” (apartado 1) o “exacto” (apartado 2) de la información que debe proporcionar el cargador ¿Existe en realidad alguna diferencia entre ambos? No lo creemos⁴⁶. Entonces, ¿qué diferencia hay entre el supuesto de responsabilidad del apartado 1 y el supuesto del apartado 2? Y, sobre todo, ¿qué diferencia existe para justificar la aplicación diferenciada de fundamentos de responsabilidad diversos? Otro elemento de distorsión adicional que plantea el precepto es cuando en su apartado 2 alude a la obligación del cargador de indemnizar “al porteador por la pérdida o el daño que resulte de la inexactitud de dicha información”. Parecería que, por estar situada esta frase en el apartado 2, habría que referirla sólo al incumplimiento de la obligación descrita en el apartado 2. Pero, ¿por qué no se menciona en el artículo 31.1 RR la obligación de indemnizar en caso de contravención de la obligación supuestamente diferente recogida en este otro apartado? Por otro lado, si la obligación de indemnizar lo es a consecuencia de la inexactitud (“inaccuracy”) de la información⁴⁷, ¿no habrá que indemnizar igualmente en los supuestos de suministro de información no (“non”) precisa (“accurate”), en el marco del apartado 1 del artículo 31 RR? A nuestro juicio, una lectura más adecuada del artículo 31 RR sería la que entiende que el cargador está obligado a proporcionar de forma precisa (o exacta) la información requerida por el apartado 1 del artículo 31 RR y que, en caso de no hacerlo, será responsable conforme al sistema del artículo 30 RR (y deberá indemnizar en su caso: artículo 31.2 RR), si bien su responsabilidad con respecto a la precisión (o exactitud) de la información proporcionada estará sujeta a un patrón de determinación temporal recogido en el artículo 31.2 RR, en su primer inciso (“en el momento de su recepción por el porteador”).

23. Centrémonos ahora en la identificación de los datos que *obligatoriamente* (con matices, como veremos)⁴⁸ deberán constar en el correspondiente documento de transporte a tenor de lo establecido en el

⁴² A/CN.9/621, para. 240.

⁴³ LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, pp. 89-90.

⁴⁴ Artículo 34 (“Responsabilidad del cargador por actos ajenos”).

⁴⁵ Como no sea por la utilización consciente de la expresión “garantiza” en el apartado 2 del artículo 31 RR.

⁴⁶ De hecho, en la versión inglesa de las RR se emplea la misma expresión: “accurate” (apartado 1) y “accuracy” o “inaccuracy” (apartado 2).

⁴⁷ De “inexactitud” también habla el artículo 39.1 RR.

⁴⁸ Recuérdese, en todo caso, que conforme al artículo 39.1 RR “[L]a ausencia (...) de uno o más datos del contrato indicados en los párrafos 1,2, ó 3 del artículo 36 no afectará por sí sola a la naturaleza jurídica o a la validez del documento de transporte o del documento electrónico de transporte”. Esta declaración, por su medida imprecisión (“no afectará por sí sola”),

artículo 36 RR. Como señalamos, estos datos están agrupados en los tres primeros apartados del citado precepto, siendo los recogidos en el primer apartado datos que debe proporcionar el cargador, sin que se sepa a ciencia cierta, por otra parte, como dijimos, qué razón ha llevado a distribuir en otros dos apartados distintos (2 y 3) los datos que figuran respectivamente en ellos⁴⁹. Pues bien, los datos contemplados como de obligatoria constancia (“deberán”) en el correspondiente documento de transporte son los que se relacionan a continuación siguiendo el orden de cada apartado.

24. Los datos exigidos por el apartado 1 del artículo 36 son los siguientes:

25. “*Una descripción de las mercancías adecuada para su transporte*” (letra a)⁵⁰. La adecuación de la descripción dependerá del tipo de mercancías de que se trate, lo que se pondrá de manifiesto, en particular, en el caso de transporte de mercancías peligrosas⁵¹. Si la información proporcionada sobre la descripción de las mercancías no es adecuada, y se generan daños, el cargador será responsable sobre la base de los artículos 29, 30 y 31 RR (artículo 32, en el supuesto de que se trate de mercancías peligrosas).

26. “*Las marcas distintivas requeridas para identificar las mercancías*” (letra b)⁵². Conforme al artículo 3 RR, esta información deberá ser proporcionada por el cargador por escrito. Téngase en cuenta, por otra parte, en relación con este dato, que los daños derivados de un marcado insuficiente o deficiente de las mercancías no serán imputables al porteador siempre y cuando no hayan sido efectuados por éste o en su nombre (artículo 17.3k) RR).

27. “*El número de bultos o de unidades, o la cantidad de mercancías*” (letra c)⁵³.

28. “*El peso de las mercancías, si el cargador lo facilita*” (letra d)⁵⁴. Obsérvese que conforme a la dicción de esta letra d), la inserción del dato del peso de las mercancías en el correspondiente documento de transporte sólo será obligatorio “*si el cargador lo facilita*”, en cuyo caso, también aquí este dato deberá ser comunicado al porteador por escrito (artículo 3 RR)⁵⁵.

29. Por su parte, los datos exigidos por el apartado 2 del artículo 36 son los siguientes:

30. “*Una indicación del estado y condición aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas*” (letra a)⁵⁶. Esta mención, por su parte, debe ser vista a la luz de lo que establece el apartado 4 del artículo 36 RR, que establece lo siguiente: “*A efectos del presente artículo, la fórmula “estado y condición aparentes de las mercancías”, que se emplean en el apartado a) del párrafo 2, se entenderá referida al estado y condición de las mercancías a la luz de: a) Una inspección externa razonable de las mercancías, según estén embaladas, efectuada en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante; y b) Cualquier inspección complementaria que el porteador o una parte ejecutante lleve a cabo antes de emitir el documento de transporte o documento electrónico de transporte*”. Varios datos debemos destacar sobre esta cuestión. Primero: la mención prevista en el artículo 36.2a) RR deberá ser insertada, en su caso, en el correspondiente documento de transporte por el porteador (o una parte ejecutante), pues es a este operador

exigirá un análisis, caso por caso, de cuáles serán las consecuencias de la ausencia de uno u otro dato.

⁴⁹ No en vano, la entrada de ambos apartados es idéntica, salvo en una palabra que, en cualquier caso, no introduce matiz diferenciador alguno: “*Los datos del contrato consignados en el documento de transporte o documento electrónico de transporte que se mencionan en el artículo 35 deberán [también (artículo 36.2)] [además (artículo 36.3)] incluir: (...)*”.

⁵⁰ A diferencia de lo que sucede con los datos de las letras b), c) y d) del artículo 36.1 RR, a tenor de lo que establece el artículo 3 RR, los datos de la letra a) no deberán ser comunicados por escrito al porteador.

⁵¹ A/CN.9/621, para. 272.

⁵² Cfr. artículo 3.3(a) RHV (artículo 18.7 LTM).

⁵³ Cfr. artículo 3.3(b) RHV (artículo 18.8 LTM). También ha de ser comunicado por escrito (artículo 3 RR).

⁵⁴ Cfr. artículo 3.3(b) RHV (artículo 18.8 LTM).

⁵⁵ Véase el artículo 17.3j) RR.

⁵⁶ Artículo 3.3(c) RHV (artículo 18.9 LTM).

al que corresponde (e interesa) el análisis del estado y condición aparentes de las mercancías. Segundo: la inserción de la indicación sobre el estado y condición de las mercancías deberá realizarse tras una *inspección* que se corresponda con los parámetros previstos en el artículo 36.4 RR. Es decir, habrá de ser una inspección “externa” (“aparente”) y “razonable”⁵⁷, requisitos éstos que, como mínimo, habrán de predicarse, igualmente, de la inspección “complementaria” a la que se refiere la letra b) del artículo 36.4 RR⁵⁸. La única diferencia entre estas dos inspecciones estriba, exclusivamente, en el *momento* en que se pueden realizar (con ocasión de la entrega de las mercancías, en el primer caso, o antes de emitir el correspondiente documento de transporte, en el segundo)⁵⁹. Tercero: no existe contradicción entre los artículos 36.2a) RR y 36.4a), cuando hablan, respectivamente, de la *recepción* de las mercancías por el porteador (o parte ejecutante) y de la *entrega* de las mercancías al porteador (o parte ejecutante)⁶⁰. Sin entrar en diatribas sobre cuál habrá de ser el alcance jurídico que haya querido concederles a ambos conceptos (“recepción” y “entrega”) el legislador internacional, porque sería un ejercicio inútil, nos parece lógico entender que la inspección no pueda realizarse hasta que la mercancía no le haya sido *entregada* al porteador (o una parte ejecutante) de forma material (artículo 36.4b) y, que, por su parte, tras la inspección, la inserción de la mención prevista en el artículo 36.2 a) RR deba realizarse, en su caso, cuando el porteador (o una parte ejecutante) la reciba en sentido plenamente jurídico (recepción como acto que, acompañado inescindiblemente de la puesta a disposición de la mercancía, conforma el concepto jurídico de entrega)⁶¹.

31. “*El nombre y la dirección del porteador*” (letra b)⁶². En relación con esta mención, hay que tener en cuenta, particularmente, el artículo 37 RR (“Identidad del porteador”) que establece lo siguiente: “*Cuando un porteador figure identificado por su nombre en los datos del contrato, cualquier otra información en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte concerniente a la identidad del porteador carecerá de eficacia en la medida en que sea incompatible con dicha identificación. 2. Si los datos del contrato no identifican a persona alguna como porteador conforme a lo exigido en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 36, pero indican que las mercancías fueron cargadas a bordo de un buque designado por su nombre, se presumirá que el propietario registral de ese buque es el porteador, salvo que dicho propietario pruebe que en el momento del transporte el buque era objeto de un contrato de arrendamiento a casco desnudo e identifique al arrendatario facilitando su dirección, en cuyo caso se presumirá que dicho arrendatario es el porteador. Alternativamente, el propietario registral podrá rebatir la presunción de que él es el porteador identificando al porteador e indicando su dirección. El arrendatario a caso desnudo podrá, a su vez, rebatir de igual modo la presunción de que él es el porteador. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo impedirá al reclamante probar que alguna otra persona, distinta de la identificada en los datos del contrato o conforme a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo es el porteador*”. Un primer aspecto que interesa destacar en este ámbito es el de que, si bien la mención del nombre y dirección del porteador en el correspondiente documento de transporte se configura como obligatoria (“deberán”) por el artículo 36.2b) RR, no se prevé, sin embargo, sanción alguna por tal omisión, sino que se proporciona, en el artículo 37.2 RR, una regla supletoria para abordar tal omisión. En segundo

⁵⁷ Este requisito de la “razonabilidad” puede ser reconducido a pronunciamientos del Derecho marítimo anglosajón (LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 105), no necesariamente, ni fácilmente, extrapolables, a otros ordenamientos.

⁵⁸ Sobre la importancia de la inspección *externa* del embalaje en particular, véase el artículo 17.3k) RR.

⁵⁹ El artículo 35 RR señala que el cargador (en su caso, documentario) tendrá derecho a obtener del porteador un documento de transporte o un documento electrónico de transporte “*al hacer entrega de las mercancías para su transporte*”. La coordinación de lo que señala este precepto con los dos momentos (distintos) que se recogen en el artículo 36.4 RR, letras a) y b), respectivamente, lleva a pensar que el momento al que se refiere el artículo 35 RR es el del ejercicio del derecho a obtener el documento (cuando se entregan las mercancías), pero que la emisión del documento (artículo 36.4 b) RR) podrá ser posterior.

⁶⁰ Cfr. LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 105.

⁶¹ Finalmente, debemos recordar en este contexto que, conforme al artículo 39.3 RR, “[S]i los datos del contrato no contienen indicación alguna sobre el estado y condición aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió, se entenderá que los datos del contrato indican que las mercancías estaban en buen estado y condición aparentes en el momento en que fueron recibidas por el porteador o por una parte ejecutante”. Volveremos sobre este precepto, más adelante, al analizar la función probatoria de los documentos de transporte regulados en las RR.

⁶² Exigencia no recogida en las RHV (en la LTM se habla del capitán y su domicilio: artículo 18.2). Sobre la noción de “porteador” en las RR, véase su artículo 1.5.

lugar, el artículo 37.1 RR aspira no sólo a que se identifique adecuadamente el nombre del porteador en el correspondiente documento de transporte (en línea con lo que establece el artículo 36.2b) RR), sino, también, a que no se desvirtúe la función identificadora exigida por este último precepto mediante la inclusión en el correspondiente documento de transporte de otras informaciones que sean *incompatibles* con dicha identificación, lo cual, por regla general, apunta hacia las polémicas y jurídicamente discutidas “cláusulas de identidad del porteador”⁶³, que, habitualmente, dicho sea de paso, no identifican el *nombre* del porteador, como exige el artículo 36.2b) RR. El artículo 37.1 RR, no obstante, no cualifica qué debe entenderse por información “incompatible”, ni establece, en particular, los términos en que debe resolverse dicha incompatibilidad, particularmente cuando las informaciones sobre el nombre del porteador recogidas en el correspondiente documento de transporte sean inequívocas, cada una de ellas, por sí mismas, pero, a la vez, sean incompatibles entre sí ¿Cuál de entre todas deberá prevalecer? En estos casos, nos parece que habrá que proceder a la aplicación del artículo 37.2 RR. Este precepto, cuyo alcance es amplio (pues se aplica a *todos* los casos en que los datos del contrato no identifiquen al porteador conforme a lo exigido en el artículo 36.2b), establece una serie de reglas *presuntivas* para la identificación del porteador basadas en la circunstancia de que los datos del contrato identifiquen, por su parte, a un determinado buque. Ahora bien, dado que la identificación del buque en el correspondiente documento de transporte no es obligatoria, a tenor de lo que establece el artículo 36.3b) RR, en estos casos las RR permiten probar la identidad del porteador por otros medios, tal y como se prevé en el artículo 37.3 RR.

32. “*La fecha en la que el porteador o una parte ejecutante recibió las mercancías, o en la que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o en la que se haya emitido el documento de transporte o el documento electrónico de transporte*” (letra c). En el marco de las RR, la datación del correspondiente documento de transporte habrá de corresponder al porteador, en la medida en que éste es quien ha de emitir dicho documento⁶⁴. El tenor de la letra c) del artículo 36.2 RR, por otro lado, parece conceder al porteador la opción de elegir cuál de las tres fechas referidas en dicho precepto ha de reflejarse en el correspondiente documento. No obstante, más bien creemos que la elección de una u otra fecha dependerá del pacto con el cargador y/o, a criterio del porteador, de las características particulares del transporte de que se trate (marítimo, multimodal). Por otro lado, la omisión del dato de la fecha en el correspondiente documento de transporte queda sometida al régimen específico establecido en el artículo 39 RR (“Deficiencias en los datos del contrato”), el cual establece en su primer apartado⁶⁵ un principio general cuya aplicación al supuesto en que no conste fecha alguna en el correspondiente documento de transporte no proporciona una respuesta inequívoca acerca de la naturaleza o validez del documento no datado, si bien nos inclinamos a pensar que en tal caso el documento no debería tener validez. Por otra parte, en el segundo apartado del artículo 39 RR se ofrece una regla particular para aquella situación en la que en el documento figure una fecha pero no se identifique de qué tipo de fecha se trata: “2. *Si los datos del contrato incluyen la fecha, pero sin aclarar su significado, se entenderá que esa fecha es: a) La fecha en que todas las mercancías indicadas en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte fueron cargadas a bordo del buque, siempre que los datos del contrato indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque; o b) La fecha en que el porteador o una parte ejecutante recibió las mercancías, cuando los datos del contrato no indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque*”. La regla prevista en el artículo 39.2 RR será, sin duda, muy útil en un contexto de configuración jurídica de los documentos de transporte tan amplio y flexible como el que acogen las RR.

33. “*Si el documento de transporte es negociable, el número de originales del documento de transporte negociable de haberse emitido más de uno*” (letra d). Ya hemos hecho mención más atrás acerca del posible carácter negociable del documento de transporte. Y volveremos a incidir sobre esta cuestión al analizar las funciones de dicho documento, en particular su función *traslativa*. En todo caso,

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 145-150.

⁶⁴ Artículos 1.14 y 1.18.

⁶⁵ Artículo 39.1: “*La ausencia o inexactitud de uno o más datos del contrato indicados en los párrafos 1, 2, ó 3 del artículo 36 no afectará por sí sola a la naturaleza jurídica o la validez del documento de transporte o del documento electrónico*”.

la exigencia prevista en el artículo 36.2d RR ha de entenderse en el marco de los problemas que en la práctica plantea la emisión de más de un original del documento de transporte, sobre todo con ocasión del ejercicio del derecho de control sobre las mercancías y de su entrega en destino.

34. Finalmente, los datos exigidos por el apartado 3 del artículo 36 son los siguientes:

35. “*El nombre y la dirección del destinatario, de haber sido ya designado por el cargador*” (letra a)⁶⁶. La exigencia de incorporación de este dato en el correspondiente documento de transporte derivará del hecho de que haya sido “*ya designado por el cargador*”, lo cual significa que su identificación le haya sido comunicada al porteador con anterioridad a, o con ocasión de, la emisión del documento. Por su parte, el artículo 45b) RR establece una consecuencia particular frente a la ausencia de mención del nombre y dirección del destinatario en el documento, para el supuesto de entrega de las mercancías cuando no se haya emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable⁶⁷. Recuérdese, por otro lado, que el artículo 31.1 RR, complementando lo que exige a estos efectos documentales el artículo 36.3a) RR, le impone, también, al cargador la obligación de facilitar al porteador no sólo “*el nombre del destinatario, si lo hubiera*”, sino, también, “*el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte, si lo hubiera*”.

36. “*El nombre del buque, si se ha especificado en el contrato de transporte*” (letra b)⁶⁸. Las RR distinguen, y definen individualmente, los conceptos de “contrato de transporte” (artículo 1.1) y de “documento de transporte” (electrónico o no) (artículos 1.18 y 1.14 respectivamente), por lo que, conforme al artículo 36.3b) RR, sólo deberá hacerse constar el nombre del buque en el *documento* si, con ocasión de la conclusión del *contrato*, cualquiera que sea el modo en que se haya producido, se ha hecho referencia específica a dicho dato. En realidad, la necesidad de la mención del buque en el correspondiente documento dependerá de las particulares circunstancias del contrato de transporte contratado (marítimo, multimodal) y no creemos que la posición del artículo 36.3b) RR altere el régimen hasta ahora desarrollado en el tráfico a este respecto⁶⁹.

37. “*El lugar de la recepción y, de conocerlo el porteador, el lugar de la entrega*” (letra c). Por “lugar de recepción”⁷⁰ habrá que entender aquél en el que el porteador se hace cargo de las mercancías en su origen. Y por “lugar de la entrega”⁷¹ aquél en el que el porteador debe entregar las mercancías al destinatario (tal y como esta figura es definida en el artículo 1.11 RR)⁷².

38. “*El puerto de carga y el puerto de descarga, si se han especificado en el contrato de transporte*” (letra d)⁷³. Se trata ésta de una mención característica de los documentos de transporte marítimo, que es acorde con la práctica habitual del tráfico en este sector.

⁶⁶ Cfr. Artículo 18.5 LTM. La figura del destinatario viene definida en el artículo 1.11 RR. Y, precisamente, se la define como la persona legitimada para obtener la entrega de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o *en virtud de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte*. Existe, por lo tanto, una vinculación entre la posición del destinatario y su mención en, o tenencia de, el documento de transporte.

⁶⁷ “b) *De no figurar en los datos del contrato el nombre y la dirección del destinatario, la parte controladora deberá facilitar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a su llegada a dicho lugar*”.

⁶⁸ Cfr. Artículo 18.1 LTM.

⁶⁹ Recuérdese, en todo caso, el valor de esta mención a los efectos, p.ej., de lo previsto en el artículo 37 RR (“Identidad del porteador”), comentado anteriormente.

⁷⁰ No definido en las RR.

⁷¹ El “lugar de entrega” no aparece recogido entre las definiciones que ofrece el artículo 1 RR. Curiosamente, cuando se habla de la obligación de entrega de las mercancías, el artículo 11 RR no habla de “lugar de entrega” sino de “lugar de destino”, concepto éste último que tampoco es definido por las propias RR. La justificación de la utilización de esta última expresión en el marco del artículo 11 RR puede consultarse en el documento A/CN.9/621 para. 50 (“*Se respondió que la utilización de “lugar de destino” en ese contexto era lo apropiado para aclarar las principales obligaciones del porteador y para distinguir ese lugar del lugar de descarga, que a veces se consideraba erróneamente sinónimo del lugar de destino*”).

⁷² Sobre el “lugar de entrega”, véase lo previsto en el artículo 43 RR (“Obligación de aceptar la entrega”), que distingue entre el lugar de entrega pactado en el contrato de transporte y, en defecto de éste, el lugar de entrega “razonable”.

⁷³ Cfr. Artículo 18.3 LTM.

39. Como señalamos al analizar el artículo 31 RR, los “datos del contrato” mencionados en el artículo 36 RR no son necesariamente los únicos que deben, o pueden, constar en el correspondiente documento. Además de la *firma*, a la que nos referimos anteriormente (artículo 38), o de la identificación del *cargador* (artículo 31.1 RR), las RR mencionan a lo largo de su articulado otros “datos del contrato” susceptibles de ser reflejados en la información recogida en el correspondiente documento de transporte⁷⁴. Sin ánimo de ser exhaustivos, esos otros datos o informaciones son los siguientes:

40. El artículo 9.2 RR establece que deberán figurar en los “datos del contrato”, por tanto en el correspondiente documento de transporte (artículo 1.23 RR), los procedimientos exigidos por el apartado 1 de dicho precepto para el empleo de documentos electrónicos de transporte negociables.

41. Del mismo modo, conforme a lo establecido en el artículo 13.2 RR, en su inciso final, deberá constar en los “datos del contrato” la estipulación o estipulaciones en virtud de la(-s) cual(-es) “*las operaciones de carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador, el cargador documentario o el destinatario*”, por constituir una excepción a la regla general establecida en el apartado 1 de dicho artículo 13 RR (“Obligaciones específicas”), que impone la realización de dichas operaciones al porteador⁷⁵.

42. Será necesario hacer constar en los “datos del contrato” que las mercancías podrán ser transportadas sobre cubierta a los efectos de impedir la alegación por parte del porteador de la excepción que a este respecto establece el artículo 25 RR (“Transporte sobre cubierta”) (en particular, véase su apartado 4: “*salvo que se especifique en los datos del contrato que las mercancías podrán ser transportadas sobre cubierta*”).

43. Conforme al artículo 40 RR, también deberán figurar en los “datos del contrato” las *reservas* que sobre dichos datos desee insertar el porteador en el correspondiente documento.

44. Los “datos del contrato” podrán contener la expresión “flete prepago” u otra fórmula análoga, en cuyo caso “*el porteador no podrá hacer valer frente al tenedor ni frente al destinatario el hecho de que el flete no haya sido pagado. El presente artículo no será aplicable si el tenedor o el destinatario es también el cargador*” (artículo 42 RR).

45. La mención en los “datos del contrato” del momento estimado de llegada de las mercancías o de la indicación acerca de cómo obtener información sobre si la entrega de las mercancías ha sido realizada o no, también tiene repercusiones en el marco de la entrega de las mercancías cuando se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, a tenor de lo establecido en el artículo 47.2e) RR en su inciso final⁷⁶.

46. Conforme al artículo 48.3 RR, también podrá figurar en los datos del contrato la identificación de “*la persona a la que haya de notificarse la llegada de las mercancías en el lugar de destino*”, con las consecuencias que, a estos efectos, se establecen en dicho precepto⁷⁷.

⁷⁴ Y, en ocasiones, en otros preceptos, las RR recuerdan la relevancia de los “datos del contrato” o de la presencia del documento de transporte, como sucede en el artículo 23.1 en relación con las menciones sobre las mercancías que figuran en los apartados 1 y 2a) del artículo 36. O en el artículo 81b) en relación a la exclusión o limitación de las obligaciones o la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima en el transporte de determinado tipo de mercancías.

⁷⁵ Véase los artículos 17.3i) y 27.2 RR (“pacto concluido conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 13”). En general, B. GARCÍA, “Las operaciones de carga y descarga en las Reglas de Rotterdam”, *Rdt*, 2009, nº 3, pp. 11-29.

⁷⁶ “*Cuando los datos del contrato incluyan el momento estimado de llegada de las mercancías, o indiquen cómo obtener información sobre si la entrega ha sido realizada o no, se presumirá que el tenedor tuvo o pudo razonablemente haber tenido conocimiento de la entrega de las mercancías en el momento en que adquirió su condición de tal*”.

⁷⁷ Artículo 48.3 RR: “*El porteador sólo podrá hacer uso de sus facultades a tenor del párrafo 2 del presente artículo tras haber dado un aviso razonable de la medida prevista, con arreglo a dicho párrafo, a la persona indicada en los datos del contrato como la persona a la que haya de notificarse la llegada de las mercancías en el lugar de destino, de haberse indicado alguna, así como al destinatario, la parte controladora o el cargador, en ese orden y siempre y cuando el porteador conozca su identidad*”.

47. El artículo 59.1 RR también prevé la inclusión en los “datos del contrato” de la declaración del valor de las mercancías a los efectos de determinar los límites de responsabilidad del porteador⁷⁸.

48. Por su parte, el artículo 59 RR, esta vez en su apartado 2, contempla la posibilidad de hacer constar en los “datos del contrato” los bultos o unidades de carga transportados “*en o sobre un contenedor, paleta u otro elemento de transporte análogo empleado para agruparlas, o en o sobre un vehículo*” a los efectos de su consideración como tales, y no como una sola unidad de carga, con su repercusión en la aplicación de los correspondientes límites de la responsabilidad.

49. También, por supuesto, el correspondiente documento de transporte podrá ser receptáculo de los acuerdos de elección de foro (artículos 66 y 67 RR)⁷⁹ o de los acuerdos de arbitraje (artículos 75 y 76 RR)⁸⁰ que las partes del contrato de transporte hayan decidido suscribir.

7. Funciones del documento de transporte

50. La importancia de cualquier documento de transporte se deriva, fundamentalmente, de las funciones que la correspondiente normativa le atribuye. La principal, y más relevante, función de un documento de transporte es, sin duda, la probatoria, pero no es, con todo, la única. Las RR han acogido este alcance plurifuncional de los documentos de transporte (electrónicos o no) regulados en su texto, cuestión a la que dedicaremos las reflexiones siguientes, comenzado por las que podíamos denominar funciones “menores” de los documentos de transporte, para continuar después con el análisis de las más relevantes, es decir las funciones que tienen que ver con el carácter legitimador y negociable de los documentos de transporte y con su valor probatorio.

51. A diferencia de lo que sucede en otros regímenes normativos, en las RR los documentos de transporte cumplen una función *residual* por lo que respecta a la determinación del *ámbito de aplicación* de la propia normativa convencional internacional⁸¹. Sólo se les concede relevancia a estos efectos en el supuesto previsto en el artículo 6.2b) RR. Por regla general, las RR no exigen la existencia de un documento de transporte para su aplicación, tal y como establece el artículo 5 RR (“Ámbito de aplicación general”). Ahora bien, si acudimos a las exclusiones específicas del ámbito de aplicación general de las RR, recogidas en el artículo 6, comprobamos que las citadas Reglas serán aplicables a los contratos de transporte en el transporte no regular⁸² siempre que “*se haya emitido un documento de transporte o un documento electrónico de transporte*” (artículo 6.2b). Aunque sea de forma excepcional, y con independencia de la relevancia en cada caso de esta excepción, la presencia de un documento (en su caso, electrónico) de transporte, tal y como este documento aparece definido por las propias RR, será suficiente para sujetar el contrato de transporte en transporte no regular al ámbito de aplicación de las RR.

52. Por otro lado, desde una perspectiva negativa, podemos confirmar, como adelantamos en su momento, que en el marco de las RR, los documentos de transporte no cumplen ninguna *función constitutiva* respecto de la existencia y validez del contrato de transporte. El artículo 1.1 RR, a la hora de definir al “contrato de transporte” no hace alusión a documento de transporte alguno. Y, con mayor claridad, el artículo 35 RR, admite la existencia de contratos de transporte sujetos a las RR en los que puede no haberse emitido tal tipo de documento.

53. La documentación de transporte, por su parte, cumple una función relevante en el ámbito de ejercicio del denominado “*derecho de control*” sobre las mercancías, regulado en el Capítulo 10 (“Derechos de la parte controladora”) de las RR. El “derecho de control” sobre las mercancías se

⁷⁸ “(...) salvo cuando el cargador haya declarado el valor de las mercancías y esa declaración se haya incluido en los datos del contrato”.

⁷⁹ Véase, en este sentido, para un caso especial, el artículo 67.2b) RR.

⁸⁰ Véase, en supuestos particulares, lo que establecen a este respecto los artículos 75.4b) RR y 76.2 RR.

⁸¹ En el sistema de las RHV a este respecto, véase SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 95-97.

⁸² La expresión de “transporte no regular” es definida en el artículo 1.4 RR.

define en el artículo 1.12 RR como el “*derecho a dar instrucciones al porteador respecto de las mercancías en el marco del contrato de transporte, conforme a lo previsto en el capítulo 10*” y, añadimos nosotros, con el contenido que le confiere a dicho derecho el artículo 50 RR. El derecho de control sólo puede ser ejercitado por la denominada “parte controladora”, a la que el artículo 1.13 RR define, en buena lógica, como “*la persona que con arreglo al artículo 51 esté legitimada para el ejercicio del derecho de control*”. Pues bien, este último precepto, el artículo 51 RR, a la hora de identificar a la persona legitimada para el ejercicio del derecho de control, establece una regla general (apartado 1)⁸³, que deberá ser excepcionada precisamente en atención a la emisión de un documento u otro, en los casos siguientes: (a) cuando se haya emitido un documento de transporte no negociable del que se infiera que el documento debe ser restituido para obtener la entrega de las mercancías (apartado 2)⁸⁴; (b) cuando se haya emitido un documento de transporte negociable” (apartado 3)⁸⁵; y (c) cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable (apartado 4)⁸⁶. En estos supuestos, por lo tanto, la emisión de un documento de transporte u otro será decisiva para la identificación de la persona legitimada para el ejercicio del derecho de control y, a su vez, dicho documento resultará indispensable para la transferencia del citado derecho.

54. En un contexto similar al del párrafo precedente, las RR también confieren relevancia a la presencia de la documentación del transporte en el ámbito de las *modificaciones* del contrato de transporte previstas en el artículo 54 RR (“*Modificaciones del contrato de transporte*”), en la medida en que, conforme al apartado 2 de dicho precepto, cualquier modificación del contrato de transporte “*deberá hacerse constar en un documento de transporte negociable, en un documento de transporte no negociable que deba ser restituido o en un documento electrónico de transporte negociable, o, si lo solicita la parte controladora, deberá hacerse constar en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable. En uno y otro caso, dichas modificaciones deberán ser firmadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38*”.

55. Con una regulación muy detallada, también las RR atribuyen a la documentación del transporte una función relevante en el ámbito de la *legitimación* pasiva con ocasión de la entrega de las mercancías en destino por parte del porteador o una parte ejecutante. O, dicho con otras palabras, a la hora de determinar quien está legitimado para obtener en destino la entrega de las mercancías que han sido objeto de transporte. Pues bien, esta legitimación, que por regla general corresponde al destinatario (artículo

⁸³ “1. Salvo en los casos previstos en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo: a) El cargador será la parte controladora, salvo que, al concluir el contrato de transporte, haya designado parte controladora al destinatario, al cargador documentario o a alguna otra persona; b) La parte controladora podrá transferir su derecho de control a otra persona. Dicha transferencia surtirá efecto frente al porteador en el momento en que le sea notificada por el transferente, momento a partir del cual la persona a quien se haya realizado la transferencia pasará a ser la parte controladora; y c) La parte controladora deberá identificarse debidamente como tal en el momento de ejercitar su derecho de control”.

⁸⁴ “2. Cuando se haya emitido un documento de transporte no negociable del que se infiera que el documento debe ser restituido para obtener la entrega de las mercancías: a) El cargador será la parte controladora y podrá transferir el derecho de control a la persona designada en el documento como destinatario mediante la transferencia a dicha persona del documento de transporte efectuada sin endoso. De haberse emitido más de un original del documento de transporte, deberán transferirse todos ellos para transferir el derecho de control; y b) Para poder ejercitar el derecho de control, la parte controladora deberá presentar el documento e identificarse debidamente como tal. De haberse emitido más de un original del documento, deberán presentarse todos los originales o, de lo contrario, no podrá ejercitarse el derecho de control”.

⁸⁵ “3. Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable: a) El tenedor del documento o, de haberse emitido más de un original del documento, el tenedor de todos los originales será la parte controladora; b) El tenedor podrá transferir el derecho de control mediante la transferencia del documento de transporte negociable a otra persona efectuada de conformidad con lo previsto en el artículo 57. De haberse emitido más de un original del documento, deberán transferirse a dicha persona todos los originales para que surta efecto la transferencia del derecho de control; y c) Para ejercitar el derecho de control, el tenedor deberá presentar al porteador el documento de transporte negociable y, si se trata de una persona mencionada en el inciso i) del apartado a) del párrafo 10 del artículo 1, habrá de identificarse debidamente como tal. De haberse emitido más de un original del documento, deberán presentarse todos los originales o, de lo contrario, no podrá ejercitarse el derecho de control”.

⁸⁶ “4. Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable: a) El tenedor será la parte controladora; b) El tenedor podrá transferir el derecho de control mediante la transferencia del documento electrónico de transporte negociable a otra persona, efectuada por los procedimientos indicados en el párrafo 1 del artículo 9; y c) Para ejercitar el derecho de control, el tenedor deberá probar su condición de tal por los procedimientos indicados en el párrafo 1 del artículo 9”.

43 RR), se modula y cualifica en atención a si se ha emitido o no una determinada documentación de transporte, distinguiéndose los casos en que no se haya emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable (artículo 45), aquéllos en los que se haya emitido un documento de transporte no negociable que deba ser restituido (artículo 46) y, finalmente, aquéllos en los que se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte no negociable (artículo 47). En todos estos casos, la existencia de la documentación del transporte no sólo será relevante para el cumplimiento de la función legitimadora aludida, sino, también, en la consumación del contrato de transporte, es decir, a la hora de permitir al porteador considerar cumplida su obligación de entregar las mercancías en destino.

56. Las RR también reconocen que la documentación de transporte acogida en su seno puede cumplir una *función traslativa* concediéndole, en este caso, a dicha documentación carácter negociable o de título de tradición⁸⁷. En efecto, como vimos más atrás, las RR prevén que el documento de transporte (artículo 1.14) pueda ser “negociable” (artículo 1.15), lo que sucede, igualmente, con el documento electrónico de transporte (artículo 1.18), que, también, podrá tener carácter “negociable” (artículo 1.19). Posteriormente, en su Capítulo 11 (“Transferencia de derechos”), las RR establecen el régimen de transferencia de los derechos incorporados al documento, distinguiendo según se trate de un documento de transporte no electrónico o de un documento de transporte electrónico. Al primer supuesto se le dedica el apartado 1 del artículo 57 (“Casos en los que se ha emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable”), según el cual “[C]uando se haya emitido un documento de transporte negociable, su tenedor podrá transferir los derechos incorporados en el documento mediante la transferencia del documento a otra persona: a) Debidamente endosado a dicha persona o en blanco, si se trata de un documento a la orden; o b) Sin endoso, si se trata de: i) un documento al portador o endosado en blanco, o ii) un documento emitido a la orden de una persona determinada y la transferencia tiene lugar entre el primer tenedor del documento y dicha persona”. Este precepto, como puede verse, reconoce la distinción clásica entre documentos a la orden y documentos al portador y acoge los diversos modos de transmisión de los derechos incorporados al título según se trate de un documento de una u otra naturaleza⁸⁸. Por lo que respecta a la transferencia de derechos en el supuesto de documentos electrónicos de transporte negociables, habrá que estar a lo que establece en concreto el apartado 2 del artículo 57: “Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable, su tenedor podrá transferir los derechos incorporados en el documento, tanto si se ha emitido simplemente a la orden como si se ha emitido a la orden de una persona determinada, mediante la transferencia del documento por los procedimientos indicados en el párrafo 1 del artículo 9”. Como se recordará, conforme señala el artículo 9.2 RR, “[L]os procedimientos exigidos en el párrafo 1 del presente artículo deberán figurar en los datos del contrato y ser de fácil comprobación”.

57. La regulación de las RR en materia de transferencia de derechos se completa con el artículo 58 (“Responsabilidad del tenedor”), que, como su propia rúbrica indica, regula la responsabilidad que, sobre la base del contrato de transporte, puede llegar a asumir el *tenedor* de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable. La figura del “tenedor”, a la que también se refiere el artículo 57 RR, y cuya delimitación es necesaria a los efectos del artículo 58 RR, viene definida en el artículo 1.10 RR en los siguientes términos: “Por “tenedor” se entenderá: a) La persona que esté en posesión de un documento de transporte negociable; y i) en caso de que el documento se haya emitido a la orden, esté identificada en dicho documento como el cargador o el destinatario, o como la persona a la que el documento haya sido debidamente endosado; o ii) en caso de que el documento sea un documento a la orden endosado en blanco o se haya emitido al portador, sea su portador; o b) La persona a la que se haya emitido o transferido un documento electrónico de transporte negociable con arreglo a los procedimientos previstos en el párrafo 1 del artículo 9”. Se trata, como puede verse, de una definición que encaja en el marco diseñado por las RR con respecto a la categorización jurídica de los documentos o títulos de

⁸⁷ Véase G. J. SÁNCHEZ, “Títulos-valores y documentos del transporte”, en *Derecho uniforme del transporte internacional*, Madrid 1998, pp. 23-66.

⁸⁸ Cfr. Artículo 19 LTM. Sobre esta cuestión, en el régimen vigente, véase SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 237-246.

transporte negociables (electrónicos o no) y al modo de transmisión de los derechos incorporados al documento o título de transporte respectivo, marco normativo que, por su parte, no es en modo alguno ajeno a la tradición establecida entre nosotros en el sector de los títulos-valores. Sobre la base de esta definición de “tenedor”, el artículo 58 RR distingue, a los efectos de su regulación, entre dos supuestos. Uno, aquél en el que el tenedor no sea el cargador y no ejercite ningún derecho derivado del contrato de transporte. Y otro, el del tenedor que no sea el cargador, pero que ejercite algún derecho derivado del contrato de transporte. En el primer supuesto, las RR dicen que dicho tenedor “*no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de ser el tenedor*” (artículo 58.1 RR). Mientras que en el segundo, el tenedor “*asumirá todas las responsabilidades que el contrato le imponga, en la medida en que dichas responsabilidades estén consignadas en el documento de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable, o puedan ser determinadas a partir del mismo*”. Con el objetivo de delimitar qué significa ejercitar o no derechos derivados del contrato de transporte, el artículo 58 RR, en su apartado 3, ha establecido la siguiente aclaración: “*A los efectos de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, se considerará que un tenedor, que no sea el cargador, no ha ejercitado derecho alguno derivado del contrato de transporte por la sola razón de: a) Haber acordado con el porteador, con arreglo al artículo 10, la sustitución de un documento de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable o, a la inversa, de un documento electrónico de transporte negociable por un documento de transporte negociable; o b) haber transferido sus derechos con arreglo al artículo 57*”.

58. Hemos dejado para el final de este trabajo el análisis de la *función probatoria* de la documentación de transporte regulada en las RR, que, en la práctica, es la más importante de las funciones que dicha documentación puede llegar a desempeñar. Que la documentación de transporte contemplada en las RR cumple dicha función se deriva claramente de las definiciones que del “documento de transporte” (artículo 1.14 RR) y del “documento electrónico de transporte” (artículo 1.18 RR) ofrecen dichas Reglas, pues, en ambos casos, y con idénticas palabras, se indica que la citada documentación sirve tanto para probar “*que el porteador o una parte ejecutante han recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte*” (letra a), como para probar (la existencia de) “*un contrato de transporte*” (letra b). Se confirma, de este modo, el triple alcance probatorio de la documentación de transporte respecto de (i) la existencia del contrato de transporte, (ii) la entrega de las mercancías al porteador (o a una parte ejecutante) y (iii) la entrega de las mercancías *con arreglo a un contrato de transporte*, es decir conforme a un estado y a unas condiciones determinadas (las que figuren reflejadas en la correspondiente documentación).

59. A esta última dimensión del alcance probatorio de la documentación de transporte se refieren, específicamente, las RR en su artículo 41 (“Valor probatorio de los datos del contrato”)⁸⁹. La regla general al respecto se establece en la letra a) de dicho precepto, conforme a la cual “[T]odo documento de transporte o documento electrónico de transporte establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de que el porteador recibió las mercancías conforme a lo indicado en los datos del contrato”. Esta regla, por lo tanto, establece, por un lado, que el alcance probatorio de la documentación del transporte, al que se refiere dicha regla, se centra exclusivamente en las informaciones que sobre las *mercancías* figuren en los “datos del contrato” (artículo 1.23 RR). Y, por otro lado, recuerda el carácter presuntivo *iuris tantum* (“*salvo prueba en contrario*”) de la prueba que ofrece la documentación de transporte. Este carácter presuntivo *iuris tantum* es abandonado, no obstante, por las propias RR, para convertirlo en presunción *iuris et de iure* (“*no se admitirá prueba alguna en contrario por parte del porteador*”) en dos supuestos específicos previstos, respectivamente, en las letras b) y c) del citado artículo 41 RR. En el primer supuesto, no se admitirá prueba en contra de lo que establecen los datos del contrato “*cuando dichos datos figuren en: i) Un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable que haya sido transferido a un tercero que haya obrado de buena fe; o ii) Un documento de transporte no negociable del que se infiera que el documento ha de ser restituido para obtener la entrega de las mercancías y que haya sido transferido a un destinatario que haya obrado de buena fe*” (letra b). En el supuesto de la letra c), por su parte, “[N]o se admitirá prueba alguna en contrario por parte

⁸⁹ Cfr. Artículo 3.4 RHV. Sobre esta cuestión, en el régimen vigente, véase SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte cit.*, pp. 230-233.

del porteador frente a un destinatario que haya obrado de buena fe en consideración a cualquiera de los siguientes datos del contrato que figuren en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable: i) Los datos del contrato mencionados en el i) párrafo 1 del artículo 36, cuando hayan sido facilitados por el porteador; ii) El número, el tipo y el número de identificación de los contenedores, aun cuando no el número de identificación de su respectivo sello o precinto; y iii) Los datos del contrato mencionados en el párrafo 2 del artículo 36”.

60. Las reglas sobre el alcance probatorio de la documentación de transporte establecidas en el artículo 41 RR están condicionadas, sin embargo, al hecho de que no se hayan formulado *reservas* por el porteador conforme a lo establecido en el artículo 40 RR. Y así lo recuerda expresamente el inciso inicial de aquel precepto (“[S]alvo en la medida en que se hayan formulado reservas a los datos del contrato en las circunstancias y en la forma indicadas en el artículo 40”). El artículo 40 RR (“Reservas relativas a la información sobre las mercancías en los datos del contrato”) es un precepto largo y de redacción compleja, que se estructura en torno a cuatro apartados distintos.

61. Los dos primeros contemplan, de forma general, el principio de la formulación de reservas por parte del porteador con respecto a la información mencionada en el apartado 1 del artículo 36 RR cuando aquéllas tengan como objeto indicar que el porteador no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador. La diferencia entre ambos apartados, sin embargo, radica en que, conforme al primer apartado, el porteador estará obligado a (“*deberá*”) formular dichas reservas en las situaciones previstas, en concreto, por el citado precepto, mientras que en el segundo apartado la formulación de reservas por parte del porteador se configura como potestativa o facultativa (“*podrá*”).

62. Las situaciones que contempla el artículo 40.1 RR para exigir la formulación de reservas son bien que el porteador “*sepa efectivamente*” (letra a) o bien que “*tenga motivos razonables para creer*” (letra b) que alguna declaración consignada en la documentación de transporte es falsa o engañosa. La formulación de este precepto es lo suficientemente amplia para poder cualificar tanto el alcance del *conocimiento* que debe poseer el porteador sobre la falsedad o engaño de la declaración a la hora de interponer la correspondiente reserva, como el significado de lo que ha de entenderse por declaración “falsa” (cuya concreción es más sencilla) o “engañosa” (que exige un elemento subjetivo en su identificación). Calla el precepto, sin embargo, acerca de los efectos concretos del incumplimiento de la obligación de formular las correspondientes reservas, que, a nuestro juicio, deberán ser concretados a la luz de las reglas generales contenidas en las Reglas y, particularmente, a tenor de lo que establece el artículo 40 RR.

63. Fuera de las situaciones previstas en el artículo 40.1 RR, como se ha dicho, las reservas serán de formulación *facultativa* y podrán interponerse “*en las circunstancias y en la forma establecidas en los párrafos 3 y 4*”. Por lo que respecta al régimen previsto en estos apartados 3 y 4 del artículo 40 RR, las Reglas establecen, también aquí, una distinción, entre dos supuestos. El primero es “[C]uando las mercancías no hayan sido entregadas para su transporte al porteador o a una parte ejecutante dentro de un contenedor o de un vehículo cerrado, o cuando hayan sido entregadas en un contenedor o vehículo cerrado y el porteador o una parte ejecutante las haya inspeccionado efectivamente” (apartado 3). Y el segundo, “[C]uando las mercancías sean entregadas para su transporte al porteador o a una parte ejecutante dentro de un contenedor o de un vehículo cerrado” (apartado 4). En el primer supuesto, el porteador podrá interponer reservas a la información facilitada conforme al artículo 36.1 RR (en cualquiera de sus letras a-d) “*siempre y cuando: a) No disponga de ningún medio materialmente practicable o comercialmente razonable para verificar la información facilitada por el cargador, en cuyo caso podrá indicar cuál es la información que no pudo verificar; o b) Tenga motivos razonables para creer que la información facilitada por el cargador es inexacta, en cuyo caso podrá insertar una cláusula indicando lo que razonablemente entienda por información exacta*” (apartado 3). En el supuesto del artículo 40.4 RR, por su parte, la formulación de reservas ofrece un régimen distinto según se trate de datos del contrato relativos a los apartados a), b) o c) del artículo 36.1 RR o de datos del contrato relativos al apartado d) del artículo 36.1 RR. En el primer caso, la formulación de reservas podrá realizarse “*siempre*

y cuando: i) Ni el porteador ni una parte ejecutante hayan inspeccionado efectivamente las mercancías que viajen dentro del contenedor o del vehículo; y ii) Ni el porteador ni una parte ejecutante tengan de otro modo conocimiento efectivo de su contenido antes de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte”. Y en el segundo, la formulación de reservas procederá “siempre y cuando: i) Ni el porteador ni una parte ejecutante hayan pesado el contenedor o vehículo, y el cargador y el porteador no hubiesen acordado que dicho contenedor o vehículo sería pesado y su peso sería consignado en los datos del contrato; o ii) No se disponga de medio alguno materialmente practicable o comercialmente razonable para verificar el peso del contenedor o vehículo”.

64. Como se habrá observado, el complejo régimen de reservas previsto en el artículo 40 RR se refiere a aquéllas que deban o puedan formularse con respecto a los datos del contrato previstos en el artículo 36.1 RR, que, como se indicó en su momento, exige la mención de (a) una descripción de las mercancías adecuada para su transporte; (b) las marcas distintivas requeridas para identificar las mercancías; (c) el número de bultos o unidades, o la cantidad de mercancías; y (d) el peso de las mercancías, si el cargador lo facilita. Nada se dice, sin embargo, en el artículo 40 RR al respecto de otra importante información relativa a las mercancías, que está prevista expresamente en el artículo 36.2a) RR (“[U]na indicación del estado y condición aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas”) y que, en la práctica, suele ser muy relevante a la hora de delimitar la responsabilidad del porteador por daños a las mercancías durante su custodia⁹⁰. El silencio del artículo 40 RR a este respecto se justifica porque las RR han querido conceder a este supuesto un tratamiento normativo diferenciado que, como adelantamos, se recoge en el artículo 39.3 RR⁹¹. Conforme a este precepto, “[S]i los datos del contrato no contienen indicación alguna sobre el estado y condición aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió, se entenderá que los datos del contrato indican que las mercancías estaban en buen estado y condición aparentes en el momento en que fueron recibidas por el porteador o una parte ejecutante”. En consecuencia, para desvirtuar la *presunción* de recepción de las mercancías en buen estado y condición aparentes establecida por el artículo 39.3 RR, el porteador deberá realizar la correspondiente manifestación en contra (o *reserva*) conforme al artículo 36.2a) RR.

8. Requisitos de forma

65. No queremos cerrar este repaso a los aspectos documentales y formales de la regulación prevista en las RR sin hacer referencia, precisamente, al artículo 3 RR (“Requisitos de forma”), conforme al cual “[C]ualquier notificación, confirmación, consentimiento, pacto, declaración y demás comunicaciones” a las que se hace referencia en los preceptos citados expresamente por dicho artículo 3 (que recogen trece situaciones distintas)⁹², “deberán hacerse por escrito”. Lo cual incluye a las comunicaciones *electrónicas*, según lo establecido en el inciso final del referido precepto⁹³. Es el artículo 3 RR, por tanto, una norma a tener en cuenta para asegurar la validez formal de determinadas comunicaciones relevantes que se contemplan en el texto de las Reglas.

⁹⁰ Sobre el periodo de responsabilidad del porteador, véase el artículo 12 RR.

⁹¹ Véase, igualmente, el artículo 36.4 RR.

⁹² Se trata de los siguientes preceptos: párrafo 2 del artículo 19, párrafos 1 a 4 del artículo 23, apartados b), c) y d) del párrafo 1 del artículo 36, apartado b) del párrafo 4 del artículo 40, artículo 44, párrafo 3 del artículo 48, apartado b) del párrafo 1 del artículo 51, párrafo 1 del artículo 59, artículos 63 y 66, párrafo 2 del artículo 67, párrafo 4 del artículo 75 y párrafos 2 y 5 del artículo 80.

⁹³ Recuérdese que el artículo 1,17 RR ofrece una definición de “comunicación electrónica”. En el inciso final del artículo 3 RR, por cierto, se establece como requisito esencial para el uso de comunicaciones electrónicas que se hagan “con el consentimiento del autor de la comunicación y de su destinatario”. Este consentimiento no debe necesariamente ser previo a la comunicación, sino que podrá inferirse del uso del medio electrónico por el autor de la comunicación y la contestación por dicho medio por parte del destinatario de la comunicación, siempre, claro está, que dicha contestación no sea para impugnar la utilización del formato electrónico. En este sentido, DEBATTISTA, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 11.

LA PROPOSTA DI COOPERAZIONE RAFFORZATA SULLA LEGGE APPLICABILE A SEPARAZIONE E DIVORZIO: PROFILI PROBLEMATICI

OLIVIA LOPES PEGNA
Ricercatrice
Università degli studi di Firenze

Recibido: 06.09.2010 / Aceptado: 12.09.2010

Riassunto: Il 31 marzo 2010 la Commissione presentava al Consiglio la Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il 12 luglio 2010 il Consiglio ha adottato la decisione che autorizza la suddetta cooperazione rafforzata. Si tratta della prima misura relativa ad una cooperazione rafforzata tra Stati membri, una procedura introdotta, come è noto, dal Trattato di Amsterdam, e disciplinata ora dall'art. 20 TUE e dagli artt. 326 ss. TFUE. La Proposta trova origine nella precedente Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 volto all'introduzione di disposizioni in materia di legge applicabile, e contenente anche alcune modifiche relative alla competenza giurisdizionale (c.d. "Roma III"). La scelta della via della cooperazione rafforzata segue la presa d'atto del Consiglio dell'esistenza di "difficoltà insormontabili che rendevano impossibile l'unanimità" su questa precedente proposta.

La nuova Proposta solleva problematiche ulteriori rispetto a quelle già evidenziate da molti commentatori in relazione alla versione precedente, dovute anche al fatto che si tratta di un atto a se' stante, svincolato - almeno dal punto di vista formale - dal regolamento n. 2201/2003. Il presente contributo esamina il testo della Proposta al fine di evidenziare alcuni profili problematici relativi, in particolare, all'ambito di applicazione del nuovo strumento e ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile. Le soluzioni ad alcune delle questioni sollevate sono individuate anche attraverso la valutazione dell'opportunità di interpretare la Proposta in coerenza con il regolamento n. 2201/2003, come con altri regolamenti relativi alla legge applicabile (in particolare, i regolamenti "Roma I", in materia di obbligazioni contrattuali, e "Roma II", in materia di obbligazioni extracontrattuali), esigenza valorizzata anche dal Consiglio europeo nel "Programma di Stoccolma".

Parole chiave: divorzio, conflitto di leggi, cooperazione rafforzata, doppia cittadinanza, lex fori, ordine pubblico, ordinamenti plurilegislativi.

Abstract: On 31 March 2010 the Commission proposed a Council Regulation (UE) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. On 12 July 2010 the Council adopted a Decision authorising the first enhanced cooperation in the history of the UE. This was first envisaged in the Amsterdam Treaty, and currently in article 20 TEU, and articles 326 ff. TFEU. The proposal basically follows the previous Commission proposal for a Regulation amending Regulation No. 2201/2003 as regards jurisdictional rules and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters (the so-called "Rome III" Regulation). Enhanced cooperation was authorised by the Council, noting that there were "insurmountable difficulties that made unanimity impossible" on the earlier proposal.

Some new issues arise from the text of the proposal, also as a consequence of the adoption of a regulation, that is separate from the jurisdiction and enforcement Regulation ("Brussels II-bis"). Among those issues are the scope of the Regulation and the determination of the applicable law. An important concern is ensuring consistency with Regulation No. 2201/2003, and the other regulations on the applicable law, "Rome I" and "Rome II". Several suggestions for amendments to the proposal are made.

Key words: divorce, conflict of laws, enhanced cooperation, double nationality, lex fori, public policy, non-unified legal systems.

Sommario: I. L'ambito di applicazione del futuro regolamento UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. 1. La scelta della cooperazione rafforzata. 2. Il carattere "internazionale" della separazione e del divorzio. 3. L'ambito di applicazione materiale. 4. L'ambito di applicazione *ratione personae*. II. Profili problematici relativi ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile. 1. I criteri per l'individuazione della legge applicabile. 2. La doppia o plurima cittadinanza. 3. Le conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge individuata attraverso i criteri di collegamento previsti. 4. Gli ordinamenti plurilegislativi su base personale.

I. L'ambito di applicazione del futuro regolamento UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale

1. La scelta della cooperazione rafforzata

1. Il 17 luglio 2006 la Commissione, facendo seguito al Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio,¹ presentava una Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 (di seguito anche "Bruxelles II-bis") volto all'introduzione di disposizioni in materia di legge applicabile, e contenente anche alcune modifiche relative alla competenza giurisdizionale.² Attraverso questa proposta si intendeva introdurre nello stesso strumento che disciplina la giurisdizione ed il riconoscimento delle decisioni in materia di separazione e divorzio, norme uniformi sulla legge applicabile a separazione e divorzio.³ Le differenze riscontrabili nelle soluzioni date nei vari ordinamenti degli Stati membri in relazione alla legge applicabile alla separazione e al divorzio hanno comportato difficoltà nel raggiungere un accordo sulla proposta.⁴ Così, in seguito alla formale presa d'atto del Consiglio dell'esistenza di "difficoltà insormontabili che rendevano impossibile l'unanimità" sulla proposta,⁵ la Commissione, su richiesta inizialmente di dieci Stati membri,⁶ poi scesi a nove per la rinuncia della Grecia, ha avviato la procedura per l'adozione di un regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile a separazione e divorzio,⁷ che vincolerà solo gli Stati che decideranno di partecipare (art. 20, par. 4, TUE).⁸ Il 12 luglio 2010 il Consiglio ha adottato all'unanimità (ai sensi dell'art. 329 par. 2, TFUE) la Decisione che autorizza la cooperazione rafforzata fra gli Stati

¹ COM (2005) 82 def. del 14 marzo 2005. Cfr. S. TONOLO, "Il libro verde della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 767 ss.

² Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale (COM (2006) 399 def.) del 17 luglio 2006 (c.d. "Roma III"). Cfr. anche la versione successiva della Proposta, doc. 8587/08 del 18 aprile 2008, redatta in seguito alla riunione del Comitato Diritto civile (sezione Roma III) del 4 aprile 2008.

³ Sulla proposta si rinvia, tra gli altri, a A. BONOMI, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario", in *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, a cura di S. BARATTI, C. RICCI, Padova, 2007, p. 91 ss.; F. POCAR, "Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e legge applicabile al divorzio", in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di S. BARIATTI, B. NASCIBENE, "Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?", in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 529 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La ley aplicable al divorcio en europa: el futuro reglamento Roma III", in *Cuadernos de derecho transnational*, 2009, p. 36 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, "Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento "Roma III", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 567 ss.; ID., "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e al divorzio nella proposta di regolamento «Roma III»", in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 49 ss.

⁴ Il problema principale è costituito dalla riluttanza di alcuni Stati ad applicare la legge di altri Stati in materia di divorzio, abbandonando l'approccio della *lex fori*.

⁵ Doc. 9985/08 JUSTCIV 111.

⁶ Spagna, Italia, Ungheria, Lussemburgo, Austria, Romania, Slovenia, Bulgaria, Francia e Grecia.

⁷ Cfr. la Proposta di regolamento (UE) del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale del 24 marzo 2010 (COM (2010) 105 def.). Il 16 aprile 2010 la Commissione ha poi presentato una versione riveduta della Proposta, che interessa esclusivamente le versioni in lingua inglese, francese e tedesca (cfr. doc. 8143/1/10/REV 1 JUSTCIV 56 JAI 267 e doc. 8143/1/10 REV 1 JUSTCIV 57 JAI 271).

⁸ Hanno successivamente aderito alla richiesta anche la Germania, il Belgio, la Lettonia, Malta ed il Portogallo, per un totale di quattordici Stati membri partecipanti.

membri richiedenti,⁹ cui potranno aggiungersi in qualunque momento altri Stati membri che intendano partecipare (art. 20, par. 1, TUE; art. 328 TFUE).

2. Il carattere “internazionale” della separazione e del divorzio

2. Ai sensi dell’art. 1 della Proposta, il futuro regolamento si applicherà al divorzio e alla separazione personale, “in circostanze che comportino un conflitto di legge”, cioè – come chiarisce la Commissione nella relazione di accompagnamento – a quelle “situazioni che presentano uno o più elementi di estraneità rispetto alla vita sociale interna di un paese e che possono implicare più sistemi giuridici”. Si tratta dunque di situazioni che presentano quelle “implicazioni transnazionali” richieste dall’art. 81, par. 3, TFUE, base giuridica della Proposta di regolamento.

Il carattere di internazionalità non deve necessariamente riguardare “la coppia” (per es. coniugi aventi cittadinanza o residenza abituale diversa), potendo riguardare anche soltanto la “vita” della coppia (per es. cittadini di uno Stato che spostano la loro residenza abituale in altro Stato). Nel libro verde la Commissione si riferiva a matrimoni “internazionali” relativamente a quei matrimoni in cui i coniugi hanno cittadinanza diversa, oppure risiedono in Stati diversi o risiedono in uno Stato di cui non sono cittadini.

Il regolamento non assumerà dunque rilevanza per situazioni “puramente interne” ad un unico Stato, prive di qualsiasi contatto transnazionale. Infatti, a differenza di quanto previsto nei regolamenti “Roma I” in materia contrattuale¹⁰ (come già nella Convenzione di Roma del 1980) e “Roma II”, in materia extracontrattuale,¹¹ la possibilità di scelta di legge ad opera dei coniugi (art. 3 della Proposta) è limitata a leggi che presentino un certo collegamento con la fattispecie; dunque in relazione a coppie aventi legami con un unico ordinamento, anche la scelta sarebbe comunque limitata a quella di quell’unico ordinamento. A conferma di ciò, non compare nella Proposta una disposizione analoga a quella dell’art. 3, par. 3, del regolamento “Roma I” e dell’art. 14, par. 2, del regolamento “Roma II”, che si riferiscono a fattispecie in cui tutti gli elementi pertinenti sono ubicati in un ordinamento diverso da quello la cui legge è scelta ad opera delle parti, limitando gli effetti della scelta di una legge di un altro ordinamento.¹²

Il carattere internazionale della “vicenda”, costituendo un presupposto per l’applicazione del regolamento, dovrà essere accertato d’ufficio dal giudice,¹³ che tuttavia non sarà tenuto anche a verificare la “genuinità” (o “spontaneità”) del collegamento con diversi ordinamenti, potendo assurgere a frode alla legge solo l’eventuale carattere “fittizio” del collegamento con un ordinamento.¹⁴

3. L’ambito di applicazione materiale

3. Quanto all’ambito di applicazione *ratione materiae*, la scelta di adottare un regolamento autonomo, formalmente svincolato dal regolamento n. 2201/2003, comporta difficoltà interpretative che

⁹ Decisione del Consiglio 2010/405/UE del 12 luglio 2010 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, in GUUE L 189 del 22 luglio 2010, p. 12.

¹⁰ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”), in GUUE L 177 del 14 luglio 2008, p. 6.

¹¹ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”), in GUUE L 1799 del 31 luglio 2007, p. 40.

¹² Art. 3, par. 3, regolamento n. 593/2008 (“Roma I”): “Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente”. Analogamente dispone l’art. 14, par. 3, del regolamento n. 864/2007 (“Roma II”). In argomento cfr. P. FRANZINA, “Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»”, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 971 ss., p. 981.

¹³ Sono quindi da rigettare interpretazioni quali quella prospettata dalla Cassazione italiana, nella sentenza 5 giugno 2009 n. 13087, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 140 ss., che ha affermato, in relazione ad una fattispecie concernente il licenziamento di un lavoratore che prestava la propria attività lavorativa in Germania e rientrando nell’ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980, che “i presupposti di applicabilità di una determinata legge straniera dipendono pur sempre dalla sussistenza di criteri di collegamento fondati su elementi di fatto, che devono essere ritualmente acquisiti alla causa”. In argomento cfr. C. TUO, “Obbligazioni contrattuali ed applicazione della legge straniera: un preoccupante segnale di regresso da parte della Corte di Cassazione”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 55 ss., in particolare p. 62 ss.

¹⁴ In senso difforme P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007 cit.*, p. 982.

sarebbero state in parte evitate se ci si fosse limitati a modificare il regolamento n. 2201/2003, introducendo norme sulla legge applicabile: in tal caso, infatti, sarebbe stato evidentemente coincidente l'ambito di applicazione materiale.¹⁵

Come per il regolamento "Bruxelles II-bis", non sono fornite indicazioni sul significato dei termini "separazione" e "divorzio" ai fini del nuovo regolamento.¹⁶ Una lettura coerente con il regolamento n. 2201/2003 porterebbe a ritenere che il nuovo regolamento concerna unicamente la legge applicabile allo "scioglimento del vincolo matrimoniale" (8° considerando regolamento n. 2201/2003),¹⁷ con esclusione dell'annullamento (come si evince dall'art. 1 che si riferisce unicamente al divorzio e alla separazione personale).¹⁸

Anche così delineato l'ambito "materiale", risulta comunque problematico determinare a quali "matrimoni" debba applicarsi il regolamento. È noto, infatti, come l'istituto non sia inteso in tutti gli Stati membri in modo uniforme, in particolare in relazione alla possibilità che il vincolo possa instaurarsi fra persone dello stesso sesso.¹⁹ E *a fortiori* dunque è da escludere che sussista una nozione di matrimonio a cui poter attingere nell'ordinamento dell'Unione,²⁰ rientrando la materia nelle competenze interne degli Stati. Se il regolamento non intende dunque incidere su tale nozione,²¹ che resta di competenza degli Stati,²² si potrebbe allora verificare l'ipotesi di domande di scioglimento di matrimoni di coppie dello stesso sesso²³ proposte davanti a giudici di Stati dove tali vincoli non sono conosciuti, né riconoscibili ancorché instaurati validamente all'estero. Verosimilmente questi giudici riterranno inammissibile la domanda, nei limiti in cui il vincolo di cui si chiede lo scioglimento non possa essere considerato esistente nell'ordinamento del foro.²⁴

¹⁵ Ciò è confermato dal fatto che l'introduzione di norme sulla legge applicabile era accompagnata da una modifica delle norme sulla giurisdizione, anche in funzione – come vedremo nel paragrafo successivo – di modificarne l'ambito di applicazione *ratione personae*.

¹⁶ L'esigenza di individuare una nozione "uniforme" è particolarmente rilevante in questo caso se si considera che si tratta di una nozione volta alla delimitazione dell'ambito di applicazione del regolamento, e quindi incidente in prima battuta sull'uniformità di applicazione del regolamento stesso. Nel senso che debba essere ricercata una nozione autonoma soprattutto quando il termine serve per delimitare l'ambito di applicazione di un atto, cfr. S. BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss., p. 702 e Id., "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", in *La famiglia nel diritto* cit., p. 153 ss., pp. 154 e 167-168.

¹⁷ Cfr. la Relazione esplicativa allegata al testo della proposta di Convenzione c.d. Bruxelles II (adottata ai sensi dell'art. K3 del TUE), elaborata dalla Prof. ALEGRIA BORRÁS, in GUCE C 221/35 del 16 luglio 1998, par. 22: "la convenzione si limita ai procedimenti specificamente relativi al vincolo matrimoniale, ossia l'annullamento del matrimonio, il divorzio e la separazione personale".

¹⁸ Nella relazione di accompagnamento si afferma che per l'annullamento del matrimonio "l'autonomia delle parti e la scelta di una legge diversa da quella dell'autorità giurisdizionale adita sono ritenute inopportune".

¹⁹ Tra i Paesi che ammettono il matrimonio omosessuale ricordiamo: i Paesi Bassi, la Spagna, il Belgio, la Gran Bretagna, la Svezia; recentemente ha adottato una legislazione al riguardo anche il Portogallo. In Italia, nel senso dell'impossibilità di arrivare a tale soluzione per via interpretativa, cfr., da ultimo, Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, "La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso".

²⁰ Nel senso che l'interpretazione autonoma delle nozioni di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti debba essere in armonia, per quanto possibile, con nozioni comuni contenute nella legislazione comunitaria (oggi dell'Unione), cfr., per tutti, M. AUDIT, "L'interprétation autonome du droit international privé communautaire", in *Journ. dr. int.*, 2004, p. 789 ss.; S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione* cit., p. 153 ss.

²¹ Una precisazione in tal senso nel testo del regolamento sarebbe più che mai opportuna. In questo senso, già con riferimento alla proposta di revisione del regolamento n. 2201/2003, cfr. B. NASCIBENE, "Revisione del Regolamento "Bruxelles II" (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone", in *Int'l Lis*, 2008, p. 57 ss., p. 58.

²² Il Consiglio GAI del 19 e 20 aprile 2007 (cfr. il comunicato stampa, doc. 8364/07 (Presse 77)), in relazione alla Proposta di modifica del regolamento n. 2201 ribadiva che la nozione di matrimonio è di competenza degli Stati. Cfr. anche il Programma dell'Aja del 2005, dove si affermava che futuri strumenti in materia di famiglia non saranno basati su concetti uniformi di "famiglia" e "matrimonio" (2005 C/53/01, p. 13). Queste affermazioni confermano dunque che non sia necessario ricorrere ad una nozione autonoma di "matrimonio", neppure facendo ricorso alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²³ Per un riferimento esplicito alle differenze tra le legislazioni nazionali in materia di matrimonio fra persone dello stesso sesso, che "non impediscono in linea di principio l'applicazione del regolamento", cfr. il Parere del Comitato economico e sociale del 13 dicembre 2006, in GUUE C 235 del 30 dicembre 2006, pp. 71-72, par. 3.3.

²⁴ Troviamo una conferma nell'art. 7bis inserito nell'"orientamento generale su elementi chiave del testo" (doc. 10153/10) adottato dai Ministri degli Stati membri partecipanti nel corso del Consiglio GAI del 3 e 4 giugno 2010 (comunicato stampa PRESSE 161), che stabilisce espressamente: "Nessuna disposizione del presente regolamento obbliga le autorità giurisdizionali di uno Stato membro, la cui legge non prevede il divorzio o non riconosce il matrimonio in questione ai fini della procedura

4. Non esistono nella Proposta, a differenza dei principali strumenti di diritto internazionale privato adottati precedentemente, esclusioni esplicite di materie (cfr. art. 1 regolamento n. 44/2001; art. 1 regolamento n. 2201/2003; e in particolare, con riferimento alla materia della legge applicabile, art. 1 regolamento n. 593/2008, c.d. “Roma I”, art. 1 regolamento n. 864/2007, c.d. “Roma II”).²⁵

Esigenze di coerenza interna all’ordinamento dell’Unione impongono tuttavia di considerare “implicitamente” esclusi quei settori che, pur potendo avere stretta attinenza con divorzio e separazione, trovano una disciplina – quanto alla legge applicabile – in altri specifici atti normativi dell’Unione (adottati o in fase di adozione),²⁶ come in Convenzioni internazionali di cui sono (o saranno parte) gli Stati membri, “nell’interesse” dell’Unione: in particolare, le obbligazioni alimentari,²⁷ i regimi patrimoniali fra coniugi,²⁸ la responsabilità genitoriale.²⁹

In questo modo è garantita l’armonia fra i vari strumenti incidenti sulla materia, ed in particolare si mantiene un parallelismo con la disciplina della giurisdizione e del riconoscimento delle decisioni nella materia matrimoniale prevista nel regolamento n. 2201/2003,³⁰ in modo analogo a quanto espres-

di divorzio, di emettere una decisione di divorzio in virtù dell’applicazione del regolamento stesso”. Cfr. anche il comunicato stampa del Consiglio GAI del 19 e 20 aprile 2007 (doc. 8364/07 Presse 77 cit.), a p. 11: “La definizione e le condizioni di validità del matrimonio sono questioni di diritto sostanziale e quindi di competenza del diritto nazionale. Di conseguenza l’autorità giurisdizionale di uno Stato membro competente in materia di divorzio o separazione personale può pronunciarsi sull’esistenza di un matrimonio in virtù del diritto nazionale”. Non dovrebbe invece assumere alcuna rilevanza, ai fini dell’ammissibilità della domanda, la mancanza di registrazione del matrimonio nei registri dello Stato civile: in Italia, in questo senso, cfr. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1985, n. 5292, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 903. *A fortiori* le unioni equiparate solo a certi effetti a quelle matrimoniali (unioni civili registrate, o *registered partnerships*) sono da ritenere escluse dall’ambito di applicazione del regolamento. Sul tema, in generale, cfr. F. MOSCONI, “Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 305 ss.

²⁵ Cfr. anche l’art. 1 della Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (COM (2009) 154 def.) del 14 ottobre 2009.

²⁶ Sulla necessità di coordinare il regolamento n. 2201/2003 con atti comunitari già adottati in materia se complementari, cfr. F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 63 ss., p. 64.

²⁷ Cfr. il regolamento n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento, all’esecuzione e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUUE L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1, che risulta espressamente applicabile anche alle obbligazioni alimentari derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale (art. 4, par. 1 lett. c), e che rinvia (art. 15), quanto alla legge applicabile, al Protocollo dell’Aja del 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Nel regolamento – che si applicherà a partire dal 18 giugno 2011 a condizione che il Protocollo sia applicabile all’Unione in tale data – non compare una definizione di obbligazione alimentare, ma nel considerando n. 11 se ne richiede una interpretazione autonoma. Si potrà a tal fine far ricorso alla nozione elaborata dalla Corte di Giustizia in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968: nella sentenza del 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *van den Boogaard*, in *Raccolta*, p. I-1147, par. 22, la Corte ha stabilito che se una determinata prestazione, nel caso di specie contenuta nelle statuizioni di natura economica pronunciate dal giudice del divorzio, “è diretta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilirne l’ammontare, la decisione riguarda un’obbligazione alimentare”. In argomento cfr. F. POCAR, I. VIARENGO, “Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 805 ss., specialmente p. 807 ss.

²⁸ Troviamo una conferma nella relazione allegata alla Proposta di Decisione che autorizza gli Stati membri alla cooperazione rafforzata (COM (2010) 104 def.), dove si legge: “... si dovrebbe chiarire che il settore della cooperazione rafforzata proposta, la «legge applicabile al divorzio e alla separazione», non comprende le norme di conflitto di leggi per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali del divorzio”. I regimi patrimoniali fra coniugi, sia in costanza di matrimonio, sia in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, formeranno infatti oggetto di una autonoma disciplina sulla legge applicabile. Cfr. il Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, del 17 luglio 2006 (COM (2006) 400 def.). La Corte di Giustizia, nella sentenza del 27 marzo 1979, causa 143/78, *De Cavel*, in *Raccolta*, 1979, p. 1055, par. 7, ha interpretato la nozione di “regime patrimoniale fra coniugi” (oggetto di esplicita esclusione dall’ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, ai sensi dell’art. 1, par. 2, n. 1, come oggi del regolamento n. 44/2001, art. 1, par. 2, lett. a)), come comprensivo anche “di tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo matrimoniale o dallo scioglimento di questo”. In argomento cfr. F. SALERNO, *op. cit.*, p. 64 ss.

²⁹ Cfr. la Decisione 2008/431/CE del Consiglio che autorizza alcuni Stati membri a ratificare ovvero ad aderire, nell’interesse della Comunità europea, alla Convenzione dell’Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, in GUUE L 151 del 1° giugno 2008, p. 36.

³⁰ Il regolamento n. 2201/2003, infatti, esclude espressamente le obbligazioni alimentari (art. 1, par. 3 lett. e)), pone norme distinte in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e non si applica alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento (8° considerando). I regimi patrimoniali sono espressamente esclusi dall’ambito di applicazione nella Proposta di regolamento in materia di successioni cit. *supra* (art. 1, lett. d)).

samente stabilito nei considerando n. 7 dei regolamenti “Roma I” e “Roma II”, in cui si valorizza la coerenza di questi strumenti con il regolamento n. 44/2001 in materia di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni, oltre che con gli altri regolamenti sulla legge applicabile.³¹

Una norma che stabilisca in modo esplicito tali esclusioni sarebbe tuttavia auspicabile,³² anche per evitare il rischio di possibili interpretazioni ed applicazioni errate.³³

Inoltre, aspetti problematici si profilano anche in merito alla determinazione della portata della legge così individuata, dal momento che la Proposta, a differenza dei regolamenti “Roma I” (art. 12) e “Roma II” (art. 15) non contiene alcuna indicazione al riguardo. Le esclusioni sopra esaminate non esauriscono infatti gli aspetti che possono o meno rientrare nell’ambito della legge applicabile al divorzio nei diversi ordinamenti degli Stati membri.³⁴ Sembra corretto ritenere che il regolamento non intenda incidere sulla legge applicabile agli “effetti” del divorzio,³⁵ come, per esempio, oltre agli effetti patrimoniali, le conseguenze sul nome: spetterà poi ai singoli ordinamenti interni stabilire se questi effetti siano o meno da regolare sulla base della stessa legge individuata ai fini dello scioglimento del vincolo.³⁶

4. L’ambito di applicazione *ratione personae*

5. Nessuna indicazione circa un coordinamento con il regolamento n. 2201/2003 è contenuta anche per quanto concerne l’ambito di applicazione *ratione personae* del futuro regolamento.³⁷ Come generalmente previsto negli strumenti internazionali relativi alla legge applicabile, il carattere universale del regolamento (art. 2) comporta che la disciplina ivi prevista sia applicabile da parte dei giudici di uno Stato partecipante anche a prescindere da qualunque contatto dei soggetti interessati con uno Stato membro.³⁸ Il futuro regolamento individuerrebbe perciò la legge applicabile a qualunque domanda di separazione o di-

³¹ In argomento cfr. L. GAROFALO, “Il coordinamento tra le proposte di Regolamento «Roma I» e «Roma II»”, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, Milano, 2007, p. 203 ss.

³² Nella Relazione allegata alla Proposta di Decisione che autorizza la cooperazione rafforzata, si legge: “Le norme sulla legge applicabile al divorzio, e all’attribuzione, esercizio o estinzione della responsabilità genitoriale o alle obbligazioni alimentari sono indipendenti” (par. 47). I giudici, tanto degli Stati membri partecipanti quanto di quelli non partecipanti dovranno perciò ricorrere a diverse fonti (quelle indicate nelle note precedenti) per individuare la legge applicabile ai diversi profili collegati ad una pronuncia di divorzio, posto che, tendenzialmente, la competenza giurisdizionale ricadrà sullo stesso giudice per i diversi settori. Un temperamento a questa frammentazione è costituito dalla possibilità di scegliere la stessa legge per disciplinare il divorzio ed i suoi effetti accessori, in particolare quelli patrimoniali, quando ciò sia ammesso dal diritto internazionale privato del foro, cfr. A. BONOMI, *Il diritto applicabile alla separazione* cit., p. 97.

³³ E’ noto, in Italia, il caso della sentenza del Tribunale di Firenze, 20 maggio 2003, che erroneamente ritenne compreso nell’ambito di applicazione del regolamento n. 1347/2000 (“Bruxelles II”) una domanda di modifica delle condizioni economiche della separazione. Cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, “Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II»”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 699 ss.

³⁴ La questione è importante anche per stabilire in quale misura, negli ordinamenti interni, residui un margine di applicazione delle norme relative all’individuazione della legge applicabile a separazione e divorzio.

³⁵ Sul punto cfr., più ampiamente, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 64 ss.

³⁶ In molte legislazioni interne la stessa legge in forza della quale si pronuncia il divorzio regola anche le conseguenze patrimoniali. Cfr. Tribunale primo grado, sentenza 21 aprile 2004, causa T-172/01, *M. c. Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2004, p. II-1975, par. 73, secondo cui l’accordo vertente sugli alimenti a seguito di divorzio è regolato dalla “legge che regola gli effetti del divorzio, nella fattispecie la legge greca in forza della quale è stato pronunciato il divorzio”. Nello stesso senso già Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 1972, causa 24/71, *Meinhardt*, in *Raccolta*, 1972, p. 269, par. 6. In relazione al nome, ad esempio, l’art. 24 della legge n. 218/1995 stabilisce riguardo ai diritti della personalità (tra cui rientra il nome) che i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto. In materia cfr. anche la Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980 sulla legge applicabile ai nomi e ai cognomi, in vigore tra Italia, Olanda, Portogallo e Spagna, (art. 1): che sottopone la disciplina del nome e del cognome alla legge nazionale.

³⁷ Nell’originario testo della Proposta in commento non era previsto alcun riferimento al regolamento n. 2201/2003, neppure in un considerando, come invece nei regolamenti “Roma I” e “Roma II” (considerando n. 7) in relazione al regolamento n. 44/2001. Nel citato “orientamento generale su elementi chiave” (doc. 10153/10), si è invece inserito un riferimento al regolamento “Bruxelles II-bis”, ma unicamente per stabilire, nell’11° considerando, che “Se del caso, un’autorità giurisdizionale dovrebbe essere considerata adita ai sensi del regolamento (CE) n. 2201/2003” (testo in inglese: “Where applicable, a Court should be deemed to be seized in accordance with Regulation (EC) n. 2201/2003”). Il richiamo al regolamento “where applicable”, fa dunque pensare che il regolamento sulla legge applicabile possa trovare applicazione, nell’intenzione dei Ministri degli Stati partecipanti, anche al di fuori dell’ambito di applicazione del regolamento “Bruxelles II-bis”.

³⁸ Le norme di conflitto individuate nel regolamento possono indifferentemente condurre all’applicazione di norme di uno Stato membro partecipante, di uno Stato membro non partecipante o di uno Stato non membro. Analogamente dispongono l’art. 3 del regolamento n. 864/2007 (Roma II) e l’art. 2 del regolamento n. 593/2008 (Roma I).

vorzio fosse introdotta negli Stati membri partecipanti, indipendentemente dalla circostanza che il criterio di giurisdizione derivi dal regolamento n. 2201/2003 o dalle norme interne dello Stato membro, e quindi anche in relazione a fattispecie collegate esclusivamente o quasi esclusivamente con Stati terzi.³⁹

6. Nella relazione allegata alla Proposta si legge (par. 2.2.) che esso contribuirà “a integrare i cittadini di paesi terzi cui darà la possibilità di sostituire la legge nazionale con quella della nuova residenza”.

In coerenza con questa scelta la Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003, oltre ad introdurre norme sulla legge applicabile, provvedeva a modificare i criteri di giurisdizione in modo da estendere l’ambito di applicazione, anche attraverso l’introduzione di criteri residuali uniformi.⁴⁰

In mancanza della riforma del regolamento n. 2201/2003 in relazione alla competenza giurisdizionale, che – come vedremo – potrebbe avere per risultato di privare di efficacia le norme sulla competenza giurisdizionale comuni di ciascuno Stato membro, il regolamento in commento si applicherebbe anche quando la competenza del giudice adito fosse fondata sui c.d. fori esorbitanti posti dalle norme interne.

In particolare, per quanto concerne l’ordinamento italiano, profili di estensione dell’applicazione *ratione personae* delle norme del regolamento si potranno presentare allorché operino fori chiaramente esorbitanti, quali il foro del luogo della celebrazione del matrimonio in Italia (art. 32 legge n. 218/1995),⁴¹ e quello di residenza o dimora dell’attore in Italia (per effetto della trasformazione dei criteri di competenza territoriale in criteri di competenza giurisdizionale, ai sensi dell’art. 3, 2° comma, ultima frase, legge n. 218/1995).⁴²

Il futuro regolamento consentirebbe a cittadini di Stati terzi con legami scarsamente significativi con il nostro ordinamento di scegliere la legge applicabile al divorzio, tra cui anche la *lex fori*. All’applicazione della *lex fori*, secondo le norme di diritto internazionale privato italiane attualmente vigenti, si arriverebbe invece solo qualora separazione e divorzio non fossero previsti nella legge straniera richiamata, o questa fosse contraria all’ordine pubblico.

7. La portata del regolamento n. 2201/2003 è al momento più limitata. Già il considerando n. 8 del regolamento n. 1347/2000 (“Bruxelles II”) stabiliva espressamente che il regolamento dovesse applicarsi “anche ai cittadini di Stati terzi *che hanno vincoli sufficientemente forti* con il territorio di uno degli Stati comunitari”.⁴³ La Corte di Giustizia ha poi confermato questa impostazione anche con riferimento al regolamento n. 2201/2003, che non contiene alcuna disposizione espressa sull’ambito di applicazione *ratione personae*. La Corte, nel caso *Lopez* deciso il 29 novembre 2007,⁴⁴ richiamando proprio l’8° ed il 12° considerando del regolamento n. 1347/2000, ha affermato che il regolamento n. 2201/2003 “si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità dei criteri di competenza previsti dal detto regolamento, criteri che (...) si fondano sul *principio che deve esistere un reale nesso di collegamento tra l’interessato e lo Stato membro che esercita la competenza*”.⁴⁵

Si può dunque desumere l’ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento n. 2201/2003 dai criteri di giurisdizione posti dagli artt. 3 ss.⁴⁶ Il carattere esclusivo di questi criteri (art. 6) comporta

³⁹ Ciò può costituire fonte di perplessità per chi segua una interpretazione restrittiva della competenza dell’Unione in questa materia, specialmente in relazione all’esigenza che le misure siano adottate, “in particolare, se necessario al corretto funzionamento del mercato interno”, ai sensi dell’art. 81, par. 2, TFUE (ex art. 65 TCE). Già altri strumenti tuttavia si muovono in questa direzione. Gli stessi lavori volti ad estendere l’applicabilità del regolamento n. 44/2001 anche a soggetti domiciliati in Stati terzi confermano la tendenza ad estendere la portata degli strumenti europei di cooperazione giudiziaria anche a fattispecie meno collegate con gli Stati membri. In senso critico cfr. A. FIORINI, “Roma III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, p. 178 ss., in particolare p. 184 ss.

⁴⁰ V. *infra*.

⁴¹ Art. 32, legge n. 218/1995: “In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall’art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia”.

⁴² L’art. 3, 2° comma, legge n. 218/1995, nelle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, stabilisce che “la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”. Cfr. F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 78-79

⁴³ Corsivo aggiunto.

⁴⁴ Sentenza 29 novembre 2007, causa C-68/07, *Lopez*, par. 26.

⁴⁵ Corsivo aggiunto.

⁴⁶ Cfr., per tutti, G. BIAGIONI, “Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull’efficacia delle decisioni in materia

che gli eventuali fori esorbitanti previsti dalle norme nazionali possono operare solo quando il convenuto non sia residente in uno Stato membro, nè cittadino di uno Stato membro.

8. La Commissione, proprio in concomitanza con l'adozione di norme uniformi sulla legge applicabile, riteneva necessario integrare i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento n. 2201/2003 estendendo, attraverso l'adozione di criteri residuali uniformi, la competenza giurisdizionale. L'iniziativa legata all'introduzione di norme sulla legge applicabile nell'ambito del regolamento n. 2201/2003 si accompagnava, infatti, alla revisione dei criteri giurisdizionali ivi previsti. In particolare: l'abrogazione dell'art. 6, concernente il carattere esclusivo dei criteri di competenza giurisdizionale enunciati nei precedenti artt. 3-5, e la modifica dell'art. 7, concernente la competenza residuale, oltre alla introduzione di una limitata possibilità di proroga della competenza giurisdizionale.

La soppressione dell'art. 6 si fondava sulla considerazione che la regola dell'esclusività è superflua e può creare confusione.⁴⁷ Maggiore rilevanza assume, ai nostri fini, la proposta di modifica dell'art. 7, volta alla introduzione di una norma uniforme sulla competenza residuale che sostituisca le corrispondenti norme interne.⁴⁸ La proposta mirava chiaramente a colmare alcune lacune lasciate dall'attuale disciplina, che potevano portare, in certe circostanze, ad un diniego di giustizia. Tuttavia, i criteri della "precedente residenza abituale comune nel territorio di uno Stato membro" (art. 7, lett. (d)), e della cittadinanza di almeno uno dei due di uno Stato membro (art. 7, lett. (e)), non comportano – dal punto di vista dell'ambito di applicazione *ratione personae* – una estensione di applicazione anche a cittadini di Stati terzi non residenti in uno Stato membro.

C'era da chiedersi se allora sarebbero rimasti applicabili i fori esorbitanti presenti nelle norme interne degli Stati membri partecipanti, almeno in relazione a cittadini di Stati terzi non residenti (o che non abbiano risieduto per almeno tre anni) in uno Stato membro.

La relazione alla Proposta di modifica si riferiva ad una norma "uniforme e completa sulla competenza residuale che sostituisce le corrispondenti norme nazionali...".⁴⁹ L'intenzione sembrava dunque quella di eliminare gli ulteriori fori esorbitanti nazionali,⁵⁰ ma in tal caso una precisazione sarebbe stata preferibile.⁵¹ Attraverso la soppressione di qualunque foro interno esorbitante si raggiungerebbe il massimo grado di uniformità possibile in materia: le norme sulla legge applicabile previste nello strumento di cooperazione rafforzata opererebbero ogniqualvolta il giudice dello Stato membro partecipante fosse competente in materia di divorzio e separazione, competenza che si determinerebbe esclusivamente sulla base di criteri di giurisdizione uniformi.

Ove invece la disciplina sulla giurisdizione non fosse modificata, rimarrebbero operanti i fori residuali interni per le fattispecie non coperte dal regolamento sulla competenza giurisdizionale, mentre le norme uniformi sulla legge applicabile troverebbero comunque applicazione, stante il carattere universale del regolamento e l'assenza di qualunque esplicita limitazione *ratione personae*.

II. Profili problematici relativi ad alcune "questioni generali" sulla legge applicabile

1. I criteri per l'individuazione della legge applicabile

9. Innovando profondamente rispetto a molti degli ordinamenti degli Stati membri, la Proposta in esame introduce la possibilità per i coniugi di scegliere la legge che regolerà la separazione o il divor-

matrimoniale", in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 991 ss., p. 1003 ss.; R. BARATTA, "Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. PICONE, Padova, 2004, p. 163 ss.; F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 67-68. In relazione al regolamento n. 1347/2000, A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 298 ss., p. 327 ss.

⁴⁷ Relazione allegata alla Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 cit., p. 9.

⁴⁸ In questa direzione si muove la Proposta in materia di successioni. Cfr. l'art. 6 "competenza residua", ed il 13° considerando dove si legge: "Onde agevolare il riconoscimento reciproco, d'ora innanzi non è più auspicabile prevedere il rinvio alle norme di competenza del diritto nazionale".

⁴⁹ Corsivo aggiunto.

⁵⁰ In questo senso F. SALERNO, *op. cit.*, pp. 71 ss. e p. 80.

⁵¹ In senso critico all'eliminazione del riferimento alla *lex fori* cfr. B. NASCIBENE, *Revisione del Regolamento* cit., p. 59.

zio. La possibilità di scelta è limitata a leggi di Stati che presentino (al momento in cui viene concluso l'accordo) un "legame stretto" con i coniugi,⁵² e cioè la comune residenza abituale, o l'ultima residenza abituale comune se uno dei due coniugi vi risiede ancora, la cittadinanza di uno dei due coniugi, e la *lex fori* (art. 3). È interessante notare che la Proposta, recependo un emendamento del Parlamento, limita gli effetti della scelta, che potrà operare solo "purché tale legge sia conforme ai diritti fondamentali definiti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al principio dell'ordine pubblico". Quest'ultima specificazione, in particolare, sembra riecheggiare quell'"ordine pubblico europeo" che si era tentato di inserire anche nel regolamento "Roma II" senza successo.⁵³ Non si capirebbe altrimenti la necessità di tale riferimento, essendo presente una disposizione specifica che invece tutela l'ordine pubblico del foro (art. 7). Tuttavia è da segnalare che questa parte della disposizione non è stata riprodotta nel documento contenente l'orientamento generale su punti chiave concordato fra Stati membri partecipanti durante il Consiglio GAI del 3 e 4 giugno 2010.⁵⁴ Pertanto è da ritenere che non comparirà nella versione definitiva del regolamento. Non sembra che a ciò debba attribuirsi grande rilievo, dal momento che i valori che si intendevano tutelare nella disposizione sono certamente da considerare rientranti nell'ordine pubblico degli Stati membri.

10. In mancanza di scelta, il criterio principale è quello della residenza abituale dei coniugi al momento in cui viene adita l'autorità giudiziaria (art. 4, lett. a)).⁵⁵ Accogliendo una indicazione formulata dal Parlamento,⁵⁶ la "prossimità" viene dunque valutata non in relazione all'intero arco della vita matrimoniale,⁵⁷ ma con riferimento al momento della domanda: occorrerà necessariamente tener comunque conto di un certo arco di tempo al fine di stabilire l'"abitualità". In ogni caso, sembra auspicabile che il criterio venga interpretato, per quanto possibile, in coerenza con l'analogo criterio di competenza giurisdizionale previsto nel regolamento n. 2201/2003 (art. 3, lett. a)), pur tenendo conto delle diverse finalità dei due regolamenti.⁵⁸ La lett. b) dell'art. 4 prevede quale criterio successivo (applicabile in mancanza di una residenza abituale comune) l'ultima residenza abituale dei coniugi "sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima" della domanda, e sempre che uno dei due coniugi vi risieda ancora. In mancanza, sarà applicabile la legge della comune cittadinanza al momento della domanda (lett. c)), e, quale ultimo criterio, la *lex fori* (lett. d)).

Pur nel silenzio della Proposta, è da ritenere che i criteri dell'art. 4 operino non soltanto quando i coniugi non abbiano effettuato alcuna scelta di legge, ma anche "in mancanza" di scelta "efficace": cioè quando, pur avendo esercitato la facoltà di scelta, la legge scelta non possa essere applicata, vuoi per vizi formali (art. 3, parr. 3 e 4), vuoi perché contrastante con l'ordine pubblico del foro (art. 7).

⁵² Relazione, p. 7.

⁵³ Cfr. l'art. 24 della Proposta di regolamento del 22 luglio 2003 (COM (2003) 427 def.), non riprodotto nel testo definitivo del regolamento, che qualificava come contrari all'ordine pubblico comunitario i danni o gli interessi "esemplari o punitivi".

⁵⁴ Doc. 10153/10 cit. del 1° giugno 2010.

⁵⁵ Il Parlamento europeo aveva proposto di inserire nel testo una definizione di residenza abituale quale "il luogo di ordinaria dimora di una persona". Cfr. la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 21 ottobre 2008 sulla Proposta di regolamento che modifica il regolamento n. 2201/2003, in GUUE C 15 del 21 gennaio 2010, p. 128, emendamento n. 7. Nell'emendamento n. 4 il Parlamento proponeva di inserire un nuovo considerando di questo tenore: "I termini «residenza abituale» dovrebbero essere interpretati in conformità agli obiettivi del presente regolamento. Il loro significato dovrebbe essere determinato dal giudice caso per caso su base fattuale. Tale espressione non rinvia ad un concetto di legge nazionale, bensì ad una nozione autonoma della legge comunitaria". Gli emendamenti non sono stati accolti nella versione in commento; dovrà comunque ricercarsi un significato autonomo di residenza abituale, anche facendo riferimento alle pronunce della Corte di Giustizia.

⁵⁶ Emendamento n. 27.

⁵⁷ Così viene invece applicato il criterio previsto dalla legge italiana della "prevalente localizzazione della vita matrimoniale".

⁵⁸ In senso favorevole ad un'interpretazione del concetto di residenza abituale degli sposi coerente fra i due regolamenti, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *Le legge applicabile* cit., p. 66. Non è da escludere, tuttavia, – come evidenziato anche da V. GAERNTER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possibile connectiong factors in divorce matters against the background of private international law developments", in *Journ. of Priv. Int. Law*, 2006, p. 99 ss., a p. 130 – che il criterio possa essere interpretato in modo più o meno restrittivo a seconda che sia impiegato, rispettivamente, per individuare la legge applicabile o per designare il giudice competente, stante la diversa finalità che si persegue nei due casi. Ciò dovrà essere tenuto presente, in particolare, quando si tratti di desumere indicazioni dalle pronunce della Corte di Giustizia. In senso favorevole all'impiego del c.d. approccio funzionale nell'interpretazione del criterio della residenza abituale, cfr. anche M. MELLONE, "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss., in particolare p. 704 ss.

2. La doppia o plurima cittadinanza

11. L'impiego, seppur limitato, del criterio della cittadinanza nel regolamento comporta inevitabilmente la necessità di prendere in considerazione ipotesi in cui uno dei coniugi, o entrambi, abbiano due o più cittadinanze.⁵⁹ Ai fini della scelta della legge applicabile, assume rilevanza, ai sensi dell'art. 3, lett. c), la cittadinanza dell'uno e dell'altro coniuge: è dunque da ritenere che nel caso in cui uno, o entrambi, abbiano più di una cittadinanza si moltiplichino per essi le leggi tra cui poter scegliere quella applicabile. Non sussistono ostacoli in questo caso alla possibilità di prendere in considerazione tutte le cittadinanze.

Quando si tratta di determinare la legge applicabile in mancanza di scelta, assume rilevanza, quale criterio successivo a quello della residenza abituale dei coniugi (art. 4, lett. a) e b)) la cittadinanza comune dei coniugi (art. 4, lett. c)) al momento della domanda.

Quando uno dei coniugi o entrambi abbiano più cittadinanze, di cui solo una in comune, è ragionevole ritenere che rilevi ai fini dell'individuazione della legge applicabile solo quella comune, e ciò anche nell'ipotesi in cui nell'ordinamento del giudice adito esista una norma che imponga la prevalenza della cittadinanza del foro.⁶⁰

12. Un problema si pone in relazione all'eventuale doppia o plurima cittadinanza comune, essendo necessario individuare una sola legge applicabile.

In mancanza di indicazioni esplicite nella Proposta, la lacuna non potrebbe che essere risolta attraverso i criteri utilizzati nello Stato del foro,⁶¹ pur nel rispetto dei principi espressi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia,⁶² e dunque evitando di applicare disposizioni che possano comportare effetti discriminatori o, più in generale, contrari al diritto dell'Unione.⁶³

Nel caso *Hadadi*,⁶⁴ la Corte di Giustizia, ha stabilito che in caso di doppia cittadinanza comune il giudice non possa ignorare, ai fini dell'applicazione del regolamento n. 2201/2003, la cittadinanza di un altro Stato membro, trattando le persone aventi doppia cittadinanza come se possedessero solo la cittadinanza dello Stato membro adito. Tuttavia, sono diversi i contesti in cui il problema si pone, potendo operare, come è noto, in modo alternativo più criteri di competenza giurisdizionale contemporaneamente (rimettendo in tal caso la scelta all'attore),⁶⁵ mentre ai fini dell'individuazione della legge applicabile occorre pervenire all'individuazione di un'unica legge.

Sarebbe difficile, in assenza di indicazioni esplicite, assimilare questi casi a quelli in cui non sussiste alcuna cittadinanza comune, ed applicare dunque direttamente la *lex fori*, come previsto nell'art. 4, lett. d) per l'ipotesi in cui manchi una cittadinanza comune: favorirebbe tuttavia l'uniformità di applicazione, e quindi la prevedibilità, un criterio che espressamente risolva il problema in questo senso.⁶⁶ Più

⁵⁹ Il problema può dirsi "nuovo" nel panorama dei regolamenti europei, non essendo il criterio della cittadinanza impiegato nei precedenti regolamenti "Roma I" e "Roma II".

⁶⁰ Nella giurisprudenza italiana, cfr. Tribunale di Venezia, 14 novembre 1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 158. Per un celebre caso risolto in Francia nel senso opposto cfr. *Cour de Cassation*, 17 giugno 1968, *Kasapyan*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1969, p. 59 ss., con nota di H. BATIFFOL, che ha considerato aventi nazionalità differente due coniugi aventi entrambi la cittadinanza turca, facendo prevalere per la moglie la cittadinanza francese.

⁶¹ In questo senso cfr., A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 63

⁶² Cfr. in tal senso il considerando n. 10bis inserito nel già citato "orientamento generale su elementi chiave" (doc. 10153/10), che stabilisce "Quando ai fini dell'applicazione della legge di uno Stato il presente regolamento si riferisce alla cittadinanza quale fattore di collegamento, la questione del modo in cui trattare i casi di cittadinanza plurima è disciplinata dalla legge nazionale, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea". Questa era la soluzione indicata anche nella citata relazione esplicativa elaborata dalla Prof. A. BORRÁS alla Convenzione "Bruxelles II" (cfr. punto 33).

⁶³ Cfr. i noti casi *Micheletti* (Corte di Giustizia, sentenza 7 luglio 1992, C-369/90, in *Raccolta*, 1992, p. I-04239 ss.) e *García Avello* (Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, C-148/02, in *Raccolta*, 2003, p. I-11613). In argomento cfr. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, in particolare p. 320 ss.

⁶⁴ Sentenza 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, in corso di pubblicazione in *Raccolta*, 2009.

⁶⁵ E' questa la soluzione a cui perviene la Corte nello stesso caso *Hadadi*, per le ipotesi in cui i coniugi abbiano doppia cittadinanza comune (parr. 49 ss.). In tal senso cfr. già L. TOMASI, "Doppia cittadinanza e giurisdizione in materia matrimoniale nel Reg. n. 2201/2003 ("Bruxelles II-bis")", in *Int'l Lis*, 2008, p. 134 ss.

⁶⁶ Una soluzione esplicita alla questione è contenuta per esempio nella Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali (in vigore tra Francia, Lussemburgo e Olanda), che all'art. 15, par. 2, stabilisce che "the provisions referring to the common nationality of the spouses are not applicable where the spouses have more than one common nationality".

difficilmente ipotizzabile risulta invece un criterio residuale uniforme, che dovrebbe pur sempre fondarsi sul principio di prossimità, dato che il criterio della cittadinanza comune già opera a sua volta come criterio successivo ad altri criteri che prendono in considerazione la residenza abituale dei coniugi.⁶⁷

3. Le conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge individuata attraverso i criteri di collegamento previsti

13. L'art. 5 della Proposta stabilisce che, qualora la legge applicabile ai sensi degli artt. 3 o 4 non preveda il divorzio⁶⁸ o non conceda a uno dei due coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro.⁶⁹

Entrambe le ipotesi prese in considerazione in questa disposizione rendono esplicite condizioni di applicabilità della legge straniera che nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri avrebbero potuto comunque operare per effetto del limite dell'ordine pubblico, previsto all'art. 7 della Proposta.⁷⁰ La norma presenta tuttavia il vantaggio di garantire una uniformità di soluzioni, almeno quanto agli aspetti ivi tutelati del "diritto al divorzio" e della parità fra uomo e donna, svincolando la tutela dalla logica internazionale-privatistica dell'impiego del limite dell'ordine pubblico.⁷¹

⁶⁷ Analoghe considerazioni hanno spinto la Corte, sempre nel caso *Hadadi* già richiamato (parr. 51 ss.), ad escludere che ci si possa basare sul concetto di "cittadinanza prevalente" ai fini dell'applicazione dell'art. 3, n. 1, lett. b) del regolamento n. 2201/2003, che stabilisce il criterio della cittadinanza comune dei coniugi come criterio successivo a quello della residenza abituale. In senso favorevole a privilegiare la "cittadinanza effettiva", cioè quella più strettamente connessa con la fattispecie concreta, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. SEATZU, *La legge applicabile* cit., p. 69. In senso favorevole all'accoglimento di questa soluzione come soluzione generale, in relazione alla legge applicabile al divorzio, H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 226, 1991-I, p. 9 ss., p. 85 ss., che però sottolinea (a p. 91) come la cittadinanza effettiva degli sposi finirà per coincidere spesso con il loro domicilio o la loro residenza abituale.

⁶⁸ Nel citato orientamento generale su elementi chiave, si è aggiunto il considerando n. 21bis, dove si legge: "Nei casi in cui il regolamento si riferisce al fatto che la legge applicabile non prevede il divorzio, ciò deve essere interpretato nel senso che essa non contempla affatto il divorzio".

⁶⁹ L'articolo non compariva nell'originaria Proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003, ed accoglie l'emendamento n. 25 proposto dal Parlamento. In coerenza con questa disposizione il Parlamento proponeva di inserire nel regolamento n. 2201/2003 anche il c.d. *forum necessitatis*, per le ipotesi in cui la legge del foro non prevedesse il divorzio (emendamento n. 15). In argomento cfr. G. ROSSOLILLO, "Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea", in *Cuadernos de derecho transnational*, 2010, p. 403 ss.

⁷⁰ Il *favor divortii* caratterizzante la maggior parte delle legislazioni degli Stati membri conduce spesso all'applicazione dell'ordine pubblico in relazione a leggi straniere che non prevedano l'istituto del divorzio. In Italia, una disposizione specifica rende applicabile la *lex fori* quando la legge straniera richiamata non prevede la separazione o il divorzio (art. 31, 2° comma, legge n. 218/1995). Quanto alla parità fra uomo e donna, essa è sancita, anche con riferimento espresso allo scioglimento del matrimonio, nell'art. 5 del Protocollo n. 7 della CEDU, e dunque si impone a tutti gli Stati membri come condizione di applicabilità di una legge straniera. Cfr. M. DE BOER, "Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community", in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR, Padova, 2008, p. 295 ss. Nel senso dell'inapplicabilità in Italia, per contrasto con l'ordine pubblico, di una normativa straniera (nella specie quella iraniana) che integra una violazione del principio di parità fra uomo e donna, cfr. Tribunale di Milano, 24 marzo 1994, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 853. Nel senso dell'impossibilità di pronunciare un ripudio in Francia perché contrario a "l'effet «plein» de l'ordre public", H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple* cit., p. 269. Un diverso atteggiamento si riscontra invece, in Francia, in relazione al riconoscimento di effetti di ripudi ottenuti all'estero, per effetto dell'applicazione delle note teorie dell'ordine pubblico "attenuato" (Cfr. Cour de Cassation, 17 aprile 1953, *Rivière*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1953, p. 412, con nota di H. BATIFFOL) e del c.d. ordine pubblico "de proximité". La Cour de Cassation francese in alcune pronunce del 17 luglio 2004, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, p. 423 ss., con nota di P. HAMMAJE, ha negato l'ingresso a provvedimenti di ripudio, anche in virtù dell'esigenza di rispettare l'art. 5 del Protocollo n° 7 CEDU, facendo tuttavia riferimento alla circostanza che la moglie, o entrambi gli sposi, fossero residenti in Francia. Ciò è stato interpretato come una conferma dell'accoglimento dell'ordine pubblico "de proximité" in questa materia, cfr. P. COURBE, "Le rejet des répudiations musulmanes", in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815 ss.; ID., "L'ordre public de proximité", in *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2005, p. 227 ss. In senso critico all'impiego dell'ordine pubblico "de proximité" quando si tratta di far valere diritti umani, cfr. A. MEZGHANI, "Le juge français et les institutions du droit musulman", in *Journal dr. int.*, 2003, p. 721 ss., p. 759 ss. Cfr. anche il caso promosso davanti alla Corte europea dei diritti da parte di una cittadina algerina che invocava la violazione dell'art. 5 del Protocollo n. 7 da parte della Francia per aver concesso l'*exequatur* di una pronuncia algerina di ripudio (*D. c. Francia*, ricorso n. 3/02, decisione sulla ricevibilità del 3 maggio 2005), conclusosi tuttavia con l'archiviazione per ritiro del ricorso.

⁷¹ Nel senso dell'inadeguatezza delle teorie dell'ordine pubblico "attenuato" e "di prossimità" ad essere impiegate nei casi in cui "il contrasto con l'ordine pubblico è determinato dalla violazione di fondamentali principi in materia di diritti umani, qua-

E' del resto da tener presente che è proprio la materia degli *status* ad essere caratterizzata da un più ampio impiego del limite dell'ordine pubblico, negli ordinamenti europei, in particolare in relazione agli istituti islamici.⁷² L'impiego del criterio principale della residenza abituale dovrebbe portare ad un ridimensionamento del problema, rispetto invece ai sistemi nazionali improntati al criterio della cittadinanza. Tuttavia, tanto l'impiego residuale del criterio della cittadinanza, quanto il possibile impiego dei criteri posti dal regolamento anche in presenza – come abbiamo visto – di fori esorbitanti, possono contribuire a rendere applicabile la legge di Stati che preveda istituti non compatibili con l'ordine pubblico del foro.

14. Più problematica appare la questione relativa alle conseguenze dell'operare del limite dell'ordine pubblico.

L'art. 5 stabilisce il criterio residuale nel caso in cui la legge individuata non possa operare: cioè l'applicabilità della *lex fori*.

Lo stesso non è previsto nell'art. 7, il quale, riproducendo la formula classica del limite dell'ordine pubblico già contenuta nei precedenti regolamenti in materia di legge applicabile, non stabilisce alcunché sulle conseguenze dell'impossibilità di applicare la legge designata.

Il silenzio del legislatore potrebbe essere interpretato come indicazione della volontà di non dettare una soluzione uniforme, rimettendosi alle soluzioni previste nelle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri. La stessa soluzione è stata prospettata anche con riferimento alla Convenzione di Roma e ai regolamenti "Roma I" e "Roma II".⁷³ Maggiormente attenta alle esigenze di uniformità sembra l'opinione di chi ritiene in via generale che si dovrebbe ricorrere ad altri criteri di collegamento eventualmente previsti e soltanto in ultima analisi alla *lex fori*.⁷⁴ Tuttavia, in relazione alla Proposta in esame, è molto probabile che il contrasto con l'ordine pubblico si realizzi soprattutto quando opera il criterio della cittadinanza (art. 4, lett. c)): quindi, anche seguendo l'interpretazione che privilegia il ricorso agli altri criteri di collegamento previsti, si arriverebbe ad applicare la *lex fori* (art. 4, lett. d)). Inoltre, il principale fattore di possibile contrasto con l'ordine pubblico nella materia oggetto della Proposta consiste certamente nella disparità di trattamento fra uomo e donna, già presa in considerazione nell'art. 5: dunque è immaginabile che si presentino pochi casi di effettivo contrasto con l'ordine pubblico per altri motivi. Una disposizione che renda esplicite anche le conseguenze del contrasto con l'ordine pubblico resterebbe tuttavia opportuna.

4. Gli ordinamenti plurilegislativi su base personale

15. L'art. 8, par. 1, della Proposta si riferisce agli "Stati con più sistemi giuridici", stabilendo: "Ove uno Stato si componga di più unità territoriali, ciascuna con una normativa propria in materia di divorzio e separazione personale, ogni unità territoriale è considerata come uno Stato ai fini della determinazione della legge applicabile ai sensi del presente regolamento". La norma rispecchia nella formulazione le analoghe disposizioni contenute nei regolamenti "Roma I" (art. 22) e "Roma II" (art. 25).⁷⁵

le il principio di uguaglianza", cfr. G. CARELLA, "Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. CARELLA, Torino, 2009, p. 67 ss., p. 70. In questo senso è da leggersi anche la risoluzione dell'*Institute of International Law* di Cracovia del 2005, "Cultural differences and *ordre public* in family international law", che, pur accogliendo in parte l'idea dell'ordine pubblico attenuato in ragione di considerazioni di prossimità (vedi la lett. C, par. 2), stabilisce nei "General Principles" (lett. A, par. 3): "Public policy should be invoked against the normally applicable law only to the extent that, in the circumstances of the case, the application of that law would infringe the principles of equality, non-discrimination and freedom of religion".

⁷² In argomento cfr. R. CLERICI, "La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale", in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

⁷³ In Italia, per esempio, si prevede che si ricorra agli altri criteri di collegamento eventualmente previsti e solo in mancanza si proceda all'applicazione della *lex fori* (art. 16, 2° comma, legge n. 218/1995). Per un esempio di applicazione di questa disposizione in relazione al limite dell'ordine pubblico nell'ambito di applicazione della Convenzione di Roma, cfr. Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 216. In dottrina, per tutti, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, p. 190 ss.; in relazione al regolamento "Roma II" la soluzione è prospettata da P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 1044.

⁷⁴ Cfr., per tutti, G. BIAGIONI, "Le conseguenze dell'incompatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico nella Convenzione di Roma", in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1083 ss., ed in relazione al regolamento n. 593/2008 ("Roma I"), *Id.*, "Art. 21", nel Commentario a cura di F. SALERNO, P. FRANZINA, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 911 ss., p. 918.

⁷⁵ Ed una disposizione di analogo contenuto è prevista anche nell'art. 28 della Proposta in materia di successioni.

Nulla è disposto in relazione a quegli ordinamenti in cui coesistono più sistemi legislativi, non su base territoriale, bensì su base personale (per religione, o etnia).⁷⁶

Un caso recentemente deciso in Italia dal Tribunale di Belluno mostra come questa ipotesi si possa facilmente presentare in relazione allo scioglimento del matrimonio.⁷⁷ Due coniugi indiani residenti in Italia presentavano domanda congiunta di divorzio ai sensi dell'*Hindu Marriage Act*, che disciplina il divorzio per "*mutual consent*". Il Tribunale, competente ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 2201/2003, individua la legge applicabile nella legge indiana, data la comune cittadinanza indiana dei coniugi (art. 31 legge n. 218/1995). La legge italiana di diritto internazionale privato prende espressamente in considerazione anche gli ordinamenti plurilegislativi a base personale, stabilendo che in questi casi – come per quelli a base territoriale – la legge applicabile si determina "secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento", e se tali criteri non possono essere individuati, "si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto" (art. 18, legge n. 218/1995). Perciò il Tribunale, in virtù di questa disposizione, ha ritenuto applicabile ai coniugi, che avevano contratto matrimonio induista, l'*Hindu Marriage Act*, che si applica nei confronti delle persone appartenenti alla religione induista, oltre ad altre confessioni religiose equiparate (art. 2). L'applicazione di questa normativa risultava particolarmente favorevole ai coniugi, in quanto consentiva loro di chiedere congiuntamente l'immediato scioglimento del vincolo, senza necessità di passare attraverso una pronuncia giudiziale di separazione, come invece previsto nella legge italiana in materia di divorzio.⁷⁸

Nel caso in cui si arrivi all'individuazione della legge attraverso la scelta delle parti è ipotizzabile che sia la stessa volontà delle parti ad esprimere il sottosistema applicabile,⁷⁹ ma in mancanza, come nelle altre ipotesi in cui si dovesse pervenire al richiamo di un ordinamento plurilegislativo a base personale, manca nel regolamento una indicazione sul criterio da seguire per individuare la legge applicabile.

Anche in questo caso sembra inevitabile, in assenza di indicazioni espresse, rifarsi ai criteri utilizzati nell'ordinamento del foro, con il rischio tuttavia di soluzioni difformi.

Rispetto alle obbligazioni alimentari il Protocollo dell'Aja del 2007, richiamato dal regolamento n. 4/2010 per l'individuazione della legge applicabile, contiene una specifica disposizione dedicata ai sistemi non unificati su base personale (art. 17), che rimette l'individuazione del sotto-sistema applicabile alle regole di ripartizione vigenti nello Stato richiamato, senza prevedere alcun ulteriore criterio residuale.⁸⁰

Il legislatore europeo potrebbe in materia di separazione e divorzio disporre espressamente che si applicano i criteri di ripartizione interni al sistema richiamato, e, in loro mancanza, il criterio del collegamento più stretto. Valorizzerebbe così una soluzione accolta, oltre che nei sistemi di diritto internazionale privato di alcuni Stati membri,⁸¹ anche nella maggior parte delle Convenzioni multilaterali in materia

⁷⁶ In argomento cfr., in generale, A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", in *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 249, 1994-V, p. 145 ss.

⁷⁷ Tribunale di Belluno, 6 marzo, 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 179, con nota di commento di A. FALETTI, "Brevi osservazioni sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano e sulla legge applicabile al divorzio tra coniugi indiani".

⁷⁸ Nel senso che possa essere pronunciato il divorzio sulla base di una legge straniera (nella specie spagnola) anche se questa non prevede un previo periodo di separazione, cfr., da ultimo, Tribunale di Firenze, 13 maggio 2009, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 813, con nota di A. ZANOBETTI, "Divorzio, diritto straniero fondato sul principio della libertà dei coniugi e conformità all'ordine pubblico". In materia di riconoscimento di sentenze straniere è principio acquisito che non contrasti con l'ordine pubblico la sentenza straniera che abbia pronunciato il divorzio senza la previa separazione personale, essendo sufficiente l'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi, cfr., per tutte, Cass., 25 luglio 2006, n. 16978, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 438.

⁷⁹ Nel caso di specie, per esempio, entrambi i coniugi nel giudizio si riferivano all'*Hindu Marriage Act* quale legge applicabile; tuttavia, anche se fosse stato in vigore il regolamento nel testo della Proposta in esame, questa non poteva essere considerata una scelta di legge ai sensi dell'art. 3, par. 4, non essendo previsto nell'ordinamento processuale italiano la possibilità di una scelta di legge nel corso del giudizio.

⁸⁰ Art. 17. "Non-unified legal systems – inter-personal conflicts": "For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules of law applicable to different categories of persons in respect of matters covered by this Protocol, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State".

⁸¹ Cfr., per esempio, l'art. 18 della legge italiana, l'art. 17, 2° comma, della legge belga del 16 luglio 1994 recante il Codice di diritto internazionale privato belga; l'art. 4, par. 3, delle disposizioni preliminari al codice civile tedesco. Accoglie solo la prima delle soluzioni indicate, l'art. 12.5 del codice civile spagnolo.

di legge applicabile.⁸² Il richiamo al sottosistema legislativo che presenta il collegamento più stretto con i coniugi, come criterio residuale, sarebbe coerente con il 19° considerando del futuro regolamento, da cui si evince chiaramente che i criteri ivi previsti si fondano “sull’esistenza di un legame stretto tra i coniugi e la legge in questione”.

⁸² Cfr. Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione di minori, art. 14; Convenzione dell’Aja del 15 novembre 1965 concernente la competenza delle autorità, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni in materia di adozione, art. 11; Convenzione dell’Aja del 2 ottobre 1973 legge applicabile alle obbligazioni alimentari, art. 16; la citata Convenzione dell’Aja del 19 ottobre 1996 sulla protezione dei minori, art. 49.

HACIA EL ABANDONO DE LA MENCIÓN DE LA CAUSA EN LA CONFORMACIÓN DEFINITORIA DEL CONTRATO*

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Ramón Llull (Barcelona)

Recibido: 05.07.2010 / Aceptado: 21.07.2010

Resumen: Desaparición de la causa en la definición legal del contrato observable en algunos Códigos civiles europeos y proyectos para la unificación del Derecho de los contratos y la posible o indirecta permanencia de su significado.

Palabras clave: Causa, consideration, desaparición de la causa en las propuestas de unificación del derecho de los contratos, su potencial persistencia.

Abstract: Dissapearence of the cause in the legal definition of contract observable in some European civil code and in projects for the unification of contract law and the posible or indirect permanence of its significance.

Key words: Cause, consideration, dissapearence of de the cause in proposals for the unification of contract law, its potential persistence.

Sumario: I. La tendencia a eludir la causa en la configuración del contrato. II. La progresiva difuminación del concepto de causa. III. La consecuente inconcreción del significado de la causa. IV. La superación de la idea de la inutilidad de la causa por las de su ocultación o sustitución. V. La tesis de la invisibilidad de la causa que permanece y trasciende. VI. La tesis de la sustituida virtualidad de la causa a través de otras vías o referencias conceptuales. VII. Conclusiones y referencia a una reciente propuesta legislativa.

I. La tendencia a eludir la causa en la configuración del contrato

1. La apreciación doctrinal, ya bastante antigua, de que es posible prescindir de la exigencia de la específica presencia de la causa en la configuración técnico-jurídica de la contratación, que ya determinó que se omitiese en la conformación legislativa definitoria de la negociación en el Código civil alemán, ha influido en la misma dirección en las renovadas formulaciones legales de los países cuyas primeras codificaciones se inspiraron en el Código civil francés de 1804 –en el que aparece, por primera vez, en un texto legislativo estatal, la referencia a la causa¹– y que luego no han creído necesario referirse a la

* Comunicación presentada en la sesión ordinaria del día 18 mayo 2010 de la Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Catalunya.

¹ Según su art. 1.108, “quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation”.

En consecuencia, el art. 1.131 dispone que “l’obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”, significando el art. 1.133 que “la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public”. Por su parte, el art. 1.132, en referencia a los contratos abstractos, establece que “la convention n’est pas moins valable, quoique la cause n’en soit pas exprimée”.

causa del contrato, como en el caso del Código civil peruano de 1936 y de su nueva versión de 1984, del Código civil portugués de 1966, del Código civil de Québec de 1991 o del Código civil holandés de 1992, que omiten cualquier referencia a la causa en la conceptualización del contrato.

2. La misma apreciación ha conducido, sobre la base de la doble consideración de que, pese a su similitud, *causa* y *consideration* son categorías inconciliables e irreductibles a unidad y de que, también en los países de *Common law*, la segunda de ellas podía reputarse prescindible², a que la exigencia tanto de la una como de la otra haya sido obviada en las diferentes propuestas privadas de codificación a nivel europeo de la disciplina jurídica de la contratación, propuestas, que, en su diversidad estructural, parecen todas ellas –como conviene a la transnacionalidad del mercado y todavía más a la realidad de un común “mercado interno”, del que es instrumento básico la contratación– “querer recuperar, para el derecho civil, su originario carácter supraestatal”³, perdido con las codificaciones del siglo XIX –en particular el influyente *Code Napoléon*– que significaron el fin de la “extraestatalidad” del ordenamiento civil⁴.

En efecto, el art. 3.2 (“Validez del mero acuerdo”) de los Principios de Unidroit expresa que “todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido, por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional”, subrayando el comentario “oficial” elaborado por el propio organismo internacional que propone el precepto que en el mismo se eliminan de la definición del contrato, por ser innecesarias, tanto la referencia a la *consideration* como la referencia a la causa⁵. Por su parte, el art. 2:101 (“Condiciones para la conclusión de un contrato”) de los “Principios del Derecho Europeo de los Contratos”, elaborados por la denominada Comisión Lando y habitualmente conocidos bajo las siglas PECL, establece que “(1) el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando: (a) las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente⁶. Y de la misma manera, el art. 5.3 del anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, elaborado por el llamado “grupo de Pavía”, expresa que “los elementos esenciales del contrato son: a) el acuerdo de las partes; y b) el contenido”⁷, eludiendo cualquier mención, sin duda por entender que ambos elementos o requisitos pueden reconducirse a su contenido⁸, del objeto y de la causa del contrato.

² Cfr. H. MC. GREGOR, *Contract code (Drawn up on behalf of the english law commission)*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1, define el contrato como “A contract is an agreement between two or more persons, which the law recognises as creating, altering, or extinguishing legal rights and duties”. De la obra de H. MC. GREGOR, comisionado como redactor único del proyecto de un Código de los contratos por la *Law Commission* instaurada por el Parlamento británico, cuya indicada versión original inglesa publicada en Italia va precedida de un apreciable prefacio de G. Gandolfi, hay traducción española, H. MC. GREGOR, *Contract code (Proyecto redactado por encargo de la Law Comisión inglesa)*, Barcelona, J. M. Bosch, 1996, al cuidado de J. M. DE LA CUESTA SÁENZ Y C. VATTIER FUENZALIDA, redactores también de una nota preliminar, y con proemio –*Tradición jurídica e integración europea: reflexiones preliminares*– de J. L. DE LOS MOZOS (Esta traducción constituye el volumen 74 de la “Biblioteca de Derecho Privado” publicada por dicha editorial y dirigida por A. LUNA SERRANO y F. RIVERO HERNÁNDEZ).

³ Cfr. G. B. FERRI, “Validità e patologie nel code européen des contrats”, en *Europa diritto privato*, 2005, pp. 925 a 942, esp. p. 928.

⁴ Cfr. G. B. FERRI, “Il ‘code européen des contrats’”, en *Europa diritto privato*, 2002, pp. 345 a 358, esp. pp. 346 y 353.

⁵ Cfr. *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma, Unidroit-Thonsom/Aranzadi, 2007, pp. 97 s. Por su parte, el art. 2.1.1 (“Modo de perfección”) expresa que “el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”.

⁶ *Principios de derecho contractual europeo, partes I y II* (ed. BARRÉS BELLOCH / J. M. EMBID IRUJO / F. MARTÍNEZ SANZ), Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 185 ss., señalándose en las pp. 191 s. que se prescinde de la causa, a la que aluden algunos Códigos civiles europeos y en cambio otros no. Sobre los aspectos básicos de esta propuesta puede verse la monografía de L. DIEZ-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A. M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, Cívitas, 2002.

⁷ Del Libro I (“De los contratos en general”) del *Code européen des contrats* se han hecho varias ediciones, la más completa de las cuales es la publicada en Milán, Giuffrè, 2002, en la que también se contiene una trad. esp. de sus 173 artículos hecha sobre la versión “oficial” francesa y debida a J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO, pp. 807 a 907. Dicha versión apareció asimismo en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001, fasc. 4. Otra traducción española se debe, bajo la dirección de G. GARCÍA CANTERO, a un grupo de profesores de las Universidades de Zaragoza, La Rioja y La Laguna y se contiene en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2002. Más recientemente los preceptos propuestos para formar dicho Libro I han sido también objeto de traducción por C. ROGEL VIDE, en la publicación, introducida por el mismo profesor y presentada por De Cores, ACADEMIA DE PAVÍA, *Código europeo de contratos*, Madrid, Editorial Reus, 2009, pp. 7 a 122 (las páginas 123 a 171 del Volumen se corresponden con los primeros preceptos del Libro II con traducción de J. L. DE LOS MOZOS, revisada por C. ROGEL VIDE).

⁸ Puede verse, recientemente, sobre la correspondencia entre objeto y contenido del contrato y entre causa y contenido del mismo, entendido el contenido “en sentido sustancial”, la amplia monografía de P. CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione*

3. En la base de los planteamientos que propenden al abandono de la idea de la esencialidad de la presencia de la causa en la configuración legal de la categoría del contrato hay, sin duda, una *doble reflexión*: en primer lugar, y como punto de partida, la que evoca la evanescencia y la equivocidad o inconcreción de la causa y conduce, a la postre, a pensar en su inutilidad y, en segundo lugar, la que acoge la posibilidad de que, aunque se prescindiera de mencionarla, igualmente se pueden obtener los beneficios que habitualmente se consideran derivados de la exigencia de su expresa presencia⁹ –en particular, el de dotar al contrato de aprobación y tutela jurídicas y, por tanto, de validez y de efectividad–, bien porque la causa, aunque formalmente omitida, no deja de permanecer y de ser trascendente o bien porque su alcance se puede igualmente lograr a través de otros caminos o referencias conceptuales.

II. La progresiva difuminación del concepto de causa

4. La apreciación de la causa del contrato ha acusado a lo largo del tiempo una progresiva difuminación de su posible significado, como puede advertirse, a pesar de su esquematismo, a través de ciertas referencias fácilmente constatables de la evolución del pensamiento y del discurso de los juristas.

Es bien conocido que, en el Derecho romano, el concepto de causa se presenta, en el contexto que aquí más próximamente nos interesa, por relación a las convenciones a cuya regulación atendía el *ius gentium*, en el ámbito del cual se distinguía entre las convenciones de las que se derivaban acciones y las que no las generaban, de cuyas primeras, o que *pariunt actiones*, unas producen acciones porque, como dicen las fuentes, han alcanzado un cierto nombre de contrato –hoy diríamos que se han ido socialmente tipificando–, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el depósito y otros contratos similares y otras, en cambio, porque, sin ser convenciones que han transitado a tener un nombre propio, respecto de ellas *subsistit tamen causa*, es decir, que tiene una “causa que está debajo”, quedando oculta o encubierta, como, por ejemplo, cuando se da una cosa para recibir otra o cuando se da una cosa para que a cambio se haga algo¹⁰. De esta inicial doble indicación, designada luego unitariamente como *dare ob rem*, se presenta ulteriormente, como lógico desarrollo, la tan conocida cuatripartición del *do ut des*, del *do ut facias*, del *facio ut des* y del *facio ut facias*.

5. Sobre la base de la alternativa del contrato o convención que generaba acción –la *conventio nomen habens vel causam*– se formuló en la época de los glosadores un inicial concepto objetivista de causa como *vestmentum*, basado en la inmediatividad de un comportamiento de dar o hacer efectivamente realizado en favor de otra persona –*causa id est datum vel factum quod vestiet pactionem*– y la distinción entre contratos nominados e innominados o, como decimos más habitualmente ahora, típicos y atípicos.

6. De la existencia como imprescindible de una causa ya realizada e inmediata o causa eficiente – como *causa praeterita*–, también calificada de *causa data* o *impleta*, para que la contratación generase acción, se pasó, por los canonistas medievales –y, en concreto, a título de tal, por el perusino Baldo–, a pensar que también la causa podría consistir en una promesa de dar o de hacer con posterioridad y para conseguir algo querido, con lo que la idea de la causa basculó –de acuerdo con los planteamientos filosóficos y la terminología propios de la época– de la causa eficiente, a que seguían refiriéndose los civilistas, a la causa

tra forma e contenuto del contratto, Perugia, 2008, esp. pp. 59-81 y pp. 1114-117. En el texto propuesto por el grupo Pavia el contenido del contrato se coloca efectivamente en el centro del sistema delineado por dicho anteproyecto de Código.

Es de notar que también quienes defienden la diferenciación entre los conceptos de objeto y de contenido y del concepto de causa y el carácter no superfluo de la referencia a esta última, reconocen que, “para calibrar la causa de cada negocio, se deberá atender a su objeto y a su contenido”: cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, p. 192.

⁹ La más acabada defensa de la causa se ofrece entre nosotros, en una muy destacada monografía, por el profesor sevillano L. H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, Colegio de España, 1998.

¹⁰ El texto considerado es de ULPIANO, 4 *ad ed.*, y se recoge en D, 2, 14, 7, pr. y 2. La referencia al doble supuesto de tener el contrato un *nomen* y haber en él una *causa quae subest* se manifiesta posteriormente en civilistas como Vinnio, Pufendorf o Hienecio: véase al respecto la contribución del reputado romanista chileno A. GUZMÁN-BRITO, “La doctrina de la ‘consideration’ en Blackstone y sus relaciones con la ‘causa’ en el ‘ius commune’”, en *A l’Europe du troisieme millenaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, II, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 743 a 778.

final, y en definitiva a considerar que, para el Derecho canónico, también la acción podría nacer de un pacto en principio desnudo, porque carecía de la causa inmediata del *datum vel factum*, pero que de cualquier modo tuviera alguna causa, que también “puede estribar en un motivo de liberalidad, paz o concordia”¹¹.

7. Se habían puesto de esta manera las bases de la ulterior diferenciación entre la *concepción objetivista* de la causa y su seguramente insuprimible *concepción subjetivista*¹², diferenciación que habría de dar lugar a una confrontación sempiterna entre los autores y que habría de agudizarse con la consideración de que la causa en las liberalidades no es sino la motivación o razón dominante o, como decía DOMAT, el motivo determinante que las inspira o bien, como dice nuestro art. 1.274 respecto de los contratos “de pura beneficencia”, “la mera liberalidad del bienhechor” y, todavía más, con gran perturbación doctrinal, con el acogimiento teórico y luego legislativo, por influencia de ciertos pasajes de la obra de POTHIER, de la causa ilícita a partir de la causa torpe, dando así lugar a la extensión de la concepción de la causa hacia la idea de causa entendida como fin perseguido por las partes o causa impulsiva y enriqueciendo todavía más las cosas. Con razón se ha podido decir, en relación al acogimiento doctrinal y legislativo de la causa ilícita, que el mismo vendría a ser como un corrosivo de la formulación de la causa, en principio fiel a la concepción tradicional objetivista de la misma, en el Código de Napoleón¹³.

Por lo demás, si la concepción objetivista de la causa, ligada a la apreciación del *datum vel factum*, oscurecía la diferenciación entre la causa y el objeto del contrato, la acepción subjetivista de la causa –en la que es bien visible la influencia de las ideas yusnaturalistas que proclamaban, como derivación de la racionalidad humana, la relevancia de la voluntad– abocó a la reconducción de la causa al consentimiento, creando así mayor confusión.

8. Sobre estas bases tan elementalmente indicadas, se establece doctrinalmente, según es bien sabido, la interminable discusión teórica sobre el sentido, el significado y la relevancia de la causa, que quizá no venga a ser nada más, como se decía en las Partidas que la “razón” de ser de una determinada posición jurídica, de una obligación o de una pretensión, o bien la “justificación” de las mismas¹⁴, pero a la que también se han buscado, para sortear los escollos que suponen las variadas concepciones indicadas, explicaciones modernas como la de suponer la causa, renovando su tradicional concepción objetivista, como la función económico-social que satisface el contrato¹⁵, la de entenderla, en una fórmula pragmática, como el propósito práctico perseguido por los contratantes de alcanzar un determinado resultado empírico¹⁶ o bien, con la misma plausible intención de superar las excluyentes concepciones objetivista y subjetivista de la causa, la de concebirla como la función económico-individual que absuelve el contrato¹⁷, con cuyas sugerencias, sin embargo, no se agotan los

¹¹ Cfr. A. GUZMÁN-BRITO, “La doctrina de la ‘consideration’...”, p. 767.

¹² Es de tener en cuenta que la causa del contrato típico sólo puede ser ilícita si se contempla en su aspecto subjetivo y atendiendo a la motivación que decide a contratar. Véase, sobre este aspecto, J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ Y J. RAMS ALBESA, *Elementos de derecho civil*, I-3, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 202 s., y II-1, 2007, pp. 446 s.

¹³ Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, “La causa del negocio jurídico, Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto”, *Revista de Derecho Notarial*, 1961, ahora recogido en *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*, Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 153 a 298, esp. p. 181 de este notable estudio.

¹⁴ Del enriquecimiento injusto se dice, efectivamente que es tal porque es injustificado o sin causa.

¹⁵ Esta idea, cuyo más autorizado defensor es el gran jurista E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, (2ª ed., tercera reimpression corregida), Torino, Utet, 1960, pp. 172 a 211, esp. pp. 184 s., ha encontrado eco en la formulación del vigente Código civil italiano de 1942, que, en consecuencia con la ideología dominante en la época de su promulgación, se inspira fuertemente en planteamientos productivistas.

¹⁶ Cfr., en este sentido, L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 46.

¹⁷ Cfr., en este sentido, G.B. FERRI, “L’‘invisibile’ presenza della causa del contratto”, en *Europa diritto privato*, 2002, pp. 897 a 913, esp. pp. 903 s., según el cual tal concepción quiere resaltar, “por un lado, cómo, en la compleja y articulada estructura de la regla privada que el contrato expresa, la *causa* aparece como elemento de cohesión de todos los demás elementos (sean primarios o secundarios) de que tal estructura se compone; por otro, en que el contrato expresa precisamente una reglamentación de intereses privados, la *causa* se presenta como el índice de como tal regla privada sea *expresión objetivada* de la *finalidad subjetiva* que los autores del contrato se proponen perseguir” (las cursivas son del autor).

Este conocido civilista romano ha dedicado una continuada atención a la temática que nos ocupa, de la que son expresión

problemas, pues con estas propuestas surge ahora la cuestión de la no fácil diferenciación de la causa respecto del contenido del contrato.

III. La consecuente inconcreción del significado de la causa

9. El concepto de causa es así tan genéricamente empleado en el Derecho que de tal genericidad desvanecedora de su concepto deriva también una constitutiva dificultad de concreción. Bastaría pensar, a estos efectos, en el contenido del art. 1.274 de nuestro Código civil, en donde la causa onerosa podría referirse a los contratos sinalagmáticos y conmutativos pero no a los demás y en el cual la diferenciación por referencia a la causa entre los contratos remuneratorios y de pura beneficencia se presenta, al decir del que fue ilustre miembro de nuestra Academia, D. JOSÉ PUIG BRUTAU, como “falsa, artificiosa y arbitraria porque ambos son subespecies del concepto más genérico de donación”¹⁸. Por lo demás, en la proyección práctica de la denominada *causa petendi*, es claro que la misma puede ser referida a un contrato o, en general, a un negocio jurídico –respecto de los cuales se ha elaborado el concepto de causa– pero también a un hecho natural, como la fructificación de una planta, a la muerte de una persona –que da lugar a la sucesión *mortis causa*– o a la producción de un daño.

A la referida evanescencia de la causa desde el punto de vista conceptual se une, como ya hemos visto a través de algunos pocos ejemplos, la equivocidad o inconcreción de la categoría jurídica a que la causa se refiere. Se habla, en efecto, de causa del contrato –y por sublimación del negocio–, de causa de la obligación –única a la que, según algunos, se refiere nuestro Código civil¹⁹–, de causa de la prestación, de causa de la tradición y de causa de la pretensión, inconcreción que a su vez genera una confusión que intenta solventarse dando a la causa una dimensión superadora referible a todas ellas. Lo que ocurre es que, si esta solución doctrinal puede revelarse útil o al menos mínimamente satisfactoria en algún aspecto, en otros la misma puede presentarse como contradictoria. En efecto, si, aunque de manera encadenada, una misma causa podría justificar la obligación, la prestación y la tradición, no se ve como una misma causa puede servir de base al contrato y, a la vez, a la obligación, puesto que la causa o “fuente” de ésta es precisamente el contrato, como expresa el art. 1.089 de nuestro Código civil; de suerte, por lo demás, que no deja de ser criticable que el número 3º del art. 1.261 señale, si del contrato nace y el contrato es fuente o causa de la que deriva la obligación, que el contrato que es su causa requiere tener como requisito la causa de la obligación que se establezca.

10. La posible equivocidad de la causa se revela, por lo demás, en el entendimiento del concepto de causa falsa, que nuestro legislador emplea en los arts. 767 y 1.276 del Código civil, que, en relación al primero de los preceptos, se reporta habitualmente al error en el motivo que determina al autor del negocio jurídico y, en cambio y en relación a la segunda de las normas, parte de la doctrina y en general la jurisprudencia ven la misma referida a la simulación, dando por supuesto que el legislador aplica la misma nomenclatura a dos supuestos que son del todo distintos y olvidando que la simulación, como demuestra la experiencia diaria, puede referirse no sólo a la causa sino también a la fecha, al precio, a los términos y a las condiciones de la contratación.

11. La evanescencia y la inconcreción del concepto de causa inducen la idea de su inutilidad, idea a la que puede asociarse la consideración práctica de que la falta de la necesidad de su expresión es aconsejada por las conveniencias del tráfico y de la negociación mercantil, en cuyo ámbito es bien conocido que se propende muchas veces a prescindir u olvidarse de la causa y a hacer con frecuencia total abstracción de la misma, abstracción que se entiende suficientemente compensada con la formalización indispensable de ciertas operaciones.

sus libros *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, que ha tenido influencia en nuestra doctrina, y más recientemente *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2004.

¹⁸ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, I, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1978, p. 133.

¹⁹ Cfr. M. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, Librería Bosch, 1958, p. 200, quien señala que a ella se refiere expresamente el art. 1.261 y que, “aunque el Código –por brevedad de expresión– hable, después, de causa del contrato, realmente quiere decir causa de la obligación que el contrato genera”.

12. Por lo demás, con referencia a los llamados negocios abstractos, es verdad que, en los ordenamientos causalistas, como el nuestro, la existencia en ellos de la causa se presume, como dice el art. 1.277, pero no es menos cierto que la presunción puede no corresponderse con la realidad y que si tal presunción no se rebate porque no se quiere rebatir, el contrato funciona perfectamente aunque no responda a una causa que pueda distinguirse de la voluntad de los contratantes.

IV. La superación de la idea de la inutilidad de la causa por las de su ocultación o sustitución

13. Todas las consideraciones que anteceden han llevado a muchos civilistas, según ya se ha indicado, a pensar en la inutilidad de la referencia legislativa a la causa y a la conveniencia de prescindir de su mención en la configuración legislativa definitiva del contrato.

Cabe considerar, empero, si la omisión de la causa viene a ser, en su caso, transcendental, ya que, como señala el hace un momento recordado PUIG BRUTAU, “la exigencia de la causa como uno de los requisitos de cuya existencia depende la del contrato no aparece en todos los Códigos, que, sin embargo, llegan a los mismos resultados prácticos” que si en ellos se requiriera su presencia.

14. A este propósito, como ya se ha sugerido, se han propugnado dos tesis, en relación a las propuestas de reglamentación unitaria, a nivel europeo, de los contratos. La primera de ellas está referida a la idea de que la causa, aunque omitida en dichas propuestas de normación, no deja de permanecer y de ser transcendente en la disciplina que proponen y la segunda considera que, en la normativa proyectada, se encuentran mecanismos que posibilitan, en la práctica, lograr las mismas valencias o consecuencias que se atribuyen a la presencia o, en su caso, al defecto de la causa.

V. La tesis de la invisibilidad de la causa que permanece y trasciende.

15. La primera de las tesis aludidas, que en cierto modo recuerda la vieja idea de que en la contratación, aunque no aparezca, *causa tamen subsist*, se formula bajo el símil de la “invisible” presencia de la causa del contrato en las diversas propuestas de regulación unitaria y, en particular –por ser las propuestas de pretendido alcance circunscrito al ámbito europeo–, en los conocidos como “Principios Lando” o PECL y en el “Anteproyecto de Código europeo de los contratos” formulado por el frecuentemente denominado “grupo de Pavia”.

Según este planteamiento, que en tales propuestas de disciplina normativa no se mencione a la causa y ésta, en consecuencia, se haga invisible, no se “corresponde con una efectiva ausencia suya del espíritu de esos textos normativos”²⁰.

16. Por lo que se refiere a los conocidos como “Principios Lando”, en los mismos se pueden encontrar, según el planteamiento de esta primera tesis, una serie de normas en cuya significación parecen aletear, aunque no se la nombre, referencias cuya resonancia se presenta como fácilmente reconducibles a la que se derivaría de la causa, en cuanto que las mismas se refieren con frecuencia, además de a la buena fe y a la corrección de los contratantes (arts. 1:201 y 5:102, g), a la razonabilidad y a la suficiencia como índices predicables del contrato en su conformación estructural y en su dimensión funcional y, en consecuencia, en relación a su validez y a su transcendencia.

Por lo que a la razonabilidad que debe entrañarse en el contrato para merecer la tutela del ordenamiento, en uno de los apartados más significativos de los “Principios”, su art. 1:302, se precisa, de manera particularmente expresiva, que en la valoración de la razonabilidad a que la conclusión del contrato debe responder, habrá de tenerse en cuenta la “naturaleza” y la “finalidad” de la convención. En lógica conexión expansiva con esta fundamental norma y de una manera que fácilmente enlaza con el trasfondo de lo que en los Códigos civiles que se refieren a ella señala el sentido último de la causa, otros diversos preceptos se refieren también a la naturaleza y la finalidad del contrato, entre ellos el art. 1:102, a propósito del alcance

²⁰ Tal dirección es propugnada fundamentalmente por G.B. FERRI, “L’‘invisible’ presenza della causa...”, p. 901.

de la voluntad contractual, el art. 5:102, relativo a las circunstancias relevantes a tener en cuenta, o el art. 6:102, b, en el que dichos parámetros de naturaleza y finalidad son los que predeterminan y a la vez delimitan la apreciación de incluirse en el contenido del contrato las llamadas cláusulas implícitas.

Al criterio de la racionalidad –que se constituye así en índice y límite del alcance de la contratación en coherencia con la finalidad de la regla contractual– hay, por lo demás, un continuo reclamo en los “Principios Lando”, cuando, por ejemplo, los mismos contienen reglas sobre la no aplicación de los usos que resulte irrazonable (art. 1:105.2), sobre el sentido de la tutela de la confianza (art. 2:106.2) o a propósito de la interpretación (art. 5:101,3).

Por su parte, el criterio de la suficiencia, que campea emblemáticamente en la calificación imprescindible del acuerdo que es elemento esencial del contrato, según la propia definición de éste contenida en el ya transcrito art. 2:101,b, de los “Principios”, viene a concretarse significativamente, en cuanto a su alcance, en orden a ser el acuerdo suficiente cuando al mismo se pueda dar efectivamente ejecución.

17. Por lo que al “Anteproyecto de Código europeo de los contratos” se refiere, esta misma corriente de opinión doctrinal detecta en los principios y reglas que dicha propuesta de normativa unitaria contiene no pocas referencias que, en su entender, evidencian que la falta de mención de la causa en dicho texto no viene a suponer, en el contexto del mismo, la desaparición de su efectiva virtualidad.

En este caso la permanente presencia y la transcendencia de la elidida causa se relaciona con la fundamental posición que en la propuesta del “grupo de Pavía” se confiere al contenido del contrato, ya sea en cuanto elemento esencial de su mismo concepto –según se ha evidenciado al transcribir el art. 5.3 de este anteproyecto de Código europeo– o ya como expresión del concreto vínculo jurídico que el contrato establece. Esta dimensión causalista que se advierte en el básico carácter que en el anteproyecto de Código se atribuye al contenido del contrato viene a conferir al mismo, según la reflexión doctrinal de que ahora se hace mención, la función y el papel de elemento “capaz de resumir (en sí mismo) tanto la regla objetivada en el contrato como las concretas finalidades subjetivas que, mediante tal regla, se proponen realizar los contratantes”, de modo que la vinculación contractual, “objetiva y concretamente expresada en el contrato, deba ser expresión de las finalidades subjetivas *de los contratantes* y, por tanto, *función* de las mismas”²¹.

La dimensión básicamente causalista atribuible al relieve otorgado al contenido del contrato se reafirma más específicamente, según esta tesis de la presencia y transcendencia efectivas de una causa “invisible”, a lo largo de diversos preceptos de anteproyecto de Código unitario examinado, entre ellos especialmente, además de las normas que en tal propuesta se refieren a la interpretación del contrato (arts. 39 a 41), en las reglas que en la misma atienden a los caracteres que convienen, para ser apreciado jurídicamente, al contenido del vínculo contractual (arts. 25 a 32). Se destacan a este propósito las reglas que en este anteproyecto de Código europeo de la contratación prevén que el contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito y determinado o determinable (art. 25); que la utilidad de dicho contenido radica en su correspondencia con un interés (art. 26); que la posibilidad del contenido entraña la susceptibilidad de la efectiva realización de la finalidad perseguida, a la que no se opongan obstáculos objetivos de carácter material o jurídico (art. 27); que la licitud de dicho contenido estriba en su no contradicción con las normas imperativas, con el orden público o con las buenas costumbres y en no ser abusivo (art. 30); que la determinación del contenido del contrato se logra cuando el objeto de las prestaciones y las modalidades y los plazos de ejecución pueden deducirse de la convención (art. 31); y que del contenido del contrato forman parte, además de las cláusulas expresas, aquellas cláusulas implícitas que se deriven de la buena fe, de las precedentes relaciones de negocio, de los tratos preliminares o de los usos, así como las que se consideren necesarias para que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes (art. 32).

VI. La tesis de la sustituida virtualidad de la causa a través de otras vías o referencias conceptuales

18. La segunda de las tesis doctrinales apuntadas –en este caso centrada en la propuesta de norma formulada en el anteproyecto de Código europeo de los contratos confeccionado por el “grupo de Pavía”– considera que la falta de presencia de la causa en la conformación estructural del contrato, que

²¹ Cfr. G.B. FERRI, “L’‘invisible’ presenza della causa...”, p. 909 (las cursivas son del autor).

tanto puede chocar con los modos de pensar de los juristas educados, como es el caso de los españoles, en las doctrinas causalistas, puede, en realidad, no resultar transcendental, en cuanto que su falta puede suplirse por otros mecanismos conceptuales y normativos que vendrían, en definitiva, a rellenar sustitutoriamente el vacío que la supresión de la causa representaría²².

19. Esta corriente de opinión parte, en definitiva, de los inconvenientes que tradicionalmente se esgrimen frente a la causa, bien por las desviaciones que la causa ha sufrido –de serlo de la obligación a serlo del contrato–, bien por las confusiones en que ciertas concepciones suyas incurren –por suponer la que la considera como función económico-social una inoportuna superposición con la temática del tipo contractual– o bien por la perplejidad que supone la bipartición de causa del contrato y de la obligación o incluso la tripartición de causa de la obligación, de la prestación y de la tradición. En el entendimiento de esta postura doctrinal, sin embargo, era necesario pensar, como significaba la relación del coordinador de los trabajos del “grupo de Pavía”, que “a modo de reciprocidad es preciso buscar otra vía para tener la posibilidad de verificar la licitud del contrato y su no oposición a las opciones jurídicas fundamentales”²³.

Esta vía alternativa no supone, en la consideración de sus propulsores, abandonar por completo la valoración que merece el importante papel que la causa viene desarrollando en los sistemas causalistas, como es el nuestro, sino que se propone aprontar mecanismos que, sin generar los inconvenientes que la misma discusión sobre el significado de la presencia de la causa viene provocando, aseguren que el “imprescindible papel” de su tradicional virtualidad validatoria del contrato “vaya a seguir cumpliéndose, aunque sea sustitutoriamente, en el futuro”²⁴.

20. La técnica sustitutoria de la causa por otros mecanismo conceptuales y normativos se centra en el régimen de las anomalías del contrato y de los remedios previstos frente a la existencia de las mismas. Es fundamental en este aspecto el contenido del art. 140.1, letra a), del anteproyecto de Código europeo de los contratos de Pavía, a tenor del cual, “a menos que la ley disponga otra cosa, el contrato es nulo: a) cuando resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o para la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria”, precepto que se complementa con la regla establecida en el art. 143.1, a cuyo tenor “los contratos que sean nulos por los motivos indicados en el art. 140, párrafo 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, ni de que les sea aplicable la nulidad parcial y la conversión, así como cualquier otro remedio”.

21. En relación a estos preceptos, en que, frente a las graves anomalías observadas en orden a la conformidad de una convención con los preceptos jurídicos fundamentales, se conmina la radical sanción de la nulidad insanable, no es difícil advertir la coincidencia de las consecuencias que en los mismos se decretan con las que resultan, en un sistema causalista como el nuestro, del conjunto de preceptos conformado en el Código civil por los arts. 1.255, 1.261, 1.275 y 1.300, de los cuales los tres últimos hacen directa referencia a la causa y el primero sin duda la engloba.

VII. Conclusiones y referencia a una reciente propuesta legislativa

22. Como se desprende de esta pequeña nota, en orden a la posible omisión de la causa en la conformación definitiva del contrato militan razones en contra y razones a favor. Aunque todas ellas son,

²² Valedor destacado de esta tesis es el civilista zaragozano G. GARCÍA CANTERO, “En torno a la noción de contrato europeo”, en *Anotaciones españolas al proyecto de Pavía*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2005, pp. 15 a 73, esp. pp. 48 a 57. Los planteamientos defendidos en este texto se reflejan también, transcribiendo su contenido, en otras publicaciones de su autor, particularmente asiduo partícipe de los trabajos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía: vid., en este sentido, sus contribuciones “Hacia un concepto unitario de contrato (Comentario a las disposiciones generales del proyecto de Pavía)”, en *Código Europeo de Contratos (Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos)* (dir. VATTIER / DE LA CUESTA / CABALLERO), I, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 131 a 157, esp. pp. 148 a 154) y “En torno a la noción de contrato europeo”, en *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Madrid, Editorial Reus, 2010, pp. 53 a 85, esp. pp. 72 a 80.

²³ Esta consideración es formulada por GANDOLFI, según es de ver en G. GARCÍA CANTERO, “En torno a la noción de contrato europeo”, p. 56.

²⁴ Cfr. G. GARCÍA CANTERO, “En torno a la noción de contrato europeo”, p. 57.

en última instancia, razones de política legislativa y tienen por ello muchos aspectos de atendibilidad, puede decirse que las razones en contra tiene un perfil más marcadamente doctrinal y las razones a favor un carácter más señaladamente pragmático.

23. Las razones en contra se fundamentan en la base cultural en que se han formado los juristas de los países cuya legislación ha mantenido la tradición causalista y se reportan sobre todo a los beneficios que la causa ha venido deparando en cuanto índice y límite de la tutela que el ordenamiento otorga a la contratación, pero se resienten también del desinterés o de la resistencia, cuando no de la abierta oposición, hacia la unificación en el ámbito del mercado único europeo de la disciplina jurídica de los contratos.

24. Las razones de quienes militan a favor de la supresión de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato se apoyan, en cambio, de una parte, en la conveniencia de la indicada unificación disciplinar y en la consideración de que el tránsito hacia un sistema no causalista ha de favorecer la fluidez y la facilidad de la contratación y, de otra, en la convicción de que prescindir de la causa no significa prescindir de los beneficios que se derivarían de su mención, puesto que es constatable que los sistemas causalistas no funcionan en la práctica mejor que los sistemas no causalistas.

25. Entre nosotros no deja de haber también algún matizado planteamiento que no prescinde de la mención de la causa, pero que en realidad remite su concepto, a través de su referencia al propósito práctico perseguido por los contratantes, al concepto del contenido del contrato, que, como sabemos es precisamente, al lado del acuerdo, el único elemento esencial del contrato al que se refiere el ya transcrito art. 5.3 del anteproyecto de Código europeo de los contratos. En efecto, en la reciente “Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos”²⁵ se ha proyectado que el párrafo 1 de su art. 1.238 exprese que “son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral”, de modo, sin embargo, que el párrafo 3 del mismo precepto determina –reconduciendo la causa, según se ha sugerido, a la idea del propósito práctico y, en definitiva, a la del contenido de la convención– que “el régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado”.

²⁵ Puede verse esta “propuesta” en el *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, con la oportuna separata, y también en edición especial de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, Imprenta del BOE, 2009.

O DIREITO APLICÁVEL AOS NEGÓCIOS RELATIVOS A INSTRUMENTOS FINANCEIROS: A DISCIPLINA INTRODUZIDA PELO NOVO REGULAMENTO COMUNITÁRIO SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS («ROMA I»)

MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES

*Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa*

Recibido: 25.04.2010 / Aceptado: 18.05.2010

Resumo: Inovando em relação à antepassada Convenção de Roma, o Regulamento «Roma I» contém regras adrede dirigidas à categoria dos negócios relativos a instrumentos financeiros. Referência é feita às normas correspondentes aos artigos 4.º, número 1, alínea h), e 6.º, número 4, alíneas d) e e). Tomando-as por objecto, o presente estudo visa apreender-lhes o sentido e, inerentemente, aquilatar da bondade das soluções retidas.

Palavras-chave: Direito de Conflitos, Regulamento «Roma I», contratos internacionais, mercados financeiros, instrumentos financeiros.

Abstract: One of the novelties of the Rome I Regulation are the special provisions in Articles 4(1)(h) and 6(4)(d) and (e) on the law applicable to contracts related to financial instruments. While the former addresses contracts entered into within a regulated market or a multilateral trading facility, the latter deal with exceptions to the rule on consumer contracts. The paper's main goal is to understand the rules set forward by such provisions and, hence, to assess their contribution to the reduction of legal risk.

Key words: Conflict of laws, «Rome I» Regulation, financial markets, financial instruments.

Sumário: I – Introdução: o pretexto e o propósito. II – O artigo 4.º, número 1, alínea h, do Regulamento «Roma I»; III – O artigo 6.º, número 4, alíneas d) e e), do Regulamento «Roma I»; IV – Síntese conclusiva

“For a bank (...), legal risk is somewhat akin to, say, engineering risk for an aircraft manufacturer, maintenance risk for a railway operator, or fire and earthquake risk for an owner of valuable real estate.”

R. McCORMICK*

I. Introdução: o pretexto e o propósito

1. Segundo afirmação tão cáustica quanto lúcida e bem-humorada, nos mercados financeiros entrega-se dinheiro em troca de promessas (*«At first sight, capital markets seem somewhat puzzling:*

* Cf. Legal Risk in the Financial Markets Following the Global Financial Crisis: a UK Perspective, 14 de Julho de 2009, disponível em <http://community.oecd.org/community>

people go there en masse to give money in exchange for promises»¹⁾). O pilar sobre que este comportamento repousa é, evidentemente, a *confiança*. E responsável largo pela instituição desta *confiança* é, não menos evidentemente, o Direito, ao qual pertence o estabelecimento da segurança ordenadora que usa apodar-se de *segurança jurídica*. Adquire racionalidade, à luz da confiança assim instituída – e só assim –, a atrás parodiada *troca de dinheiro por promessas*: cientes de que o preço incorpora a potencial valorização futura dos direitos representados e contando com o funcionamento eficiente, equitativo e transparente do mercado, os investidores esperam que as ditas promessas resultem cumpridas («*People rely on the proper functioning of the market and expect that those promises will be met.*»²⁾).

2. Se acaso é possível, a missão ordenadora-estabilizadora do Direito ainda resulta exponenciada no quadro particular das situações que, apresentando contactos relevantes com mais de um Estado soberano, transportam consigo uma álea acrescida pela incerteza quanto à identidade da lei competente para as regular. Tanto mais quanto essas situações sejam justamente pertinentes a domínio como o dos instrumentos financeiros, o qual, é sabido, muito frequentemente coloca em jogo valores patrimoniais de monta e em cujos quadros o jurista é alguém a quem, mais do que o papel de um advogado ou juiz, é pedido que desempenhe as funções de *planner*⁴.

Ora, precisamente, eis que, a par de outras – assim, é pensar na diversificação estrutural dos mercados e na concorrente sofisticação dos instrumentos financeiros; é levar presentes as alterações verificadas no plano da representação dos valores mobiliários; é considerar as mudanças ocorridas com respeito às infra-estruturas das actividades de compensação e de liquidação desses valores –, mudança gradualmente experienciada pelos mercados financeiros ao longo das últimas quatro décadas foi a registada ao nível do âmbito espacial do intercâmbio, a chamada globalização dos mercados financeiros convertendo em pouco mais do que banal o facto de os investidores colocarem o seu aforro em valores mobiliários *estrangeiros* e, do outro lado da mesa, o de os emitentes/captadores de fundos procurarem suprir o correspondente défice de financiamento junto de mercados não locais. Tudo a determinar não constituir coincidência a percepção generalizada de que as operações relativas a instrumentos financeiros apresentam, em termos assaz frequentes, contactos relevantes com mais de um Estado soberano⁵.

3. A exemplo de qualquer situação transnacional ou plurilocalizada, os negócios que, relativos a instrumentos financeiros, se revestem de carácter internacional colocam diversos problemas específicos de regulação jurídica⁶. Elege-se, como objecto da presente exposição, o atinente à determinação do Direito aplicável. E fixa-se, como horizonte da investigação, a disciplina que para esses negócios vai disposta pelo Regulamento que, coloquialmente denominado «Roma I»⁷, unifica, em substituição

¹ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Cross-border Listed Companies”, *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, vol. 328, 2007, p. 13 ss, p. 71.

² *Ibidem*.

³ Sublinhando como o desenvolvimento do tráfico económico moderno teria sido impossível sem a segurança adicional constituída pela garantia jurídica, cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1993 (6ª reimp.), p. 55. Nas palavras do Autor, “(...) os valores económicos em circulação adquirem essa qualidade de valores contabilizáveis e de valores transaccionáveis por força da *confiança*, e esta *confiança* é fundamentalmente obra da garantia jurídica que o o direito os reveste.”

⁴ Enfático no sublinhado deste ponto, cf. J. ROGERS, “Conflict of Laws for Transactions in Securities Held through Intermediaries”, *Boston College Law Scholl Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper 80, 28 de Setembro de 2005, p. 8, em cujas impressivas palavras “[i]f the lawyer cannot, with a reasonable degree of certainty, determine the legal consequences of the proposed implementation, the advice is likely to be that the deal should not be done. To the lawyer as a litigator, lawsuits are the world. To the lawyer as a planner, a lawsuit is the underworld. The question is not what happens once we have crossed the Styx, but how to stay on this side”.

⁵ Com respeito à *internacionalização* dos mercados de valores mobiliários, dos agentes que neles actuam e das operações e dos delitos que no seu quadro são levados a cabo, cf. P. CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2009, 292 ss.

⁶ Para uma discriminação dos mesmos, cf. L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, 349-400, 355.

⁷ 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 Jornal Oficial L 177, de 4 de Julho, p. 6 ss.

da Convenção de Roma⁸, o Direito de Conflitos geral dos Estados-Membros (por ele vinculados⁹) no domínio dos contratos internacionais.

Em contraste com aquele instrumento convencional, o qual não continha regras adrede dirigidas a uma tal categoria¹⁰ – como as não continha, de resto, a Proposta da Comissão de Dezembro de 2005¹¹ –, é toda particular a atenção que, ultrapassadas as resistências de alguns¹², o Regulamento «Roma I» devota aos negócios cujo estatuto constitui objecto deste estudo: ademais de outras disposições de aplicação geral – assim, exemplificativamente, da regra de conflitos incorporada no artigo 3.º, das normas de conflitos sedeadas nos números 2 e 3 do artigo 4.º e das normas que, com carácter complementar, versam sobre a interpretação e a aplicação das regras de conflitos –, vão-lhes dedicadas – adrede dedicadas – as

⁸ A Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura, em Roma, em 19 de Junho de 1980, entrou em vigor, na ordem internacional, em 1 de Abril de 1991. A adesão da República Portuguesa à Convenção de Roma fez-se através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992, esta última aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/94 (D.R. n.º 28, I Série-A, de 3 de Fevereiro de 1994, pp. 520 ss) e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/94 (cf. o mesmo D.R., p. 520). A Convenção de Roma entrou em vigor, em Portugal, em 1 de Setembro de 1994.

⁹ Nos termos do artigo 24.º do Regulamento, este substitui, entre os Estados-Membros, a Convenção de Roma, com excepção dos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pelo âmbito de aplicação territorial da Convenção e que ficam excluídos do Regulamento por força do artigo 299.º do Tratado. Já depois de a Irlanda ter comunicado a sua intenção de participar na aprovação e na aplicação do Regulamento (cf. o Considerando 44), foi também o Reino Unido a notificar a Comissão da intenção de aceitar este instrumento comunitário. Depois do parecer favorável da Comissão e do consequente deferimento do pedido do Reino Unido (cf. JO L 10, de 15 de Janeiro de 2009, p. 22), foram publicados, em conformidade, os seguintes dois *statutory instruments*: *The Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2009* (*statutory instrument* n.º 3064, de 2009) e o *The Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations 2009* (*statutory instrument* n.º 410, de 2009).

¹⁰ Deve ser deixado claro, como quer que seja e já nesta oportunidade, que o caso não é o de a Convenção de Roma não prover à regulação da referida categoria contratual. Certo irem dela ausentes disposições especialmente dirigidas à categoria dos negócios relativos a instrumentos financeiros e certo, mais ainda, a alínea c) do número 2 do seu artigo 1.º determinar quedarem-se excluídas do âmbito de aplicação convencional *as obrigações decorrentes de títulos negociáveis*, resulta do inciso final desta mesma disposição – de resto, paralelo ao localizável na alínea d) do número 2 do artigo 1.º do Regulamento «Roma I», assim como, pelo que às obrigações extracontratuais respeita, ao sedeado na alínea c) do número 2 do artigo 1.º do Regulamento «Roma II» – o esclarecimento de que a exclusão não abrange os contratos que tenham por objecto títulos negociáveis, antes apenas as obrigações decorrentes do carácter negociável desses títulos; é dizer, as obrigações intimamente associadas à vocação circulatória daqueles títulos e, assim, à correspondente aptidão para serem transmitidos segundo um regime mais fluido e propositadamente diverso do resultante da disciplina da cessão de créditos. Tudo a desimplicar-se, portanto, na conclusão de que os contratos relativos a instrumentos financeiros vão submetidos – já iam submetidos – às regras gerais da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Aponta nesse sentido o ponto 4 do texto que, em anotação ao artigo 1º da Convenção de Roma, integra o “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles” (JOCE C 282, de 31 de Outubro de 1980, p. 15 ss), da autoria de M. GIULIANO e P. LAGARDE. No sentido de que a Convenção de Roma é, em princípio, aplicável aos negócios celebrados no quadro de mercados de instrumentos financeiros, cf., na literatura portuguesa, L. LIMA PINHEIRO “Direito Aplicável às Operações Bancárias Internacionais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, 233-283, 272 ss; *idem*, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 364 ss. Para mais desenvolvimentos, cf., na literatura em língua estrangeira, exemplificativamente, A. BONOMI, “Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: La Convenzione di roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore”, *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 1992, I, 36-107, 50 e 74 ss; S. CARBONE, “Derivati finanziari e diritto internazionale privato e processuale: alcune considerazioni”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, vol. 14, n. 1, 3-16, 16; A. GARDELLA, “Conflitti di legge a ambito di applicazione delle Convenzione del 1980 nei trasferimenti di pacchetti azionari”, *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2001, II, 689-698, 689 ss; R. PLENDER /M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 2001, 2ªed., 67; S. BARIATTI, “La delimitazione dell’ambito di applicazione materiale della disciplina comunitaria di conflitto sulle obbligazioni contrattuali: in particolare, i patti parasociali e i contratti relativi alla cessione o al trasferimento di quote di partecipazione azionaria”, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*. *Atti del Convegno (Bari, 23-24 Marzo 2007)*, Fondazione Italiana per il Notariato, 2007, 46-55, 53; F. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 2008, *maxime* 56 ss; *idem*, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, in G. VENTURINI / S. BARIATTI, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. New Instruments of Private International Law. Nouveaux Instruments du Droit International Privé. Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, 967-983, 968-969; *idem*, “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, in N. BOSCHIERO, *La Nuova Disciplina Comunitaria della Legge Applicabile ai Contratti (Roma I)*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, 417-442, 418-420 e 423.

¹¹ COM/2005/0650 final – COD 2005/0261, não publicada no Jornal Oficial mas acessível em <http://eur-lex.europa.eu>

¹² Pensa-se, muito em particular, no teor da alteração n.º 39 apresentada pelo eurodeputado Jean-Paul Gauzès ao texto do artigo 1.º, número 2, alínea d), da Proposta de Regulamento Roma I. Lê-se na Justificação anexa “[p]retende[r]-se excluir claramente as operações abrangidas pelo direito em matéria de valores mobiliários do campo de aplicação de (sic) Roma I: estas disposições já são objecto de regulamentações comunitárias amplas e precisas.” (cf. o doc. PE 382.371v01-00, de 7 de Dezembro de 2006).

normas dos artigos 4.º, número 1, alínea h), e 6.º, número 4, alíneas d) e e); assim como, mais ainda, a atenção dos Considerandos 18, 26 e 28 a 31. Umas – aquelas normas – e outros – estes Considerandos – constituirão o objecto das linhas subsequentes. O objectivo é apreender-lhes o sentido; inerentemente, aquilatar da bondade das soluções retidas.

4. Definir o objecto de estudo é, também, enunciar aquilo que esse objecto ... não é. Em conformidade, sejam quatro esclarecimentos que, mesmo se rápidos, justificam sublinhado a traço grosso.

Regista-se, com antecedência em relação a tudo o resto, que o trabalho não versará, sequer para aflorá-lo, o tema, muito intrincado e, para mais, susceptível de tratamento diferenciado de ordenamento para ordenamento, da caracterização jurídico-material dos negócios celebrados no quadro de um mercado financeiro. Sabido que segmento da doutrina recusa assacar-lhes natureza contratual¹³, está à vista que o legislador comunitário de 2008 se refere expressamente a contratos¹⁴ (mesmo antes disso, que inclui num instrumento versando a determinação da lei aplicável a «contratos», disposições concernentes a negócios celebrados em mercados financeiros). Dispensa o tratamento do problema, nesta sede, a circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades vir sufragando, com relação à Convenção de Bruxelas de 1968 – o que, parece, também deve impor-se em relação ao Regulamento «Roma I» –, uma noção ampla de «matéria contratual»¹⁵. É em conformidade que, sem preocupações acrescidas, a exposição subsequente lança mão do termo «contrato» para referir o negócio celebrado no quadro de um mercado financeiro.

Anota-se, em seguida, que, centrando-se no exame das disposições regulamentares adrede dirigidas aos negócios relativos a instrumentos financeiros – os atrás referidos artigos 4.º, número 1, alínea h), e 6.º, número 4, alíneas d) e e) –, o estudo não exaure o tema da lei aplicável aos negócios com aquele objecto. Longe disso. Ademais de por limitações subjectivas – é evidente –, também porque aquelas disposições não esgotam o tratamento do problema. Não indo mais longe, basta pensar, antecipando o que mais de espaço se verá, que, curando da lei subsidiariamente aplicável aos negócios celebrados no quadro de um sistema multilateral, o artigo 4.º, número 1, alínea h), deixa de fora os contratos cuja celebração exorbita tal âmbito.

Sublinha-se, mais, que, circunscrevendo-se ao enfoque do Direito de Conflitos geral com sede no Regulamento «Roma I», o estudo não adopta a perspectiva de um tribunal arbitral junto do qual o problema da determinação da lei aplicável à resolução de questão emergente de negócio relativo a instrumentos financeiros possa – muito naturalmente, de resto¹⁶ – colocar-se¹⁷.

Enfim, dá-se conta de que, limitando-se ao estatuto do negócio, o trabalho não cura da lei aplicável à dilucidação de todo e qualquer problema que a partir das operações financeiras internacionais possa suscitar-se. Assim, indo por aquele estatuto cobertas questões como as atinentes à formação, à

¹³ Cf., na doutrina portuguesa, P. COSTA e SILVA, “Compra, Venda e Troca de Valores Mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, 1997, Lisboa, 243-266, 250 ss; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Celebração de Negócios em Bolsa”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 177 ss. Para outras referências, cf. L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 364, nota 39.

¹⁴ Como já acontecera, de resto, no quadro dos pontos 14) e 15) do número 1 do artigo 4.º da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 93/22/CEE do Conselho (JO L 145, de 30 de Abril de 2004, 1-44) e que, por seu turno, já sofreu as alterações introduzidas pela Directiva 2006/31/CE, de 5 de Abril de 2006, no que diz respeito a diversos prazos (JO L 114, de 27 de Abril de 2006, 60-63) e pela Directiva 2008/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2008, no que diz respeito às competências de execução atribuídas à Comissão (JO L 76, de 19 de Março de 2008, 33-36). A transposição da DMIF deu origem a que também os artigos 199.º, número 1, e 200.º, número 1, do Código dos Valores Mobiliários aludam a «contratos».

¹⁵ Para mais desenvolvimentos e com ulteriores referências, cf. L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 364-365.

¹⁶ Mais do que mera alternativa à jurisdição estadual, a arbitragem analisa-se no modo mais corrente de resolução de litígios emergentes do comércio internacional.

¹⁷ Para uma explicitação do alcance da precisão, cf. L. LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, 23 ss; *idem*, “O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) – Uma Introdução”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68.º, 2008, Set-Dez, 575-650, 579-580; *idem*, “Direito Aplicável às Operações Bancárias Internacionais”, *cit.*, 236 ss; *idem*, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 355.

validade substancial, à interpretação e à integração do negócio, assim bem como, naturalmente, ao cumprimento e à extinção das obrigações dele decorrentes¹⁸ –, já não são por ele abrangidos perfis como os que, submetidos ao estatuto dos valores mobiliários, se relacionam com a titularidade e o conteúdo dos direitos de gozo e de garantia sobre as situações jurídicas representadas pelo valor mobiliário¹⁹. Trata-se de consequência que, bem conhecida dos internacionalprivatistas, constitui derivação do método analítico ou desarticulador de que o Direito de Conflitos tradicional lança mão. Importa não perdê-la de vista.

5. Explicitado, naquilo que ele é e naquilo que ele não é, o objecto da investigação, fica indicação sumária das etapas do caminho a empreender. Abraça-se, num primeiro andamento, a disciplina posta pela alínea h) do número 1 do artigo 4.º (II); considera-se, num segundo, o regime instituído pelas alíneas d) e e) do número 3 do artigo 6.º (III); ensaia-se, enfim, síntese conclusiva crítica sobre as soluções passadas em revista (IV).

II. O artigo 4º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I»

6. Já foi possível dar conta de que, de resto na linha da Convenção de Roma, a Proposta da Comissão de Dezembro de 2005²⁰ não incluía regras em particular dirigidas à categoria dos contratos relativos a instrumentos financeiros²¹. Não tendo sido poucas nem brandas as reacções despoletadas por essa ausência²², não surpreendeu que, dando sequência a proposta da delegação espanhola, a presidência finlandesa do Conselho da União Europeia – estava-se em finais de 2006 – tivesse vindo a aditar ao catálogo do número 1 do artigo 4.º uma alínea j) de conformidade com a qual “[u]m contrato concluído no quadro de um mercado financeiro é regulado pela lei aplicável ao mercado”²³. Prevaleceu, entretanto, o entendimento de que, sendo a expressão «mercado financeiro» – *financial market, Finanzmarkt, marché financier, mercato finanziario* – desconhecida, por grosso, do Direito Comunitário²⁴, exigências de segurança jurídica

¹⁸ Cf. os artigos 10.º e 12.º do Regulamento «Roma I».

¹⁹ Sendo verdade que as matérias cuja regulação pertence ao chamado estatuto dos valores mobiliários são, hoje, fundamentalmente objecto de tratamento pelo Direito de fonte interna em vigor nas diversas ordens jurídicas estaduais, é devida, ainda assim, referência à Convenção UNIDROIT sobre Regras Materiais Aplicáveis aos Valores Mobiliários Intermediados (*UNIDROIT Convention on Substantive Rules Applicable to Intermediated Securities; Convention D’UNIDROIT sur les Règles Matérielles Relatives aux Titres Intermédiés*), a qual, sob os auspícios daquela organização intergovernamental, foi adoptada em 9 de Outubro de 2009. Estando a correspondente entrada em vigor subordinada, *ex* artigo 42.º, número 1, à ratificação por um número mínimo de 3 Estados, a Convenção foi já assinada pelo Bangladesh. Materiais relativos à mesma encontram-se disponíveis em <http://www.unidroit.org/English/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm>. Pelo que ao plano conflitual respeita, menção precípua é devida à Convenção da Haia de 5 de Julho de 2006 sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Respeitantes a Valores Mobiliários Registados Junto de Intermediário Financeiro (*Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire, Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary*). Ainda não entrada em vigor, a Convenção foi, até ao momento, assinada pelos Estados Unidos da América e ratificada pela Suíça e pela República das Maurícias. Materiais relativos à mesma encontram-se disponíveis em http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72.

²⁰ Cf., *supra*, nota 11.

²¹ Tanto quanto se conhece, apenas a Lei de DIP do Liechtenstein contém, no seu §43, uma regra especialmente votada à determinação da lei aplicável aos contratos de bolsa. Nos seus termos, “*Börsengeschäfte und Verträge, die auf Märkten und Messen geschlossen werden, sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Börse oder der Markt befindet bzw. die Messe stattfindet.*”

²² Sirva, como paradigma, a apreciação do britânico *Financial Market Law Committee*, em cujo ponto de vista “[a]rticle 4, which deals with applicable law in the absence of choice, does not adequately contemplate financial contracts. It is likely to produce anomalies and conflicts in complex financial transactions where the likely result is that, if the parties have not made an express choice of law, a related series of contracts may be governed by different laws.” (cf. o ponto 1.6 do seu *Legal assessment of the conversion of the Rome Convention to a Community instrument and the provisions of the proposed Rome I Regulation*, divulgado em Abril de 2006 e acessível em <http://www.fimlc.org/papers/April06Issue121.pdf>). Cf., todavia, o que ficou posto *supra*, sob a nota 12.

²³ Tradução, da minha responsabilidade, a partir da fórmula inglesa “*A contract concluded at a financial market (...) shall be governed by the law applicable to the financial market.*” Seja referido que, na sua génese, a regra veiculada pela proposta espanhola respeitava aos contratos concluídos no quadro de um qualquer mercado submetido a um mínimo organizatório e, portanto, também aos contratos concluídos, por exemplo, em feiras ou leilões. Dispunha a mesma, na versão inglesa, que “[*c*] ontracts concluded at exchanges, fairs, auctions or any other organised market subject to common minimum organisational or operating rules shall be governed by the law of the country in which the market in question is located.”

²⁴ Utiliza-a o artigo 9.º do Regulamento 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio, relativo aos processos de insolvência (cf.

recomendariam a sua substituição²⁵. Em conformidade, a redacção evoluiu para a forma hoje conhecida. Tem-se assim, nos termos da actual alínea h) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento «Roma I», que, na falta de uma escolha actuada ao abrigo do artigo 3.º, “(...) *um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na aceção do ponto 17 do nº 1 do artigo 4º da Directiva 2004/39CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei.*”²⁶.

«Sistema multilateral», «instrumentos financeiros», «regras não discricionárias». Manifesto que a sofisticação da linguagem utilizada, decorrência segura – mas necessária? – da complexidade do fenómeno financeiro²⁷, reclama do intérprete esforço de exegese não despiciendo, seja, antes do mais – designadamente, antes da elaboração em torno do sentido da regra –, exercício orientado à explicitação de algumas das notas especificadoras da categoria contratual em apreço.

7. Começa-se pela referência normativa a um *sistema multilateral*. O conceito – ausente, consoante já sublinhado, do texto de uma primeira proposta avançada pela Presidência finlandesa em finais de 2006 – é pedido de empréstimo à terminologia da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF)²⁸.

O caso não é, note-se, o de esse texto comunitário, de resto abundante em definições, avançar uma explicitação do conceito²⁹. Predica-o, como quer seja, de duas formas organizadas de negociação, os mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral³⁰, que, estas sim, são por si objecto de caracterização. Tudo a tornar possível – desejável – que, partindo-se destas (duas formas organizadas de negociação), se chegue àquele (conceito de sistema multilateral). Confirma-o o Considerando 18 do Regulamento «Roma I», de conformidade com o qual “(...) os sistemas multilaterais deverão ser aqueles onde tem lugar a negociação, *como mercados regulamentados e sistemas de negociação multilateral definidos no artigo 4.º da Directiva 2004/39/CE (...).*”³¹.

O que irmana, então, os mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral por forma a tornar acertada a correspondente apresentação como espécies qualificadas do género «sistema multilateral»³²? A resposta, simples e estribada na consideração dos pontos 14) e 15) do número 1 do ar-

JO L 160, de 30 de Junho de 2000, p. 1 ss) mas, mesmo esta disposição, sem dela apresentar definição.

²⁵ Cf., corroboradora, a p. 3 de um Memorando dos Serviços da Comissão (doc. 7418/07 JUSTCIV 55 CODEC 228, de 15 de Março de 2007, doravante Memorando).

²⁶ Com respeito à génese do preceito, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, 245-259, 246-248; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, in E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2008, 161-175, 162; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», in F. SALERNO / P. FRANZINA (a cura di), “Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, n. 3-4 (Maio-Agosto), 713-717, 713; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2009, 3, 98-118, 100ss; B. BIEMAN / T. STRUYCKEN, “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2009, 4, 416-425, 416-417.

²⁷ Crítico do modo de expressão utilizado pelo legislador comunitário , cf. M. LEHMANN, “Financial Instruments”, in F. FERRARI / S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, 85-98, 85, em cujas palavras bem-dispostas “[a] brief look on Article 4(1)(h) entirely discourages even the most ardent interpreters of conflict-of-laws provisions. It uses monstrous expressions, like «multilateral systems bringing together multiple third-party buying and selling interests» and «non-discretionary rules». No similarities to the elegant and broad-sweeping categories that conflicts lawyers are used to. Instead, only typical Brussels gibberish.”.

²⁸ Cf., *supra*, nota .

²⁹ Insurge-se contra o facto P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation”, in E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2008, 121-160, 152; *idem*, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108.

³⁰ Cf. os pontos 14) e 15) do número 1 do artigo 4.º da DMIF, os quais, provendo à definição, respectivamente, de «mercado regulamentado» e de «sistema de negociação multilateral», iniciam a especificação das realidades definidas a partir da sua pertença ao género «sistema multilateral».

³¹ Itálico meu.

³² Na expressão do legislador comunitário, os mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral *representam a mesma funcionalidade de negociação organizada* (cf. o Considerando n.º 6 da DMIF).

tigo 4.º da DMIF, é a de que ambos se constituem em estruturas de negociação que, assistidas da nota da multilateralidade, permitem, de acordo com regras não discricionárias, o encontro de interesses relativos a instrumentos financeiros com vista à celebração de contratos sobre tais instrumentos³³.

Par de ilações – está em causa, recorda-se, a captação das marcas próprias de um sistema multilateral – é consentido. À cabeça, a de que quedam excluídos do perímetro delimitado pelo conceito de sistema multilateral os sistemas – *et pour cause*, ditos bilaterais – em cujos quadros uma empresa de investimento participa numa transacção por conta própria e não como contraparte isenta de risco interposta entre o comprador e o vendedor³⁴. Depois, a de que, ademais da multilateralidade, expressão da proximidade funcional entre as duas estruturas de negociação organizada – e, portanto, sinal especificador de um sistema multilateral para os efeitos do Regulamento «Roma I» – reside na circunstância de o encontro de interesses no sistema se processar segundo regras não discricionárias, é dizer, de acordo com regras que não permitem ao operador ou gestor da estrutura qualquer discricionariedade quanto à forma como os diversos interesses podem interagir³⁵.

Inferidas as notas distintivas do conceito de sistema multilateral vertido na alínea h) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento «Roma I» a partir dos elementos caracterizadores das duas formas organizadas de negociação que são os mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral, deve ser deixada clara a inexistência de uma correspondência bi-unívoca entre as realidades subsumíveis ao conceito regulamentar de «sistema multilateral» e as referidas estruturas de negociação: se estas satisfazem a qualidade de sistema multilateral a que se refere o Regulamento «Roma I»³⁶, já não é verdade este último conceito ver o seu âmbito compreensivo a elas confinado. Na verdade, fosse o alcance dos conceitos utilizados pelo Regulamento «Roma I» decalcado sobre o âmbito compreensivo de categorias normativas comunitárias e frustrar-se-ia – fosse esse o caso, insiste-se – a natureza universal do campo de aplicação do

³³ A distância entre os conceitos “comunitários” de mercados regulamentados e os sistemas de negociação multilateral é reconduzível a dois traços, quais sejam: (i) aí onde o mercado regulamentado é operado e/ou gerido por um operador de mercado – cf., para uma definição de «operador de mercado», o ponto 13) do número 1 do artigo 4.º da DMIF -, o sistema de negociação multilateral pode ser gerido por um operador de mercado *ou por uma empresa de investimento* – cf., para uma definição desta, o ponto 1) do número 1 do artigo 4.º da DMIF; (ii) aí onde a regularidade de funcionamento é uma nota distintiva dos mercados regulamentados, ela vai ausente dos sistemas de negociação multilateral. Bem entendido, é também ao nível do regime aplicável – e, portanto, além do plano estritamente conceptual – que as duas realidades se apartam. Assim, ilustrativamente, ao contrário da admissão em mercado regulamentado, a negociação em sistema de negociação multilateral não implica a prestação, pelo emitente dos instrumentos financeiros em causa, da informação exigida nas Directivas dos Prospectos, Transparência e Abuso de Mercado. A transposição da DMIF operada pelo DL 357-A, de 31 de Outubro de 2007, determinou a importação para os quadros do Direito de fonte interna destas duas formas organizadas de negociação, a cuja definição vão dedicados os artigos 199.º e 200.º do Código dos Valores Mobiliários. Os correspondentes números 1 reproduzem, com pequenas diferenças de forma, o teor das disposições comunitárias referidas em texto. A afinidade funcional entre as duas formas organizadas de negociação encontra reflexo na sistematização adoptada. Assim é que, após um capítulo inicial relativo ao âmbito de aplicação, o Título IV do Código dos Valores Mobiliários integra um Capítulo II contendo o regime comum aplicável aos mercados regulamentados e aos sistemas de negociação multilateral (assim como, mais ainda, as normas exclusivamente aplicáveis aos primeiros). Nos termos do artigo 47.º da DMIF, a cada Estado-Membro incumbe o dever de elaborar uma lista dos mercados regulamentados relativamente aos quais constitui o Estado-Membro de origem, pertencendo à Comissão o dever de publicar a lista de todos os mercados regulamentados comunitários no *Jornal Oficial da União Europeia*. Dá cumprimento a esta obrigação a listagem por último publicada no *Jornal Oficial* C 158, de 11 de Julho de 2009. De harmonia com ela, as autoridades portuguesas competentes – o Ministério das Finanças, sob proposta da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – conferiram o estatuto de «mercado regulamentado» aos seguintes *fora*: Eurolist by Euronext Lisbon (mercado de cotação oficial), Mercado de Futuros e Opções, MEDIP—Mercado Especial de Dívida Pública, e MIBEL—Mercado Regulamentado de Derivados do MIBEL (Mercado de produtos energéticos). Sobre estruturas de negociação, cf., na literatura portuguesa, C. DIAS PEREIRA, “Internalização Sistemática. Subsídios para o estudo de uma nova forma organizada de negociação”, *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 27, 2007, 149-152; S. NASCIMENTO RODRIGUES “Cabimento da figura dos «mercados não regulamentados» no âmbito da DMIF e na consequente revisão do Código dos Valores Mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. VIII, 2008, 319-335; P. CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, cit., 461ss, maxime 493 ss.

³⁴ Cf. a segunda frase do Considerando n.º 6 da DMIF. Elaborando sobre o ponto, cf. P. MANKOWSKI “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, cit., 108, de acordo com o qual “*In klassischen back-to-back Geschäften darf sich das System (...) nicht erschöpfen.*”; *idem*, “Finanzmarktverträge” in C. REITHMANN / D. MARTINY (hrsg.), *Internationales Vertragsrecht. Das international Privatrecht der Schuldverträge*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 7ª. ed., 2010, 1038-1085, 1059.

³⁵ Neste sentido, cf. a oitava oração do Considerando n.º 6 da DMIF.

³⁶ Cp. U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, in F. FERRARI / S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, 44, o qual, numa passagem particular, parece deixar de fora os sistemas de negociação multilateral.

Regulamento n.º 593/2008³⁷, o qual, à diferença da DMIF, que apenas cobre mercados europeus, não vê a aplicação das suas disposições confinada ao perímetro dos mercados comunitários, antes também se ocupando da determinação da lei aplicável aos contratos concluídos no quadro de mercados de Estados terceiros³⁸. Certo, é verdade o já reproduzido Considerando 18 do Regulamento «Roma I» certificar que “(...) os sistemas multilaterais deverão ser aqueles onde tem lugar a negociação, como mercados regulamentados e sistemas de negociação multilateral definidos no artigo 4º da Directiva 2004/39/CE (...)”. Mas é apenas isso. *Como* mercados regulamentados e sistemas de negociação multilateral definidos no artigo 4º da Directiva 2004/39/CE. Deriva, como implicação lógica, que realidades não abrangidas pelas categorias da DMIF podem valer como sistemas multilaterais para os efeitos do Regulamento «Roma I». Ponto, vai sem dizer, é que tais realidades sejam *funcionalmente afins* dos mercados regulamentados e dos sistemas de negociação multilateral pela DMIF contemplados³⁹. Em palavras de A. GARDELLA, “(...) *deve trattarsi di mercati che facilitano l’incontro di interessi multipli, che si manifestano nella negoziazione e nello scambio di strumenti finanziari, secondo norme uniformi, oggettive, non discriminatorie, e rispondenti ai criteri di supervisione prudenziale internazionalmente condivisi.*”⁴⁰.

Três apontamentos finais e concisos em torno do conceito regulamentar de sistema multilateral.

Dá-se conta, pelo primeiro, de que a existência de um tal sistema não resulta prejudicada pelo não funcionamento de uma plataforma de negociação. É aspecto certificado pelo legislador comunitário ele próprio; em palavras suas, “[o] termo «sistema» compreende todos os mercados compostos por um conjunto de regras e uma plataforma de negociação, bem como os que apenas funcionam com base num conjunto de regras.”⁴¹.

Regista-se, por meio do segundo, que tão pouco obsta à individualização de sistema multilateral a inexistência de uma contraparte central, esta sendo, quando exista, a entidade que se interpõe no negócio, figurando como adquirente relativamente ao vendedor e como vendedor em relação ao adquirente. Trata-se de aspecto que, também ele, é atestado pelo legislador comunitário ele mesmo⁴².

Enfim, seja referido que o conceito de sistema multilateral que permite ou facilita o encontro de múltiplos interesses de terceiros não é abrangente dos sistemas de liquidação e de compensação. No âmbito destes sistemas tem lugar o cumprimento das obrigações que emergem das operações «de bolsa», bem como a determinação das posições creditícias e debitórias entre as diversas partes, o apuramento de saldos líquidos e a confirmação sobre a disponibilidade dos valores e fundos para liquidar. Determinante para a não inclusão, no Regulamento, de regra adrede dirigida à identificação do estatuto das obrigações emergentes no quadro dos *securities settlement systems* foi o entendimento de que o funcionamento eficiente destes últimos, em relação ao qual é instrumental a segurança jurídica, resulta já suficientemente acautelado por acção da Directiva 98/26 relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários⁴³. E, com efeito, nos termos da alínea a) do artigo 2.º daquela Directiva, a fim de poder qualificar-se

³⁷ Cf. o correspondente artigo 2º.

³⁸ Cf., neste exacto sentido, o texto constante do segundo parágrafo da p. 3 do Memorando. Não se obtempere, contra a lógica desenvolvida em texto, que é a própria alínea h) do número 1 do artigo 4º analisando a remeter para a DMIF a diluição do alcance do conceito de instrumentos financeiros. Verdade que assim é, não ocorre menos – no ponto vai a explicação que obsta à contradição – que aí onde o conceito de «sistema multilateral» vertido na DMIF assenta em conceitos regulatórios privativos do Direito comunitário, já sucede a DMIF definir instrumentos financeiros de uma forma descritiva e, portanto, sem referência a categorias próprias ou exclusivas do Direito comunitário.

³⁹ Assinalando o ponto, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *The European Legal Forum. Forum iuris communis Europae*, 2008, 2, I-61 – I-79, I-68-I-69; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 248-249; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 164; *idem*, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 99; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 715; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108; B. BIERMAN / T. STRUYCKEN, “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *cit.*, 417-418.

⁴⁰ Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 715.

⁴¹ Cf. o Considerando 6, frase terceira, da DMIF.

⁴² Cf. o Considerando 18 do Regulamento «Roma I». Supõe-se que com este aspecto se relaciona a afirmação de P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108 e “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1060, de harmonia com a qual “[n]ormativ ist ein zentralisierendes Element jedenfalls nicht notwendig”.

⁴³ Directiva 98/26 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários (JO L 166, de 11 de Junho de 1998, 45-50), alterada pela Directiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio de 2009 (JO L 146, de 10 de Junho de 2009, 37-43).

como «sistema» para efeitos desse texto de Direito comunitário, o acordo formal entre os participantes há-de regular-se pela legislação de *um* Estado-Membro escolhida pelos participantes⁴⁴. Resulta assim prevenida, por meio dessa exigência – foi este, ao menos, o entendimento que prevaleceu⁴⁵ –, a complexidade jurídica que pode afectar a estabilidade sistémica⁴⁶. Enfim, triunfou, mais, a noção de que, com relação a sistemas de liquidação e de compensação governados pela lei de um Estado terceiro, um regime uniforme resultará assegurado, muito provavelmente, em razão do artigo 3.º do Regulamento⁴⁷.

8. Aclarado o conceito de «sistema multilateral» e, assim, caracterizado o *ambiente* em cujo seio tem lugar a celebração dos contratos visados pela alínea h) analisanda, é tempo para uma palavra, mesmo se muito breve, acerca da realidade que desses negócios se constituem em objecto. Pois bem. Nos termos e para os efeitos da alínea h) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento, o conceito de *instrumentos financeiros* é abrangente das realidades a que se refere o ponto 17) do número 1 do artigo 4.º da DMIF e, assim, dos instrumentos especificados na Secção C do Anexo I da mesma Directiva⁴⁸. Vão por ele abarcados, *designadamente*, valores mobiliários⁴⁹, instrumentos do mercado monetário, unidades de participação em organismos de investimento colectivo, opções, futuros e *swaps* relativos a valores mobiliários, a mercadorias ou a estatísticas, instrumentos derivados para a transferência do risco de crédito e contratos financeiros por diferença (*financial contracts for differences*)⁵⁰.

9. De conformidade com a alínea h) analisanda, os negócios que, celebrados no âmbito de um sistema multilateral regulado por uma única lei, permitem ou facilitam o encontro de interesses na compra ou venda de instrumentos financeiros, vêem o seu estatuto definido pela lei desse mercado.

⁴⁴ É o seguinte, com as alterações introduzidas pela Directiva 2009/44/CE, o texto do artigo 2.º referido em texto: Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) «Sistema» um acordo formal: —entre três ou mais participantes, excluindo o operador desse sistema, um eventual agente de liquidação, uma eventual contraparte central, uma eventual câmara de compensação ou um eventual participante indirecto, com regras comuns e procedimentos padronizados para a compensação, através de uma contraparte central ou não, ou execução de ordens de transferência entre os participantes, —regulado pela legislação de um Estado-membro escolhida pelos participantes; contudo, os participantes apenas podem escolher a legislação de um Estado-membro em que pelo menos um deles tenha a sua sede e —designado, sem prejuízo de outras condições mais rigorosas de aplicação geral previstas na legislação nacional, como sistema e notificado à Comissão pelo Estado-membro cuja legislação é aplicável, depois de esse Estado-membro se ter certificado da adequação das regras do sistema.// Nas mesmas condições do primeiro parágrafo, os Estados-membros podem designar como sistema de pagamentos um acordo formal, cuja actividade consista na execução de ordens de transferência tal como definidas no segundo travessão da alínea i) e que, em medida limitada, execute ordens relacionadas com outros instrumentos financeiros, quando os Estados-membros considerarem que essa designação se justifica em termos de risco sistémico. // Os Estados-membros podem ainda, caso a caso, designar como sistema um dos referidos acordos formais entre dois participantes, sem contar com um eventual agente de liquidação, uma eventual contraparte central, uma eventual câmara de compensação ou um eventual participante indirecto, quando considerarem que essa designação se justifica em termos de risco sistémico.// Um acordo celebrado entre dois sistemas interoperáveis não constitui um sistema,»

⁴⁵ Cf. o Considerando 31 do Regulamento «Roma I». Cf., igualmente, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, 1-69; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 250; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 165; B. BIERMAN / T. STRUYCKEN, “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *cit.*, 422-425; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 101-102; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 715; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108; *idem*, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1060.

⁴⁶ Cf., a este respeito, as considerações que, sob o ponto 10, foram aduzidas no Parecer do Banco Central Europeu de 17 de Março de 2005 solicitado pelo Conselho da União Europeia sobre uma proposta de decisão do Conselho respeitante à assinatura da Convenção da Haia relativa à legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários (JO C 81, de 2 de Abril de 2005, 10-17).

⁴⁷ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 102.

⁴⁸ Nesse sentido, também o Considerando 30 do Regulamento «Roma I». Cp. o artigo 1.º, número 1, alínea a), da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável a Certos Direitos Respeitantes a Valores Mobiliários Registados junto de um Intermediário, assim como o artigo 1, (a), da Convenção UNIDROIT sobre Regras Materiais Aplicáveis aos valores Mobiliários Intermediados.

⁴⁹ Nos termos do ponto 18 do número 1 do artigo 4.º da DMIF, são exemplos de valores mobiliários as acções, as obrigações ou outras formas de dívida titularizada e quaisquer outros valores que confiram o direito à compra ou venda desses valores mobiliários ou que dêem origem a uma liquidação em dinheiro.

⁵⁰ Para uma exposição abrangente das várias categorias de instrumentos financeiros, cf., na doutrina portuguesa mais recente, J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2009; P. CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *op.cit.*, 87 ss.

Conjunto de razões foi apresentado para justificar o sentido da regra:

À uma, a ideia de que é *co-natural* à noção de um *sistema* (multilateral), por definição uma estrutura de negociação regida por um conjunto de regras uniformemente aplicáveis a todos os participantes, que uma e a mesma seja a lei aplicável aos contratos – a todos os contratos – concluídos no seu quadro, mais sucedendo, atenta a natureza fundamentalmente anónima desses mercados e o inerente sem sentido na aplicação de lei individualizada a partir de elementos atinentes a uma das partes – por exemplo, o estabelecimento ou a residência habitual do alienante⁵¹ –, que essa lei deva – e só possa – ser a que regula o sistema⁵².

Depois, a noção de que, mais do que apenas natural, é *necessário* que uma e a mesma seja a lei aplicável aos contratos – a todos os contratos – concluídos no quadro do mercado. Segundo o modo de expressão vertido em trabalho de preparação legislativa, “[a]ny other result would mean that the systems could not operate.”⁵³ Nas palavras de P. MANKOWSKI, “Das System soll eine einheitliche Grundlage bekommen.”⁵⁴.

Enfim e conquanto não referida em trabalho de preparação legislativa, feita notar é, mais ainda, a circunstância de solução como a consagrada permitir a coincidência entre o direito aplicável aos aspectos organizatórios do sistema e a disciplina jurídico-privada dos contratos, assim se prevenindo, para além do mais, dificuldades associadas à tarefa de qualificação⁵⁵.

Mesmo se divulgadamente arrolados, os enumerados argumentos da *naturalidade*, da *necessidade* e do *Gleichlauf* não fazem apagar que a regra da alínea h) é assistida de carácter subsidiário pois que, antes dela, o artigo 3.º confere às partes a liberdade de escolha da lei aplicável. A implicação é evidente: a despeito das boas proclamações, a regra da alínea h) não assegura – não pode assegurar – a coincidência entre a lei reguladora do contrato e a lei do mercado. Mesmo se *apenas* em casos contados – assim, designadamente, levando-se presente que, na generalidade das hipóteses, as partes de uma transacção celebrada no quadro de sistema multilateral não se conhecem e, assim, não enveredarão por escolha de lei bilateral –, uma tal coincidência *pode* não ocorrer⁵⁶. Nesta eventualidade vai, aliás, fundada uma pro-

⁵¹ Sublinhando ser o mercado de valores mobiliários um *mercado de anónimos* e assentar, o mesmo, sobre uma *indiferença pessoal* traduzida em que a individualidade concreta do comprador e do vendedor deve ser irrelevante para toda a operação, as transacções sendo totalmente objectivadas, cf. P. COSTA E SILVA “Compra, Venda e Troca de Valores Mobiliários”, *cit.*, 246.

⁵² Lê-se na p. 2 do Memorando que “[t]he application of a single governing law is an intrinsic feature of organized multilateral trading systems (...)”. Para uma elaboração em torno desta ideia, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-69; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 247; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 162; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation”, *cit.*, 152; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 98; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 714.

⁵³ Cf. a p. 2 do documento referido na nota anterior. Não são menos elucidativas outras passagens. Sejam as seguintes: “The reason for including a specific provision for trading systems relates, in particular, to the fact that regulated markets, multilateral trading facilities and other similar trading systems need to operate under a single law. It is essential that all transactions are carried out in accordance with the governing law of the system. The application of a single governing law is (...) necessary for legal certainty for the market participants (...). The transactions in question are closely connected to the market concerned and it is appropriate and, indeed, necessary, that the same law governs them irrespective of the nature of the parties to the transactions (consumer/professional) and the place where the parties have their habitual residence.” Cf., por último, o texto do Considerando 28, de conformidade com o qual “(...) no que respeita aos sistemas multilaterais abrangidos pela alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º, (...) cumpre assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interferirá com as regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito desses sistemas ou com o operador desses sistemas.”

⁵⁴ “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108.

⁵⁵ Assinalam o ponto F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 247; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 162-163; *idem* “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 98; A. GARDELLA Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 714; M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 90; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 110; U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, *cit.*, 44.

⁵⁶ Neste exacto sentido, cf. B. BIERMAN / T. STRUYCKEN, “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *cit.*, 421: “The explanation for Article 4(1)(h) and Article 6(4)(e) set out in the recital and the Memorandum seems inconsistent with the text and framework of the Rome I Regulation. The fundamental principle underlying the Rome I is the ability of parties to choose the law applicable to their contractual rights and obligations. According to the general principles underpinning the Rome Convention and the Rome I Regulation, Article 4(1)(h) only applies in the absence of a choice of law. This implies that

posta doutrinal revolucionária consistente em erradicar a autonomia da vontade da esfera dos contratos celebrados no âmbito de sistema multilateral⁵⁷.

10. Mas são ainda outras as observações aduzíveis em torno da norma. Veja-se.

Estatuindo a aplicação da lei do mercado, a alínea h) consideranda deixa por esclarecer qual essa lei seja⁵⁸. Sucede na verdade que, lançando mão de solução paralela à implicada no artigo 9.º, número 1, do Regulamento (CE) n.º 1346/2000⁵⁹, o legislador comunitário utiliza a técnica da conexão acessória e, fazendo-o, força a *démarche* intermédia, qual seja, a determinação da lei do sistema.

Donde, inescapável, a demanda: qual a *lex mercatus*?

Interditada, à cabeça, a possibilidade de considerar que uma tal lei seja a do país *onde* o mercado funciona – consabidamente, a evolução tecnológica e os desafios da globalização conduziram à desmaterialização de muitos dos mercados e à superação dos mesmos como espaços físicos⁶⁰ –, é consensual o entendimento de que o olhar deve voltar-se, antes do mais, para a possibilidade de uma escolha actuada pelos participantes⁶¹. E, com efeito, não sucede raramente que as disposições que lidam com a organização do mercado acolham, no seu seio, uma previsão de lei aplicável. Mais ainda, que estatuem a aplicação da lei assim designada – a lei do mercado – às transacções concluídas no quadro do sistema⁶².

parties are able to choose a law other than the law governing the trading system to apply to their transactions on that system.”; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109: “*Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO garantiert also keineswegs eine einheitliche Anwendung des «Rechts des Systems».*”.

⁵⁷ São seus mentores B. BIEMAN e T. STRUYCKEN. No aviso dos Autores holandeses, “(...) *the application of Article 4(1)(h) should be imperative for each contract concluded within a multilateral trading system and the law designated by that provision should prevail over a choice of law by the parties to a transaction. Such transactions should always be governed by the law governing the system. (...) as matter of principle, a choice of law (with respect to contracts concluded within a trading system) which deviates from the law applicable to the trading system itself, whether purposely or by accident, should in our opinion be ineffective, notwithstanding the current text and framework of Articles 3 and 4 of the Rome I Regulation.*”. Embora tenhamos dúvidas quanto ao plano em que se situam quando emitem as afirmações acabadas de transcrever – se no plano do direito constituido, se tão-só no do direito a constituir –, já é claro que os dois Autores advogam que, no quadro da revisão a que a alude o artigo 27.º do Regulamento, a regra sedeada na actual alínea h) seja desenxertada do artigo 4.º e inserida, isolada, numa nova disposição. Nas palavras de ambos, “[i]t should be made clear that the freedom to choose a law, which is enshrined in Article 3, does not apply to contracts concluded within a multilateral trading system (...). Ideally, the new Article will also provide the basis for the choice of the law governing the multilateral trading system itself.”. Para mais desenvolvimentos, cf. B. BIEMAN / T. STRUYCKEN, “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *cit.*, *maxime* 421.

⁵⁸ Cf., especialmente crítico, M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 90-91.

⁵⁹ Cf., *supra*, nota 20.

⁶⁰ Não indo mais longe, meça-se a evolução referida em texto a partir de fórmulas normativas sucessivamente vigentes no Direito português: aí onde, na sua versão originária, o Código dos Valores Mobiliários definia os mercados de valores mobiliários como “qualquer *espaço* ou *organização* em que se admite a negociação de valores mobiliários por um conjunto indeterminado de pessoas actuando por conta própria ou através de mandatário” (cf. o número 1 do artigo 198.º, na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro), já sucede que, após a transposição da DMIF, os artigos 199.º e 200.º fazem assentar o conceito de mercado regulamentado e de sistema de negociação multilateral sobre a noção de “sistema”. Definitivamente para trás ficou, entretanto, a fórmula do velho artigo 82.º do Código Comercial de 1888. Nos seus termos, “[o]s estabelecimentos públicos legalmente auctorizados, onde se reúnem os commerciantes e os agentes de commercio para concertarem ou cumprirem as operações commerciaes constantes do titulo VIII do livro II, tomarão a denominação generica de bolsas e a especial da praça em que forem situadas, e também a da classe de operações a que se destinarem, quando só para alguma ou algumas de estas tiverem sido creados.”.

⁶¹ É inevitável que ao espírito acorra o artigo 2.º, alínea a), da Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamento e de liquidação de valores mobiliários (cf., *infra*, notas 39 e 40).

⁶² Seja, exemplificativamente, a regra 1701 do Regulamento I do *Euronext Rule Book* publicado em 23 de Junho de 2009 e em vigor desde 1 de Julho subsequente. Nos seus termos, “[a]ll provisions in this Rule Book in respect of orders and/ or Transactions executed, deemed to be executed or entered into on the respective Euronext Market and all matters related thereto and, subject to Rule 1702, all other provisions of the Rule Book shall be governed and construed: (i) in respect of Euronext Amsterdam, in accordance with the laws of the Netherlands and, without prejudice to any agreement to go to arbitration, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Dutch courts; (ii) in respect of Euronext Brussels, in accordance with the laws of Belgium and, without prejudice to any agreement to go to arbitration, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Belgian courts; (iii) in respect of Euronext Lisbon, in accordance with the laws of Portugal and, without prejudice to any agreement to go to arbitration, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Portuguese courts; (iv) in respect of Euronext Paris, in accordance with the laws of France and, without prejudice to any agreement to go to arbitration, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the French courts; (v) in respect of LIFFE A&M, in accordance with the laws of England and Wales and, without prejudice to any agreement to go to arbitration, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the English

Não é a outro propósito que P. MANKOWSKI faz referência a um *Grundvereinbarung* ou *Systemkonstitut*⁶³, a porta estando aberta, segundo se julga melhor, para entender que a celebração de um contrato no quadro de um particular sistema equivalerá, nessas circunstâncias, à manifestação de uma vontade de escolha tácita da *lex mercatus*⁶⁴. Mesmo se não se acompanha o raciocínio, percebe-se a tentação de todos quantos põem a nu o (suposto) paradoxo implicado pelo artigo 4.º, número 1, alínea h): tentando a determinação da lei objectivamente aplicável (na falta de uma escolha pelas partes), a disposição conduz à averiguação por uma escolha de lei, sendo justamente que, ocorrendo esta escolha de lei no quadro do contrato individual, o caso é, então e afinal, o de inexistir margem para a intervenção do artigo 4.º⁶⁵.

Quid iuris, entretanto, se a lei do sistema não é radicável na vontade dos seus participantes?

A ausência de indicação legal oferece pretexto para as sugestões dos autores. Aproximando-se, por grosso, quanto aos resultados, as mesmas apartam-se do ponto de vista da aproximação seguida. Segundo faz valer P. MANKOWSKI, quando no sistema exista uma *Zentralstelle* ou uma *Clearingstelle*, o direito regulador dessa câmara deve ser tomado como *lex mercatus*; quando a mesma não exista, e sem prejuízo do que mais de espaço se dirá, o caminho por si sugerido é o de que se identifique o *Schwerpunkt* do sistema com o país onde está estabelecido o maior número de agentes que nele participam⁶⁶. Assinalam B. BIEMAN e T. STRUYCKEN, por seu turno, que, sendo a entidade gestora do mercado a devedora da prestação característica, deriva do artigo 4.º, número 2, do Regulamento «Roma I» a atribuição de competência à lei do Estado onde a mesma se encontra estabelecida⁶⁷. Enfim, número não despendendo de vozes, entre as quais as já nomeadas, converge no entendimento de que “[s]oweit eine staatlich Zulassung erforderlich ist, könnte man daher mit keineswegs schlechten Gründen daran denken, das Recht des Staates, in welchem die Zulassung und die nachfolgende Aufsicht erfolgen, zum «Recht des Systems» zu erheben.”⁶⁸. Seja o caso de um mercado regulamentado *comunitário*: atenta a disciplina do artigo 36.º da DMIF, *maxime* a instituída pelo seu número 4⁶⁹, é tida – vem sido tida – como razoável a admissão de que o Direito regulador de um tal sistema é o do Estado que relativamente ao mercado funciona como Estado de origem e a cujas autoridades pertence autorizá-lo, supervisioná-lo e, sendo o caso, revogar a autorização para o correspondente funcionamento⁷⁰.

courts. // For the avoidance of doubt, all Transactions in the Central Order Book shall be executed on the Market of Reference and subject to the applicable laws and the exclusive jurisdiction of the courts relevant to that market as specified in this Rule 1.7. EURONEXT RULE.”

⁶³ “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109; “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1060-1061.

⁶⁴ Aventam essa possibilidade de leitura: F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 163; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 714, nota 5; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109. No sentido de que a utilização do modelo negocial predisposto pela entidade gestora pode constituir um indício importante de uma vontade tacitamente manifestada de escolher o Direito do país em que funciona o mercado, cf. L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 365.

⁶⁵ Cita-se P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109: “*Allerdings wird letztlich die Paradoxität des Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO deutlich: Dieser will eine objektive Anknüpfung verwirklichen und sucht primär nach eine Rechtswahl. Eine Rechtswahl aber findet ihren Platz eigentlich in Art. 3 Rom I-VO. Sofern es eine auch den einzelnen Vertrag erfassende Rechtswahl gibt, kommt man bereits mit Art. 3 Rom I-VO zurande und braucht Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO gar nicht.*”. O Autor prossegue admitindo que, com alguma fantasia, será possível encontrar um âmbito de aplicação para a alínea h) mesmo aí onde a *lex mercatus* apareça individualizada no quadro das regras de organização do sistema; é suficiente entender, advoga, que a escolha de lei vale para o sistema mas não vê a sua eficácia estendida ao plano dos contratos individuais. Isto admitido, não deixa de acrescentar: “*Allerdings bliebe den Skeptikern und Wortlaubern dann die Frage ob und wie ein Vertrag Teil des Systems sein kann, auf den sich die Rechtswahl des Systems nicht erstrecken würde.*”. Ver, também, M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 91 e P. MANKOWSKI, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1061.

⁶⁶ “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109-110 e “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1062.

⁶⁷ “Rome I on contracts concluded within multilateral systems”, *cit.*, 422. Cf., também, L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 368.

⁶⁸ P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 110.

⁶⁹ Nos seus termos, “[s]em prejuízo de qualquer disposição relevante da Directiva 2003/6/CE, o direito público que rege a negociação efectuada através dos sistemas de um mercado regulamentado será o do Estado-Membro de origem desse mercado regulamentado.” Cf., identicamente, os artigos 4.º, número 1, 20) b) e 22), e 47.º, todos eles da DMIF.

⁷⁰ Neste sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 249; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”,

11. Inquirir-se-á, aqui chegados, pela influência, se alguma, que o critério posto pelo número 2 do artigo 4.º exerce sobre a solução sedeada na alínea h) analisanda⁷¹. De harmonia com aquele número, *se partes dos contratos forem abrangidas por mais que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual*. Consabidamente, número considerável de contratos concluídos no quadro de um mercado financeiro reveste a natureza de uma compra e venda. E, outrossim sabido, a alínea a) do número 1 do artigo 4.º contempla a categoria dos contratos de compra e venda. Não parece, seja como for, que a solução inculcada pela alínea h) deva sofrer modificação pela intervenção *sucessiva* do número 2. Fundamentam o entendimento razões várias, cada uma delas suficiente de per si. Começa porque, segundo se entende melhor, os contratos de compra e venda de instrumentos financeiros extravasam os limites da categoria dos contratos de compra e venda de mercadorias a que se refere a alínea a) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento «Roma I»⁷². Segue-se que, mesmo que assim não fosse, sempre o princípio da especialidade deporá a favor da sobreposição da alínea h). Sucede, enfim, que a fundamentação que, relativa ao número 2 do artigo 4.º, constava da Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, vai referida a cenário distinto do ora contemplado; aludia-se, aí, às hipóteses de *contratos complexos que não respondem a uma qualificação simples* e de *contratos em que as partes fornecem prestações recíprocas que, na sua totalidade, podem ser consideradas prestações características*⁷³.

12. Invocando a necessidade de um *elevado grau de previsibilidade* da lei aplicável em ordem a “(...) contribuir para o objectivo geral do (...) regulamento que consiste em garantir a segurança no espaço de justiça europeu (...)”⁷⁴, o legislador comunitário de 2008 enveredou pelo caminho da promoção de critérios *hard and fast* ao papel de normas *prima facie* aplicáveis na falta de uma *electio iuris*. Em todo o caso, não deixou de aderir ao entendimento de que “[o]s tribunais deverão (...) gozar de uma certa margem de apreciação a fim de determinar a lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação.”⁷⁵. O resultado é o de que, após a estatuição de uma conexão primária com base num critério determinado (artigo 4.º, números 1 e 2), atribuiu relevância à cláusula geral da conexão mais estreita; assim, já no quadro de uma cláusula de desvio (artigo 4.º, número 3), já para estabelecer uma conexão subsidiária (artigo 4.º, número 4).

À semelhança das contidas nas demais alíneas do número 1 do artigo 4.º, a regra sedeada na alínea h) está exposta à eventual intervenção da *cláusula de desvio* acolhida pelo número 3. *Cláusula de desvio*. Sem embargo de nomenclatura oscilante – a figura tem divulgadamente sido baptizada com denominação que, em conformidade com o sentido da esmagadora maioria das designações estrangeiras, encontra correspondência, no nosso idioma, na locução *cláusula de excepção* (*clause d’exception, Ausnahmeklausel, exceptieclausule, exception clause, cláusula de exceptión, clausola d’eccezione*) –, em causa está mecanismo corrector dos juízos conflituais cristalizados na letra das regras de conflitos que encontra justificação no propósito de assegurar que, em concreto, a avaliação

cit., 164-165; *idem* “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments””, *cit.*, 100; A. GARDELLA, Anotação ao artigo 4.º, número 1, alínea h), do Regulamento «Roma I», *cit.*, 714; M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 91; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 110; *idem* “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1063; G. PIZZOLANTE, Anotação ao artigo 6.º do Regulamento Roma I, *in* F. SALERNO / P. FRANZINA (a cura di), “Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)”, *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, n. 3-4 (Maio-Agosto), 727-749, 738, nota 33; *idem*, “I Contratti con I Consumatori e la Nuova Disciplina Comunitaria in Materia di Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, 221-236, 228, nota 23. Bem verdade que o artigo 36.º, número 4, da DMIF não se refere aos sistemas de negociação multilateral, parece razoável a admissão de que o lugar paralelo dos mercados regulamentados conduza a identificar o *Rechtssystem* dessas estruturas com o Direito do país a cujas autoridades pertence supervisioná-las.

⁷¹ Embarca no exercício F. C. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 981-982.

⁷² De harmonia com o Considerando 17, o conceito de «venda de bens» – o texto da alínea a) alude a «venda de mercadorias» – deverá ser interpretado tal como quando se aplica o artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 (cf., também acentuando a interrelação hermenêutica entre o Regulamento Roma I e o Regulamento Bruxelas I, o Considerando 7 daquele primeiro instrumento).

⁷³ Cf. COM (2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005, p. 6.

⁷⁴ Considerando 16.

⁷⁵ *Ibidem*.

de pretensão emergente de situação jurídico-privada internacional tenha lugar à luz de sistema que, pela sua posição relativamente aos factos, é o mais bem colocado para intervir. Espécie de «instância de verdade» das indicações conflituais alicerçadas sobre o princípio da conexão mais estreita, o seu escopo é o de assegurar que esta directriz localizadora não saia posta em crise pelas especificidades de uma particular hipótese que à previsão do legislador escapou. Como? Determinando o afastamento da lei individualizada pelo elemento de conexão *prima facie* retido pelo legislador; impondo a aplicação, no lugar dela, do direito com o qual, a despeito da previsão normativa geral e abstracta, os factos mantêm, *in casu*, a conexão mais significativa⁷⁶.

Não será fácil, em todo o caso e ao menos a uma primeira vista, que tenha lugar, contra o pano de fundo da alínea h), a actualização da cláusula de desvio. Pensa-se, muito em particular, no peso das razões que, transbordantes do plano do contrato individual singularmente considerado, fundamentam a solução geral consistente em considerar que o estatuto do negócio celebrado no âmbito de sistema multilateral deve ser dado pela lei do mercado⁷⁷.

A este respeito, não será impertinente acrescentar que, já sob a vigência da Convenção de Roma, doutrina e jurisprudência sustentavam, em face da ausência de uma *electio iuris*, a submissão dos negócios de bolsa à *lex mercatus*⁷⁸.

III. O artigo 6.º, número 4, alíneas d) e e), do Regulamento «Roma I»

13. Abraçando a protecção do consumidor como parte contratual mais fraca⁷⁹ e, assim, prolongando desiderato que já era o da Convenção de Roma, o Regulamento «Roma I» autonomiza, como aquele instrumento convencional, a regulamentação dos contratos celebrados com consumidores.

Dão corpo ao propósito do *favor consumatoris* as soluções acolhidas pelos números 1 e 2 do seu artigo 6.º: de conformidade com o número 2, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tem a sua residência habitual; de harmonia com o número 1, o qual rege para as hipóteses de ausência de uma *electio iuris*, o contrato é regulado pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual.

Ocorre, entretanto, que, fazendo uso de uma técnica de «*drafting negativo*»⁸⁰, o legislador comunitário subtrai à disciplina acima sumariada algumas categorias de contratos. Retêm-se, para o que ora importa, os referidos pelas alíneas d) e e) do número 4 do artigo 6.º, relativos a instrumentos financeiros. Nos seus termos, e respectivamente, os números 1 e 2 do artigo 6.º não são aplicáveis:

- aos direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro e direitos e obrigações que constituam os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários, e a subscrição e o resgate de partes de organismos de investimento colectivo na medida em que estas actividades não constituam a prestação de um serviço financeiro;
- aos contratos celebrados no âmbito de um mercado regulamentado ou de um sistema multilateral de negociação.

Aspecto que começa por se impor à vista, as alíneas d) e e) do número 4 do artigo 6.º não são fontes de regras de conflitos, antes de normas que se quedam pela delimitação do âmbito compreensivo das regras – essas sim, assistidas de natureza conflitual – sedeadas nos números 1 e 2 do artigo 6.º⁸¹.

Mas são ainda três outras, e mais substantivas, as observações que, assistidas de carácter genérico,

⁷⁶ Com respeito à cláusula de desvio, cf., na literatura portuguesa, os Autores citados por L. LIMA PINHEIRO, “O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) – Uma Introdução”, *cit.*, 602, nota 69, e, ainda, Autora, 2007; *idem*, 2009, 197–218, 207 ss.

⁷⁷ Cf., *supra*, pp. 15-16.

⁷⁸ L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações Bancárias Internacionais”, *cit.*, 270 e Autores referidos na nota 100; *idem*, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, 368 e Autores referidos na p. 366, nota 46.

⁷⁹ Cf., designadamente, os Considerandos 23, 24 e 25.

⁸⁰ O modo de expressão pertence a F. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 970; “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, *cit.*, 421.

⁸¹ Cf. M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 92: “Article 6(4)(d) and (e) Rome I Regulation are very different animals from Article 4(1)(h)”.

importa deixar antes de se passar em revista o texto – aliás, particularmente intrincado – de cada uma das duas alíneas examinandas.

Dá-se conta, pela primeira, de que a inclusão das alíneas reproduzidas constitui reflexo do alargamento do âmbito material do artigo 6.º do Regulamento – por confronto com o preceito homólogo da Convenção de Roma, entenda-se. Na verdade, aí onde o artigo 5.º deste instrumento convencional via a sua aplicação confinada aos contratos tendo por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços⁸², os instrumentos financeiros exorbitando da categoria de «bens móveis corpóreos»⁸³, sucede agora que o artigo 6.º do Regulamento «Roma I» abrange qualquer contrato celebrado entre um profissional e um consumidor. Independentemente da posição ocupada pelo consumidor (figurando ele como vendedor ou como comprador). Independentemente – eis o ponto que ora mais importa sublinhar – do objecto do contrato⁸⁴.

Mas avance-se. Para registar ser no texto do Considerando 28 que o sentido geral da subtracção determinada pelas alíneas d) e e) é colhível. A explicitação deste sentido constitui o objecto da segunda das observações anunciadas. Pois bem. De conformidade com o Considerando nomeado, a aplicação de uma pluralidade de leis a que os números 1 e 2 do artigo 6.º pode conduzir – assim, função do local onde os diferentes consumidores possuem residência habitual – não vai de par já com a natureza dos instrumentos financeiros como produtos estandardizados, já com a exigência de que a relação contratual emergente de uma oferta tendo por objecto valores mobiliários seja regulada por uma única lei, já, enfim, com o adequado funcionamento dos mercados financeiros. Insiste-se no ponto: lógica subjacente à subtracção determinada pelas alíneas d) e e) considerandas é a de assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interfere com uma unidade regulamentar que, por razões várias – de resto, materialmente análogas –, é mister assegurar⁸⁵. O ponto será objecto de desenvolvimentos subsequentes. Retenha-se, para o que importa, por forma alguma estar em causa a consideração de que, presidindo às transacções relativas a instrumentos financeiros uma finalidade de ganho – assim, ao menos tipicamente –, tanto faz desses negócios uma actividade profissional. Bem pelo contrário, é porque esses negócios não estão à partida excluídos do âmbito de aplicação do artigo 6.º que assiste sentido à subtracção operada pelas alíneas d) e e)⁸⁶. Identicamente, não se trata do estabelecimento de um regime que entre a distinguir consoante a concreta pessoa singular tem, ou não, conhecimentos e informação sobre o mercado que, respectivamente, a aproximam ou a apartam de um agente profissional. Como bem

⁸² Assim como aos contratos destinandos ao financiamento desse fornecimento.

⁸³ Cf. M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *cit.*, 23. Sublinhando não ser essa conclusão facilmente corroborável à luz de algumas das versões linguísticas da Convenção, cf. MAX-PLANCK INSTITUT, *Comments on the European’s Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its modernization*, 2003, 51 (documento disponível em <http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/commentsgreenpaper.pdf>). Na doutrina portuguesa, cf., no sentido indicado no texto, L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 367.

⁸⁴ Assinalando o ponto, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-72; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 251; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 166]; “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 88; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 101.

⁸⁵ Não será excessivo reproduzir o texto preambular ele próprio. Como segue: “Importa assegurar que os direitos e as obrigações que constituem um instrumento financeiro não sejam abrangidos pela regra geral aplicável aos contratos celebrados por consumidores, visto tal poder conduzir à aplicabilidade de leis diferentes a cada um dos instrumentos emitidos, o que alteraria a sua natureza e impediria as suas negociação e oferta como bens fungíveis. Do mesmo modo, sempre que esses instrumentos são emitidos ou oferecidos, a relação contratual estabelecida entre o emitente ou oferente e o consumidor não deverá necessariamente estar sujeita à aplicação obrigatória da lei do país da residência habitual do consumidor, porquanto é necessário garantir a uniformidade dos termos e condições de uma emissão ou oferta. A mesma lógica deverá aplicar-se no que respeita aos sistemas multilaterais abrangidos pela alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º, relativamente aos quais cumpre assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interferirá com as regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito desses sistemas ou com o operador desses sistemas.”.

⁸⁶ Desenvolvidamente a este respeito, cf. P. MANKOWSKI, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1039-1040: “Ebenso wenig ist Gewinnerzielung durch in grösserem Umfang getätigte Wertpapiergeschäfte für sich allein eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit. Auch Privatleute haben Vermögen und können an dessen Mehrung arbeiten. Mit dessen Anlage bieten sie keine Dienstleistung am Markt an, sondern fragen vielmehr genau umgekehrt Leistungen anderer (nämlich von Beratern und Anlageinstitutionen) nach. Privatsache ist eben nicht nur den Konsum (dh. der Erwerb zum Verbrauch), sondern auch jedes Arbeiten mit Gegenständen des Privatvermögens für Private Zwecke und jede Fruchtziehung wie jeder Fruchtgenuss aus dem Privatvermögen.”.

sublinha P. MANKOWSKI, “[d]er Ansatz des Art. 6 Rom I-VO ist hinsichtlich des persönlich Anwendungsbereichs ein abstrakter Ansatz.”⁸⁷. Mais – é ainda o Professor de Hamburgo a certificá-lo –, “[d]ie Informationsasymetrie wird unwiderleglich vermutet.”⁸⁸. E, com efeito, não transitou para a versão definitiva do Regulamento uma solução que, em tempos em cima da mesa, excluía do âmbito do artigo 6.º - artigo 5.º, à data – as pessoas singulares que, exibindo certa «sophistication financeira», optassem pelo estatuto de «cliente profissional» ao abrigo do Anexo II da DMIF⁸⁹. Regressa-se ao ponto de início feito valer: lógica subjacente à subtracção determinada pelas alíneas d) e e) considerandas é – nada menos mas, também, nada mais do que isso – a de assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interfere com uma unidade regulamentar que é mister assegurar.

Efeito originado pela inclusão das duas alíneas é, entretanto – fica posta, por esta certificação, a terceira das anunciadas observações genéricas –, o comprometimento do «paralelismo» entre o Regulamento «Roma I» e o Regulamento «Bruxelas I». Explica-se. Sem surpresa, a subtracção dos contratos nomeados nas alíneas d) e e) ao regime particular dos contratos celebrados por consumidores tem por consequência a submissão correspondente às regras dos artigos 3.º e 4.º, aqui incluída a alínea h), do Regulamento «Roma I». Por seu turno, o artigo 15.º do Regulamento «Bruxelas I» não subtrai os contratos relativos a instrumentos financeiros ao alcance da disciplina por este instrumento gizada, no domínio da competência internacional, para os contratos com consumidores. Alcança-se a implicação. Nas palavras breves de F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “(...) the policy decision (...) that the consumer who can file a claim against the professional in his own jurisdiction can also invoke his own law (and must not carry out the burden of proving a foreign law), no longer holds.”⁹⁰. É ainda o mesmo Autor a avançar um exemplo. Assim, elucida⁹¹, se um investidor residente habitualmente em Espanha, qualificável como consumidor, celebrar um contrato de *swap* com um banco estabelecido em Inglaterra e no contrato-quadro (*master agreement*) for incluída uma cláusula de escolha da lei inglesa, esta cláusula é válida e o âmbito de competência da lei escolhida não resulta cerceado pelas normas imperativas do Direito espanhol não derogáveis por acordo das partes. Isto passando-se, já ocorre que um pacto de jurisdição atributivo de competência aos tribunais ingleses não pode, nos termos dos artigos 16.º e 17.º do Regulamento «Bruxelas I», privar o consumidor do direito de acesso aos tribunais espanhóis. Antecipa-se o resultado:

⁸⁷ “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1040. No mesmo sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 256; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 171; *idem*, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 97.

⁸⁸ “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1040.

⁸⁹ Nos termos da Secção II do Anexo II da DMIF, uma pessoa singular pode, a pedido e mediante a observância dos critérios e do procedimento descritos em II.1. e II.2., ser tratado como profissional. Na definição da Directiva, “[o] cliente profissional é um cliente que dispõe da experiência, dos conhecimentos e da competência necessários para tomar as suas próprias decisões de investimento e ponderar devidamente os riscos em que incorre.” O tratamento como «cliente profissional» envolve a renúncia a uma parte da protecção proporcionada pelas normas gerais de conduta. Consoante pode ler-se na p. 6 do Memorando, chegou a ser equacionada a inclusão de um Considerando explicitando que “[f]or the purposes of the provisions determining the applicable law to contracts concluded by consumers, natural persons categorised as professional clients on request in accordance with the criteria and the procedure set out in Annex II Section II of Directive 2004/39/EC should not be considered as consumers when concluding contracts involving an investment service, transaction or type of transaction or product for which they are treated as a professional client.” Atentas as dificuldades de ordem prática que a aplicação desta solução acarretaria – assim, designadamente, se o caso fosse o de o investidor dever ser considerado «profissional» com relação a certos instrumentos, mas já não assim relativamente a outros –, a opção veio a ser a de não excluir os “profissionais DMIF” do âmbito de aplicação pessoal do artigo 6.º do Regulamento. A este propósito, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-73]; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 256; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 171-172; *idem*, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 97; P. MANKOWSKI, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 112-113; *idem*, “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1040-1041. Isto certificado – entenda-se: estabelecido que os «profissionais DMIF» não são excluídos do âmbito de aplicação pessoal do artigo 6.º do Regulamento «Roma I», ainda assim deve ser deixado claro que uma opção pelo estatuto profissional ao abrigo da Secção II do Anexo II não vai sem reflexos ao nível da protecção dispensada. É que, desentranhando-se o efeito útil daquela opção na renúncia, pelo cliente, à «protecção proporcionada pelas normas gerais de conduta» – é esta a terminologia da Directiva –, resulta daí que as normas materiais densificadoras dessa protecção já não valem como normas não derogáveis por acordo, para efeitos do artigo 6.º, número 2, do Regulamento «Roma I».

⁹⁰ “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 89.

⁹¹ *Ibidem*.

tribunal espanhol chamado a conhecer de pretensão emergente do referido contrato resolverá as questões abrangidas pelo estatuto negocial pela via da aplicação da lei inglesa. Sai gorado o «paralelismo» referido por F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ. *Q.E.D.*

Enfim, é o tempo de, baixando o olhar, passar em revista o texto de cada uma das duas alíneas. Avança-se a passo lento.

14. Seja, antes do mais e para seguir a ordem do texto legal, o segmento da alínea d) respeitante aos *direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro*.

Bem sabido, a aptidão circulatória constitui marca específica de boa parte dos instrumentos financeiros. E, aspecto outrossim adquirido, uma tal aptidão é função da fungibilidade dos mesmos. Ora, seria esta fungibilidade comprometida – e, por mor disto, aquela aptidão circulatória posta em causa – acaso o legislador tivesse contemporizado com a submissão dos *direitos e obrigações que constituem um instrumento financeiro* ao regime particular dos contratos celebrados por consumidores. É ponto deveras fácil de compreender. Posto que se desentranha na aplicação da lei da residência habitual do consumidor – ou, quando menos, nos termos do número 2, na correspondente aplicabilidade –, o regime especialmente gizado para os contratos celebrados por consumidores revela-se absolutamente desconforme à garantia da necessária homogeneidade das posições jurídicas incorporadas em instrumentos assistidos de vocação para circular. Para dizer com o legislador, um tal regime “(...) poder[ia] conduzir à aplicabilidade de leis diferentes a cada um dos instrumentos emitidos, o que alteraria a sua natureza e impediria as suas negociação e oferta como bens fungíveis.”⁹².

Assim explicada – e bem aceite – a subtracção dos *direitos e obrigações que constituem um instrumento financeiro* ao regime particular dos contratos celebrados por consumidores, aventar-se-á que em ordem a um tal resultado não seria necessária a previsão particular da primeira parte do artigo 6.º, número 4, alínea d)⁹³. E, na verdade, é já a alínea d) do número 2 do artigo 1.º a determinar a não aplicação do Regulamento às obrigações intimamente associadas à vocação circulatória de títulos negociáveis⁹⁴. Mais ainda, a alínea f) do mesmo número a fazer exorbitar as questões reguladas pelo direito das sociedades – e, assim, exemplificativamente, o direito ao dividendo – do âmbito compreensivo daquele instrumento. Enfim, a alínea h) do mesmo número 2 do artigo 1.º a determinar a não aplicação do Regulamento «Roma I» às relações entre os constituintes de um *trust*, os *trustees* e os beneficiários.

Manifestamente, o legislador – designadamente, atentas as divergências em torno do alcance da alínea d) do número 2 do artigo 1.º⁹⁵ – quis usar da prudência máxima; prevenir toda a dúvida⁹⁶. Não terá andado mal⁹⁷.

Sobra, como resultado da exclusão, que a lei aplicável aos instrumentos financeiros assistidos de natureza contratual – exemplificativamente, opções, futuros, *swaps* – é determinada pelas regras gerais dos artigos 3.º e 4.º⁹⁸. Nas hipóteses – raras, decerto – em que do contrato não consta uma *professio iuris* ou em que, constando, a escolha se revela inválida ou ineficaz, o instrumento financeiro vai submetido, *ex* artigo 4.º, número 2, à lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica

⁹² Passagem, já reproduzida, do Considerando 28. Lê-se, por seu turno, no Memorando que “[w]ithout an amendment to this effect, the actual nature of a financial instrument and the rules of law governing it could be various and unpredictable and would depend on the habitual residence of the person holding it.”

⁹³ Faz valer esse ponto de vista M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 93-94.

⁹⁴ Cf., *supra*, nota 10.

⁹⁵ De resto, herdadas das mantidas com relação à disposição homóloga da Convenção de Roma (cf., *supra*, nota 10).

⁹⁶ Cf. o Memorando, em cujo texto pode ler-se que “(...) on the assumption that the exclusion from the scope of the Rome I proposal of financial instrument under Art. 1(2)(d) may not be exhaustive it is absolutely necessary to provide for this exclusion since without it the actual nature of a financial instrument – the rights and obligations that constitute its essence – could change by virtue of the application of Article 5.”

⁹⁷ Aplaudem a opção legal F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-72; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 252; “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 167; *idem*, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 91; F. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 970; *idem*, “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, *cit.*, 422]. Muito crítico quanto à mesma, cf. M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 94.

⁹⁸ O Direito aplicável aos instrumentos financeiros que incorporam uma posição de socialidade – tipicamente, as acções – é a *lex societatis*.

tem a sua residência habitual. Esta varia consoante o instrumento em questão⁹⁹. Enfim, quando não seja possível determinar uma prestação característica, o instrumento é regulado pela lei do país com o qual apresenta a conexão mais estreita (artigo 4.º, número 4)y.

15. Considere-se, em segundo lugar, o segmento da alínea d) que alude aos *direitos e obrigações que constituam os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários*.

Começa por merecer reparo a infelicidade do modo de expressão utilizado. Com efeito, inassiste sentido à referência a direitos e obrigações *que constituem* os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários. Direitos e obrigações *não constituem* termos e condições. De resto, tão-pouco são por estes termos e condições constituídos: apenas a aceitação, pelos investidores, de uma oferta que lhes seja dirigida origina aqueles direitos e aquelas obrigações. Outro cuidado seria apreciado¹⁰⁰.

Mas avance-se para além da imprecisão terminológica.

Constitui propósito do legislador excluir da esfera do regime especialmente gizado em atenção aos consumidores os direitos e obrigações relacionados com as emissões e as ofertas. E percebe-se o sentido da exclusão regulamentar: evitar o estilhaçamento da unidade regimental das emissões e ofertas; dessa forma, erradicar a necessidade de que o emitente ou o oferente se confrontem com uma multiplicidade de regras imperativas; em resultado, prevenir o aumento de custos e a eclosão de antinomias insanáveis. Na expressão simples utilizada por M. LEHMANN, “[t]he operations mentioned can only work if everyone buys on the same terms.”¹⁰¹. A este desiderato de unidade refere-se o legislador, ele próprio, no quadro do Considerando 29, ao afiançar que a solução consagrada “(...) garant[e] (...) que todos os aspectos contratuais relevantes de uma oferta, que obrigam o emitente ou o oferente perante o consumidor, sejam regulados por uma só lei.”. Porventura disse de mais: é que, mesmo se previne o estilhaçamento da unidade fundamental das emissões e ofertas – disto deu-se já conta –, solução como a consagrada não logra afastar a eventual relevância de leis diversas da *lex contractus* - assim, por exemplo, atento o disposto no artigo 9.º (normas de aplicação imediata), no artigo 10.º, número 2 (consentimento) ou no artigo 13.º (capacidade). Assegura-se, em todo o caso, e consoante se afirmou, uma unidade essencial. E assim, por exemplo, sendo frequente, na prática financeira, a inclusão, entre os termos e as condições da oferta, de uma cláusula de eleição do Direito aplicável¹⁰², a solução vertida na alínea d) analisanda tem por resultado que a escolha de lei constante do contrato celebrado entre o emitente/oferente e o investidor/consumidor não é beliscada pela interferência da lei da residência habitual do último¹⁰³.

Regista-se, entretanto, que o Considerando 29 fornece uma ajuda – preciosa e bem-vinda – na explicitação do que deva entender-se pelos “termos e condições” a que se refere a fórmula regulamentar. Alude-se nele aos “(...) termos que regulam, *nomeadamente*¹⁰⁴, a atribuição de valores mobiliários ou de partes, os direitos em caso de subscrição excedentária, o direito de revogação da aceitação e outras questões similares no contexto da oferta (...)”¹⁰⁵. Isso anotado, confessa-se a perplexidade em face da referência que, na sequência da enumeração exemplificativa antecedente, o mesmo Considerando dirige às questões contempladas nos artigos 11.º e 13.º. Resulta da referência preambular que estas questões

⁹⁹ Cf. L. LIMA PINHEIRO, “Direito Aplicável às Operações sobre Instrumentos Financeiros”, *cit.*, 368-369.

¹⁰⁰ Nenhuma das versões linguísticas consultadas logra escapar ao reparo terminológico. Formulam-no M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 95; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 106; *idem*, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1044.

¹⁰¹ “Financial Instruments”, *cit.*, 95.

¹⁰² Cf., ilustrativamente, a alínea n) do número 3 do artigo 6.º da Directiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 relativa às ofertas públicas de aquisição (JO L 142, de 30 de Abril de 2004, 12-23). Similarmente, na disciplina de fonte interna, a alínea n) do número 1 do artigo 138.º do Código dos Valores Mobiliários.

¹⁰³ A não ser, bem entendido, por mor da disciplina posta pelo número 2 do artigo 10.º.

¹⁰⁴ Itálico meu.

¹⁰⁵ Sugerindo que no ponto 5 do Anexo III do Regulamento (CE) n.º 809/2004 da Comissão de 29 de Abril de 2004 que estabelece normas de aplicação da Directiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito à informação contida nos prospectos, bem como os respectivos modelos, à inserção por remissão, à publicação dos referidos prospectos e divulgação de anúncios publicitários (JO L 215, de 16 de Junho de 2004) pode encontrar-se acrescida indicação útil em ordem à determinação do que deva entender-se por “termos e condições da oferta”, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 168, nota 11.

seriam pela alínea d) do número 4 do artigo 6.º subtraídas ao regime dos números 1 e 2 do artigo 6.º. E, o que vai implicado, que ao alcance destes números iriam submetidas não fora, justamente, a subtracção determinada por aquela alínea. Mas – e é esta a génese da nossa perplexidade –, como poderia ser o caso de as questões contempladas nos artigos 11.º e 13.º serem pelo âmbito dos números 1 e 2 do artigo 6.º abrangidos? Pois não é que o artigo 11.º se constitui numa *lex specialis* em face do artigo 6.º? E não sucede também que, com ou sem alínea d), o caso nunca seria o de o problema da capacidade ser regulado pela lei designada pelo artigo 6.º? A dupla afirmativa parece dar sentido à perplexidade registada¹⁰⁶.

Enfim, anota-se que, não contendo o Regulamento «Roma I» uma explicitação dos conceitos de «oferta ao público» ou de «oferta pública de aquisição», podem ser úteis, a este respeito, os subsídios colhíveis em outros actos comunitários, mormente na «Directiva Prospecto» e na «Directiva das OPA»¹⁰⁷. Bem verdade, o Regulamento não contém uma remissão expressa para estes actos. Por boas razões, de resto: é pensar, à cabeça, em que, em contraste com a universalidade que caracteriza o âmbito de aplicação das disposições do Regulamento «Roma I», a «Directiva Prospecto» como a «Directiva das OPA» vêem o seu âmbito de aplicação circunscrito ao “mercado comunitário”¹⁰⁸; ou em que, ilustrativamente, a «Directiva Prospecto» exclui do seu âmbito de aplicação material as ofertas de valores mobiliários dirigidas a menos de 100 pessoas singulares ou colectivas por Estado-Membro, que não sejam investidores qualificados¹⁰⁹, quando é certo não se vislumbra razão para que a estas ofertas não se aplique a alínea d) do número 4.º do artigo 6.º do Regulamento «Roma I». Isto admitido – leia-se: descortináveis razões para que, designadamente com respeito à definição de «oferta ao público» e de «oferta pública de aquisição», o Regulamento «Roma I» não contenha uma remissão expressa para os instrumentos comunitários aludidos –, permanece intocado que um princípio de interpretação sistemática parece depor no sentido de que os mesmos se constituam em referência útil com vista à interpretação da alínea d) do número 4 do artigo 6.º do Regulamento 593/2008¹¹⁰.

16. Contempla-se no segmento final da alínea d) analisanda a *subscrição e o resgate de partes de organismos de investimento colectivo*.

Conforme já sublinhado, o conceito de «instrumentos financeiros» relevante para efeitos do Regulamento «Roma I» abrange as unidades de participação em organismos de investimento colectivo¹¹¹. Chama a

¹⁰⁶ Isso feito valer, já não se acompanha M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 95-96, na crítica que o Autor dirige à referência, pelo Considerando 29, às questões referidas nos artigos 10.º e 12.º.

¹⁰⁷ Respectivamente, a Directiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Novembro de 2003 relativa ao prospecto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação e que altera a Directiva 2001/34/CE (cf. JO L 345, de 31 de Dezembro de 2003, 64-89), e a Directiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 relativa às ofertas públicas de aquisição (cf., *supra*, nota 95). Nos termos do artigo 2.º, número 1, alínea d), daquela Directiva, entende-se por *oferta de valores mobiliários ao público* “uma comunicação ao público, independentemente da forma e dos meios por ela assumidos, que apresente informações suficientes sobre as condições da oferta e os valores mobiliários em questão, a fim de permitir a um investidor decidir sobre a aquisição ou subscrição desses valores mobiliários. Esta definição é igualmente aplicável à colocação de valores mobiliários através de intermediários financeiros.” Por seu turno, estabelece o artigo 2.º, número 1, alínea a), desta última que por *oferta pública de aquisição* ou *oferta* deve entender-se “uma oferta pública (que não pela sociedade visada) feita aos titulares de valores mobiliários de uma sociedade para adquirir a totalidade ou uma parte desses valores mobiliários, independentemente de essa oferta ser obrigatória ou voluntária, na condição de ser subsequente à aquisição do controlo da sociedade visada ou ter como objectivo essa aquisição do controlo nos termos do direito nacional.”

¹⁰⁸ De conformidade com o número 1 do artigo 1.º da Directiva 2003/71/CE, compete a esta a harmonização das condições de elaboração, aprovação e difusão do prospecto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado situado ou que funcione num Estado-Membro. Por seu turno, nos termos do número 1 do artigo 1.º da Directiva 2004/25/CE, pertence a este instrumento o estabelecimento de medidas de coordenação relativas às ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários de sociedades sujeitas à legislação dos Estados-Membros, quando esses valores mobiliários são admitidos à negociação num mercado regulamentado em um ou em vários Estados-Membros.

¹⁰⁹ Cf. o Considerando artigo 3.º, número 2, alínea b).

¹¹⁰ Neste sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-72; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 253; *idem*, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 169; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, 103; F.C. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 973; *idem*, “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, *cit.*, 427; P. MANKOWSKI, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1043. Discorrendo acerca da intersecção entre o Regulamento «Roma I» e as Directivas indicadas, *supra*, na nota 103, cf. F. C. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 974-975; *idem*, “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, *cit.*, 428.

¹¹¹ Cf. o Considerando 30 do Regulamento Roma I.

atenção, por isso mesmo, que o legislador tenha autonomizado a figura quando certo é, na sua parte inicial, a alínea d) aludir aos *direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro*. A explicação encontramos-na no facto de a participação em organismos de investimento colectivo levar associados um conjunto de direitos e vinculações contratuais não integrantes do instrumento financeiro enquanto tal¹¹². Ora, por razões não fundamentalmente diferentes das alinhavadas em 11. e 12. *supra*, importa assegurar que o estatuto dos participantes num organismo de investimento colectivo – assim, exemplificativamente, pelo que respeita às informações de que são credores ou no que tange à obrigação de o organismo de investimento colectivo reembolsar ou readquirir as suas partes sociais –, é definido por regras uniformes. Na síntese de F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “(...) *all issues pertaining to the function, the structure, the management, operation and administration of the fund should be subject to a single law, regardless of the habitual residence of the subscribers.*”¹¹³.

17. Tão discreta quanto explosiva¹¹⁴, a parte final da alínea d) do número 4 devolve à esfera de influência dos números 1, 2 e 3 as actividades nomeadas nos segmentos que a antecedem *na medida em que essas actividades constituam a prestação de um serviço financeiro*. Produto da reacção francesa e alemã aos interesses da indústria financeira e, em particular, aos «wishes and desires» da londrina City¹¹⁵, opera-se, por seu intermédio, uma «*exception from the exclusion, a genuine re-exception*»¹¹⁶. A solução é confirmada pelo texto do Considerando 26, em cujos dizeres “(...) as referências aos termos e condições que regulam a emissão ou oferta ao público de valores mobiliários ou à subscrição e ao resgate de partes de organismos de investimento colectivo *deverão incluir todos os aspectos que obrigam o emitente ou oferente perante o consumidor mas não os aspectos que envolvem a prestação de serviços financeiros.*”¹¹⁷.

Sejam algumas precisões e notas adicionais.

A primeira, relativa ao âmbito compreensivo (*Reichweite*) da excepção ela própria. Sabido que o sentido útil da parte final do número 4 consiste na devolução à *Grundregel* dos números 1, 2 e 3 de realidades pela alínea d) subtraídas ao regime especialmente gizado para os contratos celebrados com consumidores, a questão coloca-se – *rectius*, foi colocada no debate doutrinal – em termos de saber quais essas realidades são. Segundo a apresentação de P. MANKOWSKI, são pensáveis (ao menos) três possibilidades: a primeira, consistente em entender que a estatuição da parte final do número 4 pode actualizar-se com relação a qualquer uma das realidades contempladas na alínea b) – e, assim, já com relação aos «direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro», já com relação aos «termos e [à]s condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários», já, enfim, com relação à «subscrição e [a]o resgate de partes de organismos de investimento colectivo»; a segunda, analisável no entendimento de que apenas as realidades indicadas em segundo e terceiro lugares podem pela força excepcional da parte final do número 4 ser atingidas; a terceira, expressa pela afirmação de que apenas à subscrição e ao resgate de partes de organismos de investimento colectivo pode a parte final do número 4 referir-se¹¹⁸.

¹¹² Neste sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-73; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 254; “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 169; *idem* “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 95.

¹¹³ “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-73 = “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 254 = “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 169-170 = “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 95.

¹¹⁴ P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 103: “*Darin steckt Sprengstoff.*”.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation”, *cit.*, 151.

¹¹⁷ Segunda frase (itálico meu).

¹¹⁸ “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 104: “*Die Rückausnahme befindet sich am Ende des Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO. Sprachlich kleidet sie sich in das Gewand eines Konditionalsatzes. Der Tatbestand der Ausnahme hat zwei Varianten, zum einen Finanzinstrumente und zum anderen Anleihebedingungen, öffentliche Angebote, Übernahmeangebote und Ziehnungs- oder Rückkaufangebote, wobei die zweite Variante in sich noch eine Binnendifferenzierung aufweist. Dies kann Bedeutung für die Reichweite der Rückausnahme haben, ie nachdem, auf welche Untertatbestände sie sich bezieht. Insoweit sind nicht weniger als drei verschiedene Verständnisse theoretisch denkbar, die unterschiedlich weit sind: Zum ersten könnte sich die Rückausnahme auf beide Varianten beziehen, zum zweiten auf die zweite Variante, zum dritten gar nur auf den letzten Untertatbestand der zweiten Variante, die Rückkaufangebote für OGAW-Anteile.*”.

Fazendo valer que a versão alemã do texto do Regulamento não consente tomar partido por nenhuma das possibilidades de entendimento discriminadas¹¹⁹, o Autor assinala a diferença para com a inglesa: diferentemente da teutónica, a versão inglesa utiliza a palavra «activities». Nos seus termos, a subordinação aos números 1, 2 e 3 de realidades pela alínea d) do número 4 subtraídas ao regime especialmente gizado para os contratos celebrados com consumidores tem lugar “in so far as these *activities* do (...) constitute provision of a financial service.”¹²⁰ Ora, posto que o termo «actividade» mal se adequa a designar «instrumentos financeiros» – “*Das Wort «activity» passt kaum für Finanzinstrumente. Finanzinstrumente würde man nicht als «activities» bezeichnen, jedenfalls nicht in einem Rechtstext.*”¹²¹ –, exorbitariam do alcance da força excepcional da parte final da alínea d) as realidades delimitadas pelo primeiro segmento desta disposição. Ocorre que, segundo P. MANKOWSKI, este resultado interpretativo não é suportado pela história do preceito. Bem pelo contrário. Tomados os trabalhos preparatórios na sua conta devida, resultaria deles, como conclusão a reter, que “(...) *eine Beschränkung der Rückkaufnahme auf die heutige erste Variante der Ausnahme [ist] zu folgern.*”¹²² É dizer que, no entender do Professor de Hamburgo, a parte final do número 4 apenas pode actualizar-se com relação aos *direitos e obrigações que constituem um instrumento financeiro*¹²³.

Que posição firmar?

Faz-se notar, em primeiro lugar e conquanto sem valor argumentativo particular, que, ademais da inglesa, também as versões gaulesa, italiana e portuguesa – cingimo-nos às consultadas – utilizam o termo «actividades» para delimitar a previsão da norma excepcional ínsita na parte final da alínea d)¹²⁴. Em segundo lugar, que, se alguma coisa – consoante visto, sublinha-o P. MANKOWSKI ele próprio –, o vocábulo «actividades» adequa-se melhor às realidades designadas pelo segundo e terceiro segmentos da alínea d) do que às delimitadas pela parte primeira desta alínea. Enfim, que é o texto do Considerando 26 a expressamente distinguir – e, assim, em qualquer uma das 23 versões linguísticas da União – consoante as realidades delimitadas pelo segundo e terceiro segmentos da alínea d) revestem, ou não, a natureza de um serviço financeiro¹²⁵; pelo contrário, nenhuma referência é feita, no seu quadro, aos instrumentos financeiros. Em síntese, tudo a apontar para que não se subtraíam ao alcance da força excepcional da parte final da alínea d) as realidades delimitadas pelos segundo e terceiro segmentos da disposição.

Isto dito, o que não se afigura menos exacto é, sobre tudo o resto, parecer ter correspondido à intenção do legislador subordinar a prestação de serviços financeiros ao regime especial dos contratos celebrados com consumidores. Na expressão de M. LEHMANN, “[w]hat the EC legislator wanted was a clarification that financial services provided by intermediaries are not meant by the exclusions contained in the foregoing sentence.”¹²⁶ Parece confirmá-lo o Considerando 26. Senão, veja-se. De conformidade com ele, constituem serviços financeiros, para os efeitos do Regulamento n.º 593/2008, os serviços e

¹¹⁹ “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 104: “Die deutsche Fassung erlaubt insoweit keine Schlüsse, gleich, in welche Richtung. Sie liesse alle drei Verständnisse zu.”

¹²⁰ É significativo o contraste para com a versão alemã. Dispõe, nesta versão, a alínea d) do artigo 6.º: “Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument sowie Rechte und Pflichten, durch die die Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot und öffentliche Übernahmeangebote bezüglich übertragbarer Wertpapiere und die Zeichnung oder den Rückkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren festgelegt werden, sofern es sich dabei nicht um die Erbringung von Finanzdienstleistungen handelt.” (sublinhado meu).

¹²¹ P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 104.

¹²² P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 105.

¹²³ A mesma conclusão é afirmada em trabalho mais recente, publicado já em 2010. Nas palavras aí utilizadas, “sachlich bezieht [die Rückkaufnahme] sich nach der Entstehungsgeschichte nur auf Art. 6 Abs. 4 lit. d Var. 1, aber nicht Var. 2 Rom I – VO.” (cf. P. MANKOWSKI, “Finanzmarktverträge”, *cit.*, 1045).

¹²⁴ Assim: “dans la mesure où ces *activités* (...) constituent (...) la fourniture d’un service financier”; “nella misura in cui tali *attività* (...) costituiscono prestazione di un servizio finanziario.”; “na medida em que estas *actividades* (...) constituam a prestação de um serviço financeiro.” À semelhança da alemã, a versão castelhana é omissa na utilização do vocábulo.

¹²⁵ Assim, quando nele se afirma – toma-se a versão portuguesa – que “(...) as referências aos termos e condições que regulam a emissão ou oferta ao público de valores mobiliários ou à subscrição e ao resgate de partes de organismos de investimento colectivo *deverão incluir todos os aspectos que obrigam o emitente ou oferente perante o consumidor mas não os aspectos que envolvem a prestação de serviços financeiros.*” (itálico meu).

¹²⁶ M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 97.

actividades de investimento e os serviços auxiliares prestados por um profissional a um consumidor, referidos nas secções A e B do anexo I da Directiva 2004/39/CE, assim bem como os contratos relativos à compra e venda de partes de organismos de investimento colectivo, independentemente de estarem ou não cobertos pela Directiva 85/611/CEE¹²⁷. Ora, consulta-se aquele anexo e a verificação é a de que “*neither the issuance of securities is mentioned there, nor their offer to the public, nor the issuance or redemption of UCITS. The services that the Annex enumerates are those of intermediaries that deal with financial instruments.*”¹²⁸. Reitera-se a leitura avançada: sobre tudo o resto, o legislador comunitário terá pretendido subordinar a prestação de serviços financeiros ao regime especial dos contratos celebrados com consumidores¹²⁹.

Procure-se uma fundamentação para a dicotomia acolhida no seio da alínea d) e a resposta encontramo-la em síntese bem esgalhada por P. MANKOWSKI: “*Kollektive Aspekte unterfallen der Ausnahme, individuelle Aspekte der Rückausnahme.*”¹³⁰. É dizer, por palavras mais longas, que são subtraídos ao regime dos contratos celebrados com consumidores *Massenaspekte* – ainda P. MANKOWSKI¹³¹ – em relação aos quais não deve ser esperado que o oferente tenha de se ajustar ao direito da residência habitual de cada consumidor – sob pena de sair posta em causa a necessária homogeneidade das posições jurídicas incorporadas em instrumentos financeiros assistidos de vocação para circular; sob pena de resultar esboçada a unidade regimental das emissões e ofertas; sob pena de comprometimento do estatuto unitário dos participantes num organismo de investimento colectivo. Em contrapartida, o prestador de um serviço financeiro – exemplificativamente, de consultoria, de custódia ou de administração – “*(...) kommuniziert (...) nicht mit einer amorphen Masse ihm bekannter oder unbekannter Interessenten, sondern vielmehr mit einem konkreten Gegenüber.*”¹³². Assim acontecendo, não surge como excessivo sujeitá-lo ao regime que a outras contrapartes do consumidor é aplicável: assistindo-lhe a possibilidade de, sem comprometimento de interesses relevantes, aquilatar do risco envolvido na aplicação do direito do Estado onde o consumidor reside habitualmente, está na sua disponibilidade recusar a celebração do contrato uma vez entendendo que esse risco representa um preço demasiado¹³³.

18. O artigo 6.º, número 4, alínea e), exclui os contratos celebrados no âmbito de sistemas mul-

¹²⁷ Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM), publicada no JO L 375, de 31 de Dezembro de 1985, com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 2008/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (cf. JO L 76, de 19 de Março de 2008, p. 42).

¹²⁸ M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 97. Do facto o Autor retira que “(...) the very last part of Article 6(4)(d) is a contradiction in terms. What the EC legislator wanted was a clarification that financial services provided by intermediaries are not meant by the exclusions contained in the foregoing sentence. But this was superfluous, since these services are anyway not covered by Article 6(4)(d)”. (*ibidem*).

¹²⁹ Sejam referidos, como exemplos de serviços financeiros: a recepção e transmissão de ordens relativas a instrumentos financeiros; a execução de ordens por conta de clientes; a negociação por conta própria; a gestão de carteiras; a consultoria para investimento; a tomada firme de instrumentos financeiros e/ou colocação de instrumentos financeiros com garantia; a colocação de instrumentos financeiros sem garantia; a exploração de Sistemas de Negociação Multilateral (MTF); a custódia e administração de instrumentos financeiros por conta de clientes, incluindo a guarda e serviços conexos como a gestão de tesouraria/de garantias; a concessão de créditos ou de empréstimos a investidores para lhes permitir efectuar transacções sobre um ou mais instrumentos financeiros, transacções essas em que intervenha a empresa que concede o crédito ou o empréstimo; a consultoria a empresas em matéria de estrutura do capital, de estratégia empresarial e questões conexas e a consultoria e serviços em matéria de fusão e aquisição de empresas; os serviços cambiais, sempre que estes serviços estiverem relacionados com a prestação de serviços de investimento; os estudos de investimento e análise financeira ou outras formas de consultoria geral relacionada com transacções de instrumentos financeiros; os serviços ligados à tomada firme.

¹³⁰ “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1045. No mesmo sentido, *idem*, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 105.

¹³¹ “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1046.

¹³² P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 105; *idem*, “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1046.

¹³³ P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 105: “*Insoweit hat der Anbieter seinen einzelnen Kunden vor Augen und kann das Rechtsanwendungsrisiko kalkulieren.*”. Reveste-se de interesse anotar que, indo além da oposição *kollektive vs. Individuelle Aspekte*, o Autor fundamenta a dicotomia acolhida na alínea d) por recurso a uma outra linha divisória que da primeira constitui projecção. Faz-se referência à separação entre dois momentos: por uma parte, a *Vertragsabschlussphase*; por outra, a *Erfüllungsphase*. Cf., para desenvolvimentos, P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation”, *cit.*, 160; *idem* “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 105; *idem*, “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1046.

tilaterais – aqueles a que se refere a alínea h) do número 1 do artigo 4.º – da esfera de influência do regime que, inspirado pelo *favor consumatoris*, é pelos números 1 e 2 do artigo 6.º estabelecido para os contratos celebrados por consumidores¹³⁴.

Percorre-o lógica que o Considerando 28 esclarece. Nos seus termos, “(...) cumpre assegurar que a lei do país da residência habitual do consumidor não interferirá com as regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito desses sistemas ou com o operador desses sistemas.”¹³⁵. Tem-se, assim, que o legislador foi, também aqui, animado por um propósito de promoção da unidade do sistema – “*Das «Recht des Systems» soll ungestört und ohne Überlagerung gelten.*”¹³⁶. Ora, seria essa unidade comprometida e o regular e eficiente funcionamento dos mercados afectado uma vez que o estatuto dos negócios aí celebrados sofresse a exposição à interferência das normas imperativas da lei do país da residência habitual – variável – de cada um dos consumidores. Manifestamente, um tal cenário não conviveria bem com a natureza dos mercados de instrumentos financeiros como mercados de massas; é dizer, com a sua natureza enquanto estrutura em cujos quadros o que releva é o conjunto das operações, não a transacção singular individualmente considerada¹³⁷.

Isso registado, aquilo de que também cumpre dar conta é do residualíssimo campo de aplicação da disposição em apreço. O facto motivou já a correspondente caracterização como “[regra] desnecessária”¹³⁸. E, na verdade, não é normal que pessoas singulares acedam directamente aos mercados¹³⁹, sendo que apenas pessoas físicas podem beneficiar do estatuto de «consumidor» para efeitos do artigo 6.º do Regulamento. Ocorre, na generalidade das situações, que os negócios nos sistemas multilaterais são realizados por intermediários financeiros que actuam em nome próprio. Ora, repete-se, estes participantes não podem ser classificados como consumidores nem, tão-pouco, invocar a qualidade pessoal dos seus clientes. Ainda assim, subsiste, em nossa perspectiva, razão bastante para a inclusão da regra. Basta pensar em que, abstracção feita das limitações estabelecidas por sistemas estaduais individuais, não está excluída a possibilidade de os intermediários actuarem como representantes dos investidores, caso em que são os investidores, e não os intermediários, os sujeitos das relações¹⁴⁰. Mas mesmo mais. Como anota F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, a regra não vê a sua aplicação circunscrita aos mercados comunitários, sendo que “[t]here may well be markets where consumers can take part directly (...)”¹⁴¹.

Regista-se, a terminar, que em ordem à aplicação do artigo 6.º, número 4, alínea e), é irrelevante apurar se ocorreu, ou não, uma escolha de lei. Verdade, aquela disposição remete para o artigo 4.º, número 1, alínea h). E, certo, este preceito cura da determinação da lei aplicável a um contrato celebrado no âmbito de sistema multilateral *uma vez não tendo existido uma escolha de lei*. Ocorre, tudo isso exacto, analisar-se a referência à alínea h) do número 1 do artigo 4.º em simples expediente de que o legislador

¹³⁴ Cf., pertinente, a chamada de atenção de F. C. VILLATA, “La Legge Applicabile ai «Contratti dei Mercati Regolamentati» nel Regolamento Roma I”, *cit.*, 977; *idem*, “La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I”, *cit.*, 431, no sentido de que não se trata, através da alínea e), da autonomização de “uma outra e separada” categoria de contratos, “(...) *giacché tale fattispecie normativa è definita esclusivamente dall’elemento caratterizzante del «luogo» e delle modalità di stipulazione, potenzialmente trasversale a tutte le tipologie precedentemente considerate ma non è accompagnata da alcun ulteriore profilo costitutivo inerente all’oggetto del contratto.*”

¹³⁵ Frase terceira.

¹³⁶ P. MANKOWSKI, “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1048.

¹³⁷ Assinalando o ponto, cf. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, 1-73; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 255; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 171; *idem* “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 101; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 108; *idem*, “Finanzmarktvertäge”, 1048. Reagiu muito favoravelmente à inclusão da disposição analisanda o *European Securities Markets Expert Group* (ESME), cujo relatório, datado de Março de 2008, está disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/rome1_en.pdf (p. 5).

¹³⁸ M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 97.

¹³⁹ Informa M. LEHMANN que “[t]hough it is theoretically possible for individual investors in the UK to send dematerialized instructions directly to CREST, this possibility is not used in practice because of the cost of the equipment.” (cf. “Financial Instruments”, *cit.*, 98, nota 40).

¹⁴⁰ Aludindo a isto mesmo, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 101; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 111; *idem*, “Finanzmarktvertäge”, *cit.*, 1048.

¹⁴¹ “The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments”, *cit.*, 101.

se serve por razões de economia; é dizer, em meio expedito de delimitação da previsão da regra da alínea e) do número 4 do artigo 6.º¹⁴².

IV. Síntese Conclusiva

Bem verdade sobre o Regulamento «Roma I» já ter recaído o epíteto de *oportunidade perdida*¹⁴³, quais os merecimentos das disposições que, atrás passadas em revista, representam uma das poucas inovações em face da antecessora, a Convenção de Roma? Estende-se-lhes aquele reparo crítico? Oferece-se resposta em dois andamentos.

Saúda-se, à uma, a opção legal pela inclusão correspondente, enquanto a mesma se afigura um passo dado no caminho da segurança; é dizer, um passo dado ao serviço da noção de que “[f]inancial markets must run like clockwork and, therefore, legal uncertainties or ambiguities should be completely eliminated.”¹⁴⁴.

Mas reconhece-se, à outra, que, em medida vasta, às soluções agora consagradas já seria possível chegar através das regras (gerais) disponíveis¹⁴⁵. E que, ademais disso, algumas das disposições têm um campo de aplicação residualíssimo, quiça mesmo académico – não será casual que além-Atlântico, designadamente no quadro do *Restatement*¹⁴⁶ ou do *Uniform Commercial Code*¹⁴⁷, não sejam localizáveis prescrições análogas¹⁴⁸.

Enfim, anota-se que o jargão intrincado compromete a apreensão por parte do não iniciado¹⁴⁹.

¹⁴² Assim, P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I – VO”, *cit.*, 109.

¹⁴³ Assim, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much Ado about nothing?”, *cit.*, I-61.

¹⁴⁴ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 247; *idem* “New Issues in the Rome I Regulation: the Special Provisions on Financial Market Contracts”, *cit.*, 163.

¹⁴⁵ É enfático no sublinhado deste ponto M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 98, para quem “(...) *most of the special provisions on financial instruments are unnecessary. The EC legislator wanted to make one of his obsessions, markets in financial instruments, the subject of special conflicts rules. But in the field of the law of obligations, such special rules are not necessary. The problems arising out of financial contracts could have conveniently been dealt with by using the rules that were already in place.*”

¹⁴⁶ *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, 1971.

¹⁴⁷ Cuja última revisão data de 2004.

¹⁴⁸ Porém, cf., *supra*, nota 18.

¹⁴⁹ Neste sentido, também M. LEHMANN, “Financial Instruments”, *cit.*, 98.

THE NOTION OF STATE AID AND REGULATION IN THE EU: DRAWING THE SHAPE OF A MOVING TARGET

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

*Investigador del Instituto Universitario Europeo de Florencia
Ph.D candidate at the EUI*

Recibido: 28.05.2010 / Aceptado: 11.06.2010

Resumen: Este artículo trata sobre la noción de actividad económica en el marco de la legislación comunitaria sobre ayudas públicas. La noción de la actividad económica define el ámbito de aplicación de varias disposiciones del Tratado. En este sentido, las normas comunitarias de competencia, de libre prestación de servicios, el derecho de establecimiento y la libre circulación de trabajadores sólo se aplican en el ámbito de actividades económicas. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no establece un único test para definir una actividad económica, sino varios. Este trabajo tiene por objeto proponer cuál es el test que debería aplicarse en el ámbito de las ayudas públicas a la luz de la particular naturaleza de esta disciplina, a caballo entre las normas de competencia y las de mercado interior. A tal efecto, el documento examina en primer lugar el concepto de actividad económica en relación con las normas de competencia y las disposiciones de libre circulación del Tratado. En segundo lugar, se analiza con más detalle la noción de la actividad económica en el ámbito de las ayudas estatales a la luz de la práctica de la Comisión Europea. Por último, se extraen algunas conclusiones de lo anterior y se propone una interpretación funcional, y no material, de la noción de actividad económica en ayudas de estado.

Palabras clave: Actividad económica, empresa, noción de ayudas de Estado, ayudas de Estado, Derecho de la Competencia.

Abstract: This paper deals with the notion of economic activity in European State aid law. The notion of economic activity defines the scope of application of several Treaty provisions. In this regard, the competition rules, the freedom to provide services, the right of establishment, and the free movement of workers only apply in the ambit of economic activities. However, there is not one but several tests in the case law of the Court of Justice of the European Union to define what an economic activity is. This paper aims to suggest which test should be applied to State aids in light of the particular nature of this area of EU law, between a competition and free movement logic. For that purpose, the paper first examines the notion of economic activity in relation to the competition and free movement provisions of the Treaty. Second, it analyzes in more detail the notion of economic activity in the field of State aid in light of the European Commission practice. Finally, the paper draws some conclusions from the above and proposes a functional, not material, interpretation of economic activity for State aid law.

Key words: Economic activity, undertaking, notion of state aids, state aids, Competition Law.

Summary: I. Introduction. II. The concept of economic activity in EU Law. 1. The different definitions of economic activity under EU law. A) From convergence to divergence: the definition for the purposes of internal market and competition rules. B) Criteria to distinguish economic and non – economic activities. a) Economic activities under the Internal Market rules. b) Economic activities under the competition rules. 2. Differences between the two set of criteria. III. Economic activities under the State aid rules. 1. Youth training centres managed by professional clubs. 2. Public fund raising for social Housing. 3. Subsidies to port authorities for carrying out public authority tasks. 4. Provision of infrastructural elements needed to ensure a good environment for social dwellings (e.g. parks and roads to access to social dwellings). 5. Education at College. 6. Employment of prisoners at correction houses. 7. Provision of hospital services. IV. Some conclusions.

I. Introduction

1. My research would like to answer the following question: To what extent does Article 107, paragraph 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) limit the discretion of Member States to regulate an economic activity. In other words, the main object of my research is to examine, on the basis of the Case Law of the Court of Justice of the European Union and the practice of the European Commission, the extent to which Article 107, paragraph 1 frames the regulatory powers of Member States in dealing with a given economic activity.

In this regard, and given that State aid is one of the Treaty rules limiting State intervention in the economy, together with the notion of “*aid*” enshrined in Article 107 (1) of the TFEU, other Community law concepts, such as undertaking or economic activity will have to be revisited, as they have been the subject of recent State aid cases.

2. The reason behind the choice of this topic lies in that legislators and policy makers, it is submitted, are confronted with a difficult question in deciding whether they can intervene in the economy through regulation, for example, by granting a licence, or by setting the handling fees of an airport, without incurring in a violation of the State aid rules. Similarly, policy makers and legislators face a difficult issue in deciding what kind of incentives they can introduce, from a State aid viewpoint, through regulation, and whether the answer to this depends on the basis of the area to be regulated, for example, if the area at stake has been harmonized at Community level.

3. In this context, although the notion of aid was laid down by the Rome Treaty, its scope remains unclear. Indeed, the notion of aid is nowadays the subject of a lively debate between the Commission and the European Union Courts, and even between the latter. By this token, it could be said that, to the eyes of a national legislator, the notion of aid might evoke the image of an accordion. The accordion of “*aid*” stretches and squeezes in different places as different elements of the notion of aid are applied.¹ By this token, any State aid stakeholder knows that the notion of aid has significantly stretched in relation to selectivity, distortion of competition or affectation of trade criteria, and squeezed in relation to the State resources criterion.

4. Under this framework, it should be noted at the outset that any ambiguity in relation to the notion of aid is regrettable given that the definition of a measure as State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU has extremely important consequences.² In a nutshell, from a legal viewpoint, if a measure is held to be State aid, the Member State that has granted it may be required to abolish it, and to order its repayment. Moreover, from a *political* standpoint, the Member State will relinquish its power over the measure at stake to the European Commission, the single authority that can declare it compatible with the Common Market.³ Therefore, an analysis of some of the most important issues concerning the notion of aid does not lack practical relevance.

5. However, before considering whether a particular measure meets the criteria laid down by Article 107(1) TFEU, we must establish whether the rules on State aid are in fact applicable. And this is the objective of this paper. For that purpose, this paper will follow a *bottom-up* approach, based on recent cases, as a policy maker would do. In this vein, the paper will first identify when a State regulator should start worrying about State aid rules, *i.e.*, when the State is undertaking an *economic activity* in the context of State aid.

¹ I am paraphrasing here the famous wording used by the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO) in relation to the concept of “*like product*”: “*The concept of Likeness is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of “likeness” stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied.*” See Appellate Body Report, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB, WTDS10AB/ and WTDS11/AB, adopted on 1 November 1996.

² K. BACON, “State Aids and General Measures”, *Yearbook of European Law*, 17, 1997, p. 269.

³ *Ibid.*

6. The structure of this paper is therefore as follows: Part II examines the notion of economic activity in relation to the competition and free movement provisions of the Treaty. Part III analyzes in more detail the notion of economic activity in the State aid field. Finally, Part IV presents some conclusions that support a functional, as opposed to material, approach to the notion of economic activity for State aid purposes.

II. The concept of economic activity in EU Law

7. As it is well known, for a national measure to be classified as State aid, four cumulative conditions have to be met.⁴ Indeed, according to the Court of Justice, the classification as aid requires that all the conditions set out in Article 107(1) EC are fulfilled.⁵ Having said that, “*before considering whether those conditions are met, however, we must establish whether the rules on State aid are in fact applicable to the case at hand.*”⁶

8. In this regard, the rules on State aid will be applicable only if the potential beneficiaries of the measure at issue are *undertakings* or, in light of the case law of the Court of Justice, if the beneficiaries are entities engaged in an economic activity, regardless of their legal status and the way in which they are financed.⁷ Indeed, “*it is well settled that the Treaty rules on competition, of which the State aid rules form an integral part, are applicable only if the entity concerned is an undertaking.*”⁸

9. Conversely, if the activity financed by an alleged State aid measure is *non-economic* in nature, then there would be no State aid simply because the Treaty rules would not apply. Indeed, the definition of given activity as *economic* is important for several Treaty provisions: “*broadly speaking, if an activity is defined as economic this will have important consequences. The public entity carrying out the activity will be defined as a public undertaking; its behavior will be subject to Articles 81 and 82; the State, in its regulatory capacity, will have to maintain a neutral attitude towards the undertaking; subsidies will be considered to be State aid within Article 87, and the exclusive rights related to such activities will be subject to Articles 31 and 86.*”⁹

10. The notion of economic activity is not only relevant for the purposes of the Treaty *competition* rules but also for other rules addressed to Member States. Indeed, the freedom to provide services, the right of establishment, and the State aid rules of the Treaty only apply in the ambit of economic activities.¹⁰ In other words, the notion of economic activity defines the scope of application of several fundamental Treaty provisions.

⁴ See, for example, Case C-172/03 *Heiser* [2005] ECR I-1627, paragraph 27. In the Court’s words: “*First, there must be an intervention by the State or through State resources. Second, the intervention must be liable to affect trade between Member States. Third, it must confer an advantage on the recipient. Fourth, it must distort or threaten to distort competition.*” See also Case C-280/00 *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg* [2003] ECR I-7747, paragraph 75.

⁵ See, for instance, Case C-142/87, *Belgium v Commission*, ‘Tubemeuse’, [1990] ECR I-959, paragraph 25; Joined Cases C-278/92 to C-280/92 *Spain v Commission* [1994] ECR I-4103, paragraph 20; Case C-482/99, *France v Commission* [2002] ECR I-4397, paragraph 68; and Case C-280/00, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg* [2003] ECR I-7747, paragraph 74.

⁶ Case 237/04, *Enirisorse SpA v Sotacarbo SpA* Opinion, per Advocate General Poiares Maduro, [2006] ECR I – 2843, paragraph 22.

⁷ See, *inter alia*, Case C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979, paragraph 21, Case C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d’Assurances and Others v Ministère de l’Agriculture et de la Pêche* [1995] ECR I-4013, paragraph 14, and Case C-55/96 *Job Centre* [1997] ECR I-7119, paragraph 21. See, for example, in relation to the concepts of undertaking, economic activity and the reference to the established case law Commission decision N 355/2004, /2004 PPP project for Antwerp International Airport, OJ, Official C/176/2005, paragraphs 35 and 36.

⁸ See Case 237/04, *Enirisorse SpA v Sotacarbo SpA*, Opinion Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 2843, paragraph 23.

⁹ J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, Oxford University Press, 2000, p. 43.

¹⁰ See O. ODUDU, “Economic Activity as a Limit to Community Law”, in C. BARNARD and O. ODUDU (Eds.), *The outer limits of European Union Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 225 or 2003 Green Paper on Services of General Interest [COM(2003) 270], p. 43.

11. The notion of economic activity is, however, controversial. As BUENDÍA wrote: “*the Court’s attempts to lay down substantive criteria as regards the concept of economic activity have not produced particularly fortunate results.*”¹¹ Moreover, the notion of economic activity is today not univocal under EU law. Indeed, the Commission practice and the case law have evolved from a single notion of economic activity to, at least,¹² two differing definitions, namely, one for the single market rules, and another one for the Treaty competition rules.¹³ Some have also suggested that the definition of economic activity relevant for competition law purposes should not apply to the State aid rules.¹⁴

The following sections will try to shed some light to the question of economic activity in the State aid context. To this end, the first part will briefly describe the abovementioned evolution of the definition of economic activity in the EU Law. The second part will attempt to extract the relevant criteria to identify economic activities both for the internal market and for competition law purposes. Finally, the main differences and similarities between the two approaches will be outlined.

1. The different definitions of economic activity under EU law

A) From convergence to divergence: the definition for the purposes of internal market and competition rules

12. In the Meca-Medina case, the General Court advocated for a uniform notion of economic activity for the purposes of the free movement of workers, Article 45 TFEU (ex Article 39 EC) and the freedom to provide services, Article 56 TFEU (ex Article 49 EC), on the one hand, and of Articles 101 TFEU (ex Article 81 EC) and 102 TFEU (ex Article 82 EC) on the other. According to the Court:

[...]the principles extracted from the case-law, as regards the application to sporting regulations of the Community provisions in respect of the freedom of movement of persons and services, are equally valid as regards the Treaty provisions relating to competition. The fact that purely sporting rules may have nothing to do with economic activity, with the result, according to the Court, that they do not fall within the scope of Articles 39 EC and 49 EC, means, also, that they have nothing to do with the economic relationships of competition, with the result that they also do not fall within the scope of Articles 81 EC and 82 EC. Conversely, rules which, although adopted in the field of sport, are not purely sporting but concern the economic activity which sport may represent fall within the scope of the provisions both of Articles 39 EC and 49 EC and of Articles 81 EC and 82 EC and are capable, in an appropriate case, of constituting an infringement of the liberties guaranteed by those provisions[...].¹⁵

Advocate General LEGER upheld the findings of the General Court in his opinion to the appeal of that judgment.¹⁶ The European Commission embraced a similar view in relation to the

¹¹ J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, Oxford University Press, 2000, p. 54.

¹² O. ODUDU has also shown that also secondary EU law provides for a different notion of economic activity. This is indeed the case with Sixth Directive on VAT, according to which a taxable person is “any person who independently carries out in any place an economic activity” (Article 4(1). Article 4(2) provides that “*The economic activities referred to in paragraph 1 shall comprise all activities of producers, traders and persons supplying services including mining and agricultural activities and activities of the professions. The exploitation of tangible or intangible property for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis shall also be considered an economic activity.*” See also the Opinion of Advocate General KOKOTT in a case concerning the interpretation of this provision in relation to regulation in case C-284/04 T-Mobile Austria GmbH and Others v Republik Österreich [2007] ECR I-5189, paragraphs 47-62. See O. ODUDU, *op.cit.*, p. 227.

¹³ See O. ODUDU, *op.cit.*, pp.226-228.

¹⁴ See A. BARTOSCH, “Social Housing and European State Aid Control”, *European Competition Law Review* (2007),28, 2007, pp. 563-570, 566.

¹⁵ See Case T-313/02 *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission* [2004] ECR II-3291, paragraph 42. See also O. ODUDU, *op.cit.*, p.226 and footnote 16.

¹⁶ See Case 519/04 P *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission* [2006] ECR I-6991 per Advocate General Leger. By the same token, Advocate General VAN GERVEN, had also interpreted the concept of partitioning of the market for internal market purposes in light of case law on article 101 TFEU. See Opinion of Advocate General Van Gerven in Case C-145/88 B & Q [1989] ECR 3851, paragraph 22. Advocate General POIARES MADURO cites in the same vein the following publication K. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, *CMLRev.*, 2001, p. 613. See Case C-205/03 P *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), formerly Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental*, per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 51, footnote 54. The author of that publication analyzes the application by the Commission of internal

universal notion of economic activity in the Communication on Services of General Interest in Europe:

*“In general, internal market and competition rules do not apply to non-economic activities [...] This means in the first place that matters which are intrinsically prerogatives of the State (such as ensuring internal and external security, the administration of justice, the conduct of foreign relations and other exercises of official authority) are excluded from the application of competition and internal market rules. [...]”*¹⁷

Also in the academic sphere there seemed to be no question as to the equivalence of the notion of economic activity for competition and free movement purposes at that time.¹⁸ In another context, Gyselen had submitted that an identical legality standard should be applied in relation to the analysis of a given measure under the competition and the free movement provisions. According to the author, if this was not the case, companies could be induced either to collude or to influence State authorities to regulate their activities in a way more in line with their interests.¹⁹ The author noted, however, that there was less need for convergence between the State aid and the free movement rules because in the former field the Commission may adapt *“the proportionality principle because it operates a scale of aid intensities”*.²⁰

13. However, in the appeal to the Meca Medina case, the Court of Justice made clear that the notion of economic activity for the purposes of the internal market rules is different to that applicable in the competition field. Indeed, although the Court initially recalled that, having regard to the objectives of the Community, sport is subject to Community law in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 EC,²¹ giving thus the impression that the notion of economic activity provided for in that Article applies to the Treaty as a whole. Therefore, if a sporting activity takes the form of gainful employment or the provision of a service for remuneration, it falls under the former Articles 39 and Article 49 EC. However, the Court mentioned that the rules concerning questions which are of *purely sporting interest* fall foul of the Treaty provisions on free movement.

14. Importantly, the Court then held that this exception to the application of the fundamental freedoms could not be relied upon to exclude the whole of a sporting activity, *the person engaging in the activity governed by that rule or the body which has laid it down* from the scope of the Treaty.²² The Court was thus drawing a fundamental distinction between the rule at stake (purely sporting) and the addressees and rest of people engaged in the activity governed by the rule at stake. This distinction (rule vs. addressee-regulator) had been proposed previously by some Advocate Generals who found the competition rules applicable to Sport related measures excluded from the free movement rules.²³

market criteria for the purposes of the competition rules. Similarly, as Mortelsman noted, the Commission has also interpreted in the past the competition rules, in particular Article 101 TFEU on the basis of the criteria laid down by the Court of Justice in the field of free movement. See K. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, *CMLRev.*, 2001, pp. 613-649.

¹⁷ Communication from the Commission – Services of General Interest in Europe (2001/C 17/04), p. 28. See also O. ODUDU, *op.cit.*, p.226 and footnote 16.

¹⁸ V. LOURI, “Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29 (2), 2002, pp. 143-176, p. 157 in relation to Sport activities or footnote 109 in p. 164 in relation to universities.

¹⁹ L. GYSELEN, “The emerging interface between competition policy and environmental policy in the EC” in CAMERON AND MAY (Eds.), *Trade and Environment*, London, 1994, p. 242-246. See also K. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, *CMLRev.*, 2001, p. 622.

²⁰ See also K. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, *CMLRev.*, 2001, p. 622 in his reference to L. GYSELEN, “The emerging interface between competition policy and environmental policy in the EC” in CAMERON AND MAY (Eds.), *Trade and Environment*, London, 1994, p. 245-246.

²¹ See Case 519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission [2006] ECR I-6991, paragraph 22. See also Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] ECR 1405, paragraph 4; Case 13/76 *Donà* [1976] ECR 1333, paragraph 12; Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, paragraph 73; Joined Cases C-51/96 and C-191/97 *Deliège* [2000] ECR I-2549, paragraph 41; and Case C-176/96 *Lehtonen and Castors Braine* [2000] ECR I-2681, paragraph 32.

²² See Case 519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission [2006] ECR I-6991, paragraphs 26-27.

²³ See Case C-191/97 *Deliège* [2000] ECR I-2549, per Advocate General COSMAS, paragraph 103 *et seq.*; and Case C-176/96 *Lehtonen and Castors Braine* [2000] ECR I-2681, per Advocate General ALBER, paragraph 101 *et seq.*

Consequently, the Court held that “*if the sporting activity in question falls within the scope of the Treaty, the conditions for engaging in it are then subject to all the obligations which result from the various provisions of the Treaty. It follows that the rules which govern that activity must satisfy the requirements of those provisions, which, in particular, seek to ensure freedom of movement for workers, freedom of establishment, freedom to provide services, or competition*”.²⁴ However, “*where engagement in the activity must be assessed in the light of the Treaty provisions relating to competition, it will be necessary to determine, given the specific requirements of Articles 81 EC and 82 EC, whether the rules which govern that activity emanate from an undertaking, whether the latter restricts competition or abuses its dominant position, and whether that restriction or that abuse affects trade between Member States.[...] Therefore, even if those rules do not constitute restrictions on freedom of movement because they concern questions of purely sporting interest and, as such, have nothing to do with economic activity (Walrave and Koch and Donà), that fact means neither that the sporting activity in question necessarily falls outside the scope of Articles 81 EC and 82 EC nor that the rules do not satisfy the specific requirements of those articles.*”²⁵

In light of the above, the Court found that the General Court had made an error in law by considering that a measure may not fall under the Treaty competition rules if it has been declared as *non-economic* under the free movement provisions.²⁶

15. The Court’s finding had been anticipated by Advocate General POIARES MADURO in his opinion in the FENIN case. According to the learned Advocate General, “*At first sight, it appears desirable to adopt the same solution in the field of the freedom to provide services and in that of freedom of competition, since those provisions of Community law seek to attain the common objective of the completion of the internal market. However, the scope of freedom of competition and that of the freedom to provide services are not identical. There is nothing to prevent a transaction involving an exchange being classified as the provision of services, even where the parties to the exchange are not undertakings for the purposes of competition law. As stated above, the Member States may withdraw certain activities from the field of competition if they organise them in such a way that the principle of solidarity is predominant, with the result that competition law does not apply. By contrast, the way in which an activity is organised at the national level has no bearing on the application of the principle of the freedom to provide services. Thus, although there is no doubt that the provision of health care free of charge is an economic activity for the purposes of Article 49 EC, it does not necessarily follow from that that the organisations which carry on that activity are subject to competition law.*”²⁷

16. Thus, the fundamental prohibition of discrimination on the basis of nationality for internal market purposes applies even where competition rules do not. In this regard, it has been held that, for example, “*Bodies responsible for managing health insurance, as in Císal, are not undertakings for the purposes of competition law, but the rules governing them may none the less not prohibit the insurance of employees from other Member States without being inconsistent with the principle of the freedom of movement of workers.*”²⁸

17. Having said that, the fact that the scope of competition and free movement rules is not identical does not necessarily mean that is completely different. Indeed, Advocate General Poiares Maduro, in a more recent opinion has used some of the criteria developed in the context of the notion of economic activity for the purposes of competition law to define the scope of application of Article 49 EC.²⁹

²⁴ See Case 519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission [2006] ECR I-6991, paragraph 28.

²⁵ See Case 519/04 P David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission [2006] ECR I-6991, paragraphs 29-31.

²⁶ Id. at paragraph 33.

²⁷ See Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), formerly Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental, per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 51.

²⁸ See, for example, id. at footnote 55.

²⁹ See Case 281/06 Hans Dieter Jundt and Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg [2007] ECR Page I-12231, per Advocate General Poiares Maduro, paragraph 11 and footnote 6. See also O. ODUDU, *op.cit.*, p.228. The criterion mentioned by the Advocate General was that there might be economic activities even if there is no aim to make a profit, both for the free movement and competition rules.

18. The European Commission has also recently abandoned the universal approach to the notion of economic activity.³⁰ Indeed, in a communication concerning Services of general interest, the Commission has clearly distinguished between the notion of economic activity under the competition and the free movement rules:

*“In the area of competition law, according to the Court of Justice, it is not the sector or the status of an entity carrying out a service (e.g. whether the body is a public undertaking, private undertaking, association of undertakings or part of the administration of the State), nor the way in which it is funded, which determines whether its activities are deemed economic or non-economic; it is the nature of the activity itself. [...] For a given service to qualify as an economic activity under the internal market rules (free movement of services and freedom of establishment), the essential characteristic of a service is that it must be provided for remuneration.”*³¹

Even more recently, the Court of Justice has found that an employers’ liability insurance association is not an undertaking under Articles 101 and 102 TFEU given that it fulfils an exclusively social function (solidarity). However, the Court held in the same case that Articles 56 and 57 TFEU (ex Articles 49 EC and 50 EC) were applicable to the law establishing compulsory affiliation to the employers’ liability insurance in question.³²

19. In sum, *“the existence of two definitions of economic activity is clear, so that the limits of Community law are different under each provision, less clear is whether the differing limits are consciously developed, applied consistently, or rigorously adhered to.”*³³

20. In this regard, the Commission has stated that the question of how to distinguish between economic and non-economic activities *“cannot be given a priori and requires a case-by-case analysis”*.³⁴ The same approach seems to be followed by the Competition Appeal Tribunal in the United Kingdom: *“We think that the better approach is, first, to examine [the entity at issue’s] activities in the particular factual circumstances of the present case to see whether, as a matter of the broad principles of European caselaw and the ordinary meaning of words, the relevant activities of [the same entity] can properly be characterised as “economic”.*”³⁵

It may nevertheless be worth to analyze the *broad principles* identified by the Court of Justice to distinguish between economic and non-economic activities in both the competition and internal market fields. To this end, the next section will describe the criteria that have been proposed to distinguish between economic and non-economic activities, both for the purposes of the internal market and competition rules. Subsequently, both sets of criteria will be confronted with the recent practice of the European Commission on State aids in relation to the notion of economic activities. The goal remains to answer the following question: which criteria which set of criteria best fits the State aid discipline?

³⁰ Ibid.

³¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on “A single market for 21st century Europe” Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, section 2.1.

³² See Case C-350/07 *Kattner Stahlbau GmbH v Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, not yet reported, paragraphs 44-59. Indeed, according to the Advocate General in that case, the German Government claimed that given that the insurance associations in question, were not undertakings, because of their exclusively social nature, Germany could not infringe, inter alia, the freedom to provide services by imposing compulsory affiliation to such social security bodies. In fact, given that the concept of undertaking is not present in Articles 56 or 57 TFEU, the argument underpinning this statement must have been that the association in question was not pursuing an economic activity. In any case, this example may suffice to show that the existence of different notions of economic activity within the Treaty is not that clear even for Member States. See Case C-350/07 *Kattner Stahlbau GmbH v Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, not yet reported, per Advocate General MAZÁK paragraph 67.

³³ See O. ODUDU, *op.cit.*, p.228.

³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on “A single market for 21st century Europe” Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, p. 5.

³⁵ See Case 1006/2/1/01 *BetterCare Group Limited v Director of Fair Trading* [2002] CAT, paragraph 178.

B) Criteria to distinguish economic and non-economic activities

a) Economic activities under the Internal Market rules

21. According to the European Commission, “for a given service to qualify as an economic activity under the internal market rules (free movement of services and freedom of establishment), the essential characteristic of a service is that it must be provided for remuneration. The service does not, however, necessarily have to be paid by those benefiting from it. The economic nature of a service does not depend on the legal status of the service provider (such as a non-profit making body) or on the nature of service, but rather on the way a given activity is actually provided, organized and financed. In practice, apart from activities in relation to the exercise of public authority, to which internal market rules do not apply by virtue of Article 45 of the EC Treaty [Article 51 TFEU], it follows that the vast majority of services can be considered as “economic activities” within the meaning of EC Treaty rules on the internal market (Articles 43 [Article 49 TFEU] and 49 [Article 56 TFEU]).”³⁶

22. Indeed, the remuneration or gainful employment has traditionally been the criterion determining whether a particular activity is economic under Articles 45 and 56 TFEU (ex Articles 39 and 49 EC). In this vein, it is well settled that “the decisive factor which brings an activity within the ambit of the Treaty provisions on the freedom to provide services is its economic character: the activity must not be provided for nothing.”³⁷

The Court has held in this regard that “According to the first paragraph of that provision, services are to be considered to be “services” within the meaning of the Treaty where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement of goods, capital or persons,”³⁸ and that “According to Article 60 of the Treaty, services are deemed to be “services” within the meaning of the Treaty where they are normally provided for remuneration[...].”³⁹

23. In relation to the notion of remuneration, the Court has emphasized that “The essential characteristic of remuneration thus lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the service.”⁴⁰

In light of the above, the Court has recognized, for example, the practice of sport as an economic activity “[...]When such activity has the character of gainful employment or remunerated service it comes more particularly within the scope, according to the case, of articles 48 to 51 or 59 to 66 of the Treaty.”⁴¹ Other examples include orthodontist services,⁴² the provision of insurance,⁴³ advertising broad-

³⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on “A single market for 21st century Europe” Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, p. 5.

³⁷ See Case 281/06 *Hans Dieter Jundt and Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg* [2007] ECR Page I-12231, per Advocate General POIARES MADURO, paragraph 12.

³⁸ Case C-159/90 *Grogan* [1991] ECR I-4685, paragraph 17. See also Case C-205/84 *Commission v Germany* [1986] ECR I 3755, paragraph 18. The Court has also held that “Where such a service is provided by a member of a profession and therefore, as required by Article 60 of the Treaty, is normally provided for remuneration, the principle of equal treatment laid down in Article 59 applies” See Case C-20/92 *Hubbard* [1993] ECR I-3777, paragraph 13.

³⁹ Joined Cases C-286/82 and 26/83 *Luisi & Carbone* [1984] ECR 377, paragraph 9.

⁴⁰ Case 263/86 *Humbel* [1988] ECR 5365, paragraph 17.

⁴¹ See Case 36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandse Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*. ECR [1974] I-1405, paragraphs 4-5. See also Case C-196/87 *Steymann v Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 6159, paragraph 10, Case C-415/93 *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association and Others v Bosman and Others* [1995] ECR I-4921, paragraph 73.

⁴² Cases C-158/96 *Kohll* [1998] ECR I-1931 paragraph 29. See for a large list of examples and references to the case law on services the document published by the European Commission: Guide to the case law of the European Court of Justice on Articles 49 et seq. EC treaty, Freedom to provide services, European Commission 1/1/2001. It may be visited online at http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art49_en.pdf. See similarly for the right of establishment the document published by the European Commission: Guide to the case law of the European Court of Justice on Articles 43 et seq. EC treaty, Freedom of establishment, European Commission 1/1/2001. It can be visited online at: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art43_en.pdf.

⁴³ Case C-118/96 *Safir* [1998] ECR I-1897, paragraph 22

cast for payment by a television broadcaster,⁴⁴ self-employed tourist guides,⁴⁵ tour company services,⁴⁶ building loans provided by banks,⁴⁷ the transmission of television signals,⁴⁸ lottery transactions,⁴⁹ termination of pregnancy (lawfully practiced),⁵⁰ medical activities.⁵¹ The Court has also emphasized the importance of the imperative prohibition of discrimination across the internal market rules. In the Court's own words "Articles 7, 48, 59 have in common the prohibition, in their respective spheres of application, of any discrimination on grounds of nationality [...] By reason of the fact that it is imperative, the rule on non-discrimination applies in judging all legal relationships in so far as these relationships, by reason either of the place where they are entered into or of the place where they take effect, can be located within the territory of the community."⁵²

24. The Court has also stated that the concepts of *economic activity* and *worker* define the scope of one of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty and, as such, may not be interpreted restrictively.⁵³ Related to this, the remuneration at issue does not need to be paid for by those for whom the service is performed.⁵⁴ The problems have arisen in situations where the remuneration is actually paid by the State.

In this regard, the Court considered, in *Humbel*, that a course taught under the national educational system did not fall under the Treaty provisions on services, *inter alia*, because "Even though the concept of remuneration is not expressly defined in Articles 59 et seq. of the EEC Treaty, its legal scope may be deduced from the provisions of the second paragraph of Article 60 of the Treaty, which states that "services" include in particular activities of an industrial or commercial character and the activities of craftsmen and the professions.[...] The essential characteristic of remuneration thus lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the service. [...] That characteristic is, however, absent in the case of courses provided under the national education system. First of all, the State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields. Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents."⁵⁵

25. More recently, also in relation to educational services, the Court has restated the importance of the form of financing of the services at question in order to determine whether there is *remuneration* (hence economic activity) or not. Indeed, "by establishing and maintaining such a system of public education, normally financed from the public purse and not by pupils or their parents, the State does not intend to become involved in activities for remuneration, but carries out its task towards its population in the social, cultural and educational areas.[...] By contrast, the Court has held that courses provided by establishments financed essentially by private funds, particularly by pupils and their parents, constitute services within the meaning of Article 50 EC, the aim of such establishments being to offer a service

⁴⁴ Joined Cases C-34/95, 35/95 & 36/95 *De Agostini* [1997] ECR I-3843, paragraph 48

⁴⁵ Case C-398/95 *SETTG* [1997] ECR I-3091, paragraph 7

⁴⁶ Case C-198/89 *Tourist Guides Greece* [1991] ECR I-727, paragraph 6. See also Case C-180/89 *Tourist Guides Italy* [1991] ECR I-709, paragraph 6, and Case C-154/89 *Tourist Guides France* [1991] ECR I-659, paragraph 7.

⁴⁷ Case C-484/93 *Svensson & Gustavsson* [1995] ECR I-3955, paragraph 11

⁴⁸ Case C-23/93 *TV10* [1994] ECR I-4795, paragraph 13

⁴⁹ Case C-275/92 *Schindler* [1994] ECR I-1039, paragraph 33

⁵⁰ Case C-159/90 *Grogan* [1991] ECR I-4685, paragraph 18

⁵¹ Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* (1984) ECR 377, paragraph 16

⁵² See Case 36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale*, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo. ECR [1974] I-1405, paragraphs 16-28.

⁵³ See Case 53/81 *Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035, paragraph 13, or Case C-176/96, *Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, [200] ECR I-02681, paragraph 42.

⁵⁴ See Case 352/85, *Bond van Adverteerders*, [1988] ECR 2085, paragraph 16.

⁵⁵ See Case 263/86, *Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel*. ECR [1988] I-05365 See also Case C-109/92 *Wirth* [1993] ECR I-6447, paragraph 17, Case C-157/99 *Smits and Peerbooms* [2001] ECR I-5473, paragraph 58; Case C-136/00 *Danner* [2002] ECR I-8147, paragraph 26; Case C-355/00 *Freskot* [2003] ECR I-5263 paragraph 55; and Case C-422/01 *Skandia and Ramstedt* [2003] ECR I-6817, paragraph 23.

for remuneration.”⁵⁶The source of financing of an educational institution becomes thus crucial for the qualification of an activity as economic.

Finally, it has been noted that although the *Humbel* case law has not been overruled, *the applicability of its reasoning has been restricted* by later case law, particularly in the field of cross-border health care.⁵⁷ Indeed the definition of remuneration laid down in *Humbel* “has been considerably watered down, though not completely abandoned” in the health care area.⁵⁸ By this token, the Court has considered hospital services as an economic activity, even if provided free of charge under a sickness-insurance scheme.⁵⁹ Similarly, the Court has also found the former Article 49 EC applicable to a situation in which the UK’s National Health Service was involved, although the Court did not clarify whether the services provided by the State-funded health service could be considered as “commercial”.⁶⁰

26. In sum, under the existing case law, remuneration is what makes an activity economic for the purposes of the free movement provisions. In this regard, Craig and De Burca have stated that “*The upshot of the Court’s ruling is that Articles 49-50 apply to any service, however essential a public service it may be, which is “provided for remuneration, and the line between publicly and privately remunerated services remains uncertain”*⁶¹. O. ODUDU considers, however, that remuneration is only the second element of economic activity for internal market purposes, the first being the existence of demand or supply of services⁶². He grounds this finding on the *Jany* case, where the Court held that a service exists in those instances when “*the provider satisfies a request by the beneficiary [...] without producing or transferring material goods*”⁶³. O. ODUDU adds that the examples listed in the former Article 50 EC (activities of commercial character, of craftsmen ...) go in the same direction and also points to the case law establishing that the demand of service is also an economic activity.⁶⁴

b) Economic activities under the competition rules

27. Contrary to the ECSC and the EURATOM Treaties,⁶⁵ the EEC Treaty did not provide for an authentic definition of “undertaking”. Therefore, it has been for the Court of Justice to define this crucial notion, which explains its functional character.

28. In this light, according to well settled case-law, the Community law concept of undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is

⁵⁶ See Case 381/05, *Commission v Germany* [2007] ECR I-6957, paragraphs 58-59.

⁵⁷ P. CRAIG AND G. DE BURCA, *EU LAW, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, 2008, p. 820.

⁵⁸ V. HATZOPOULOS, “The ECJ Case Law on Cross-Border Aspects of Health Services”, Briefing note requested by the European Parliament’s committee on Internal Market and Consumer Protection (IP/A/IMCO/FWC/2006-167/C3/SC1).

⁵⁹ See cases C-157/99 *Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds, Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473, paragraphs 54-58; C-385/99 *Muller – Fuaré* [2003] ECR I-4509, paragraphs 37-44.

⁶⁰ See P. CRAIG AND G. DE BURCA, *op.cit.*, p. 822 and Case C-372/04 *Watts v. Bedford Primary Care Trust* [2006] ECR I-4325m paragraphs 89-91.

⁶¹ P. CRAIG AND G. DE BURCA, *op.cit.*, p. 823.

⁶² See O. ODUDU, *op.cit.*, p.229.

⁶³ *Ibid.*, and Case C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris Van Justitie* [2001] ECR I-8615, paragraph 71.

⁶⁴ *Ibid.*, and Joined Cases 286/82 and 26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero Del Tesoro* [1984] ECR 377, paragraph 10 and Case C-350/96 *Clean-Car Autoservice* [1998] ECR I-2521, paragraphs 19–25. In relation to this last point, and by contrast to the case law developed in the competition law area, the Court has effectively stated that: “*By virtue of Article 59 of the Treaty, restrictions on freedom to provide such services are to be abolished in respect of nationals of Member States who are established in a member state other than that of the person for whom the service is intended. In order to enable services to be provided, the person providing the service may go to the Member State where the person for whom it is provided is established or else the latter may go to the state in which the person providing the service is established. Whilst the former case is expressly mentioned in the third paragraph of article 60, which permits the person providing the service to pursue his activity temporarily in the member state where the service is provided, the latter case is the necessary corollary thereof, which fulfils the objective of liberalizing all gainful activity not covered by the free movement of goods, persons and capital.*” See Joined Cases 286/82 and 26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero Del Tesoro* [1984] ECR 377, paragraph 10.

⁶⁵ See article 80 of the ECSC Treaty (See also Case No COMP/M.2481 -BALLI / KLOCKNER (see ECSC.1359)) and Article 196 of the EURATOM Treaty.

financed.⁶⁶ Also in light of established case law, any activity consisting in offering of goods and services on a given market is an *economic activity*.⁶⁷ Therefore, an activity should be considered as economic if it may be performed, or has been performed, by private undertakings.⁶⁸

Indeed, as the Commission has held “*any activity consisting in offering goods and/or services on a given market is an economic activity. In this context, the fact that the activity concerned may be qualified as “social” is not relevant.*”⁶⁹ The Commission’s paper further lists a number of activities considered economic in nature, including medical services. This last finding is based on the case law of the Court of Justice mentioned *supra* concerning the fundamental freedoms.⁷⁰ In light of the above considerations it has been held that “*an activity is of an economic nature if it faces actual or potential competition by private companies, thus establishing a strong presumption for the economic character of any activity*”.⁷¹

29. However, it is well known that certain services that might be performed by private operators have been considered as *non-economic* by the Court of Justice for competition law purposes. The paradigm of this exception would be the “*compulsory social security systems*” which are based on the existence (to a greater or lesser degree) of solidarity among insured persons, *i.e.*, meaning that the perceptions are not proportional to the contributions of each member.⁷² However, *compulsory social security systems* are not the only exception that can be found in the Community case law. The European Courts have considered as *non-economic* the following activities: air traffic control and supervision,⁷³ anti-pollution surveillance,⁷⁴ administrative airport supervisory activities,⁷⁵ tax collection on behalf of the State,⁷⁶ and anti-doping campaigns which do not pursue an economic objective.⁷⁷

30. In this regard, it is more interesting to identify the criteria followed by the Court of Justice to conclude that some activities are or not economic in nature than the actual list of non-economic activities. BUENDIA has noted that the Court of Justice has used, together with the solidarity principle

⁶⁶ See, *inter alia*, Case C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979, paragraph 21, Case C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d’Assurances and Others v Ministère de l’Agriculture et de la Pêche* [1995] ECR I-4013, paragraph 14, and Case C-55/96 *Job Centre* [1997] ECR I-7119, paragraph 21.

⁶⁷ See, for instance, Case 118/85 *Commission v Italy* [1987] ECR 2599, paragraph 7; Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov and Others* [2000] ECR I-6451, paragraph 75; and Case C-49/07 *MOTOE* [2008] ECR I-4863, paragraph 22.

⁶⁸ See, for example, C-475/99 *Ambulanz Glockner* [2001] ECR I-8089, paragraph 20 or Case T-128/98 *Aéroports de Paris* [2000] ECR II-3929, paragraph 124.

⁶⁹ Commission Staff Working Document: Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation; Accompanying document to the Communication on “*Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment*” {COM(2007) 725 final} {SEC(2007) 1514} {SEC(2007) 1515}. Brussels, 20/11/2007 SEC(2007) 1516 final, section 2.2.

⁷⁰ *Ibid.* See for the case law mentioned in the paper: Cases C-157/99, *Smits*, 2001, ECR I-5473, para 53, 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone*, 1984, ECR 377 paragraph 16; C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, 1999, ECR I-4685, paragraph 18, C-368/98 *Abdon Vanbraekel*, 2001, ECR I-5363, para 43, T-167/04, *Asklepios Kliniken GmbH*, [2007], paragraphs 49-55.

⁷¹ See A. WINTERSTEIN, “Nayling the Jellyfish: Social security and Competition Law”, *European Competition Law Review*, 1999, p.325. Quoted by V. LOURI, “Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29 (2), 2002, pp. 143-176, p. 147.

⁷² See Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet and Pistre* [1993] ECR I-637, paragraphs 17-19; C-67/96 *Albany* [1999] ECR I-5751, paragraphs 77-87, Joined cases C-115 to 117/97 *Brentjens* [1999] ECR I-6025, 77-87; C-219/97 *Drijvende* [1999] ECR I-6121, paragraphs 67-77; Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov and Others* [2000] ECR I-6451, paragraphs 67-77; Case C-218/00 *Cisal* [2002] ECR I-691, paragraphs 31-42; Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK Bundesverband and Others* [2004] ECR I-2493, paragraphs 45-66, and Case C-350/07 *Kattner Stahlbau GmbH v Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, not yet reported, paragraphs 44-59.

⁷³ See Cases C-346/92, *SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*, ECR [1994] I-43, paragraph 30, Case T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission*, ECR [2006] II-04797, paragraphs 56/62 and Case C- 113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission*, not yet reported, paragraph 85.

⁷⁴ See Case C-343/95, *Cali & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova*, ECR [1997] I-1547, paragraph 22.

⁷⁵ See Case T-128/98, *Aéroports de Paris / Commission*, ECR [2000] II-3929, paragraph 112.

⁷⁶ See Case C-207/01, *Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA*, ECR [2003] Page I-08875, paragraph 35. See also A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I (*Parte General*), Colex, Madrid 2009, p. 181.

⁷⁷ *Ibid* and Case T-313/02 *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission* [2004] ECR II-3291, paragraph 44.

mentioned supra,⁷⁸ “*less fortunate*” criteria to distinguish between economic and non-economic activities such as the exercise of public prerogatives,⁷⁹ the fact that the activity is subject to State control,⁸⁰ or “*the pursuit of objectives of general interest*”.⁸¹ He concludes, nonetheless, that “*the underlying logic is nothing more than that contained in Höfner: in principle - subject to the above exceptions- any activity that may be fulfilled by a private undertaking has to be considered to be “economic” in nature.*”⁸²

31. Similarly, according to A.-L. CALVO CARAVACA, the concept of economic activity laid down by the Case law of the European Courts is quite consistent and clear: any activity consisting in offering of goods and services on a given market is an economic activity.⁸³ Indeed, for this author, what differs from case to case is the process followed by the Courts to qualify an activity as economic. Thus, sometimes they operate by exclusion, *i.e.*, the activities linked to the exercise of public prerogatives or those exclusively social in nature are non-economic, others they operate by comparison with activities carried out by the private sector.⁸⁴

Examples of *non-economic* activities identified through a process of exclusion would be those that by their nature, their aim, and the rules, to which they are subject, are carried out by public authorities. In this regard, also according to Mestmäcker/Schweitzer, the analysis of whether an activity is non-economic must be based on an “*overall assessment*.”⁸⁵ Examples of this process of exclusion would be compulsory social security systems or the anti-doping campaigns which do not pursue an economic objective but rather have been put in place to primarily enforce the spirit of fair play.⁸⁶

32. Second, together with the above mentioned activities, also by exclusion, the Court has identified non-economic activities linked to the exercise of public prerogatives,⁸⁷ these would be: air traffic control and supervision,⁸⁸ anti-pollution surveillance,⁸⁹ administrative airport supervisory activities,⁹⁰ or tax collection on behalf of the State.⁹¹ More generally, it has been said that “*all cases which involve the exercise of official authority for the purpose of regulating the market and not with a view to participating in it fall outside the scope of competition law.*”⁹²

33. More recently, the Commission has distinguished between two types of non-economic activities, namely, (i) non economic activities related to the exercise of State prerogatives, and (ii)

⁷⁸ J. L. BUENDÍA SIERRA, “*An analysis of Article 86(2) EC*”, Part IV, in Sanchez Rydelski (Ed.) ‘*The EU State aid regime*’ London: Cameron May, 2006, p. 548.

⁷⁹ See Case C-364/92, SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol, ECR [1994] I-43, paragraphs 24-30

⁸⁰ See Case C-218/00 Císal [2002] ECR I-691, paragraphs 31-42

⁸¹ See Case C-343/95, Calì & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova, ECR [1997] I-1547, paragraphs 22-23.

⁸² J. L. BUENDÍA SIERRA, “*An analysis of Article 86(2) EC*”, Part IV, in Sanchez Rydelski (Ed.) ‘*The EU State aid regime*’ London: Cameron May, 2006, p. 548.

⁸³ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I (*Parte General*), Colex, Madrid 2009, p. 180.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ E.J. MESTMÄCKER/ H. SCHWEITZER, “*Wettbewerbsrecht*”, ULRICH IMMENGA AND ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Ed.), 4th edition, Munich 2007, Article 86, paragraph 18. This reference is quoted by Advocate General TRSTENJAK in her recent opinion in Case C- 113/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission, not yet reported, paragraph 64 where she argued that the Court of First Instance failed to assess the relevant factors from a global perspective.

⁸⁶ *Ibid.* See also Case C-218/00 Císal [2002] ECR I-691, paragraphs 31-42; Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK Bundesverband and Others [2004] ECR I-2493, paragraphs 45-66, and Case C-350/07 Kattner Stahlbau GmbH v Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, not yet reported, paragraphs 44-59 for compulsory social systems, and for the lack of economic nature of the anti-doping rules/campaigns see Case T-313/02 David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission [2004] ECR II-3291, paragraph 44.

⁸⁷ See Case C-346/92, SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol, ECR [1994] I-43, paragraphs 24-30

⁸⁸ See Cases C-346/92, SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol, ECR [1994] I-43, paragraph 30, Case T-155/04, SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission, ECR [2006] II-04797, paragraphs 56/62 and Case C- 113/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission, not yet reported, paragraph 85.

⁸⁹ See Case C-343/95, Calì & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova, ECR [1997] I-1547, paragraph 22.

⁹⁰ See Case T-128/98, *Aéroports de Paris / Commission*, ECR [2000] II-3929, paragraph 112.

⁹¹ See Case C-207/01, *Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA*, ECR [2003] Page I-08875, paragraph 35. See also A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I (*Parte General*), Colex, Madrid 2009, p. 181.

⁹² See Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), formerly Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental, per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 15 and Case T-313/02 Meca-Medina and Majcen v Commission [2004] ECR II-3291, paragraph 41.

certain activities of a purely social nature.⁹³ The first group includes activities linked to the exercise of State prerogatives by the State itself or by authorities functioning within the limits of their public authority.

34. In this regard, the Commission does not give a definition of “*State prerogatives*”. The Commission does however provide a list of non-economic activities pertaining to this category:⁹⁴ (i) Activities related to the army or the police, (ii) The maintenance and improvement of air navigation safety, security, air traffic control, customs, maritime traffic control and safety, (iii) Anti-pollution surveillance in maritime areas, (iv) Standardisation activities as well as related research and development activities, (v) The organization, financing and enforcement of correctional measures in order to ensure the enforcement of the penal system, (vi) The financing and the supervision of the construction of railway infrastructure,⁹⁵ and (vii) The closing down of coal mines and the management of assets, as well as the provision of funds for the work of rehabilitation and supervision of sites and for the eradication of the consequences of mining activity.

35. In relation to (vi) *supra*, according to the practice of the European Commission, the construction of a transport infrastructure by public authorities does not constitute an economic activity, provided that it is open to all potential users on equal and non-discriminatory terms.⁹⁶ However, “*Where the construction of transport infrastructure is carried out by a private company, the Commission has decided in the past that this operation constitutes an economic activity that may give rise to State aid issues.*”⁹⁷ Therefore, the finding of whether a given activity is or not economic is seemingly made dependent on whether a public or private operator is carrying out the construction at stake (and not on the analysis of the activity itself).⁹⁸ This seems, at least *a priori*, at odds with the principle of neutrality enshrined in Article 345 TFEU.

36. In fact, previous decisions of the Commission seem also to contrast with the development of the Commission practice laid down in the referred communication. For example, the Commission concerning the construction of the Airport of Brussels where the Commission held, applying the comparative criterion, that “*The airways authority is a Belgian public body entrusted by the State with two public-service functions to be performed in the public interest and according to commercial principles: (i) the construction, development, maintenance and exploitation of Brussels National Airport and as-*

⁹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on “A single market for 21st century Europe” Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, section 2.4.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ See in this regard Commission Decision of 31.08.2006 in case N 478/2004, State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment, OJ C 207, paragraphs 25-27.

⁹⁶ See in this regard Commission decision N 284/2005 Irish Broadband, point 34, decision of 8 March 2006; C 42/2001 Terra Mítica SA, point 64; N 355/2004 PPP Antwerp Airport, point 34; N 550/2001 Partenariat public privé pour la construction d’installations de chargement et de déchargement, point 24; N 649/2001 Freight Facilities Grant, point 45; N 356/2002 Network Rail, point 70; N 511/1995 Jaguar Cars Ltd. See for the soft law, 1994 Guidelines on State aid in the aviation sector, point 12; 1998 White book on infrastructure charges (COM (1998) 466 final of 22 July 1998, paragraph 43; 2001 Communication on improving the quality of European ports (COM (2001) final of 13 February 2001, p. 11. See also reply of the Commission to written question No 28 of Mr. Dehousse of 10 April 1967, OJ No 118, 20. 6. 1967, p. 2311/67. See also J. Battista and J.J. Piernas, “The respect of State aid rules in Public Private Partnerships” in EU Competition Law, Volume IV State Aid, Book one, Part 2, Chapter 3, Claeys & Casteels 2008, pp. 509-549.

⁹⁷ See in this regard Commission Decision of 31.08.2006 in case N 478/2004, State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment, OJ C 207, paragraph 27. See also Commission decision C 42//2001 Terra Mítica SA, point 64; N 550/2001 Partenariat public privé pour la construction d’installations de chargement et de déchargement, point 24; see also the “Guidelines for the financing of regional airports”, OJ C 312/1, 9.12.2005, p. 1, point 30 and following.

⁹⁸ Indeed, in the Commission Decision of 31.08.2006 in case N 478/2004, State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment, OJ C 207, paragraph 28, the Commission held that “*Therefore, it is first necessary to establish whether CIE and Iarnrod Eirann are to be considered as a public authority, insofar as their involvement in the construction of railway infrastructure is concerned. The Commission firstly notes that the CIE and Iarnrod Eirann have the task to control that the infrastructure investment decisions of the Irish government are carried out as planned. In order to carry out the construction of the infrastructure, they rely in the vast majority of cases on outside contractors, which are chosen through a tender procedure according to EC public procurement law.*”

*sociated infrastructures, and (ii) ensuring the safety of air transport within Belgian airspace. In this respect, it carries on an economic activity, at least as far as the activities at point (i) are concerned, which might be carried on, at least in principle, by a private enterprise for profit.*⁹⁹

37. With regard to the second category of activities excluded by the Commission from the competition rules, *i.e.*, those having a purely social nature, as with the first group, the Commission does not define what is meant by “*purely social nature*”. Instead, the followings activities are held to fall under this category: (i) The management of compulsory insurance schemes pursuing an exclusively social objective, functioning under the principle of solidarity, and (ii) The provision of public education financed as a general rule by the public budget and carrying out a State task in the social, cultural and educational fields towards the population.¹⁰⁰In relation to the latter group, the Commission refers to the case law on cross-border health services (free movement) and to two State aid decisions related to publicly financed education which also refer to that free movement case law.¹⁰¹

38. Proceeding by comparison, however, the Court of Justice has enumerated a number of economic activities. This criterion was enunciated in *Höfner*, where the Court held that “*employment procurement has not always been, and is not necessarily, carried out by public entities*”.¹⁰²Subsequently the Court has made reference to it in other cases such as in *Ambulanz Glöckner*, where the Court held that health organisations which provided services on the market for emergency and ambulance services were to be considered as undertakings, because “*such activities have not always been, and are not necessarily, carried on by such organisations or by public authorities*”.¹⁰³

39. In relation to the comparative criterion, as Advocate General Jacobs has noted, this technique has the “*virtue*” of extending the concept of economic activity to include any activity capable of being carried on by a profit-making organisation.¹⁰⁴This risk has also been eloquently mentioned by Advocate General Poiares Maduro: “*That comparative criterion would, literally applied, enable any activity to be included within the scope of competition law. Almost all activities are capable of being carried on by private operators. Thus, there is nothing in theory to prevent the defence of a State being contracted out, and there have been examples of this in the past. Accordingly, in its subsequent judgments, the Court elaborated on that concept by linking it to participation in a market.*”¹⁰⁵

40. Advocate General POIARES MADURO also notes that the Court of Justice has followed another criterion, together with that of exclusion and comparison, to distinguish between economic and non eco-

⁹⁹ See Commission Decision of 28 June 1995 relating to a proceeding pursuant to Article 90 (3) of the Treaty, OJ L 21 , P. 0008 – 0014. See also V. LOURI, “Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29 (2), 2002, pp. 143-176, p. 163.

¹⁰⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on “A single market for 21st century Europe” Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, section 2.4.

¹⁰¹ *Ibid.* And Cases 263/86, Humbel, [1988], ECR 5365, paragraph 18, C-318/05 Commission/Germany, [2007], paragraphs 74 -75, ECR 2007 Page I-06957, and Commission Decision of 28.11.2001 in case N 118/00, Public grants to professional sports clubs, OJ C 333/6, and Commission decision of 30.11.2006 in case NN54/2006, Prerov Logistics College, OJ C 291/18.

¹⁰² See Case C-41/90 Höfner and Elser [1991] ECR I-1979, paragraph 22.

¹⁰³ See Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089, paragraph 20.

¹⁰⁴ See, Opinions of Advocate General JACOBS in Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089, paragraph 67 and in Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK-Bundesverband and Others* [2004] ECR I-2493, paragraph 27.

¹⁰⁵ See Case C-205/03 P *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria* (FENIN), per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 12. See also in this regard, as referred by Advocate General POIARES MADURO in his opinion (footnote 12) J.Y. CHÉROT, ‘Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?’ in *L’ordre concurrentiel: mélanges en l’honneur d’A. Pirovano*, 2003, criticizes that comparative method and states that ‘not only can every activity in theory be carried out by private enterprise, but also, experience shows that every activity has at one time or another in history been carried out by private enterprise’ p. 569. See also L. IDOT, ‘La notion d’entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l’ordre concurrentiel’ in the same work: ‘[i]f such a definition is adopted, everything may become an “economic activity” at some point’ p. 528.

conomic activities. This criterion is “*that of participation in a market or the carrying on of an activity in a market context.*”¹⁰⁶ Indeed, the settled case law of the Court of Justice shows that the actual (as opposed to potential or even legally prohibited) offering of goods in a market is what ultimately constitutes an economic activity.

In this sense, the learned Advocate General adds that “*It is not the mere fact that the activity may, in theory, be carried on by private operators which is decisive, but the fact that the activity is carried on under market conditions. Those conditions are distinguished by conduct which is undertaken with the objective of capitalisation, which is incompatible with the principle of solidarity. That allows it to be determined whether a market exists or not, even if the legislation in force prevents genuine competition emerging on that market. By contrast, where the State allows partial competition to arise, the activity in question necessarily implies participation in a market.*”¹⁰⁷

This is the context in which it must be understood the sometimes referred to as the criterion based on the capacity to commit infringements of competition law, as the basis for categorising an entity as an undertaking.¹⁰⁸

41. Finally, according to O. ODUDU, the concept of economic activity in the field of competition law has the following two elements: (i) there must be an offer (not only demand in light of FENIN) of goods or services to the market; and (ii) there must be the potential to make profit from the offer of goods or services without State intervention.¹⁰⁹

2. Differences between the two set of criteria

42. According to O. ODUDU the application of the competition and not the free movement criteria is apparent in two situations, namely, in relation to (i) public goods, and (ii) solidarity.¹¹⁰

43. With regard to the first category, *i.e.*, public goods, in the *Diego Cali* judgment, the Court considered that a private entity, SEPG, entrusted with anti-pollution tasks in the Port of Genoa-Multedo, was not an “undertaking”. The Court essentially held that the tasks entrusted to SEPG were in the public interest and formed part of the essential functions of the State.¹¹¹ The service provided by SEPG was against remuneration. Thus, the free movement provisions, in particular, the freedom to provide services would have applied. According to O. ODUDU, in a system like the one laid down by the Port of Genoa authorities, given that it was not possible to exclude any user from the benefits of the provision of the service (thus because it was a public good and there was no potential to make a profit), the competition rules could not apply.¹¹² We wonder whether this criterion would hold, particularly in the State aid field, in view of the large number of services that are provided on a non-profit basis, with (almost) non-excludability and non-rivalry (*e.g.* traditional public broadcasting). The providers of these services are usually undertakings under the Treaty which receive compensation from the State, usually justified under Article 107 (2) and (3), or Article 106(2) TFEU.

¹⁰⁶ See Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), per Advocate General Poiares Maduro, [2006] ECR I – 6295, paragraph 13.

¹⁰⁷ Ibid. See for previous Case law Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851, paragraph 37, Case 118/85 *Commission v Italy* [1987] ECR 2599, paragraph 3: “*it is not contested that the Amministrazione autonoma dei monopoli di stato exercises an economic activity inasmuch as it offers goods and services on the market in the manufactured tobacco sector.*” See also Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov and Others* [2000] ECR I-6451, paragraph 75, and C-475/99 *Ambulanz Glockner* [2001] ECR I-8089, paragraph 19. See also Case C-309/99 *Wouters and Others* [2002] ECR I-1577, paragraph 47, and Case C-82/01 P *Aéroports de Paris v Commission* [2002] ECR I-9297, paragraph 79.

¹⁰⁸ Ibid., paragraph 14 and Case C-244/94 *FFSA and Others* [1995] ECR I-4013, paragraph 21, according to which “*the mere fact that the CCMSA is a nonprofit making body does not deprive the activity which it carries on of its economic character, since ... that activity may give rise to conduct which the competition rules are intended to penalise.*” See also the Opinion of Advocate General JACOBS in Case C-218/00 *Cisal* [2002] ECR I-691, at paragraph 71: “*the underlying question is whether that entity is in a position to generate the effects which the competition rules seek to prevent.*”

¹⁰⁹ See O. ODUDU, *op. cit.* pages 230-232.

¹¹⁰ See O. ODUDU, *op. cit.* Pages 232-235

¹¹¹ See Case C-343/95, *Cali & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova*, ECR [1997] I-1547. paragraph 22.

¹¹² See O. ODUDU, *op. cit.* page 233.

44. With regard to the second category, *i.e.*, solidarity, free movement rules apply to situations that have been excluded from the application of the competition rules such as, for example, the system in place in the *Poucet and Pistre* case. In this case, the self-employed were obliged to make payments to regional mutual funds, and the moneys received by these funds were ultimately managed by the Sickness and Maternity Insurance Fund. In the free movement context, the regional mutual funds at stake would have been held as engaged in an economic activity, given that there was remuneration, however, as we know, the Court held that there was no economic activity for competition law purposes.¹¹³ Solidarity seems, indeed, to be the main difference between the two set of criteria.

45. Indeed, in the field of competition, services or products are usually *offered* against remuneration. Therefore, most of the activities held as economic in the competition arena would also be economic in the free movement context. For example, the services listed in the former Article 50 EC (Article 57 TFEU), *i.e.*, activities of an industrial character, activities of a commercial character, activities of craftsmen, and activities of the professions would also be economic activities for competition law purposes.

46. Moreover, both in the free movement and in the competition case law, acts of official authority, or State prerogatives, have been excluded from the Treaty. In this regard, as Advocate General TESAURO recalled in the Eurocontrol case:¹¹⁴ “*The pursuit of an activity that involves the exercise of official powers is, on the other hand, incompatible with that classification [entities that pursue an economic activity capable of being carried on, at least in principle, by a private undertaking with a view to profit], with the result that a body acting as a public authority is not subject to the Treaty rules on competition. In that connection it must be observed that, whilst the Court has preferred not to define that concept in abstract terms, the judgments that refer to it, in the various areas of Community law in which that concept is relevant,*¹¹⁵ *follow the path marked out by Advocate General Mayras in his Opinion in the Reyners case, according to whom “official authority is that which arises from the sovereignty and majesty of the State; for him who exercises it, it implies the power of enjoying the prerogatives outside the general law, privileges of official power and powers of coercion over citizens”.*”

47. By contrast, some authors have, however, held that the solidarity principle developed in the competition field apply equally to the free movement area. Indeed, according to Hatzopoulos, “*In Freskot [a case where the Court analyzed the concept of economic activity for free movement and State aid purposes] the Court has made clear that the very same criteria [developed by the Court of Justice in Poucet and Pistre] help determine the scope of application not only of the competition rules, but also of Article 49 EC.*”¹¹⁶ In this regard, it is true that the Court, in line with Advocate General Stix-Hackl, referred to the social objective pursued by the insurance system at stake.¹¹⁷ However, the Court did so in the context of the eventual justification (not qualification) of the measure.¹¹⁸ For the qualification of the measure as an economic activity for the purposes of the free movement rules the Court focused on the existence and nature of the “*consideration*” for the service at stake.¹¹⁹

¹¹³ See, for example, C-158/96 Kohll [1998] ECR I-1931.

¹¹⁴ See Case C 364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol. [1994] ECR Page I-00043, per Advocate General TESAURO, paragraph 9.

¹¹⁵ The Advocate General referred explicitly to “*for example, on the right of establishment, the judgment in Case 2/74 Reyners v Belgian State [1974] ECR 631; on freedom of movement for workers, the judgments in Case 149/79 Commission v Belgium [1980] ECR 3881; Case 149/79 Commission v Belgium [1982] ECR 1845; Case 307/84 Commission v France [1986] ECR 1725; on the subject of VAT, the judgment in Joined Cases 231/87 and 129/88 Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d’Arda [1989] ECR 3233.*” Case C 364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol. [1994] ECR Page I-00043, per Advocate General TESAURO, paragraph 9, footnote 11.

¹¹⁶ V. HATZOPOULOS, “The ECJ Case Law on Cross-Border Aspects of Health Services”, Briefing note requested by the European Parliament’s committee on Internal Market and Consumer Protection (IP/A/IMCO/FWC/2006-167/C3/SC1), page 4.

¹¹⁷ Case C-355/00 Freskot [2003] ECR I-5263 paragraphs 66-68.

¹¹⁸ Id. See in this regard paragraph 65 (previous to those mentioned *supra*): “*Therefore, it is necessary to examine whether such a restriction of the freedom to provide services can be justified under Community law.*”

¹¹⁹ Id. at 55-56: “*The Court has already held that the essential characteristic of remuneration lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the*

48. Others have however contested the solidarity principle in the Court's case law as an unjustified exception to the functional approach even within the ambit of competition law.¹²⁰ Indeed, it has been held that, by upholding the solidarity exception to the application of the Treaty competition rules, the Court has confused jurisdiction (qualification) and justification.¹²¹

49. It has been argued that the different approaches to economic activity under EU law reflect "an internal process of Community competence allocation", or "the outcome of a deliberation over which mutually exclusive Treaty provision ought to apply to a particular measure, rather than whether Community law applies or national autonomy remains unconstrained."¹²² In other words, some Treaty provisions apply to some measures whereas other Treaty provisions apply to other measures.¹²³

50. It has also been argued that, together with the internal allocation of competence, the different approaches to economic activity under EU law may be explained by reference to the objectives pursued by the different Treaty provisions.¹²⁴ By this token, the free movement of workers, establishment and services provisions can be described as "rights conferring" whereas the competition rules may be described as "obligation-imposing."¹²⁵ In this regard, the argument to the contrary could also be made, i.e., competition rules confer rights to undertakings and free movement rules impose obligations on Member States. In this vein, O'KEEFFE AND BAVASSO have held that "If it is true that the Treaty rules in both competition law and free movement aimed to achieve a common objective, the former provided for an endo-integrated and positive set of rules and principles whilst the free movement rules provide a negative rule, a prohibition of restrictions. [...] [Free movement provisions] are negative in character and instrumental in nature: on the one hand they provide no "substantive" test of legality but prohibit restrictions caused by national rules; on the other, they are instrumental and vital for the achievement of the internal market."¹²⁶

51. In any event, the question arises in relation to State aid; how should the State aid rules be categorized? Are they, for example, *rights conferring* or *obligation-imposing*? Does the above discussion have any impact in the qualification of activities as non-economic in the State aid field? This is the subject of study of the next section.

III. Economic activities under the State aid rules

52. According to established case law, for State aid purposes, the concepts of undertaking and of economic activity are those laid down by the Court of Justice in the field of competition law.¹²⁷ The practice

service (see Case 263/86 Humbel and Edel [1988] ECR 5365, paragraph 17, and Case C-109/92 Wirth [1993] ECR I-6447, paragraph 15). [...] *In the present case, it is clear that the payment of the contribution by the Greek farmers does not constitute economic consideration for the benefits provided by ELGA under the compulsory insurance scheme.*"

¹²⁰ V. LOURI, "Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Law", *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29 (2), 2002, pp. 143-176, p. 173.

¹²¹ V. LOURI, "Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Law", *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29 (2), 2002, pp. 143-176, p. 170.

¹²² See O. ODUDU, *op. cit.*, at page 237.

¹²³ O. ODUDU gives the following example: "Whilst the State's purchasing activities are not subject to scrutiny under Articles 81 and 82 EC, they remain subject to scrutiny, under Article 49 EC and the public procurement rules." See O. ODUDU, *op. cit.*, pages 237

¹²⁴ See O. ODUDU, *op. cit.*, page 237

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ D. O'KEEFFE and A.F. BAVASSO, "Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line", in *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, D. O'KEEFFE and A.F. BAVASSO (eds.) The Hague, 2000, pp. 544-545. See also K. MORTELMANS, "Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?", *CMLRev.*, 2001, p. 621

¹²⁷ See Case 172/03 Heiser v Finanzamt Innsbruck, [2005] ECR I-1627, paragraph 26, Case 237/04, Enirisorse SpA v Sotacarbo SpA, [2006] ECR I-2843, paragraphs 26-29, Case C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze, [2006] ECR I-289, paragraphs 107-109, or Case T-196/04, Ryanair Ltd v Commission [2008] ECR Page II-03643, paragraph 87. See also C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy, Second Edition*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon

of the European Commission also follows this approach. According to the Commission, “*The State aid rules of the Treaty apply to undertakings. According to case-law an undertaking is an entity which is carrying out an economic activity. In assessing whether an activity is to be considered ‘economic’, it should be recalled that, according to settled case-law: “the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed, and that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity”*”.¹²⁸

53. The Commission has added that “*for an activity offering goods or services to be considered as not economic one should be able to exclude the existence of a market for comparable goods or services.*”¹²⁹ Therefore, the comparative criterion, together with “*that of participation in a market or the carrying on of an activity in a market context*”¹³⁰ seems to be behind the Commission policy in the State aid field. The Commission has also used the exclusion (or State prerogatives) criterion in a number of cases. What follows is an overview of the Commission’s recent practice concerning the notion of undertaking/economic activity in this area of EU Law.

1. Youth training centres managed by professional clubs

54. In 2001, the Commission found that grants of up to € 2.3 million per beneficiary (professional football, basket, rugby or volley clubs) for a non-limited period of time did not amount to State aid under Article 107(1) TFEU, given that the provision of sport training to young people pursued a general interest and was treated under national law as part of the national education (“*enseignement*”/Schooling) Hence it was “*hors du champ de la concurrence*”.¹³¹

Consequently, even though the “*beneficiaries*” of the measure at issue, professional clubs, were fully-fledged private operators, and thus in principle undertakings, they were found not to be engaged in an economic activity while providing sport training to young people.

2. Public fund raising for social Housing

55. In 2001, 2004, and 2005, the European Commission has found that the Irish Housing Finance Agency (HFA), a public law regulated company whose main activity is to raise funds on the capital market, which are then advanced to local authorities to be used by them for public service purposes, namely the funding of the statutory social housing obligations of local authorities is not an “*undertaking*”.¹³² The Commission considers the HFA as an extension of the public authorities, “*which fulfils practically “in house” activities on the state’s own account and the guarantee granted by the State for its fundraising is to be considered as a transfer within the State not coming under the competition rules.*”¹³³ In other words, HFA was held to be an intra-governmental funding agency/special credit institution.¹³⁴ By contrast, the

2009, p. 33 or K. VAN DE CASTEELE AND M. HOCINE, “*Favouring certain undertakings or the production of certain goods*”: *Selectivity*, in *EU Competition Law*, Volume IV *State Aid*, Book one, Part 2, Chapter 3, Claeys & Casteels 2008, pp. 247-251.

¹²⁸ See Commission Decision of April 6, 2005, N 244/03, United Kingdom, Credit union development support, OJ C/323/2005, paragraph 41.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ See Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 13.

¹³¹ Commission decision of 25.04.2001, N 118/2000, France – Aide aux clubs sportifs professionnels, OJ C 333, 28.11.2001, p.6. See also K. VAN DE CASTEELE AND M. HOCINE, “*Favouring certain undertakings or the production of certain goods*”: *Selectivity*, in *EU Competition Law*, Volume IV *State Aid*, Book one, Part 2, Chapter 3, Claeys & Casteels 2008, pp. 249-250.

¹³² Commission decision of 03.07.2001, N 209/2001, Guarantee for borrowings of the Housing Finance Agency, OJ C/067/2002. See also Commission decision of 30.06.2004, Guarantee in favour of the Housing Finance Agency (HFA), OJ C/131/2005, and Commission decision of 7.12.05, N 395/2005 Loan Guarantee for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency, OJ C/77/2007, paragraph 31.

¹³³ Commission decision of 03.07.2001, N 209/2001, Guarantee for borrowings of the Housing Finance Agency, OJ C/067/2002, section 3.

¹³⁴ Commission decision of 30.06.2004, Guarantee in favour of the Housing Finance Agency (HFA), OJ C/131/2005, paragraph 29.

Commission considered the municipalities as undertakings present in the housing market.¹³⁵

56. Therefore, the Commission held that the provision of funds to municipalities and voluntary housing bodies for housing at cheaper rents; provision of general mortgage funds, affordable housing schemes aiming at providing low-cost housing, rental subsidy schemes and grant schemes for elderly and disabled persons, as well as socially disadvantaged households were economic activities.¹³⁶

3. Subsidies to port authorities for carrying out public authority tasks

57. In 2002, the Commission held that the carry out of “*public authority tasks*” related to the improvement of transport fluidity, maritime safety and environmental protection,¹³⁷ was not an economic activity. Consequently the port authorities benefitting from the public support could not be held as undertakings within the meaning of the Treaty.¹³⁸

58. The Commission noted that rules on State aid do not apply to activities, which regardless of their form, constitute the exercise of public authority or are not economic in nature. This finding was based on the traditional case law according to which the State may act either by exercising public powers or by carrying on economic activities of an industrial or commercial nature, in the latter case, by offering goods and services on the market.¹³⁹ Interestingly, the Commission added that this finding (that State aids do not apply) holds particularly true in situations where the public intervention takes place in the public interest and is devoid of a commercial character.¹⁴⁰ The judgment quoted by the Commission to corroborate that finding says, however, the opposite. In the Court’s words:

“The third question asks in substance whether or not the redistribution of charges and benefits between importers of paper cardboard and pulp, on the one hand, and of national producers and consumers of these goods, on the other, as well as the ENCC’S intervention within the framework of this redistribution, infringe the rules on competition laid down in articles 85 and 86 of the Treaty.

Apart from the rules on competition applicable to undertakings, including articles 85 and 86, to which the reference was made by the national court, the Treaty includes various provisions relating to infringements of the normal functioning of the competition system by actions on the part of the states . this in particular is the purpose of article 90 to the extent to which it lays down a particular system in favour of undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly, of articles 92 to 94, on the system of public aid, of articles 101 and 102 on distortions resulting from provisions of public law capable of distorting competitive conditions on the common market, as well as article 37 on state monopolies of a commercial character .

¹³⁵ Commission decision of 03.07.2001, N 209/2001, Guarantee for borrowings of the Housing Finance Agency, OJ C/067/2002, section 3.

¹³⁶ Commission Decision of 28.05.2005, N 89/2004, Guarantee in favour of the Housing Financing Agency, Social housing schemes funded by the HFA, OJ C 131.

¹³⁷ The subsidized activities included: (i) coordination of different modes of transport: (ii) Vessel traffic management (ensure the application of the rules of the port, police rules on water bodies, ensuring the continued availability of pilots and tugs, coordinate departures and arrivals of ships by availability of platforms and planning of locks, stop in coordination meetings arrival times imposed control the draft of vessels, affect channels of radio, ensuring the administrative processing of all movements ships), (iii) management of places to dock under the powers of port officers (iv) improving traffic flow at the locks under the prerogatives of port officers (v) administrative management of hazardous materials, (vi) surveillance des quais, (vii) in case of pollution, estimate damages, identify the responsible party and, if necessary, institute court proceedings, (viii) take into account the protection of the environment in operations such as the collection of abandoned objects, ice-breaking or the extinction of fire.

¹³⁸ Commission decision of 16.10.2002, N 438 / 2002 - Subventions aux régies portuaires pour l’exécution de missions relevant de la puissance publique, OJ C/284/2002.

¹³⁹ See Case C-118/85, Commission of the European Communities v Italian Republic, [1987] I 2599, paragraph 7.

¹⁴⁰ Commission decision of 16.10.2002, N 438 / 2002 - Subventions aux régies portuaires pour l’exécution de missions relevant de la puissance publique, OJ C/284/2002. See paragraph 12 of the decision: “*Les règles en matière d’aides d’État ne s’appliquent pas aux activités qui, indépendamment de leur forme, relèvent de l’exercice de l’autorité publique ou ne présentent pas un caractère économique, notamment lorsqu’elles sont menées dans l’intérêt public et qui sont dépourvues de tout caractère commercial.*”

The activities of an institution of a public nature, even if autonomous, fall under the provisions referred to and not under articles 85 and 86, even if its interventions take place in the public interest and are devoid of a commercial character.

It is a matter for the individual and the national courts to take the appropriate measures in so far as the interventions of the state or of its decentralized agencies might infringe such rules as might be directly invoked in legal proceedings. It is, moreover, for the Commission to see to it that the relevant provisions of the treaty are respected by the authorities of the member States." (emphasis added)

59. Indeed, it seems clear that the judgment advocates for the application of the State aid rules (not the competition rules) in case of an intervention in the public interest and devoid of commercial character. This same interpretation has been given by Advocate General MISCHO.¹⁴¹ In any event, the Commission operated by exclusion, referring to the nature, the aim, and the rules to which the activity at stake was subject (Eurocontrol criteria¹⁴²), and also to the Cali "criterion", *i.e.*, that there might be tasks in the public interest which form part of the essential functions of the State.¹⁴³

60. The criteria employed by the Commission to conclude that the tasks mentioned before were public prerogatives of the State were the following: (i) the tasks entrusted to the port authorities were commonly performed in other Member States by captaincies belonging to the public administration, (ii) they were provided for in laws or regulations, (iii) the harbourmasters could not receive instructions from the direction of Port Authorities in their exercise. Furthermore, (iv) the activities carried out by the port authorities were not provided for in the port services liberalization package, and the same tasks did not give rise to any recipe of any kind on the part of port users nor to any likely revenue (no direct remuneration, no profit). These missions, the Commission concluded, fell within the public prerogatives of the State.¹⁴⁴

61. The Commission also added that the finding that the activities at stake may not be held as economic in nature also means that they could not be in principle justified ex Article 106(2) TFEU, as this article "presupposes the existence of an undertaking"¹⁴⁵. We have touched upon this point *supra* while referring to the likely inadequacy of the "public good" criteria, at least for State aid purposes. This is also the case because public goods, at least some of them, evolve over time (and may allegedly disappear) as, *inter alia*, technology progresses.¹⁴⁶

4. Provision of infrastructural elements needed to ensure a good environment for social dwellings (e.g. parks and roads to access to social dwellings)

62. In the 2005 decision concerning the HFA, the Commission considered that the provision of cheap guaranteed funding by the HFA to local authorities for the purposes of their infrastructure activities, ancillary to social housing, did not fall under the State aid rules in the case of the provision of

¹⁴¹ See Case C-118/85, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1987] I 2599, per Advocate General MISCHO.

¹⁴² See Case C-364/92, *SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*, [1994] ECR I-43, paragraph 30.

¹⁴³ See also Case C-343/95, *Cali & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova*, ECR [1997] I-1547, paragraph 22.

¹⁴⁴ See Commission decision of 16.10.2002, N 438 / 2002 - Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique, OJ C/284/2002, paragraphs 12-16.

¹⁴⁵ See also in this regard Opinion of Advocate General MISCHO in Case C-118/85, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1987] I 2599. In addition, as the Court of Justice has also clarified, in order for Article 106 (2) TFEU to apply the general economic interest offered by the activity under analysis must exhibit special characteristics as compared with the general economic interest of other economic activities and that the application of the rules of the Treaty, in particular those relating to competition and freedom of movement would be such as to obstruct the performance of such a task. See Case C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, [1991] ECR Page I-058, paragraph 27.

¹⁴⁶ See, in this regard, the example given by H.-H. HOPPE "changes in the technology can change the character of a given good. For example, with the development of cable TV a good that was formerly (seemingly) public has become private. See H.-H. HOPPE, "Fallacies of the public goods theory and the production of security", *The Journal of Libertarian Studies*, Vol IX, No.1 (Winter) 1989, pp. 28-46, p. 29. The author is indeed quite critical as regards public good theory: "In spite of its many followers, the whole public goods theory is faulty, flashy reasoning, ridden with internal inconsistencies, nonsequiturs, appealing to and playing on popular prejudices and assumed beliefs, but with no scientific merit whatsoever." Id. at 27.

infrastructural elements needed to ensure a good environment for social dwellings (e.g. parks and roads to access to social dwellings).

63. This “cheap” and “guaranteed” funding for “undertakings” (local authorities) should, in principle, fall under the State aid rules according to the traditional notion of economic advantage for State aid purposes. However, the Commission found that the provision of elements such as parks and roads to access social houses is usually considered a public responsibility. Moreover, the Commission noted that most elements included in the scheme at issue were not economically viable and, so the Commission argued, they would not be provided by the market. The Commission also noted that some of the elements were public goods (e.g. street lighting).¹⁴⁷

64. Finally, the Commission distinguished between the “social” elements above mentioned (street lighting, parks and roads etc.) and other infrastructural elements that “could be run for an economic activity”, such as the places of recreation for which State aids rules would in principle apply. The main reason underlying this distinction seems to be that the use of elements pertaining to the latter group (e.g. recreational places) could in theory be subject to a charge or granted as an exclusive right, or directly manage for profit by the local authorities (which were also considered undertakings as mentioned *supra*).¹⁴⁸

65. One could wonder whether the lack of economic viability is not precisely the reason why Article 107 provides for exceptions concerning social, cultural, or regional measures. By the same token, this lack of economic viability seems also to be behind the concept of “market failure”, usually referred in the context of the compatibility analysis carried out by the European Commission, particularly after the publication of the State Aid Action Plan (SAAP).¹⁴⁹

5. Education at College

66. In 2006 the Commission found as *non-economic* the activities of a College that run a bachelor program for the graduate of high schools in the field transport logistics, service logistics and information management. The Czech authorities notified the grant at stake, of circa EUR 230.000, “for the sake of legal certainty” arguing that the measure did not amount to State aid given that there was no advantage, no affectation of trade and competition, and also because the alleged beneficiary was a non-profit organization.¹⁵⁰ The Commission’s final decision held that Article 107(1) TFEU did not apply and, in any event, that there was no distortion of competition.¹⁵¹

67. To reach that conclusion, the Commission quoted both the competition (*Höfner*) and the free movement case law (*Humbel*), although – as discussed previously – the Commission has recognized that these cases refer (at least after *Meca Medina*) to differing concepts of economic activity. Indeed, the Commission first quoted the traditional definition of undertaking under *Höfner*, citing *Cisal* in relation to the definition of economic activity. However, in relation to the activity at stake in this case, national education, the Commission referred to the *Humbel* case law, according to which, as mentioned *supra*, the State, in establishing and maintaining the national education system, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duty towards its own population in the social, cultural and educational field.¹⁵²

¹⁴⁷ Commission decision of 7.12.05, N 395/2005 Loan Guarantee for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency, OJ C/77/2007, paragraph 34.

¹⁴⁸ Commission decision of 7.12.05, N 395/2005 Loan Guarantee for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency, OJ C/77/2007, paragraphs 34-36.

¹⁴⁹ See State aid action plan - Less and better targeted state aid : a roadmap for state aid reform 2005-2009 (Consultation document) {SEC(2005) 795} /* COM/2005/0107 final */.

¹⁵⁰ Commission decision of 08.11.2006, NN 54/2006, Aides à l’université de Prerov, OJ C/291/2006, paragraph 11.

¹⁵¹ Commission decision of 08.11.2006, NN 54/2006, Aides à l’université de Prerov, OJ C/291/2006, paragraphs 14-21.

¹⁵² Commission decision of 08.11.2006, NN 54/2006, Aides à l’université de Prerov, OJ C/291/2006, paragraphs 15 and Case 27/09/1988 in case C263/86, *Humble and Edel*, E.C.R. 1988, p.5365, paragraphs 9-10. and 15-18.

The Commission added that, in *Humbel* the Court also stated that “*courses taught in a technical institute which form part of the secondary education provided under the national education system cannot be regarded as services within the meaning of Article 59 of the EEC Treaty, properly construed*”.¹⁵³ Therefore, given that the College in question was a tertiary technical education establishment under the national education system, the Commission held that the College acted under the national education system and was hence not engaged in an economic activity.¹⁵⁴ Furthermore, the decision also noted that the College could not pursue any activity distinct from its central activity, *i.e.*, education and scientific research, development and other creative activities in the approved study program and operation of the university on the basis of the state approval and a the permit of the Ministry of Education.¹⁵⁵ The central activity seems, however, quite broad.

Finally, the Commission noted that the aim of the College was not to offer a service for remuneration (the criterion for economic activity under free movement law). The Commission cited again free movement case law, in this case the *Wirth* case to reinforce its finding.¹⁵⁶ In light of all these considerations, the Commission held that the College was not engaged in an economic activity and could not be thus considered as an undertaking.

68. One could wonder whether the Commission would have reached the same result applying the criteria laid down by the Court of Justice in the competition field to distinguish between economic and non-economic activities. Indeed, applying the pure comparative criterion, *i.e.*, whether the technical education provided by the College has not always been, and is not necessarily carried on, by this kind of organization or by public authorities,¹⁵⁷ the answer would have probably been that such an activity could be, and probably has been, provided by the private sector. Secondly, in relation to the second criterion identified by Advocate General POIARES MADURO, “*that of participation in a market or the carrying on of an activity in a market context*”,¹⁵⁸ it could also be argued that there is a market for such an activity or, in other words, that one *should [probably not] be able to exclude the existence of a market for comparable goods or services*.¹⁵⁹ In the same vein, O. ODUDU has noted that “*there is nothing in the nature of the activity of education that means profit cannot be made, so since under the competition law approach there is the potential to profit from education the activity is economic, whether state or privately funded*”.¹⁶⁰

69. Finally, the non-profit character of the College should not be relevant in light of *Höfner*, and also in light of the case law developed in the State aid field. Indeed, the Court has stated in this area of EU law that the fact that the offer of goods or services is made without profit motive does not prevent the entity which carries out those operations on the market from being considered an undertaking, since that offer exists in competition with that of other operators which do seek to make a profit.¹⁶¹

6. Employment of prisoners at correction houses

70. Also in 2006 the Commission regarded employment of prisoners at correction houses in Lithuania as a non-economic activity. The measure at stake consisted in the partial compensation of the wage costs of incarcerated people. According to the relevant national law, the employment of inmates “*serve the main goal of teaching a prisoner to achieve his aims in life by employing lawful ways and means*”.¹⁶² The Commission noted that the correction houses were part of the Lithuanian penal system,

¹⁵³ Case C263/86, *Humble and Edel*, E.C.R. 1988, p.5365, paragraphs 15-18.

¹⁵⁴ Commission decision of 08.11.2006, NN 54/2006, *Aides à l’université de Prerov*, OJ C/291/2006, paragraphs 15.

¹⁵⁵ Commission decision of 08.11.2006, NN 54/2006, *Aides à l’université de Prerov*, OJ C/291/2006, paragraphs 15.

¹⁵⁶ *Id.* at 16 and case C- 109/92, *Wirth / Landeshauptstadt Hannover*, ECR 1993, I-6447.

¹⁵⁷ See Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089, paragraph 20.

¹⁵⁸ See Case C-205/03 P *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, per Advocate General POIARES MADURO, [2006] ECR I – 6295, paragraph 13.

¹⁵⁹ See, for example, Commission Decision of April 6, 2005, N 244/03, United Kingdom, Credit union development support, OJ C/323/2005.

¹⁶⁰ See O. ODUDU, *op.cit.*, p.236.

¹⁶¹ See, for example, Case C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze and Others* [2006] ECR I-289, paragraphs 122 and 123

¹⁶² Commission decision of 19.07.2006, N 140/2006, Lithuania – Allotment of Subsidies to the State Enterprises at the Cor-

a State prerogative. The Commission also took into account that, pursuant to the Lithuanian laws, the employment of prisoners by the State enterprises could not be separated from the activities of the correction houses. Therefore, and regard given to the specific nature, the social aim, and the particular rules to which the state enterprises at the correction houses were subject (Eurocontrol criteria¹⁶³), the Commission considered that the notified measure did not fall under the scope of the State aid rules.

71. It should also be noticed that the Commission took into account the jurisprudence of the Court of Justice in relation to the concept of economic activity, “*in another context*”, namely, in the context of the free movement of workers to further justify that inmates were not usual employees, and therefore, that their employment should not held as an economic activity. Indeed, the Commission the Court’s case law stating that work (of drug-addict people in that case) “*cannot be regarded as an effective and genuine economic activity if it constitutes merely a means of rehabilitation or reintegration for the persons concerned and the purpose of the paid employment, which is adapted to the physical and mental possibilities of each person, is to enable those persons sooner or later to recover their capacity to take up ordinary employment or to lead as normal as possible a life.*”¹⁶⁴

7. Provision of hospital services.

72. More recently, in October 2009, and pursuant to a complaint, the Commission adopted a decision concerning the financing of hospital services provided by public hospitals in the Brussels Region. Before entering into the evaluation of the criteria laid down by Article 107(1) TFEU, the Commission analyzed whether the public hospitals at stake could be considered as undertakings under that Treaty article and, in light of *Höfner*, whether they were engaged in an economic activity. The Commission noted, in this regard, that the notion of undertaking had originally developed in the competition field, and subsequently in the State aid field.¹⁶⁵

73. The Commission then stated that, according to its practice and to the case law of the European courts, there were three types of activities: (i) purely social non economic activities, (ii) purely economic, and (iii) socially-oriented activities which are nevertheless of an economic nature (*activités à vocation sociale présentant néanmoins une nature économique*).¹⁶⁶ The measures at stake in this case belonged, according to the Commission, to the third category.

74. It may be worth mentioned that the Commission has distinguish the non-economic activities differently in at least two instances. Indeed, in 2006 the Commission divided the categories of activities differently: “*The European Court of Justice and the Court of First Instance have at several occasions held that there are three distinct categories of activities which are financed by the State: activities of public authority, economic activities, and non-economic activities. Only economic activities are subject to European competition law, whereas activities of public authority and non-economic activities are excluded from its scope.*”¹⁶⁷ (emphasis added) More recently, in 2007, the Commission distinguished the categories of non-economic activities in two, namely, (i) non economic activities related to the exercise of State prerogatives, and (ii) certain activities of a purely social nature, although a third one, “(pure) economic activities” is of course still valid.¹⁶⁸

rection Houses, OJ C 244, 11.10.2006, p.12, section 2.5.2.

¹⁶³ See Case C-364/92, *SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*, [1994] ECR I-43, paragraph 30.

¹⁶⁴ Commission decision of 19.07.2006, N 140/2006, Lithuania – Allotment of Subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses, OJ C 244, 11.10.2006, p.12, and Case C-344/87 I. *Betray v Staatssecretaris van Justitie*, ECR 1989, I- 01621, paragraph 17. See also K. VAN DE CASTEELE AND M. HOCINE, “*Favouring certain undertakings or the production of certain goods*”: *Selectivity*, in *EU Competition Law*, Volume IV *State Aid*, Book one, Part 2, Chapter 3, Claeys & Casteels 2008, p. 250.

¹⁶⁵ Commission decision of 28.10.2009, NN 54 / 2009 - Association bruxelloise des institutions des soins de santé privées asbl (ABISSP) vs. Belgique, OJ C/74/2010, footnote 109.

¹⁶⁶ Id. at paragraph 108.

¹⁶⁷ Report from the Commission to the Council and the European Parliament on transport security and its financing, Brussels, 1.8.2006, COM(2006) 431 final., p. 3.2.2.

¹⁶⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Commit-

75. In any event, and having categorised the activity at stake as a socially-oriented activity which is nevertheless of an economic nature, the Commission used the comparative criterion (*Ambulance Locker*) to ground this (economic but social or social but economic) preliminary finding. The Commission then cited case law stating that hospital services were considered as economic activities. The case law cited by the Commission was, however, based on the freedom to provide services provisions of the Treaty (*Smits épouse Greets et Peer booms et seq.*),¹⁶⁹ with the exception of the *Asclepius* case where, in relation to the applicant's *locus stand* (a German private company specialized in hospital management), the General Court held that "in the present case, the applicant manages 39 private hospitals located throughout the Federal Republic of Germany. It is therefore in competition with some of the public sector hospitals benefiting from the aid."¹⁷⁰ The Commission then recalled that in the referred jurisprudence (*Smits*) the Court of Justice considered hospital services as an economic activity even if provided free of charge under a sickness-insurance scheme.¹⁷¹

76. In relation to the existence of solidarity (and hence in relation to the possibility of excluding the activity from the Treaty rules on this basis), the Commission distinguished between the activities of managing a national health system, which would have a non-economic nature according to the *FENIN* case, and the hospital treatment services, which would have such economic nature.¹⁷²

77. After reaching the conclusion that hospital services should be considered as economic activities in this case, the Commission moved on to analyze the non-hospital activities carried on by the Belgian public hospitals under scrutiny. Those activities included socio-physical, socio-administrative or psychosocial support to patients and their relatives.

78. The Commission first recalled the *Freskot* case law, in its free movement part (not the State aid one) according to which, merely because a given entity pursues a social objective under the provisions of national law, this does not mean that the entity at stake does not pursue an economic activity.¹⁷³ The Commission then conceded that there was no specific remuneration paid by patients for these non-hospital services. In this regard, it should be recalled that remuneration is precisely the main criterion to find a given activity as economic under the free movement rules. Nevertheless, particularly in the field of cross-border health, the Court has been satisfied if a third party pays for the treatment (triangular relationship).¹⁷⁴ However, if the third party paying the treatment is the State under the national health system, the case law on free movement is not clear as to the commercial nature of the those health State-funded services.¹⁷⁵

79. However, the Commission at this point used the second criterion usually employed in the competition field "that of participation in a market or the carrying on of an activity in a market context."¹⁷⁶ Or, in the Commission words: "[that]for an activity offering goods or services to be considered as not economic one

tee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on "A single market for 21st century Europe" Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, section 2.4. The activities pertaining to each of the two categories have been detailed in section II.A.2.b *supra*.

¹⁶⁹ Commission decision of 28.10.2009, NN 54 / 2009 - Association bruxelloise des institutions des soins de santé privées asbl (ABISSP) vs. Belgique, OJ C/74/2010, paragraph 108.

¹⁷⁰ See case T-167/04, *Asklepios Kliniken*, [2007] ECR II- 2379, paragraph 51.

¹⁷¹ See cases C-157/99 *Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds, Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473, paragraphs 54-58; See also in the same vein C-385/99 *Muller – Fuaré* [2003] ECR I-4509, paragraphs 37-44.

¹⁷² Commission decision of 28.10.2009, NN 54 / 2009 - Association bruxelloise des institutions des soins de santé privées asbl (ABISSP) vs. Belgique, OJ C/74/2010, paragraph 110.

¹⁷³ Case C-355/00 *Freskot* [2003] ECR I-5263 paragraph 55;

¹⁷⁴ See cases C-157/99 *Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds, Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473, paragraphs 54-58; C-385/99 *Muller – Fuaré* [2003] ECR I-4509, paragraphs 37-44.

¹⁷⁵ See above section on economic activity under free movement rules and Case C-372/04 *Watts v. Bedford Primary Care Trust* [2006] ECR I-4325 paragraphs 89-91.

¹⁷⁶ See Case C-205/03 P *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, [2006] ECR I – 6295, paragraph 13.

should be able to exclude the existence of a market for comparable goods or services."¹⁷⁷ Consequently, the Commission held that, although the comparative criterion seemed to apply, the Commission disregarded it.¹⁷⁸

Finally, in relation to the solidarity elements put forward by the Belgian authorities, the Commission distinguished between the management of the social system, which would be excluded from the competition rules, and the provision of hospital services, an economic activity.¹⁷⁹

80. To sum up, the hospital services under analysis were considered as economic activities and, consequently, the public hospital were held as undertakings for the purposes of State aid law.

IV. Some conclusions

81. In light of the foregoing considerations, the following conclusions can be drawn.

82. First, it is not controversial that the notion of undertaking laid down in *Höfner* applies to the State aid field. Similarly, for State aid purposes, at least as a starting point, economic activity is any activity consisting in offering goods and services within a given market.¹⁸⁰ Therefore, as in free movement and competition, most activities will be considered economic in the State aid field.

83. Second, it is not controversial either that the activities of "official authority", also referred to in the case law as activities in the public interest, or constituting prerogatives of the State, are excluded from the application of the Treaty rules concerning free movement, competition and State aid rules.

84. Third, in light of the above considerations, the scope of the *grey area* may be broadly limited to those activities that the European Commission has defined as having a purely social nature.¹⁸¹ Those are (i) The management of compulsory insurance schemes pursuing an exclusively social objective, functioning under the principle of solidarity, and (ii) The provision of public education financed as a general rule by the public budget and carrying out a State task in the social, cultural and educational fields towards the population.¹⁸²

85. Fourth, in this context, some differences can be outlined between free movement, competition and State aid rules. First, the scope of application of the free movement rules is in principle broader than that of the competition rules in the health services area because the solidarity exception (developed in

¹⁷⁷ See Commission Decision of April 6, 2005, N 244/03, United Kingdom, Credit union development support, OJ C/323/2005.

¹⁷⁸ Commission decision of 28.10.2009, NN 54 / 2009 - Association bruxelloise des institutions des soins de santé privées asbl (ABISSP) vs. Belgique, OJ C/74/2010, paragraph 111: "Le fait qu'il n'y ait pas de rémunération spécifique de la part des patients pour les services en cause n'est pas de nature à exclure la nature économique de ces activités. Toutefois, bien que l'existence d'un marché concurrentiel sur lequel ces activités pourraient être éventuellement offertes, qui est un critère essentiel de l'appréciation de la nature économique d'une activité, ne puisse être totalement exclue dans le cas d'espèce, cela semble peu vraisemblable eu regard au contexte réglementaire encadrant la provision de ces services en Belgique."

¹⁷⁹ See Commission decision of 28.10.2009, NN 54 / 2009 - Association bruxelloise des institutions des soins de santé privées asbl (ABISSP) vs. Belgique, OJ C/74/2010, paragraph 110 "la Commission considère qu'il y a lieu à différencier entre l'activité de gestion du système national de santé, exercée par des organismes publics mettant en oeuvre à cet effet des prérogatives d'autorité publique, de l'activité de prestation de soins hospitaliers, qui présente un caractère économique, même si son coût est partiellement ou totalement pris en charge par les pouvoirs publics. En effet, concernant les éléments de solidarité présents dans le cas d'espèce, on note que, bien qu'ils soient essentiels à la fourniture des soins de santé, les hôpitaux privés prestent le même type d'activité hospitalière, même si pas totalement identiques; dès lors les éléments de solidarité invoqués par les autorités de l'Etat membre ne sauraient altérer le caractère économique de l'activité"

¹⁸⁰ See, for instance, Case 118/85 Commission v Italy [1987] ECR 2599, paragraph 7; Joined Cases C-180/98 to C-184/98 Pavlov and Others [2000] ECR I-6451, paragraph 75; and Case C-49/07 MOTOE [2008] ECR I-0000, paragraph 22.

¹⁸¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Accompanying the Communication on "A single market for 21st century Europe" Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment Brussels, 20.11.2007 COM(2007) 725 final, section 2.4.

¹⁸² Ibid.

the competition case law) does not apply. Second, the scope of application of the competition rules is in principle broader than that of the free movement rules in the educational field, because the mode of financing of this service is, according to the *Höfner* case law, irrelevant. However, for free movement purposes, the *Humbel* case law remains good law and, therefore, the mode of financing is crucial, *i.e.*, if the service is funded by the *public purse* it will not be held as economic, conversely, if the same service is privately funded, *by pupils or their parents*, it will be considered as economic in nature.

86. Fifth, the outcome of the State aids decisions discussed in this paper is closer to the free movement notion of economic activity than to the competition one. Indeed, the Commission has considered hospital (health care) services as economic, regardless of the elements of solidarity put forward by the Belgian authorities in that case. By contrast, the Commission has considered educational services, either offered by professional clubs, or by a logistics college, as non-economic.

87. In this regard, it is arguably positive that there is some coherence between the notion of economic activity in, for example, education and health care services across the Treaty. It is perhaps less positive the way in which the Commission makes reference to one or another set of criteria. Indeed, the reference to one notion of economic activity or another may have an impact in the outcome of the Commission's analysis, and, in this sense, the absence of any guidance as to which criteria the Commission will apply is unsatisfactory.

88. The question could be whether the particularities of the State aid rules deserve an autonomous notion of economic activity, distinct both from the competition and the free movement ones. Some have already advocated for this solution. Indeed, Bartosch has claimed that the notion of economic activity for State aids should be distinct from the one used in the competition field.¹⁸³ In his view, the distinction made by Advocate General Poiares Maduro between the role of the State operating on a market offering goods and services (economic activity), and that of the State pursuing political goals, such as solidarity in the health system (non economic) should not apply to State aid. He argues, essentially that, in the State aid area, the Court has held on numerous occasions that Article 107(1) TFEU does not distinguish between the causes or the objectives of State aid, but defines them in relation to their effects.¹⁸⁴ Bartosch thus concludes that *"principles of solidarity are never capable of rendering the state aid rules inapplicable. Member States therefore cannot shelter behind the pretext of solidarity in order to render the Community's subsidy control mechanism ineffective."*¹⁸⁵

89. Some more arguments could be made in the same vein. First, the lack of any role for aims in the definition of State aid is coherent with the extensive notion of aid laid down ever since the *Steenkolenmijnen* case.¹⁸⁶ Second, the object of State aid control is, as it is clear from the preparatory works leading to the Rome Treaties and the Spaak Report, to essentially help achieve the internal market. Therefore, a broad notion of aid enabling the Commission to evaluate whether a given measure is contrary to the internal market is probably more coherent with that role. Third, by the same token, the Treaties have laid down a system of control of aids which is two-fold (i) (a very large notion of) in principle incompatible aid, and (ii) a large margin of maneuver in the hands of the Commission to decide whether

¹⁸³ See A. BARTOSCH, "Social Housing and European State Aid Control", *European Competition Law Review*, 28, 2007, pp. 563-570.

¹⁸⁴ See Commission decision of 28.10.2009, C45/2007 (ex NN51/2007, ex CP9/2007), not yet published, paragraph 87. See also Case C-56/93, *Belgium v Commission* [1996] ECR I-723, paragraph 79; Case C-241/94, *France v Commission*, [1996] ECR I-4551, paragraph 20; Case C-75/97, *Belgium v Commission*, [1999] ECR I-3671, paragraph 25; or Case C-409/00, *Spain v Commission*, [2003] ECR I-10901, paragraph 46.

¹⁸⁵ See A. BARTOSCH, *op.cit.*, p. 566.

¹⁸⁶ See Case 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community*. [1961] ECR 1, 19. In the Court's words: "A subsidy is normally defined as a payment in cash or in kind made in support of an undertaking other than the payment by the purchaser or consumer for the goods or services which it produces. An aid is a very similar concept, which, however, places emphasis on its purpose and seems especially devised for a particular objective which cannot normally be achieved without outside help. The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect."

in principle incompatible State measures should be declared (by the Commission only) compatible with the internal market. In this regard, the Court of Justice has recently suggested that aims and goals are to be analyzed (by the Commission) in the context of article 107(3) TFEU.¹⁸⁷

90. However, one can still wonder whether there is some merit in the solidarity exception to the functional approach laid down by the Court of Justice in the competition field, also for State aid purposes, and as opposed to free movement case law. An argument might be that, although the two sets of rules, free movement and competition, ultimately seek the achievement of the internal market, the means they apply to reach that goal are quite different. The free movement rules focus on the interdiction of discrimination on the basis of nationality. Consequently, their aim is to restrict State intervention going against that fundamental prohibition. These rules do so essentially by means of enlarging the range of eligible (saved/protected) people that fall under those measures (workers, providers and recipient of services etc.) By this token, the Court has held that the concepts of *economic activity* [in the free movement area] (and of *worker*) define the scope of one of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty and, as such, they *may not be interpreted restrictively*.¹⁸⁸

91. In a similar vein, it has been held that “*unlike competition rules, in the free movement provisions, the circulation of the activity or of products is the value protected by the set of rules. It is true that both sets ultimately relate to the attainment of a Common Market but in the case of the free movement provisions, the freedom of circulation is the very means to achieve the objective*”.¹⁸⁹

92. Conversely, the competition rules aim at ensuring the so-called level playing field between undertakings (including States participating in the market), thus, ensuring, *inter alia*, that no firm endangers this level playing field by behaving unlawfully in the marketplace. In this regard, as the Court has held “*It is important to bear in mind the context in which those two provisions of the Treaty are situated. Article 85 of the Treaty belongs to the rules on competition which are addressed to undertakings and associations of undertakings and which are intended to maintain effective competition in the Common Market. As the Court has held in previous judgments, that provision only comes into consideration with regard to agreements, decisions or practices restricting competition which appreciably affect intra-community trade[...] Article 30, on the other hand, belongs to the rules which seek to ensure the free movement of goods and, to that end, to eliminate measures taken by Member States which might in any way impede such free movement.*”¹⁹⁰ However, if there is no such marketplace, either nation-wise or Europe-wise (Common Market), because, for example, no private entity provides the same service (with the same conditions in the same nation or elsewhere), it does not make much sense to apply the competition rules. In other words, there is no such competition to be *maintained* (or protected).

93. Similarly, the State aid rules were conceived in the Spaak Report as complementary to the other competition rules, *i.e.*, “*Les règles de concurrence qui imposeront aux Etats viendront ainsi pour une large part faciliter ou même suppléer l’application des règles de concurrence aux entreprises.*” They also aim at ensuring that Member States do not counter the effects pursued by the enlarged market (mainly large scale production, greater competition, better and cheaper products, and elimination of inefficient enterprises) through artificial measures favoring some, yet not all, undertakings in the marketplace, thus distorting the level playing field.

94. Therefore, in a *market* situation where solidarity predominates, that is, a situation that

¹⁸⁷ Case C-487/06 P, *British Aggregates Association v Commission*, [2008] ECR I-10505, para. 92.

¹⁸⁸ See Case 53/81 *Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035, paragraph 13, or Case C-176/96, *Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)* ECR [2000] I-02681, paragraph 42.

¹⁸⁹ D. O’KEEFE and A.F. BAVASSO, “Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line”, in *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, D. O’KEEFE and A.F. BAVASSO (eds.) The Hague, 2000, p. 554. See also K. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?”, *CMLRev.*, 2001, p. 621

¹⁹⁰ See for the different addresses; for example, Joined cases 177 and 178/82, *Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV*, [1984] ECR Page 01797, paragraphs 11-12.

presents some, or all, of the following characteristics “a) a social objective pursued, b) compulsory nature of the scheme, c) contributions paid being related to the income of the insured person, not to the nature of the risk covered, d) benefits accruing to insured persons not being directly linked to contributions paid by them, e) benefits and contributions being determined under the control or the supervision of the state, f) strong overall state control, g) the fact that funds collected are not capitalized and/or invested, but merely redistributed among participants in the scheme, i) cross-subsidization between different schemes and j) the nonexistence of competitive schemes offered by private operators”¹⁹¹there is no such level playing field to be preserved.

95. Having said that, it is submitted that the approach followed by the Commission as regard the notion of economic activity in State aids is improper. Not only for the reasons above referred (interchangeable criteria, unpredictable outcome) but also because the Commission, although it usually refers to the functional approach laid down by *Höfner* as the starting point, it seems to be departing from it, and moving towards a “material” approach, that is, an approach based on the subject matter of the decision at stake (health, services, sport) rather than on the nature of the particular transaction object of the decision, and the entity that is going to benefit from public support.

96. In this context, it may be worth recalling that in the *Ferlini* case one of the issues was whether hospitals were undertakings for the purposes of competition law, and whether a group of hospitals constituted an association of undertakings within the meaning of Article 101 TFEU. Unfortunately, the Court did not deal with that question in the judgment,¹⁹² However, Advocate General COSMAS treated this issue and his approach, it is submitted, was quite sound.

Advocate General COSMAS first held that there was no doubt that, in their relations with persons not affiliated to the national social security scheme, hospitals, regardless of their public or private character, constituted undertakings within the meaning of the provision in question. Both the particular hospitals, and the group of hospitals (the CHL) were thus engaged in economic activities to the extent that they were providing services for payment (to not affiliated). The Advocate General did not refer in this point to the free movement concept of remuneration (payment) but rather to the competition law concept of economic activity (offering goods or services in a market).

The Advocate General then looked at the eventual applicability of the solidarity exception in the sense of the *Poucet* and *Pistre* case law. In this regard, since *inter alia* the patients in this case were persons not affiliated to the national social security scheme, there was no room for the application of the national solidarity principle.

More importantly, the learned Advocate General noted that, as the Court has held, “in competition law, the term “undertaking” must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement”. In other words, in each case, the term ‘undertaking’ must be understood in a functional sense, having regard to the activity which is connected to the subject-matter of the specific agreement between undertakings, the decision by associations of undertakings or the concerted practice.”¹⁹³ Therefore, in that case, the functional approach to the question militated “in favour of the view that the relationship between hospitals and persons not affiliated to the national social security scheme was a private-sector economic relationship and, even with respect to public hospitals, defeats any suggestion of the exercise of public authority privileges, or of serving the public interest or protecting public health.”¹⁹⁴

97. The *Ferlini* case was not mentioned in the 2009 Belgian hospital decision. However, it is submitted that this approach should be used in the State aid field. In this vein, for example in relation to

¹⁹¹ V. HATZOPOULOS, “The ECJ Case Law on Cross-Border Aspects of Health Services”, Briefing note requested by the European Parliament’s committee on Internal Market and Consumer Protection (IP/A/IMCO/FWC/2006-167/C3/SC1), page 4.

¹⁹² See Case C-411/98, *Angelo Ferlini v Centre hospitalier de Luxembourg*, [2000] ECR Page I-08081, paragraph 61.

¹⁹³ See Case C-411/98, *Angelo Ferlini v Centre hospitalier de Luxembourg*, [2000] ECR I-08081, per Advocate General COSMAS, paragraph 114.

¹⁹⁴ See Case C-411/98, *Angelo Ferlini v Centre hospitalier de Luxembourg*, [2000] ECR I-08081, per Advocate General COSMAS, paragraph 114.

educational services, instead of referring to the criteria developed in the free movement field (such as the form of financing a given activity, which according to *Höfner* is in principle irrelevant), the emphasis should be placed in the actual activity which is connected, in this case, to the public financing: Is it typically provided by the private sector? Is there competition between colleges, or educational institutions in general?

98. Indeed, and to conclude, applying the criteria laid down by the Court of Justice, and previously by Advocate Generals COSMAS and ALBER, in *Meca Medina*, the exception to the application of the fundamental freedoms could not be relied upon to exclude the whole of a given activity, and particularly, *the person engaging in the activity governed by that rule or the body which has laid it down* from the scope of the Treaty.¹⁹⁵ Thus, the point is that the functional approach laid down by the Court of Justice in the competition field would demand the analysis of the particular situation of both the activity being subsidized and the beneficiary of the public support (*e.g.* does it pursue any other activity in the market? Is it profit or non-profit?), irrespective of the qualification of the activity at stake under the free movement provisions.

¹⁹⁵ See Case 519/04 P *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission* [2006] ECR I-6991, paragraphs 26-27.

FORMA CONTRACTUAL Y “DESARMONIZACIÓN” COMUNITARIA

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

*Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 08.06.2010 / Aceptado: 23.06.2010

Resumen: Una de las características del Derecho comunitario es la imposición de numerosas exigencias formales en los contratos celebrados con consumidores. El efecto armonizador obtenido en este ámbito por medio de las Directivas es, sin embargo, bastante escaso, ya que las sanciones previstas para el incumplimiento de estos requisitos de forma son muy diferentes en cada país. Aunque habría sido conveniente una regulación general de la consecuencia aplicable en caso de inobservancia de la forma requerida por las normas comunitarias, ni los ACQP ni el DCFR regulan esta cuestión. Por otra parte, la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores introduce nuevos requisitos formales para el contrato fuera de establecimiento mercantil que merecen ser criticados. Partiendo de esta situación, el objetivo de este trabajo es concretar una regla adecuada para sancionar el incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores, haciendo una propuesta de armonización.

Palabras clave: Requisitos formales; forma escrita; protección del consumidor; deber contractual de información; incumplimiento de exigencias formales; diversidad de sanciones; derecho de desistimiento

Abstract: The EC consumer contract law establishes numerous provisions relating to form. Nevertheless, in this area the Directives haven't caused a real harmonization. The sanctions established for non-compliance with formal requirements in each State are very different. Although developing a general rule with regard to remedies applicable in case of breach of contract form would have been suitable, neither the ACQP nor the DCFR contain any rule about it. On the other hand, the Proposal for a directive on Consumer Rights introduces new formal requirements regarding to off-premises contracts, which should be criticized. This paper aims to provide a sanction that may be applied in all cases of breach of formal requirements in the attempt of making a proposal for future harmonization.

Key words: Formal requirements, written form, consumer protection; contractual information duty, non-compliance with formal requirements, diversity of sanctions, right to withdrawal

Sumario: I. Introducción. II. La falta de armonización en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores. III. La finalidad de la forma exigida en las normas comunitarias de protección del consumidor y el concepto de “forma contractual”. IV. El incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores: Una propuesta de armonización.

I. Introducción

1. La reciente Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010, *por la que se crea un Grupo de Expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo*¹ supone

¹ DO, L 105/190 de 27-4-2010

un nuevo impulso a las labores de unificación del Derecho privado en Europa. Aunque ciertamente las instituciones comunitarias parecen haber abandonado la idea de redactar un Código europeo², inclinándose por la elaboración de un cuerpo de principios o reglas comunes carente de efectos vinculantes³, no puede negarse la importancia de la mencionada resolución. Mediante ella se pretende crear un “Grupo de expertos” que asesore a la Comisión en la preparación de una *Propuesta sobre un Marco común de Referencia* para cuya elaboración debe tomarse como base el Proyecto académico de Marco común de referencia (DCFR)⁴ confeccionado, como es sabido, por el *Study Group*. La Propuesta, según se indica en el Considerando 5, debe consistir en “un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión *para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo*”.

2. Con independencia de que la finalidad de esta *Propuesta de Marco Común de Referencia* sea, no solo la revisión de la legislación existente en la Unión, sino también la creación de un instrumento normativo de carácter opcional⁵, la frase subrayada pone de manifiesto que las instituciones europeas son conscientes de la falta de coherencia interna que caracteriza la legislación comunitaria actual. Esta falta de coherencia se ve agravada por el escaso efecto armonizador que cabe predicar de la mayoría de las Directivas comunitarias, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que las mismas, más que un Derecho *uniforme*, han provocado un Derecho *deforme*⁶.

3. De hecho, la insuficiencia de las Directivas como medio para obtener la unificación del Derecho privado en Europa ha sido uno de los principales argumentos empleados por los que han defendido la necesidad de unificarlo por medio de un Código común⁷. La ineficacia de las Directivas para armoni-

² Este fue el propósito inicialmente manifestado por el Parlamento europeo en las Resoluciones de 26 de mayo de 1989 “Sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros” (DOCE 158 de 26-6-89); y 6 de mayo de 1994, sobre “La armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros” (DOCE 205 de 25-7-94).

³ Se plasma esta postura en la Comunicación de 12 de febrero de 2003 de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*, [COM (2003) 68 final], la cual ha dado lugar, como se sabe, a la elaboración del borrador académico de Marco Común de Referencia (Common Reference Frame o CFR) cuya edición completa (6 vols.) fue publicada en 2009 (en la ed. Sellier).

Dicha Comunicación tiene su antecedente en la *Comunicación de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo* [COM (2001) 398 final] que planteaba distintas vías de acción en relación con el Derecho contractual europeo: a) la no actuación de la Comunidad; b) fomentar la elaboración de principios comunes no vinculantes dirigidos a facilitar la aproximación de los ordenamientos jurídicos; c) mejorar la legislación existente; d) elaborar un cuerpo de normas completas a nivel comunitario. Con base en las reacciones suscitadas por dicha Comunicación se opta, en la de 2003, por las alternativas segunda y tercera. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquívono) desenlace”, en *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 60, 61; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: *Soft Law versus Hard Law* o *Comisión contra Parlamento*”, en *Derecho Privado europeo: Estado actual y Perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona, 2008, p. 389; E. ARROYO AMAYUELAS/A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo”, *La Ley*, 2002-2. D-50, pp. 1789, 1790.

⁴ Así lo indican tanto el Considerando 8 como el art. 2 de la referida Decisión, que establece que será función del Grupo “Seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho contractual”, y “reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados del proyecto de marco común de referencia, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este ámbito, así como el acervo de la Unión”.

⁵ Así parece desprenderse del Considerando 6, que alude a la Comunicación “*Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*” en cuya virtud debe avanzarse “hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional”.

Se acepta, en este sentido, la propuesta de la doctrina, que ha venido abogando por la configuración del CFR como instrumento opcional, al que los contratantes puedan someterse voluntariamente. Vid. entre otros, A. VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo: Problemática, Propuestas y Directivas*, Barcelona, 2009, pp. 244, 262; S. SÁNCHEZ LORENZO, p. 390; F.J. INFANTE RUIZ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *InDret*, 2/2008, pp. 30 y ss. Insiste en particular en esta cuestión S. LEIBLE, “¿Qué hacemos con Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional”, en *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, cit. pp. 233 y ss., que plantea la posibilidad de que las partes puedan elegir el CFR como derecho aplicable incluso cuando se trata de contratos puramente internos (p. 241), y no sólo cuando se trata de contratos celebrados entre empresarios sino también cuando se trata de contratos entre empresarios y consumidores y contratos entre particulares (pp. 243, 244).

⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, ob. cit., p. 400

⁷ Por todos, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, ob. cit., p. 69; L. DÍEZ-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A.M. MORALES, *Los principios del Derecho europeo de Contratos*, Madrid, 2002, pp. 99, 100, 110.

zar adecuadamente los Derechos internos se debe, entre otros factores, a su carácter de normas de mínimos, su carácter fragmentario y parcial y a las frecuentes contradicciones existentes entre ellas⁸. Ante tal situación, el legislador comunitario ha dictado últimamente Directivas que pretenden la “armonización total”⁹, aunque admiten excepciones –así la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo¹⁰ y la Directiva 2008/122 sobre 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 intercambio¹¹– sustituyéndose, en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores [COM (2008) 614 final], el principio de armonización mínima por el de plena armonización¹².

4. En cualquier caso, y aunque el principio de plena armonización del que parte la mencionada Propuesta de Directiva no está exento de críticas¹³, conviene hacer notar que un claro ejemplo de “desarmonización” se aprecia en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores. Las normas comunitarias dirigidas a la protección de consumidores se caracterizan por la imposición de numerosas exigencias formales, lo que ha dado lugar a que se hable de un cierto “renacimiento o retorno al formalismo”¹⁴. Pero, si se analizan los requisitos formales impuestos en algunos

⁸ S. CÁMARA LAPUENTE, ob. cit., pp. 54, 55.

⁹ Respecto de la expresión utilizada, señala L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La nueva Directiva sobre el crédito al consumo o el decreto encanto de una armonización total (con muchas excepciones)”, *ReDeco*, nº 20, 2009, pp. 25, 26 que, si bien existe cierto consenso para calificar de *armonización mínima* la que permite a los Estados miembros mantener o promulgar disposiciones más estrictas o que supongan un mayor nivel de protección, la terminología usada para designar la que no lo permite es menos unánime. En su opinión la expresión preferible es “armonización total” o “plena”, aunque, en el caso de la Directiva de crédito al consumo, la califica como “*armonización total con excepciones*”.

¹⁰ De acuerdo con el Considerando 9 “Una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien en un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior. En este sentido, Los Estados miembros no deben poder mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las previstas por la presente Directiva, pero *tal restricción solo debe aplicarse cuando en la Directiva haya disposiciones armonizadas...*”.

¹¹ Según el Considerando 3, “...es preciso armonizar totalmente 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: No se debe permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones divergentes de las que recoge la presente Directiva. *En los casos en que no existan dichas disposiciones armonizadas*, los Estados miembros deben tener libertad para mantener o introducir normas de Derecho interno acordes con el Derecho comunitario...”.

¹² Vid. Considerandos 4 a 8.

¹³ En la Propuesta se justifica el enfoque de armonización plena en ella adoptado con base en que el principio de armonización mínima es la razón del insuficiente comercio transfronterizo entre los países de la Unión. Se aduce que la existencia de regulaciones todavía diferentes provoca costes de transacción y una escasa confianza del consumidor en que el nivel de protección que puede obtener en otro país sea tan alto como en el suyo propio.

La doctrina observa, sin embargo, que es dudoso que la plena armonización vaya a incrementar el tráfico comercial pues se trata ésta de una afirmación que no ha sido contrastada. Además los presuntos costes de transacción a que alude la Propuesta no han sido nunca calculados; tampoco existe ninguna evidencia del argumento relativo a la confianza del consumidor, que, por otra parte, no tiene en cuenta que, según el Reglamento Roma I, cuando el denominado “consumidor pasivo” contrata con un comerciante extranjero es aplicable la legislación del Estado en que está domiciliado. Afirmar que la decisión de comprar productos extranjeros viene determinada por la ley aplicable, es, por lo demás, cuestionable, ya que no siempre los consumidores son conscientes de sus derechos. Se concluye, en síntesis, que no es la existencia de legislación divergente lo que dificulta el comercio transnacional, sino otros factores no tenidos en cuenta por el legislador comunitario, como las diferencias lingüísticas, los hábitos de consumo, los mayores costes de transporte, la dificultad de acceder a un servicio postventa posterior, o las mayores dificultades a la hora de presentar reclamaciones o devolver el producto adquirido en otro estado miembro. Vid. P. ROTT /E. TERRY, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009-3, pp. 459-462; H. MICKLITZ/N. REICH, “Crónica de una muerte anunciada: The comisión proposal for a Directive on Consumer Rights”, *Common Market Law Review*, 2009, nº 46, pp. 474-478.

Por otra parte, dado que la Propuesta incide en cuestiones centrales del derecho contractual –e incluso afecta a la transferencia del derecho de propiedad– se advierte que puede ser particularmente complicado insertar las reglas de ella derivadas en los sistemas jurídicos de los distintos países miembros. G. HOWELLS/R. SCHULZE, “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, 2009, p. 7. Asimismo P. ROTT/E. TERRY, ob. cit., p. 463; M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena”, (trad. por E. ARROYO AMAYUELAS), *InDret*, 2/2010, pp. 12 y 13, quienes señalan además que la Propuesta de Directiva, no solo no mejora la protección otorgada al consumidor en algunos países europeos, sino que en algunos casos la empeora, al tiempo que advierten sobre las dificultades que tendrán los Estados miembros a la hora de modificar la regulación para adaptarla a las cambiantes circunstancias.

¹⁴ En España utilizan esta o similar expresión, por ejemplo: G. GARCÍA CANTERO, “Integración del Derecho de consumo en

países comunitarios –concretamente España, Francia, Italia y Alemania– en aplicación de ciertas Directivas –Compraventa fuera de establecimiento mercantil, Viajes combinados, Crédito al consumo y Aprovechamiento por turno¹⁵– se comprueba que las regulaciones internas dictadas en transposición de dichas Directivas son notablemente diversas, lo que pone de manifiesto la escasa armonización a la que antes se ha hecho referencia. A continuación se expone una breve síntesis de la normativa aplicable en cada uno de los países expresados que refleja claramente la heterogeneidad de las soluciones adoptadas¹⁶.

II. La falta de armonización en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores

5. La diversidad de regulaciones que, en el campo de la forma contractual, han originado las Directivas examinadas se concreta en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, las exigencias formales impuestas en las normas comunitarias no han sido siempre interpretadas de la misma manera por el legislador interno:

- Así por ejemplo, si la *Directiva 85/77 sobre venta fuera de establecimiento mercantil* dispone en su art. 4 que el comerciante está obligado a informar por escrito al consumidor sobre su derecho de desistimiento¹⁷, tal disposición ha llevado a España¹⁸ y a Francia¹⁹ a imponer la obligación de redactar el contrato por escrito, mientras que en Italia y en Alemania sólo se obliga al empresario a informar por escrito al consumidor de la existencia del mencionado derecho de desistimiento²⁰.

- El art. 4 de la *Directiva 87/102 de crédito al consumo* (sustituida por la Directiva 2008/48²¹) exigía que los contratos de crédito se hicieran por escrito. En aplicación de dicha norma comunitaria, se estableció, en España, Italia y Alemania, que los contratos de crédito al consumo deben redactarse por escrito²². En Francia, en cambio, sólo se exige que se redacte por escrito la *oferta*, que es vinculante

el Derecho de obligaciones” *RJN*, 1992, p. 50; R. CASAS VALLÉS, “Defensa de los consumidores y Derecho civil”, *RJC*, 1992, p. 100; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994-I, pp. 82, 83; T. ECHEVARRÍA DE RADA, “El formalismo como característica del derecho del consumo”, *BIMJ*, 2000, n° 1863, p. 619.

¹⁵Las Directivas señaladas son, más exactamente, las siguientes: Directiva 85/77 sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil; Directiva 90/314 sobre viajes combinados; Directiva 87/102 sobre crédito al consumo y Directiva 94/47 sobre contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Las dos últimas Directivas han quedado sustituidas por la Directiva de crédito al Consumo 2008/48 y la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio. No obstante, los ordenamientos examinados (salvo por lo que respecta a Alemania, donde y ya se ha transpuesto la Directiva 2008/48, y a Francia, que ha realizado la transposición de la Directiva 2008/122) tomaron como punto de partida para establecer la regulación vigente las anteriores Directivas.

¹⁶Para un análisis más detenido de las prescripciones formales establecidas en los países mencionados en aplicación de las citadas Directivas, puede verse M.J. SANTOS MORÓN, “La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de *lege ferenda*”, *R.D.Patrimonial*, 2009-2, pp. 231 y ss.

¹⁷En la traducción española de la Directiva se habla de “derecho a rescindir el contrato”. No obstante, en la Ley 26/91 se empleó el término “desistimiento”, expresión ésta que es la utilizada con carácter general en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Consumidores (RDL 1/2007 de 16 de noviembre). El citado derecho de desistimiento equivale al denominado, en Alemania “derecho de revocación” (*Widerrufsrecht*), en Francia “renuncia” (*renonciation*) y en Italia “receso” (*recesso*).

¹⁸Según el art. 111 TRLC, que viene a reproducir lo establecido en el anterior art. 3 Ley 26/91, este contrato debe redactarse por escrito, debiendo entregarse un ejemplar al consumidor. En el documento contractual debe informarse al consumidor sobre la existencia del derecho de desistimiento.

¹⁹Según el art. L. 121-23 del *Code de la Consommation* el contrato de “demarchage a domicile” debe ser redactado por escrito, incluyendo ciertas menciones preceptivas entre las que se encuentra la relativa al derecho de desistimiento. Además debe entregarse al consumidor un ejemplar del contrato.

²⁰Art. 47.1 del *Codice del Consumo* y § 355.2 S. 1 BGB. Este último precepto aclara que el empresario debe informar al consumidor en “forma de texto” (*Textform*). Sobre el concepto de “forma de texto” (§ 126 b BGB) que debe diferenciarse del concepto de “forma escrita” (*Schriftform*, § 126 GBG), se hablará más adelante (vid. epígrafe tercero)

²¹Esta Directiva ha sido ya transpuesta al Derecho alemán mediante la Ley de 29 de julio 2009, que abarca también los “aspectos civiles” de la Directiva de servicios de pago: *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht*. Puede consultarse en <http://www.bmj.bund.de/enid/Verbraucherschutz>.

²²El art. 6.1 de la Ley española de crédito al consumo (Ley 7/95) exige que el contrato conste por escrito, con un contenido obligatorio preceptivo, debiendo entregarse al consumidor un ejemplar del mismo. Una regla similar establece en Italia el art.

durante 15 días y ha de entregarse al consumidor en doble ejemplar²³.

- Por lo que respecta al contrato de *viajes combinados*, el art. 4.2.b) de la Directiva 90/314, dispone que “todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito o en cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor y deberán serle comunicadas previamente a la celebración del contrato; el consumidor recibirá una copia”. La ley alemana exige solamente, de acuerdo con el precepto citado, que se entregue al consumidor un documento (“Urkunde”) en el que se enuncien las condiciones contractuales (“Reisebestätigung”) (§ 651 a BGB)²⁴. Sin embargo en España (art. 145 TRLC, que reproduce el anterior art. 4.1 LVC), Francia (art. 17 ley 13 julio 1992) e Italia (art. 85 C. consumo) se ha considerado necesario imponer la obligación de redactar el contrato por escrito, debiendo entregarse al consumidor una copia del mismo.

- La regulación más uniforme es, quizás, la dictada en aplicación de la *Directiva 94/47 sobre contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno* (derogada por la nueva Directiva 2008/122). En Italia, Alemania y España se exige que este tipo de contrato se redacte por escrito, incluyendo un contenido preceptivo mínimo²⁵. En Francia, donde ya se ha transpuesto la Directiva 2008/122, se exigía igualmente la forma escrita pero presuponiéndose la emisión separada de la oferta y la aceptación²⁶. En la actualidad, el nuevo art. L.121-66 *Code de la Consommation*, exige que el profesional entregue al consumidor un ejemplar del contrato escrito²⁷.

6. En segundo lugar, las sanciones previstas para el incumplimiento de requisitos de forma derivados de una misma Directiva varían de un país a otro. La razón de esta diversidad no es la diferente interpretación de las Directivas realizadas por cada Estado sino la falta de regulación, en las normas comunitarias, de las consecuencias de la inobservancia de los requisitos formales en ellas exigidas²⁸. El

117. D. leg. 385/93.

En cuanto al Derecho alemán, hasta la reciente reforma del BGB llevada a cabo por la mencionada Ley de 29 de julio de 2009, el § 492.1 BGB exigía que el contrato se celebrara por escrito, aunque permitía la emisión separada de la oferta y la aceptación, debiendo estar firmada únicamente la aceptación del prestatario (§ 492.1 S.3). Quedaba excluida, sin embargo, la conclusión electrónica del contrato (§ 492.1, S.2) En el inciso quinto del citado § 492.1 se enunciaría la información obligatoria que debía incluir el contrato. Por último el § 492.3 disponía que prestamista debía entregar al prestatario una copia del contrato.

La versión actual del § 492.1 BGB, tras las modificaciones llevadas a cabo por la citada ley de trasposición de la Directiva 2008/48, no difiere mucho de la anterior. Se ha suprimido la prohibición de concluir electrónicamente el contrato, así como el inciso quinto del § 492.1, pero, por lo demás, la regulación vigente es igual a la anterior. El señalado inciso quinto (ahora suprimido) enunciaba las menciones informativas que debían hacerse constar el contrato. En lugar de este último inciso se ha incluido un apartado (§ 492.2) en el que se dice que el contrato debe contener las menciones expresadas en el art. 247§§ 6 bis 13 de la denominada *Einführungsgesetz* –que podría traducirse como “Ley de Introducción al BGB”–. Por otra parte, el nuevo § 492.3 reitera la obligación de poner a disposición del prestatario una copia (*Abschrift*) del contrato.

²³ Así lo establece el art. 311-8 del *Code de la Consommation*. En dicha oferta debe incluirse la información especificada en el art. 311-10 *Code de la Consommation*. La aceptación de la oferta no está sujeta a ninguna forma específica.

²⁴ Conviene señalar que el contrato (entendiendo por tal las declaraciones de voluntad de las partes) no está sujeto a una forma específica. La reserva puede realizarla el consumidor de cualquier modo, y lo mismo ocurre con la aceptación por parte del organizador. Sobre ello vid. J. ECKERT, § 651 a, Rn 72, en *Staudingers Kommentar*, t. II, Berlín, 2003; H. MICKLITZ, “Reiserecht”, en N. REICH/H. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4ª ed., Baden-Baden, 2003, p. 684. En relación con ello, hay que advertir que en el Derecho alemán se entiende que la oferta de viaje consiste en la reserva del cliente, quedando perfeccionado el contrato cuando el organizador la acepta. Por todos, K. TONNER, § 651 a Rn 64, en *Münchener Kommentar*, t. 4, 4ª ed., München, 2005). Lo que exige el Código alemán es que se proporcione al consumidor la información contractual preceptiva en “forma de texto” (*Textform*), lo que significa que dicha información no tiene que constar necesariamente en papel, basta con que quede plasmada en un “soporte duradero” como puede ser un CD-ROM (sobre el concepto y significado de la denominada *Textform* vid. infra, epígrafe III).

²⁵ Vid. art. 9.1 Ley 14/98 sobre derechos de aprovechamiento por turno; art. 71 *Codice di consumo*; § 484.1 BGB.

²⁶ De acuerdo con la versión anterior del art. L. 121-61 C. *Consommation* “la oferta de contrato se establece por escrito”. Dicha oferta debía incluir todas las menciones informativas establecidas en la ley y debe ser firmada por el profesional. Éste debía entregar o enviar al consumidor la oferta en dos ejemplares, y éste último debía devolverla firmada (arts. L. 121-63 y L. 121-64).

²⁷ El art. L. 121-61 C. *Consommation* –modificado por la Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 (puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr>)– dispone que “El profesional debe entregar al consumidor un contrato escrito en soporte papel o en otro soporte duradero. Debe estar redactado, a elección del consumidor, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en el que resida o de su nacionalidad, siempre que se trate de un alengua oficial de la Comunidad europea...”.

²⁸ Así lo pone de relieve E. ARROYO AMAYUELAS, “Qué es forma en el Derecho contractual comunitario de consumo”, *ADC*, 2008-II, p. 537, quien señala que es difícil “encontrar en el *acquis* suficientes evidencias que permitan a los Estados miembros introducir mecanismos coherentes de sanciones”.

silencio del legislador comunitario sobre esta cuestión ha ocasionado, de un lado, que cada país prevea distintas sanciones para la falta de forma derivada de una misma Directiva y, de otro, que las sanciones previstas para el incumplimiento de la exigencia de forma establecida en los contratos celebrados con consumidores varíen en función del tipo de contrato de que se trate:

- Así, por ejemplo, si en Francia se entiende que la falta de forma escrita en el *contrato fuera de establecimiento mercantil* –al igual que la omisión de las menciones informativas obligatorias en el contrato escrito– determina la nulidad del convenio²⁹, en España la sanción legalmente prevista para la falta de forma es la anulabilidad (art. 112 TRLC, similar al anterior art.3 Ley 26/91)³⁰

- En relación con el contrato de crédito al consumo, que debe constar por escrito, como se ha dicho antes, tanto en España, Italia como en Alemania, la falta de forma determina en España la nulidad absoluta³¹ en Italia su nulidad relativa³², y en Alemania (donde la regulación ha permanecido en este punto inalterada tras la transposición de la Directiva 2008/48), también la nulidad (§ 494.1 BGB)³³, pero con posibilidad de subsanación por medio de la entrega del préstamo al prestatario (§ 494.2)³⁴.

- Respecto del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno, que en todos los países aludidos debe redactarse por escrito, la inobservancia de dicha forma da lugar a la nulidad en Italia (art. 71.1 *Codice del Consumo*) y Alemania³⁵. Esta era también la sanción establecida en Francia antes de la transposición de la Directiva 2008/122³⁶. En España en cambio, la LDAT no prevé ninguna sanción, si bien, suele considerarse, por aplicación *a fortiori* del art. 10.2 de la Ley 42/93, que el incumplimiento de la forma escrita determina la posibilidad de resolver el contrato en el plazo de 3 meses desde su firma³⁷.

- Por último y en relación con el contrato de viajes combinados, la particularidad reside en que en ninguno de los ordenamientos examinados se prevé consecuencia alguna para el supuesto en que el contrato no se redacta por escrito³⁸.

²⁹ Según el art. L.121-23 *C. Consommation* la omisión de las menciones informativas preceptivas determina la nulidad del contrato, entendiendo la doctrina que la falta de forma escrita (que conlleva un total incumplimiento de las obligaciones de información establecidas) acarrea igualmente la nulidad. P. MALAURIE/L. AYNES, *Cours de Droit civil*, t.VI, *Les obligations*, vol. 2º, 11ª ed., 2001, p. 210; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 5ª ed., 2003, p. 517; J. FLOUR/J.L. AUBERT/F. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1º, 12ª ed., París 2006, p. 253.

³⁰ Recuérdese que en Italia y Alemania, no se exige que el contrato se redacte por escrito, siendo suficiente que se informe por escrito al consumidor de la existencia del derecho de desistimiento. El incumplimiento de esta obligación trae consigo, en Italia, la ampliación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento que pasa de ser, de 10 días, a 60 (art. 65 *Codice del Consumo*). En Alemania la consecuencia aplicable es la ampliación indefinida del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, ya que no comienza a correr hasta que no se cumpla tal obligación (§ 355.2 S.1 BGB).

³¹ Esta es la consecuencia establecida en el art. 7 de la Ley 7/95 de crédito al consumo, aunque algunos autores prescinden del tenor legal y tienden a realizar una interpretación correctora del precepto a fin de paliar los posibles efectos perjudiciales para el consumidor. Vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 240.

³² Art. 117,3 en relación con el art. 127.2 (“La nulidad prevista en el presente título puede ser hecha valer sólo por el cliente”) del D.leg. 385/93 (al cual se remite el *Codice del Consumo*).

³³ La versión actual de este precepto –que como se dijo fue modificado por la Ley de 20-7-09 dirigida a la transposición de la nueva Directiva de crédito al consumo– establece, al igual que la anterior, que, tanto la no documentación del contrato por escrito como la no inclusión en el mismo de las menciones obligatorias preceptivas, ocasionan la nulidad del negocio.

³⁴ La regla señalada no ha sido modificada, tras la Directiva 2008/48, por la Ley de 20-7-09.

³⁵ Aunque el § 484 BGB, según el cual el contrato de “vivienda en tiempo compartido” precisa la forma escrita, no prevé ninguna sanción para la falta de forma, la inobservancia de la misma determina, por aplicación del § 125 BGB (que regula con carácter general la “forma escrita” o *Schriftform*) la nulidad del contrato, sin que exista en este supuesto, a diferencia de lo que sucede con el crédito al consumo, la posibilidad de subsanación (*Heilung*).

³⁶ El art. 121-76 del *Code de la Consommation*, disponible, en su versión anterior, que la no emisión por escrito de la oferta, la omisión de alguna de las menciones obligatorias, o el incumplimiento de las condiciones de aceptación de la oferta (v. gr. firma y mención manuscrita de la fecha y el lugar por parte del consumidor) ocasionaban la nulidad del contrato.

El nuevo art. 121-76 *C. Consommation*, modificado por la mencionada Ley nº 2009-288 de 22-7-09, tiene ahora un contenido absolutamente diverso, pues se refiere a los contratos de productos vacacionales de larga duración. Las consecuencias del incumplimiento, por parte del empresario, de la obligación de entregar un ejemplar del contrato escrito al consumidor (art. L 121-66 en su versión actual) han quedado sin regulación.

³⁷ En realidad esta consecuencia está prevista para el supuesto en que el contrato no contiene la información preceptiva, pero si éste no se redacta por escrito es evidente que se da esta situación, por lo que cabe aplicar igual consecuencia. Vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 241, texto y nota 109.

³⁸ Tampoco en el BGB se expresa la consecuencia aplicable en el supuesto en que la agencia de viajes no entrega al consu-

7. Como puede apreciarse, las sanciones previstas para el incumplimiento de las exigencias formales derivadas de las Directivas examinadas presentan una considerable falta de coherencia, lo cual resulta, en mi opinión, claramente criticable. Como ahora se verá, la finalidad perseguida por las normas comunitarias que imponen requisitos formales es proteger al consumidor proporcionándole una adecuada información acerca del contenido del contrato que suscribe. Siendo esto así, carece de justificación que la sanción prevista para la falta de forma sea diferente dependiendo del tipo de contrato de que se trate³⁹. Pero más injustificado, si cabe, resulta que la falta de forma de *un mismo contrato* merezca sanciones diferentes en cada Estado miembro. No tiene ningún sentido que en un país un contrato sea nulo cuando carece de forma escrita, pero en otro sea válido y, por ejemplo, susceptible de resolución⁴⁰, cuando la exigencia de forma deriva de la misma Directiva⁴¹. Y, conviene poner de relieve que esta situación no parece que conduzca a un satisfactorio nivel de protección del consumidor en el seno del mercado interno⁴². De ahí que se observe que el legislador comunitario debería pronunciarse sobre las consecuencias aplicables en caso de inobservancia de la forma exigida⁴³.

8. Pese a lo dicho, las nuevas Directivas sobre crédito al consumo (Dir. 2008/48) y sobre contratos de aprovechamiento por turno, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio (Dir. 2008/122) omiten referirse expresamente a las consecuencias del incumplimiento de la exigencia de forma en ellas establecida⁴⁴, lo que ha permitido, por ejemplo al legislador alemán, llevar a cabo la transposición de la primera de ellas (Ley 29-7-09, anteriormente citada), manteniendo incólume la sanción de nulidad anteriormente prevista para la falta de forma escrita del contrato de crédito al consumo (§ 492 BGB)⁴⁵, al tiempo que en Francia se ha realizado la transposición de la Directiva 2009/122, dejándose sin regular las consecuencias de la infracción de los requisitos de forma en ella establecida⁴⁶.

9. Tampoco se ha corregido la situación descrita en los trabajos de armonización del Derecho comunitario realizados por el *Acquis Group*. Los “Principios del Derecho contractual comunitario” (ACQP) se limitan a consagrar el principio de libertad de forma⁴⁷ a pesar de que, como sabemos, en las normas comunitarias existen numerosas excepciones a dicho principio. De acuerdo con tal premisa, omiten toda referencia a las consecuencias de la infracción de requisitos formales en el supuesto en que vengan establecidos.

midor el documento con las condiciones contractuales (*Reisebestätigung*).

³⁹ Por ejemplo en España la falta de forma escrita se sanciona con la anulabilidad en el contrato de venta fuera de establecimiento mercantil, con la nulidad en el de crédito al consumo, siendo posible la resolución en el de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. Para la hipótesis de no documentación del contrato de viajes combinados no se prevé consecuencia alguna.

⁴⁰ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. La falta de forma escrita determina su nulidad en Francia, Italia y Alemania. En España, sin embargo, como se ha visto, se entiende que la consecuencia es la posibilidad de resolución en el plazo de 3 meses.

⁴¹ En este sentido P. BYDLINSKI, “Formgebote für Rechtsgeschäfte und die folgen ihrer Verletzung”, en R. SCHULZE/M. EBERS/H.C. GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire* Tübingen, 2003, p. 146.

⁴² Así lo pone de relieve E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, París, 2006, pp. 108, 113.

⁴³ P. BYDLINSKI, ob. cit., p. 152.

⁴⁴ La Directiva 2008/48 dispone en su art. 10 que “Los contratos de crédito se establecerán en papel o en otro soporte duradero. Todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier norma nacional relativa a la validez de la celebración de contratos de crédito que sean conformes con el Derecho comunitario”.

La Directiva 2008/122 establece, por su parte, en el art. 5 que “los Estados miembros velarán por que el contrato se extienda por escrito, en papel o en otro soporte duradero, y se redacte en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor, o del que este sea nacional, a elección del consumidor, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad [...]”.

⁴⁵ De hecho el art. 10.1 de la Directiva 2008/48, tras exigir que el contrato se establezca “en papel o en otro soporte duradero” debiendo recibir una copia “todas las partes contratantes”, añade que dicho artículo “se entenderá *sin perjuicio de cualquier norma nacional relativa a la validez de la celebración de contratos de crédito* que sean conformes con el Derecho comunitario”.

⁴⁶ Vid. lo indicado en nota 36.

⁴⁷ Art. 1: 303: “Salvo que se disponga de otro modo, no es preciso observar forma alguna en el tráfico jurídico”. Se transcribe la traducción española realizada por E. ARROYO AMAYUELAS (“Los principios de Derecho contractual comunitario”, *ADC*, 2008-I, p. 222).

Los Principios reconocen, sin embargo, la existencia de numerosas prescripciones formales en el *Acquis*, pero las toman en consideración, solamente, a fin de establecer una serie de reglas supuestamente dirigidas a sistematizar la terminología empleada por las distintas Directivas. Se establecen así en los arts. 1:304 a 1:306 distintos “niveles” formales (que serían, de menor a mayor, “forma textual” o “de texto”; “soporte duradero”; “por escrito” y “firma”⁴⁸) sobre los que se volverá en un momento posterior (*infra* epígrafe III)

10. Por lo que respecta al borrador académico de Marco Común de Referencia (DCFR), en él se consagra, igualmente, el principio de libertad de forma (art. 1:106, libro II,⁴⁹ si bien, en las reglas generales del libro I, se incluye un artículo dirigido a aclarar el significado de la expresión “por escrito”, que presenta ciertas divergencias respecto del que se le atribuye en los ACQP⁵⁰.

11. Por último hay que aludir a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008, que, como se sabe, revisa cuatro Directivas⁵¹, adoptando un enfoque de armonización plena. Pues bien, esta Propuesta, que parece haberse elaborado al margen de los mencionados trabajos de armonización del Derecho privado europeo⁵², no sólo no contiene reglas que mejoren la asistemática

⁴⁸ En los “Principios del Derecho contractual comunitario” se propone utilizar la expresión “*forma textual*” o “*de texto*” (“Textual form”) (art. 1:304) para aludir a los supuestos en que basta con expresar una declaración o información “en signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible” en cualquier soporte que permita su reproducción material (por ejemplo una página web que permita su descarga). La denominada “forma de texto” no requiere que la información esté disponible siempre de forma permanente e inalterada.

La inalterabilidad de la información supone un “nivel” añadido. Para este segundo nivel se propone la expresión “*soporte duradero*” (art. 1:305), definido como “cualquier instrumento que permita a su destinatario almacenar información para su consulta en cualquier momento a lo largo de un periodo de tiempo adecuado a la finalidad que persiga la información y que consienta la reproducción inalterada de tal información” –por ej. un CD– (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, “Comentario a los arts. 1:303 a 1:306”, en *Principles of the Existing EC Contract Law*, ed. Sellier, 2007, pp. 46, 48, 41).

El tercer nivel sería el resultante de exigir que una declaración se plasme “por escrito”. Se propone que se restrinja la expresión “por escrito” (“in writing”) al supuesto en que una declaración “es directamente legible”, lo que significa que ha de plasmarse en papel. Así E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, *ob. cit.* pp. 46, 55, 56

La exigencia de firma –que debería imponerse expresamente– sería el último nivel “formal” (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, *ob. cit.*, p. 55).

Sobre todo ello vid. también E. ARROYO AMAYUELAS, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona, 2008, pp. 107-112.

⁴⁹ Este precepto (que equivale al art. 1.107 de la edición provisional del DCFR publicada en 2008) dispone en su apartado primero: “Un contrato u otro acto jurídico no tiene que ser concluido, realizado o manifestado por escrito ni está sujeto a ninguna otra exigencia de forma”.

El apartado segundo del citado art. 1:106 está destinado a regular, para el supuesto en que un contrato resulte ser inválido por incumplir un particular requisito de forma, cuándo la parte que confió en la validez del contrato puede exigir responsabilidad al otro contratante.

⁵⁰ Según el art. 1:106 “una declaración es *por escrito* si se encuentra en *forma de texto*, y en caracteres que son directamente legibles a partir del papel o de otro soporte material duradero”

El concepto de “forma textual” o “de texto” (*Textual form*) es equivalente al utilizado en los ACQP. De acuerdo con el apartado 2º del artículo citado “forma textual” significa “un texto que es expresado en caracteres alfabéticos o cualesquiera otros inteligibles por medio de cualquier soporte que permita la lectura, la grabación de la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible”.

La noción de “soporte duradero” (*durable médium*) viene definida como “cualquier material en el cual pueda almacenarse información que sea accesible para futuras consultas durante un periodo de tiempo adecuado a la finalidad de la información y que permita la reproducción inalterada de dicha información” (art. 1:105.2). Como se ve, esta definición es igualmente muy similar a la recogida en los ACQP.

La diferencia entre las reglas recogidas en los ACQP, anteriormente enunciadas, y lo establecido en el art. 1:105 DCFR, radica, fundamentalmente, en el significado del término “por escrito”. Mientras que en los ACQP este término está reservado para el supuesto en que se plasma información escrita en papel, en el DCFR la expresión “por escrito” abarca tanto el supuesto en que se plasma información escrita *en papel*, como el que se plasma *en otro soporte duradero*.

⁵¹ La Directiva 85/577 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y la Directiva 1999/44 sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁵² Otra de las críticas que se hacen a esta Propuesta, además de la relativa al principio de plena armonización en ella establecido, es su ignorancia de las reglas sentadas tanto en los Principios del *Acquis* comunitario (ACQP) como en el borrador de Marco Común de Referencia (DCFR).

Así, P. ROTT/E. TERRY, *ob. cit.*, p. 458. H. MICKLITZ/N. REICH, *ob. cit.*, p. 473 señalan que es sorprendente que la Directiva omita toda referencia a los ACQP y a borrador académico del Marco Común de Referencia. Recuerdan estos autores que los

situación actual, sino que introduce algunas innovaciones, en relación con la forma del contrato fuera de establecimiento mercantil⁵³, que resultan inconsistentes y no obedecen a ninguna justificación clara. Según el art. 10.2 “Un contrato celebrado fuera de establecimiento sólo será válido *si el consumidor firma un formulario de pedido*” Este formulario de pedido debe contener, de acuerdo con el art. 10.1, la información exigida en el art. 9 e incluir el formulario normalizado de desistimiento reproducido en el anexo I.B. No obstante lo expresado, el precepto admite la posibilidad de que el “formulario de pedido” no se plasme en papel sino en otro soporte “duradero”. En este caso el contrato sólo será válido si el consumidor recibe una copia del mismo. Sobre el contenido de este precepto y las críticas que merece se volverá con posterioridad (*infra*, apartado IV)

III. La finalidad de la forma exigida en las normas comunitarias de protección del consumidor y el concepto de “forma contractual”

12. Como ahora se verá, la finalidad perseguida por las normas comunitarias que imponen exigencias formales es siempre la misma, esto es, informar al consumidor. Por consiguiente, la inobservancia de la forma exigida debería ser sancionada siempre del mismo modo y atendiendo a la finalidad perseguida con la imposición de requisitos formales. A continuación vamos a desarrollar esta cuestión, aludiendo asimismo al concepto de “forma” que se utiliza en el Derecho comunitario, ya que este extremo está estrechamente ligado con el anterior.

13. En primer lugar hay que señalar que la finalidad perseguida por la exigencia de forma en los contratos celebrados con consumidores no encaja con ninguna de las funciones tradicionalmente atribuidas a la forma escrita, que son, entre otras, la protección de los contratantes contra la precipitación, la fijación del momento de perfección del contrato o la preconstitución de una prueba de mismo⁵⁴. De las Directivas comunitarias se desprende que el objetivo de los requisitos formales en ellas impuestas es, fundamentalmente, informar al consumidor.

14. Uno de los principales mecanismos utilizados en el Derecho comunitario para compensar la situación de desequilibrio contractual de las partes es el establecimiento de numerosas obligaciones de información⁵⁵. La mayoría de las Directivas que regulan contratos con consumidores imponen a los empresarios obligaciones de información de carácter *precontractual*, a través de las cuales se pretende garantizar la libertad de decisión del consumidor y su capacidad de elección de las distintas ofertas⁵⁶. No obstante, en los casos en que a pesar de la información subsiste el desequilibrio, se otorga al consumidor el derecho a desligarse del contrato celebrado⁵⁷. Así, cuando las agresivas técnicas de contratación impiden que el modelo de información funcione, como sucede en la compraventa fuera de establecimiento mercantil, se concede

ACQP constituyen un conjunto de reglas dirigidas a eliminar las inconsistencias del “acquis” y mejorar la legislación comunitaria futura, de forma que una consulta a este documento, así como al DCFR, habría sido bienvenida. Similares críticas, pero centrándose en la escasa (o nula) influencia del DCFR sobre la Propuesta, realizan G. HOWELLS/R. SCHULZE, *ob. cit.*, p. 5, y A. NORDHAUSEN SCHOLEN, “Information Requirements”, en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, *cit.*, p. 215.

⁵³ La Propuesta, tras imponer una serie de obligaciones *precontractuales* de información aplicables con carácter general a los contratos de venta o servicios (arts. 5 a 7), se refiere a ciertas obligaciones de información aplicables a los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil, para regular a continuación los “requisitos formales” de estos contratos (arts. 10 y 11). Conviene advertir, sin embargo, que en el caso del contrato a distancia la regulación es similar a la establecida en la Directiva 97/7. Así, el art. 11 de la Propuesta exige, en su apartado 1, que se facilite al consumidor, antes de la celebración del contrato, la información expresada en el art. 9.a. En el apartado 4 dispone que “el consumidor deberá recibir *confirmación* de toda la información que figura en el art. 9, letras a) a f), en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración de todo contrato a distancia.

⁵⁴ Por todos vid. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, Madrid, 6ª ed., 2007, pp. 288, 289.

⁵⁵ Sobre el denominado “modelo informativo” que impera en el Derecho comunitario vid. B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München, 2004, pp. 266 y ss.

⁵⁶ K. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, Berlín, 2003, p. 121; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005; E. POILLON, *ob. cit.*, pp. 223, 224.

⁵⁷ En este sentido, C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2005, p. 70; P. BÜLOW/M. ARTZ, *Handbuch Verbraucherprivatrecht*, Berlín, 2005, pp. 9 y 10.

al consumidor un derecho de desistimiento (arts. 4 y 5 Directiva 85/577). Lo mismo ocurre cuando la complejidad del contrato, como en el caso de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno, requiere un tiempo de reflexión posterior que permita conocer el alcance del mismo (art. 5.1 Directiva 94/47).

15. Este derecho de desistimiento debe diferenciarse del tradicional “desistimiento unilateral” propio de las relaciones obligatorias constituidas con carácter indefinido, que permite a cualquiera de las partes extinguir la relación con efectos “ex nunc”⁵⁸. El derecho de desistimiento otorgado al consumidor constituye una figura jurídica “sui generis”, que permite, exclusivamente al consumidor, desvincularse discrecionalmente, con efectos retroactivos y de forma gratuita, de un contrato durante un breve periodo de tiempo posterior a la perfección del mismo⁵⁹.

16. Ahora bien, la imposición de obligaciones de información con carácter previo a la celebración del contrato y la consagración de un derecho de desistimiento no son suficientes para proteger adecuadamente al consumidor. La información es necesaria no sólo en la fase anterior a la celebración del contrato, *sino también con posterioridad al mismo*. Sólo si el consumidor cuenta con información sobre el exacto contenido de sus derechos y obligaciones puede reaccionar en caso de que el empresario intente modificar los términos del contrato, evitando el posible abuso de su posición contractual⁶⁰. Además, en aquellos casos en que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento –por ejemplo en el caso de la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno– el adecuado conocimiento del contenido contractual permite al consumidor valorar exactamente sus ventajas y desventajas para decidir si le conviene o no desistir del mismo⁶¹.

17. Esta es la razón de que las Directivas relativas a contratos con consumidores exijan, no sólo que el contrato se documente por escrito, sino también que en él se haga constar cierta información obligatoria y que se entregue al consumidor una copia del mismo⁶². La exigencia de forma escrita y la consiguiente obligación de entrega de un ejemplar del contrato constituyen el mecanismo técnico que se utiliza para informar al consumidor del conjunto de derechos y obligaciones dimanantes del contrato suscrito. Es decir, la documentación del contrato se utiliza con una finalidad instrumental, como “soporte” de la información obligatoria que ha de proporcionarse al consumidor⁶³.

⁵⁸ Esta es la denominación finalmente adoptada en el TRLC (arts. 68 y ss.) aunque, como se sabe, en la versión española de algunas Directivas se han utilizado los términos “rescisión” (Directiva 85/577 sobre venta fuera de establecimiento mercantil; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros) o “resolución” (Directiva 94/47 sobre aprovechamiento por turno, Directiva 97/7 sobre contratos a distancia) siendo también muy variada la terminología empleada en otros países para aludir a este derecho concedido al consumidor (*Widerruf, déces, renonciation, recesso*, etc.).

⁵⁹ Sobre la naturaleza y caracteres del derecho de desistimiento del consumidor y sus diferencias con el tradicional “desistimiento unilateral”, o con la facultad de “poner fin al contrato” que consagró la Ley 44/2006 de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vid. I. BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, pp. 23 y ss.

⁶⁰ S.T. MASUCCI, “La forma del contratto”, en N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo*, vol. 3º, Padova, 2003, pp. 209, 212, 234; V. ROPPO, *Il contratto del duemile*, Torino 2002, p. 30; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 271; F. GRECCO, ob. cit., p. 152.

⁶¹ Los autores alemanes hacen esta observación en relación con el contrato de aprovechamiento por turno (H. HEISS, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999, p. 140) pero también respecto del de crédito al consumo, ya que en el Derecho alemán, incluso antes de la transposición de la Directiva 2008/48, se otorgaba al prestatario un derecho de “revocación” (*Widerruf*). Así C. MELLER-HANNICH, ob. cit., p. 190, 195; P. BÜLOW, “Finanz-insbesondere Kreditgeschäfte und ähnliche Geschäfte sowie Versicherungsgeschäfte”, en P. BÜLOW/M. ARTZ, *Handbuch Verbraucherprivatrecht*, cit., p. 240.

⁶² La Directiva 87/102 sobre crédito al consumo dispone en su art. 4.1 que “los contratos de crédito se harán por escrito” y añade que “El consumidor recibirá una copia del contrato escrito”. En el art. 4.2 se especifica la información que obligatoriamente debe incluirse en dicho contrato.

La Directiva 94/47 sobre Aprovechamiento por turno establece (art. 4) que “los Estados miembros dispondrán en su legislación que el contrato, que se hará obligatoriamente por escrito, deberá contener al menos los datos que se mencionan en el Anexo...”. El precepto regula la lengua en que debe redactarse el contrato y obliga a facilitar al consumidor la correspondiente “traducción”.

La Directiva de Viajes combinados (90/314) dispone en su art. 4.2 b, que “todas las cláusulas del contrato” deben enunciarse “por escrito o en cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor”, debiendo entregarse una copia al consumidor. Como mínimo el contrato debe incluir las cláusulas informativas que figuran en el Anexo de esta Directiva.

Por lo que respecta a la Directiva de VFEM (85/577), esta última, como ya se indicó, no exige que el contrato se documente por escrito, simplemente exige que el comerciante informe por escrito al consumidor sobre su derecho de desistimiento (art. 4).

⁶³ P. MANKOWSKI, “Information and Formal Requirements in EC Private Law”, *European Review of Private Law*, 6-2005,

18. Puede decirse, en definitiva, que el legislador comunitario se vale de la imposición de exigencias formales con el fin de garantizar que el consumidor esté adecuadamente informado sobre el contenido del contrato que celebra⁶⁴. Esta finalidad explica que las exigencias formales establecidas en las normas comunitarias difieran de lo que tradicionalmente se ha considerado como “forma contractual”. Habitualmente se entiende por forma del contrato el modo o manera en que los contratantes exteriorizan su declaración de voluntad⁶⁵, por lo que, cuando se habla de “forma escrita”, se alude a la emisión por escrito –en documento público o privado– de las declaraciones de voluntad de los contratantes.

19. De las Directivas comunitarias examinadas se desprende, sin embargo, que cuando se exige que el contrato conste por escrito, lo fundamental no es que las declaraciones contractuales se emitan en dicha forma. Lo fundamental es que quede constancia documental de los derechos y obligaciones que conforman el contenido contractual⁶⁶, o de algún derecho en particular atribuido al consumidor⁶⁷, se haya o no emitido por escrito la voluntad de los contratantes. Pero además, como consecuencia de los avances técnicos, en el Derecho comunitario se aprecia un proceso de evolución dirigido a equiparar la “forma escrita”, tradicionalmente concebida como la plasmación de ciertos contenidos en un documento en papel, con el almacenamiento de información escrita en cualquier soporte que permita su reproducción posterior por el consumidor.

20. Muestra de ello son las nuevas Directivas sobre crédito al consumo (2008/48) y contratos de aprovechamiento por turno (2008/122). En la primera de ellas se dispone (art. 10.1) que “los contratos de crédito, en los que debe incluirse cierta información obligatoria, se *establecerán en papel o en otro soporte duradero*, debiendo todas las partes recibir un ejemplar”. La Directiva sobre contratos de aprovechamiento por turno (que se refiere también a otros contratos como los de adquisición de productos vacacionales de larga duración...) exige igualmente que estos contratos “se extiendan por escrito” y aclara que ello puede ser *en papel u otro soporte duradero* (art. 5.1)⁶⁸.

21. La noción de “soporte duradero” que viene definida en ambas Directivas⁶⁹, se identifica con cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información de forma que pueda ser consultada en el futuro repetidamente y pueda ser reproducida sin alteración. Por consiguiente, tienen el carácter de soporte duradero el fax, el correo electrónico, los CD, los pendrives, etc.⁷⁰.

22. En la misma línea se encuentra la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores que, al regular los “requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento” (art. 10)

pp. 781, 782; S.T. MASUCCI, ob. cit., p. 302; E. POILLOT, ob. cit., p. 105.

⁶⁴ Ello ha llevado a la doctrina francesa a utilizar la expresión “formalismo informativo” para aludir a este nuevo “formalismo” desarrollado en el ámbito del consumo. J. FLOUR/J.L. AUBERT/F. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, cit., pp. 252, 253; P. MALAURIE/L. AYNES, *Cours de Droit civil*, t. VI, *Les obligations*, vol. II, cit., p. 109; Y. PICOD/H. DAVOD, *Droit de la consommation*, París, 2005, p. 123.

También los autores italianos utilizan expresiones similares como forma *ad informationem* (B. SIRGIOVANNI, “Comentario a los arts. 85-88 del Codice de Consumo”, en *Codice del Consumo, Commentario a cura di VETTORI*, Padova, 2007, p. 717) o forma “informativa” (R. CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 272).

⁶⁵ Por todos, L. DIEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 287, 288.

⁶⁶ Esta idea se aprecia en particular en aquellas Directivas, como la de Viajes combinados, que no imponen la obligación de redactar por escrito “el contrato” sino la de enunciar por escrito “*las cláusulas del contrato*”. Una opción similar es la adoptada por la Directiva 2002/65 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, a la que hasta ahora no se ha hecho referencia, que dispone en su art. 5 que “El proveedor *comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales...* en soporte papel u otro soporte duradero...”.

⁶⁷ Así sucede en la Directiva sobre contratos fuera de establecimiento mercantil (Dir. 85/577) que sólo exige que el comerciante informe por escrito al consumidor de su “derecho a rescindir el contrato” (art. 4)

⁶⁸ En consonancia con ello, en Francia la mencionada Ley nº 2009-888 ha modificado el art. L.121-66 *Code de la Consommation* estableciendo que “el profesional debe entregar al consumidor un *contrato escrito en soporte papel o en otro soporte duradero*”.

⁶⁹ Vid. el art. 3, letra m) de la Directiva 2008/48 y el art. 2,1, letra h) de la Directiva 2008/122.

⁷⁰ Ya en la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia se aludía a la posibilidad de “confirmar” “*por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero*” (art. 5.1) la información que, ex art. 4 de la misma, debe facilitarse al consumidor antes de celebrar el contrato.

Un paso más dio la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros –cuyo art. 4 dispone que “el proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales... *en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor...*”– en la que se define ya la noción de “soporte duradero” (art. 2, letra f).

dispone que el formulario de pedido (que, como ya se indicó, debe firmar el consumidor) puede constar en papel o en *otro soporte duradero*⁷¹. En este último caso no es necesario que el consumidor firme tal formulario, exigiéndose, simplemente, que reciba una copia del mismo.

23. El hecho de que se permita que el contenido contractual se plasme por escrito, bien en soporte papel, bien en otro “soporte duradero” se explica porque, si lo que se pretende con la exigencia de forma es informar al consumidor, *no es indispensable que dicha información se encuentre plasmada en papel*. Basta con que esté almacenada en un instrumento que permita al consumidor consultarla y reproducirla sin cambios en cualquier momento.

24. Esta idea ha sido incorporada al ordenamiento jurídico alemán en la reforma del BGB que, como se sabe, ha incluido la dispersa regulación de los contratos celebrados con consumidores a este cuerpo legal. Una de las innovaciones introducidas en esta reforma consiste que en los preceptos que regulan con carácter general la forma del contrato se distingue entre la *forma escrita*, que es concebida como el documento público o privado a través del cual se exterioriza la voluntad de las partes y que requiere la firma de éstas⁷², y la denominada *forma de texto*. Esta última, que es tributaria de lo establecido en el Derecho comunitario, hace referencia a la plasmación de determinada información, bien en un documento en papel (*Urkunde*), bien “en otra forma adecuada para su reproducción duradera en signos escritos”⁷³. Cuando la ley exige la “forma de texto” para ciertos contratos no es necesaria la firma de las partes ya que dicha forma se exige en aquellos casos en que no se persigue ninguna de las funciones tradicionales de la forma escrita, sino que, simplemente, se considera insuficiente la manifestación oral de cierta información⁷⁴.

25. Por consiguiente cabe concluir que, mientras que la forma del contrato, entendida en su acepción tradicional, hace referencia al *modo en que se expresa el consentimiento*, la forma escrita, tal y como viene a ser concebida en el Derecho comunitario, atañe al *modo en que se cumplen determinadas obligaciones legales de información en el momento de celebración del contrato*. Además, si tradicionalmente se identifica la forma escrita con la redacción de un documento público o privado, equiparándose la “escritura” y la propia noción de “documento” con el soporte papel, en el Derecho comunitario la noción de “forma escrita” se desvincula de éste, siendo suficiente el empleo de cualquier instrumento que permita reproducir, de manera inalterada, el contenido del contrato.

26. Desde este punto de vista, la clasificación realizada en los *Acquis Principles*, en torno a los distintos niveles formales (“forma de texto”, “soporte duradero” “por escrito” y “firma”) no introduce mucha claridad. En las Directivas examinadas se exige que la información contractual preceptiva se suministre al consumidor *por escrito* –en unos casos se indica que deben hacerse constar por escrito

⁷¹ El concepto de “soporte duradero” es definido en el art. 2.10 como “todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”.

⁷² La forma escrita o *Schriftform* está regulada en el § 126 BGB: “(1) Si la ley prescribe la forma escrita, el documento debe ser firmado por el emitente mediante firma manuscrita o ser legalizado notarialmente. (2) En un contrato la firma de las partes debe constar en el mismo documento. Si el contrato se plasma en varios documentos equivalentes, basta con que cada parte firme el documento que le corresponde. (3) La forma escrita puede ser sustituida por la forma electrónica si de la ley no resulta otra cosa. (4) La forma escrita puede ser sustituida por la documentación notarial”. Su inobservancia, en el supuesto que la ley la prescriba, determina la nulidad del contrato en virtud del § 125 BGB: “Un negocio que carece de la forma prescrita en la ley es nulo. La falta de forma establecida negocialmente trae asimismo como consecuencia, en caso de duda, la nulidad”.

⁷³ Según el § 126 b: “Si la ley prescribe la *forma de texto*, la declaración debe emitirse en un documento o de otra forma adecuada para su reproducción duradera en signos escritos, debe mencionarse la persona del declarante y debe hacerse reconocible la emisión de la declaración por medio de la reproducción de la firma o de otra forma”.

La doctrina advierte que la “forma de texto” exige que la declaración no pueda ser modificada por el emisor y que pueda ser almacenada por el receptor para reproducirla, si lo desea, en un momento posterior. Por tal motivo no cumplen la “forma de texto” las declaraciones emitidas en una página web o mediante un chat on-line. S. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 11.

⁷⁴ P. Lutz-Ingo, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen, 2003, pp. 178, 183; H. Heinrichs, § 126 b, Rn. 1, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65º ed., 2006. En la edición de 2010, Ellenberger (§ 126 b Rn.1) señala que la “forma de texto” garantiza que los interesados puedan informarse de modo fiable acerca del contenido de una declaración.

todas⁷⁵ o algunas⁷⁶ de las cláusulas contractuales y en otros se alude al contrato mismo como “objeto” que debe constar por escrito⁷⁷— pudiendo reflejarse esos signos escritos, de acuerdo con las Directivas más recientes, bien *en papel* (lo que tradicionalmente se ha considerado un “documento”), bien en otro *soporte duradero*⁷⁸. La idea de soporte duradero requiere la inalterabilidad de la información, de manera que no revisten tal carácter, por ej. las páginas webs. Ello es lógico porque de otro modo se posibilitaría al empresario la modificación de los términos del contrato. Por otra parte, ninguna Directiva exige que las partes firmen el contrato escrito⁷⁹, entre otras razones porque, como se ha dicho, la forma escrita no se exige como medio de expresión de la declaración de voluntad, sino con una mera finalidad informativa.

27. Así las cosas, no se ve por qué razón en los ACQP se limita la expresión “por escrito” (“in writing”) a aquellos supuestos en que la información se plasma en papel⁸⁰. Aunque ciertamente en un “soporte duradero” como un CD o un DVD, podría almacenarse información *oral*⁸¹, lo habitual es que dicha información (téngase en cuenta que nos referimos a la relativa al contenido del contrato) tenga carácter “escrito”, es decir, sea expresada en el sistema de símbolos usado para escribir (escritura alfabética en la sociedad occidental actual). En este sentido, me parece preferible la regla establecida en el art. 1:106 (libro II) del DCFR, que, al describir el significado de la expresión “por escrito”, no la identifica con el soporte papel, disponiendo que “una declaración es por escrito si se plasma en forma de texto y en caracteres que son directamente legibles a partir (“from”) del *papel u otro soporte material duradero*”.

28. Por otra parte, el término “forma de texto”, según los ACQP, alude a la información expresada “en signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible” (v. gr. grafías chinas o japonesas) en un soporte que no tiene porqué garantizar la inalterabilidad de dicha información⁸². Sin embargo, es claro que cuando se exige que se suministre al consumidor información escrita sobre el contenido del contrato, la finalidad perseguida sólo puede cumplirse si esa información puede ser reproducida por el consumidor de manera inalterada⁸³. Por consiguiente, no parece que este “nivel formal” sea de mucha utilidad, al menos cuando nos referimos a la información precontractual o contractual que deba suministrarse al consumidor⁸⁴.

⁷⁵ Art. 4.2.b Directiva 90/314 sobre viajes combinados; Art. 5.1 Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

⁷⁶ Art. 4 Directiva 85/577 sobre venta fuera de establecimiento mercantil.

⁷⁷ Art. 4.1. Directiva 87/102 sobre crédito al consumo; art. 4 Directiva 94/47 sobre aprovechamiento por turno.

⁷⁸ Art. art. 4.1 Directiva 2002/64 sobre comercialización a distancia de servicios financieros; art 1 Directiva 2008/48 relativa a contratos de crédito al consumo; art. 5.1 Directiva 2008/122 sobre aprovechamiento por turno, productos vacacionales, reventa e intercambio.

⁷⁹ La afirmación señalada se refiere a las Directivas ya aprobadas. Queda al margen la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, que incorpora en su art. 10 una regulación absolutamente contradictoria (sobre ello vid. epígrafe siguiente).

⁸⁰ La Directiva 97/7 sobre contratos a distancia dispone en su art. 5 que “el consumidor deberá recibir conformación *por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero* a su disposición...” de lo que parece inferirse que identifica la expresión “por escrito” con el papel. Sin embargo, en otras Directivas más recientes, como la 2008/122, se indica que el contrato debe extenderse “*por escrito, en papel o en otro soporte duradero*” (art. 10.1).

Alguna otra Directiva emplea como términos disyuntivos, el “soporte papel” y el “soporte duradero” distinto del papel, sin aludir al carácter “escrito” de la información contractual, aunque éste resulta implícito. Así, la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros (art. 5: El proveedor comunicará todas las condiciones contractuales... *en soporte de papel u otro soporte duradero*...) y la nueva Directiva, 2008/48, de crédito al consumo (art. 10.1: Los contratos de crédito se establecerán *en papel o en otro soporte duradero*”).

⁸¹ En este sentido E. ARROYO AMAYUELAS, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario”, cit., p. 110.

⁸² El art. 1:106, apartado 2º, DCFR, sigue en este punto el criterio establecido en los ACQP, no exigiendo que la información contenida en el texto se encuentre disponible de manera permanente e inalterada. Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, full edition, vol. 1º, Munich, 2009, pp. 105, 106

Adviértase, por otra parte, que el concepto de “forma de texto” consagrado tanto en los ACQP como en el DCFR no coincide con el alemán. Como ya se indicó (nota 73) en este ordenamiento se entiende que la denominada *Textform* (§ 126 b) implica que la declaración no pueda ser modificada por el emisor.

⁸³ Y lo mismo cabe decir cuando se trata de información *precontractual* y no contractual.

⁸⁴ En los ACQP, lo mismo que en el DCFR, los ejemplos de “forma textual” se refieren a las condiciones generales empleadas por una empresa, que pueden estar disponibles en la web de la misma y ser descargadas desde ahí por el consumidor., lo cual se considera suficiente cuando se trata de contratos concluidos electrónicamente (art. 6:201. 3º ACQP; art. 3:105.2 –libro

29. Por último, tampoco parece necesario instaurar como un “nivel formal” la exigencia de firma, cuando hasta ahora (y salvo por lo que respecta a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores a la que a continuación se hará referencia) no aparece requerida por las normas comunitarias⁸⁵. No obstante, el art. 1:307 de los ACQP (lo mismo que el art. 1:106 del DCFR, que es casi idéntico a aquél), puede ser útil a la hora de interpretar qué debe entenderse por “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada”⁸⁶.

IV. El incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores: una propuesta de armonización

30. Se echa en falta en el Derecho comunitario y en los recientes trabajos de unificación del Derecho privado europeo una regulación coherente de la forma contractual y, en particular, de las consecuencias que han de aplicarse al incumplimiento de los requisitos formales que, en su caso, deba revestir el contrato.

31. Como ya se ha indicado, ni los ACQP⁸⁷ ni el DCFR tratan esta cuestión –se limitan a proporcionar una serie de definiciones relativas a los requisitos formales usualmente exigidos en el Derecho comunitario– y tampoco las Directivas 2008/48 y 2008/122 se pronuncian sobre las consecuencias de la inobservancia de la forma en ellas exigida.

32. Por lo que respecta a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, en mi opinión complica aún más la situación, pues, no sólo no contribuye a eliminar las incoherencias existentes, sino que introduce nuevos “requisitos formales” en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil que aumentan la confusión. Como se sabe, el art. 10.2 configura como “requisitos formales”, necesarios para la validez de tal contrato, indistintamente: a) la firma de un documento –el formulario de pedido– por parte del consumidor, y b) la recepción por el consumidor de una copia del formulario de pedido en “soporte duradero”.

33. De acuerdo con el inciso primero del art. 10.2 parece que la “forma escrita”, entendida en su acepción tradicional (emisión por escrito de la declaración de voluntad de las partes), es presupuesto de validez del contrato. Téngase en cuenta que se exige que tanto la oferta de contrato (el formulario de pedido) como la aceptación (como tal hay que considerar la “firma” del formulario por parte del consumidor) consten “por escrito”⁸⁸. Partiendo de tal premisa parece que un contrato fuera de establecimiento mercantil

II- DCFR) (*Principles of the Existing EC Contract Law*, cit., p. 48; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 1º, cit., p. 106).

⁸⁵ De hecho en los comentarios a los ACQP se indica que la firma manuscrita sólo ha sido expresamente requerida en el art. 2.2.d. de la Primera Directiva del Consejo 68/151, por lo que debe entenderse que, en tanto no se exija de manera expresa, la misma no es necesaria. (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, “Comentario a los arts. 1:303 a 1:306” en *Principles of the Existing EC Contract Law*, München, 2007, p. 56).

⁸⁶ El art. 1:307 ACQP, contiene la definición de “firma manuscrita”, “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada”. Respecto de la segunda dispone que significa “datos en forma electrónica que están unidos o lógicamente asociados con otros datos electrónicos a los cuales sirven como método de autenticación”. En cuanto a la “firma electrónica avanzada” se califica como tal aquella firma electrónica que reúne una serie de requisitos, como, entre otros, permitir la identificación del firmante o la detección de cualquier cambio realizado en los datos a los que se refiere la firma. Lo mismo viene a establecer el art. 1:106 DCFR.

⁸⁷ En los Comentarios a los ACQP se dice que no es posible ni necesario desarrollar una regla general aplicable en los supuestos de incumplimiento de los requisitos de forma, ya que esta cuestión debe ser resuelta en cada caso atendiendo a la finalidad de la exigencia formal (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, ob. cit., p. 43).

En mi opinión, tal afirmación no puede ser compartida porque la situación actual –cada país regula las consecuencias de la falta de forma como estima conveniente– ni favorece la confianza en el seno del mercado interno, ni resulta congruente, ya que las sanciones establecidas en los distintos Estados miembros no guardan relación con la finalidad perseguida por el legislador comunitario al imponer requisitos de forma, finalidad que, como se ha dicho, es, con carácter general, informar adecuadamente al consumidor sobre el contenido de la relación contractual.

⁸⁸ Tal y como está redactado el art. 10, podría pensarse que la “oferta” de contrato –el “pedido”– proviene del consumidor. Esto no tiene mucho sentido dado que ese formulario de “pedido” debe haber sido redactado por el empresario, que ha de incluir en él el contenido obligatoriamente exigido. Por ello debe entenderse que el formulario de pedido equivale a la oferta del

no sería válido si se concluye verbalmente. Sin embargo, esta idea no compagina con lo que se establece a continuación. Dado que se admite que el “formulario de pedido” no se plasma en papel, siendo suficiente su constancia en cualquier “soporte duradero”, en tal supuesto sólo es necesario para la validez del contrato que el consumidor reciba una copia del mismo. La inconsistencia del art. 10.2 resulta patente: ¿Por qué razón, si el formulario de pedido se plasma en papel, el contrato no es válido si se concluye verbal o tácitamente pero en cambio sí lo es cuando el formulario de pedido se plasma en un soporte duradero⁸⁹? Además, la invalidez del contrato celebrado verbalmente –cuando el formulario de pedido se plasma en papel–, o la invalidez del contrato en que no se entrega al consumidor el “soporte duradero” que contiene el formulario, en nada beneficia a éste último. Piénsese en la posibilidad de que el consumidor haya pagado total o parcialmente el precio del bien o servicio objeto del contrato. Siendo el contrato inválido no podrá reclamar la ejecución de la prestación⁹⁰.

34. Por otra parte, el hecho de que se equiparen, como requisitos de validez del contrato, la “firma del formulario de pedido” y la recepción del “soporte duradero” que lo contiene, pone sobre la pista de que la finalidad de ese “formulario” es informar al consumidor sobre el contenido del contrato. Resulta extraño por ello que, cuando el formulario se plasma en papel, no se exija que se entregue una copia al consumidor, requiriéndose, sin embargo, que éste último lo firme. ¿Qué utilidad puede tener dicho formulario, en el que debe hacerse constar toda la información que se considera necesaria para el consumidor (art. 10.1), si éste no recibe una copia del mismo? ¿Qué sentido tiene la exigencia de “firma” del repetido formulario? No parece que se pretenda prevenir al consumidor contra la precipitación ni advertirle acerca de la vinculación que va a asumir. De ser así sería ilógica la posibilidad de concluir el contrato verbalmente, y sin necesidad de firma alguna, cuando el formulario de pedido no se plasma en papel.

35. Pero las inconsistencias de la regulación contenida en la Propuesta no terminan ahí. Si se pone en conexión el art 10 con el art. 12.2, tanto la firma del formulario de pedido como la recepción de una copia de éste cuando consta “en soporte duradero” constituyen el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento⁹¹. La justificación de esta regla, en particular cuando el contrato fuera de establecimiento tiene como objeto bienes y no servicios, no resulta nada clara. Como ha observado la doctrina, la regla comentada impide que se tenga en cuenta como momento inicial de cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento el de entrega del bien adquirido. Ello podría provocar la expiración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (que se fija en 14 días) antes de que al consumidor le haya sido entregado el bien objeto del contrato, y, por tanto, pueda examinarlo⁹². A menos que se entienda, claro está, que, si el consumidor no firma el formulario de pedido ni recibe la copia del mismo en “soporte duradero”, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, que se prolonga, de este modo, de manera indefinida.

36. Esta última opción, esto es, la prórroga del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento cuando no se entrega al consumidor el documento (en este caso el “soporte duradero” equivalente) que

empresario y que la firma de tal documento por parte del consumidor equivale a la aceptación.

⁸⁹ En sentido similar, A. NORDHAUSEN SCHOLLES, “Information Requirements, Withdrawal and Remedies”, en *Modernising and harmonising consumer contract law*, cit., p. 229, quien señala que no está claro por qué la provisión de información en papel requiere la firma del consumidor mientras que la provisión de tal información en otro soporte duradero no precisa ningún requisito formal.

⁹⁰ En este sentido G. HOWELLS/R. SCHULZE, ob. cit., p. 15; H. MICKITZ/N. REICH, ob. cit., p. 496. Tanto unos como otros consideran cuestionable que los “requisitos formales” exigidos y la sanción prevista para su incumplimiento (“invalidez”) pueda beneficiar al consumidor.

⁹¹ Art. 12: “En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el periodo de desistimiento empezará el día que el consumidor firme el formulario de pedido o, si el formulario de pedido no es en papel, el día que el consumidor reciba una copia del formulario de pedido en otro soporte duradero”.

⁹² G. HOWELLS/R. SCHULZE, ob. cit., p. 16. Indican estos autores que, si el consumidor concluye el contrato fuera de establecimiento sin ver las cosas objeto del mismo, y las recibe después de finalizar el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, no resultará protegido. Critican que no se haya tenido en cuenta el criterio sentado en los ACQP Y DCFR que no distinguen, a estos efectos, según que se trate de contrato fuera de establecimiento mercantil o contratos a distancia. Asimismo, H. MICKLITZ/N. REICH, ob. cit., p. 498.

contiene la información contractual preceptiva, es en mi opinión la única que merece ser acogida positivamente.

37. Como ya argumenté en otro trabajo, si se parte de que la finalidad perseguida en el Derecho comunitario al imponer la obligación de redactar el contrato por escrito (en papel o en otro soporte duradero) y entregar una copia del mismo al consumidor, es informarle sobre sus derechos y obligaciones, la sanción más adecuada para el incumplimiento de cualquiera de ellas es permitir al consumidor desvincularse extrajudicialmente del contrato celebrado⁹³. Y a tal fin bastaría con prorrogar (bien durante un período de tiempo, bien indefinidamente) el ejercicio del derecho de desistimiento que se otorgue a este último.

38. Aunque en algunos ordenamientos, como el alemán, se prevén sanciones distintas para el incumplimiento de la obligación de redactar un contrato por escrito y para el incumplimiento de la obligación de entregar una copia del mismo⁹⁴, a mi juicio no hay razón para sancionar de distinta forma la no redacción del contrato por escrito y la no entrega al consumidor del documento contractual o del soporte duradero en que se haya plasmado el contrato⁹⁵. El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones trae consigo la misma consecuencia, esto es, la falta de información del consumidor acerca del contenido exacto de la relación contractual. Por consiguiente no hay ninguna razón convincente para tratar de diverso modo una y otra hipótesis.

39. En otras palabras, si se parte de que la función de la forma escrita (en sentido amplio) es puramente informativa, lo deseable sería prorrogar la facultad de desistir del contrato tanto en el supuesto en que no se entrega al consumidor el “documento” contractual o el “soporte duradero” con la información preceptiva, como en el supuesto en que el contenido del contrato no ha llegado a plasmarse por escrito, en papel u otro soporte duradero.

40. En apoyo de esta solución –prolongación del derecho de desistimiento– hay que decir que es la postura por la que se inclina el legislador comunitario en las Directivas más recientes, a pesar de que,

⁹³ Las sanciones articuladas en los ordenamientos anteriormente examinados (vid. epígrafe 2) para los supuestos en que se incumple la obligación de redactar por escrito los distintos contratos son, básicamente, la nulidad y la nulidad relativa o la anulabilidad. Aunque hay quien defiende como más adecuada la nulidad absoluta, no puede perderse de vista que la misma puede tener consecuencias perjudiciales para el consumidor, que es el sujeto a quien se pretende proteger. Paradigmático es el ejemplo del contrato de crédito al consumo, cuya declaración de nulidad, que teóricamente podría instar la propia entidad bancaria causante de la falta de forma, le obligaría a restituir inmediatamente el importe del préstamo recibido. No cabe duda de que la nulidad relativa es una sanción más acorde con la finalidad perseguida por la exigencia de forma. Sin embargo, en la medida que para hacer valer la anulabilidad sea necesario ejercitar judicialmente la correspondiente acción de impugnación, esta solución resulta poco práctica. Posiblemente no interesará al consumidor que carece de la información contractual preceptiva acudir a los Tribunales para desvincularse del contrato realizado, ya que ello le ocasionará gastos y molestias que pueden ser superiores a los eventuales perjuicios que pueda depararle la no posesión de dicha información. Para una argumentación más detenida vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 247 y ss.

⁹⁴ Según el § 355.2. S.3 BGB, en los casos en que la ley exige que el contrato conste por escrito y se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (por ej. aprovechamiento por turno y crédito al consumo), el plazo de ejercicio de dicho derecho no comienza a correr en tanto no se cumpla la obligación de entregar una copia del documento contractual. No obstante, el derecho de desistimiento se extingue, a lo sumo, transcurridos 6 meses desde la conclusión del contrato.

Conviene resaltar que esta regla se refiere sólo a la obligación de entrega de la copia del contrato. Cuando éste no se otorga en forma escrita se prevén diversas consecuencias en función del tipo de contrato de que se trate (v. gr. nulidad en el caso del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno –§ 484.1. S.1 en relación con el § 126 BGB– y nulidad, pero con posibilidad de subsanación mediante la entrega del préstamo al prestatario, en el caso del crédito al consumo –§ 494.1 y 494.2 BGB–).

⁹⁵ Lo dicho se refiere al incumplimiento de las exigencias, establecidas en el Derecho comunitario, de redacción del contrato por escrito y entrega de copia del mismo. Si el legislador nacional pretendiera atribuir una finalidad añadida a la informativa (por ej. protección contra la precipitación) a la forma escrita (en cuyo caso ésta debería entenderse en su acepción tradicional, esto es, como “emisión por escrito de las declaraciones de voluntad de las partes) tendría sentido que se previeran distintas sanciones para una y otra hipótesis.

En mi opinión, sin embargo, esto es lo que debiera evitarse. Es decir, si quiere dotarse de coherencia la regulación comunitaria en materia de forma contractual, debería determinarse la sanción aplicable al incumplimiento de las exigencias formales establecidas en las Directivas de protección de consumidores, pero además, debería impedirse al legislador interno prever sanciones diferentes a las dispuestas en el Derecho comunitario.

como se dijo, las mismas no se pronuncian expresamente sobre las consecuencias de la falta de forma en ellas requerida. La nueva Directiva sobre crédito al consumo (2008/48), dispone que tal contrato deberá plasmarse en papel u otro soporte duradero y que todas las partes deben recibir un ejemplar del mismo (art. 10). El incumplimiento de esta exigencia no afecta a la validez del contrato. En cambio, incide en la vigencia del derecho de desistimiento que esta Directiva otorga al consumidor ya que el art. 14.1 dispone que el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (14 días “civiles”) se iniciará “en la fecha de suscripción del contrato” o “en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el art. 10”, si esa fecha fuera posterior a la suscripción del contrato. Es decir, en tanto el empresario no cumpla con su obligación de documentar el contrato y entregar un ejemplar del mismo al consumidor, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

41. Similar es la solución prevista en la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales de larga duración. Esta última también exige (art. 5.1) que el contrato se extienda por escrito en papel o en otro soporte duradero y que se facilite el correspondiente ejemplar al consumidor (en la lengua del Estado en que resida o en la de lugar en que se encuentre el bien). El art. 6 de la Directiva, dispone que el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (14 días “naturales”), se calculará: a) “a partir del día de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante” o b) “a partir del día en que el consumidor reciba el contrato o cualquier contrato preliminar vinculante”, si es posterior al anterior.

42. Como puede apreciarse, de ambas Directivas resulta que si el empresario no cumple con su obligación de redactar el contrato por escrito en papel u otro soporte duradero y además entregar una copia al consumidor, el derecho de desistimiento se prolonga de manera indefinida⁹⁶.

43. En los ACQP, el art. 2:207, que se refiere a los “remedios” disponibles en caso de incumplimiento de deberes de información, prevé, en el apartado primero, que, si el empresario incumple los deberes precontractuales de información que le corresponden y se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (*Withdrawal*)⁹⁷, el período de ejercicio de tal derecho no comienza hasta que se haya proporcionado a aquél toda la información preceptiva⁹⁸. No obstante, se limita la duración máxima del derecho de desistimiento a un año a partir de la conclusión del contrato.

44. Una regla casi idéntica ha sido incorporada al DCFR, en cuyo libro II dispone el art. 3:109, apartado 1º, que, en caso de incumplimiento de deberes precontractuales de información establecidos a favor de un consumidor⁹⁹, si se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de

⁹⁶ En la Directiva 2008/48 no se establece ningún límite máximo de duración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, por lo que parece que si el consumidor no llega a recibir el documento o el soporte duradero “con las condiciones contractuales y la información recogida en el art. 10” el plazo de ejercicio del citado derecho queda en suspenso indefinidamente. En este sentido P. ROTT, “Consumer credit”, en H. MICKLITZ/N. REICH/P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 203, quien indica que si el periodo de ejercicio del derecho de desistimiento no comienza, no puede finalizar.

En cuanto a la Directiva 208/122, el art. 6.3 limita el plazo máximo de duración del derecho de desistimiento en dos hipótesis:

a) cuando no se entrega el formulario normalizado de desistimiento, en cuyo caso el plazo de desistimiento vencerá transcurrido un año y 14 días a partir del día en que debería computarse de acuerdo con el art. 6.2 y

b) cuando no se hubiera facilitado al consumidor la información precontractual exigida en el art. 4, apartado 1 de la Directiva. En esta hipótesis el plazo vencerá transcurridos 3 meses y 14 días desde el día en que debería comenzar el cómputo del plazo conforme al art. 6.2.

Los límites temporales previstos en el art. 6.3 no se refieren, por tanto, al supuesto en que lo que se incumple es la obligación de redactar el contrato por escrito y entregar un ejemplar del mismo al consumidor. De ahí que pueda interpretarse que en tal caso se prorroga indefinidamente el derecho de desistimiento, a menos que se considere aplicable analógicamente a dicha hipótesis lo establecido en las letras a) o b) del art. 6.3.

⁹⁷ El derecho de desistimiento se regula, de manera general, en los arts. 5:101 y ss. ACQP.

⁹⁸ Como observan los comentaristas de este precepto, del “Acquis” se extrae el siguiente principio: “en los casos en que la ley prescribe tanto un periodo de desistimiento como determinadas exigencias de información, un incumplimiento (serio) de esas exigencias de información debería prolongar el periodo de desistimiento”. C. TWIGG-FLESNER/T. WILHEMSOM, en *Principles of the Existing EC Contract Law*, cit., p. 99.

⁹⁹ El art. 3:103 se refiere a los deberes de información que han de cumplirse cuando se concluye un contrato con un consu-

desistimiento (regulado en los arts. 5:101 y ss.), el plazo de ejercicio de éste no comienza a correr hasta que se proporcione al consumidor la información necesaria. Se prevé igualmente que, en cualquier caso, el derecho de desistimiento expira un año después de la conclusión del contrato.

45. Ambas reglas se refieren al incumplimiento de *obligaciones de información de carácter pre-contractual*. Dado que, como se ha venido reiterando, la exigencia de forma escrita y entrega de copia del contrato (en papel u otro soporte duradero) no es más que el instrumento del que se vale el legislador comunitario para constreñir al empresario a cumplir ciertas *obligaciones contractuales* de información, bien podría aplicarse el mismo “remedio” –prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento– a esta última hipótesis. Es decir, los redactores de los ACQP y del DCFR podrían haber aprovechado la ocasión para sistematizar las consecuencias aplicables en el supuesto de inobservancia de las exigencias formales derivadas del Derecho comunitario y, a tal efecto, habría bastado con extender la regla enunciada –prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, aunque por un plazo no superior a un año– al supuesto en que se incumplen *obligaciones contractuales* de información.

46. En relación con ello, es de esperar que no prospere la actual redacción de los artículos 10 y 12 de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores. La configuración, como presupuestos de validez del contrato fuera de establecimiento, de la firma del formulario de pedido y la entrega de una copia del soporte duradero en que conste el formulario es absolutamente criticable. Pero también lo es el hecho de que se compute el ejercicio del derecho de desistimiento desde la firma del contrato cuando el formulario de pedido consta en papel y no en otro “soporte duradero”. Dada la finalidad informativa que persigue la obligación de redactar un “formulario de pedido” con un contenido preestablecido (art. 10.1 en relación con el art. 9), lo lógico y coherente sería exigir que se entregara al consumidor una copia del mismo, no sólo cuando éste consta en soporte duradero (art. 10.2 segundo inciso), sino también cuando se ha plasmado en papel¹⁰⁰. Y, si el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento comienza a correr cuando el consumidor recibe la copia “del formulario de pedido en soporte duradero”¹⁰¹ (art. 10.2, apartado 1º, segundo inciso), no se ve por qué razón la regla debe ser distinta cuando el material en que consta el formulario es el papel.

47. En definitiva, creo que el legislador comunitario debería regular la sanción a aplicar aplicable en los casos de infracción de las exigencias formales establecidas en la normativa de protección de consumidores, a fin de eliminar las incongruencias existentes en la actualidad. Y para ello lo más lógico y coherente sería, en mi opinión, ampliar el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento atribuido al consumidor, que no debería comenzar a computarse en tanto éste último no cuente con la necesaria información, documentada en papel o plasmada en otro soporte duradero, si bien podría preverse un plazo máximo de duración del derecho de desistimiento como se establece tanto en los ACQP como en el DCFR.

48. No puede olvidarse, por último, que hay casos en que se imponen ciertos requisitos de forma pero no se otorga al consumidor un derecho de desistimiento. Así ocurre en el contrato de viajes combinados, en relación con el cual la Directiva 90/314 no reconoció un derecho de desistimiento al consumidor. Ahora bien, el hecho de que la Directiva actualmente vigente no reconozca al usuario de viajes combinados un derecho de desistimiento equiparable al que ostentan otros consumidores¹⁰², no creo que

midor que se encuentre en “particular situación de desventaja”.

¹⁰⁰ A este fin (informar al consumidor acerca del contenido del contrato) no se ve cual es la función que la firma del formulario puede cumplir.

¹⁰¹ El art. 13 de la Propuesta proroga el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento *cuando no se ha cumplido con el deber de información relativo al derecho de desistimiento*, pero lo limita como máximo a 3 meses a partir de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales. No obstante, esta regla no parece aplicable al supuesto en que lo que se incumple es la obligación de entregar la copia del formulario de pedido en soporte duradero.

¹⁰² En el Derecho español, el art. 160 TRLC permite al consumidor, una vez realizada la reserva, “dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados”. Esta facultad, sin embargo, no es equiparable al derecho de desistimiento del que venimos hablando (definido, en el TRLC, en el art. 68.1) porque conlleva la obligación, para el consumidor, de abonar una indemnización que comprende los gastos de gestión, anulación y una penalización que varía en función del momento en que se lleva a cabo.

sea óbice para que pueda atribuírsele tal derecho en el futuro. Partiendo de que la mejor forma de proteger al consumidor, en caso de incumplimiento de los requisitos formales dirigidos a proporcionarle la información contractual adecuada, es permitirle desvincularse del contrato celebrado, podría plantearse la posibilidad de atribuir a éste último la facultad de desistir del negocio, en tanto que no se haya cumplido la obligación de redactar por escrito el contrato¹⁰³ de viajes combinados y se haya entregado la correspondiente copia al consumidor.

49. En cualquier caso, si, como dispone la Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 a la que se aludió al principio, se crea un Grupo de Expertos con el cometido de seleccionar ciertas partes del DCFR y revisar y completar sus contenidos a fin de crear un conjunto de reglas a utilizar por el legislador comunitario “*para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo*” (cfr. Cdo. 5), sería deseable que se aprovechara esta ocasión para regular homogéneamente la consecuencia aplicable en el supuesto de incumplimiento de los requisitos formales exigidos en las normas comunitarias de protección del consumidor. Y, a tal efecto, espero sirvan las consideraciones realizadas como posible fuente de inspiración.

¹⁰³ Conviene recordar que lo que dice el art. 4.2,b) de la citada Directiva es que “todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito”. Por tal motivo en el Derecho alemán no se exige que el contrato se redacte por escrito, limitándose a requerir, el § 651a BGB, que el organizador del viaje ponga a disposición del consumidor un documento (*Reisebestätigung*) que contenga la información establecida en la ley. En España, Francia e Italia sí se exige que el contrato se redacte en forma escrita y se entregue al consumidor una copia del mismo.

VARIA

LAS RESOLUCIONES DE RESTITUCIÓN DE MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO *RINAU*

CELIA M. CAAMIÑA DOMINGUEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 10.06.2010 / Aceptado: 28.06.2010

Resumen: Este trabajo examina un caso de sustracción de menores en el ámbito del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. En el asunto C-195/08 PPU, una de las cuestiones principales consiste en determinar si una resolución de restitución, dictada por un tribunal del Estado miembro de origen del menor, que ha sido certificada en virtud del art. 42 R 2201/2003, se ajusta al Reglamento, teniendo presente que un tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra retenido ilícitamente ha dictado también una orden de restitución. La clave del caso reside en la circunstancia de que el tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra ilícitamente retenido decide la restitución del menor tras haber dictado previamente una resolución de no retorno, que había sido notificada al tribunal del Estado miembro de origen.

Palabras clave: Sustracción de menores, traslado ilícito, retención ilícita, restitución del menor.

Abstract: This study deals with a case of child abduction in the field of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. In Case C 195/08 PPU, one of the main questions lies in answering whether a decision of restitution adopted by a court of the Member State of origin, that has been certified under Article 42 of the Regulation, complies with the procedures of the Regulation, when a court of the Member State where the child is wrongfully retained has also taken a decision of restitution. The key of this case lies in the fact that the court of the Member State where the child is wrongfully retained took the decision of restitution after having taken a non-return decision that had been brought to the attention of the court of the Member State of origin.

Key words: Child abduction, wrongful removal, wrongful retention, return of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos III. El procedimiento de urgencia. IV. Las cuestiones prejudiciales. 1. Introducción. 2. Nociones previas. 3. El art. 42 R 2201/2003. A) La restitución del menor ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003. B) El certificado del art. 42 R 2201/2003. 4. La Sección 4 del R 2201/2003 frente a otras vías para lograr la eficacia extraterritorial de la resolución. 5. La solicitud de no reconocimiento. A) La solicitud de no reconocimiento sin previa solicitud de reconocimiento. B) El papel del art. 31.1 R 2201/2003 en una solicitud de no reconocimiento.

* La Dra. CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ elaboró parte de este trabajo durante una estancia de investigación en la Universidad de Ferrara (Italia). Por ello, desea dar las gracias al prof. Dr. FRANCESCO SALERNO y a su equipo por su hospitalidad. También desea agradecer a la Universidad Carlos III de Madrid la concesión, en el marco del Programa Propio de Investigación, de la "Ayuda para la movilidad de investigadores en centros de investigación nacionales o extranjeros", con la que fue financiada la estancia.

I. Introducción

1. El presente estudio tiene por objeto examinar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008, relativo a una sustracción intracomunitaria de menores en la que resulta determinante la aplicación de los arts. 11, 40 y 42 del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (en adelante, R 2201/2003)¹.

2. Como ha sido apuntado por la doctrina, el R 2201/2003 ha optado por respetar el procedimiento previsto en el *Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (en adelante, Convenio de La Haya de 1980), introduciendo ciertas correcciones aplicables en casos de sustracciones intracomunitarias de menores². Al respecto se ha señalado que la Convención de La Haya de 1980 ha sido *comunitarizada*³.

II. Hechos

3. La menor que protagoniza el presente caso nació en enero de 2005 en el seno del matrimonio de los Sres. Rinau, compuesto por un varón de nacionalidad alemana y una mujer de nacionalidad lituana. En marzo del mismo año, se inició ante los tribunales alemanes un procedimiento de divorcio, permaneciendo mientras tanto la menor con su madre.

4. En julio de 2006, la madre trasladó a la menor a Lituania con el consentimiento paterno, con motivo de unas vacaciones. El 14 de agosto de 2006, los tribunales alemanes atribuyeron provisionalmente la custodia de la menor a su padre. Dicha decisión fue objeto de recurso, resuelto el 11 de octubre de 2006 con la confirmación de aquélla.

5. El 30 de octubre de 2006, el padre de la menor solicitó ante los tribunales lituanos la restitución de la misma a Alemania, con base en el R 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1980.

Los tribunales lituanos dictaron una resolución en la que se denegaba el retorno de la menor a Alemania el 22 de diciembre de 2006. Por conducto de la Autoridad Central alemana, dicha resolución fue comunicada a los tribunales alemanes.

¹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271. Vid., entre otros, los comentarios de esta Sentencia realizados por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 211-231; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527.

Vid. R 2201/2003 en *DOCE* núm. L 338, de 23 diciembre 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004 (*DOCE* núm. L 367, de 14 diciembre 2004); vid. versión consolidada en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>.

² *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, ratificado por Instrumento de 28 mayo 1987 (*BOE* núm. 202, de 24 agosto 1987, pp. 26099; rect. *BOE* núm. 155, de 30 junio 1989; *BOE* núm. 21, de 24 enero 1996, p. 2144. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 308-309; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 527; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 735-736; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, p. 1523; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2001/2003”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, núm. 11, p. 12 (<http://www.reei.org>). Sobre el Convenio de La Haya de 1980, vid. también H. VAN LOON, “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), en especial pp. 265-267.

³ Vid. M. TENREIRO, “L’espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau Règlement “Bruxelles II””, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 26.

La mencionada resolución de 22 de diciembre de 2006 fue anulada por una decisión de los tribunales lituanos de 15 de marzo de 2007, siendo ordenado el retorno de la menor a Alemania. Sin embargo, a continuación se sucedieron una serie de resoluciones de los tribunales lituanos de suspensión de la ejecución de la orden de retorno, es decir, de la resolución de 15 de marzo de 2007.

Con posterioridad debemos precisar que se desarrollaron diversas actuaciones judiciales en paralelo ya que, mientras que ante los tribunales lituanos fue solicitado que se reabriera el caso relativo a la restitución de la menor a Alemania, ante los tribunales alemanes se fue sustanciando el procedimiento de divorcio de los Sres. Rinau.

6. Así, en junio de 2007, la madre de la menor acudió a los tribunales lituanos solicitando que el procedimiento en el que se había valorado si procedía o no la restitución de la menor a Alemania fuera reabierto. Sus alegaciones se basaban en el interés de la menor (art. 13 Convenio de La Haya de 1980), así como en nuevas circunstancias. Con fecha 19 de junio de 2007, la solicitud fue desestimada por los tribunales lituanos, quienes argumentaron que la competencia para pronunciarse sobre la cuestión correspondía a los tribunales alemanes. Si bien esta resolución fue objeto de un primer recurso ante los tribunales lituanos, que confirmaron la desestimación, en casación se decidió que el asunto fuera devuelto a los tribunales lituanos que habían conocido del asunto en primera instancia. La cadena de desestimaciones en primera y segunda instancia volvió a repetirse, con resoluciones dictadas, respectivamente, en marzo y abril de 2008. Cuando el caso volvió a ser recurrido en casación, los tribunales lituanos, mediante resolución de 26 de mayo de 2008, admitieron su competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto, ordenando una vez más la suspensión de la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007, mientras se resolvía el fondo del asunto.

7. Mientras tanto, el 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes dictaron una resolución en virtud de la cual se concedía el divorcio de los Sres. Rinau y la custodia definitiva de la menor al padre de la misma, ordenando así la restitución de la menor a Alemania. Para decidir sobre ésta última cuestión, los tribunales alemanes tuvieron en cuenta la resolución de denegación de la restitución dictada por los tribunales lituanos el 22 de diciembre de 2006, así como las alegaciones que en su momento fueron presentadas. Si bien la madre de la menor no estuvo presente en el procedimiento sustanciado ante los tribunales alemanes, sí contó con representación legal que realizó observaciones. La resolución de los tribunales alemanes fue acompañada del certificado al que se refiere el art. 42 del R 2201/2003.

La madre de la menor recurrió esta resolución ante los tribunales alemanes, quienes confirmaron, mediante decisión de 20 de febrero de 2008, la atribución de la custodia al padre de la menor y la procedencia de la restitución de la misma a Alemania.

8. La madre de la menor acudió entonces a los tribunales lituanos para solicitar que no fuera reconocida la resolución de los tribunales alemanes de 20 de junio de 2007 que, como hemos mencionado, otorgaba la custodia de la menor al padre de la misma y ordenaba el retorno de la menor a Alemania.

Los tribunales lituanos, con fecha 14 de septiembre de 2007, consideraron que procedía la ejecución de la resolución con base en el Capítulo III, Sección 4 del R 2201/2003, sin que fuera preciso acudir a un procedimiento de reconocimiento y ejecución de la resolución y, por lo tanto, no admitieron la solicitud de no reconocimiento. Para ello, se basaron en que los tribunales alemanes habían adjuntado, a la resolución de 20 de junio de 2007, el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003, con las condiciones que en el mismo se contemplan.

La madre de la menor recurrió esta decisión en casación ante los tribunales lituanos, momento en que se plantearon las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

III. El procedimiento de urgencia

9. El art. 104 ter del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia* contempla la posibilidad de resolver las cuestiones prejudiciales mediante un procedimiento de urgencia, en caso de que se refieran a materias del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es

decir, al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”⁴. Según dispone el art. 104 ter § 1 del Reglamento de Procedimiento, los tribunales nacionales que deseen que la cuestión prejudicial sea tramitada mediante dicho procedimiento, deben indicar las circunstancias de Derecho y de hecho que acreditan la urgencia en su tramitación.

10. En la solicitud de los tribunales lituanos de que las cuestiones prejudiciales planteadas se tramitasen mediante el procedimiento de urgencia, cabe distinguir tres argumentos fundamentales:

a) El primero de ellos se deriva de los requisitos que establece el R 2201/2003 en lo que respecta al plazo para que el tribunal del Estado miembro requerido –es decir, aquél en el que se encuentra el menor como consecuencia de un traslado o retención ilícitos– resuelva si procede o no su restitución. Al respecto, los tribunales lituanos citaron el Considerando décimo séptimo del R 2201/2003: “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora...”, así como el art. 11.3 R 2201/2003. Éste último precepto dispone que “El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor... actuará con urgencia..., utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional... salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda”⁵.

b) En segundo lugar, se aludió a que el retraso en la toma de la decisión de restitución resultaba desfavorable para el vínculo entre el menor y el progenitor con el que no vivía mientras duraba la retención ilícita, hasta el punto de que el mencionado vínculo podía ser irreparable. Como acertadamente se ha apuntado por la doctrina, el tiempo es un aliado incondicional del sujeto que protagoniza el traslado o retención ilícitos de un menor⁶.

c) En tercer lugar, se manifestó que la tramitación mediante el procedimiento de urgencia también resultaba conforme con la necesidad de que el menor fuera protegido de posibles perjuicios, es decir, que la tramitación urgente respondía al *interés del menor*. A continuación se precisó que dicha tramitación también permitía garantizar un justo equilibrio entre los intereses de las partes afectadas, es decir, el menor y sus progenitores.

IV. Las cuestiones prejudiciales

1. Introducción

11. Fueron planteadas un total de seis cuestiones al Tribunal de Justicia que, básicamente, se agrupan en tres aspectos:

12. Un primer bloque de cuestiones se refiere al art. 42 R 2201/2003. Con respecto al mismo, se requiere el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, fundamentalmente, sobre tres aspectos:

a) Si cabe expedir el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003 cuando los tribunales del Estado miembro en el que el menor se encuentra retenido ilícitamente han dictado una resolución que ordena su restitución al Estado miembro de origen.

b) Si, conforme al art. 24 R 2201/2003, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente retenido el menor, deben reconocer la resolución de los tribunales del Estado miembro de origen que dispone la restitución, a pesar de que estos últimos hayan infringido el procedimiento del R 2201/2003.

⁴ Vid. los comentarios de la Sentencia realizados por M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 228-231; por M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1521-1522; y por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 881.

⁵ Vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (COORD.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 527.

⁶ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (DIRS.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 238.

c) Partiendo del art. 21.3 R 2201/2003, también se requiere que se determine qué relación existe entre la Sección 4 del Capítulo III de dicha norma –“Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor”–; y las Secciones 1 y 2 –respectivamente, “Reconocimiento” y “Solicitud de declaración de ejecutoriedad”–.

13. Un segundo bloque de cuestiones se centra en la posibilidad de solicitar el no reconocimiento de una resolución en caso de que no se haya solicitado previamente el reconocimiento, para lo cual es preciso examinar el art. 21 R 2201/2003. Si ello es posible, a continuación se consulta qué papel juega, en el procedimiento para valorar si se concede el no reconocimiento, el art. 31 R 2201/2003.

2. Nociones previas

14. Antes de entrar a analizar las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, cabe detenerse en las circunstancias que permiten calificar el supuesto que nos ocupa como un caso de *retención ilícita* de un menor. Tal como señala la Abogado General, nos encontramos ante un caso de retención ilícita en virtud del art. 2, apartado 11 del Reglamento⁷. Según dispone el mencionado precepto, se produce un traslado o retención ilícitos de un menor cuando “a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”⁸.

15. En nuestro supuesto, con carácter previo a la retención ilícita, se cumplían las dos condiciones mencionadas, ya que, en primer lugar, la custodia era ejercida de manera conjunta y efectiva por ambos progenitores –los Sres. Rinau–, en virtud del Derecho alemán. En segundo lugar, como el padre de la menor únicamente había consentido el desplazamiento de la misma a Lituania con carácter temporal –2 semanas–, la permanencia en dicho Estado miembro más allá del período señalado suponía una infracción del derecho de custodia⁹.

3. El art. 42 R 2201/2003

16. En virtud del art. 42 R 2201/2003, la resolución judicial ejecutiva dictada por los tribunales de un Estado miembro, que implique la restitución de un menor “será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento”. Cabe puntualizar que, con base en el precepto mencionado, no se trata de que una decisión de custodia dictada en el Estado miembro de origen despliegue toda su eficacia en el Estado miembro requerido, sino únicamente de lograr el retorno del menor al Estado miembro de origen¹⁰.

⁷ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁸ Vid. A. DEVERS, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 35; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, pp. 517-518; C. NOURISSAT, “Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 6. Con respecto a la custodia conjunta, vid. P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, pp. 506-508; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003”, en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo. Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004*, Madrid, 2005, pp. 120-122; I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 228.

⁹ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 28.

¹⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos

17. Para lograr el mencionado retorno, son precisas dos condiciones fundamentales:

- a) La restitución del menor tiene que ser ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003.
- b) La resolución judicial ejecutiva que implica la restitución del menor tiene que ser certificada en virtud del art. 42 R 2201/2003.

A) La restitución del menor ordenada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003

18. Para que la resolución judicial ejecutiva que implica la restitución del menor sea reconocida y tenga fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin que sea necesario el reconocimiento ni el *exequatur* de la misma, es preciso, según indica el art. 40.1.b) R 2201/2003, que dicha resolución haya sido dictada “con arreglo al apartado 8 del artículo 11”.

19. El art. 11.8 R 2201/2003 establece que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

Este precepto trata de evitar que una resolución de no retorno dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980 –por lo tanto, sin entrar a conocer del fondo del asunto–, perjudique los efectos de una resolución posterior, en la que sí se ha examinado la cuestión de la responsabilidad parental y que lleva implícita la restitución¹¹.

20. Con base en dicho precepto, la primera cuestión planteada por los tribunales lituanos que procede responder es si los tribunales alemanes podían haber expedido el certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003, a pesar de que los tribunales lituanos habían dictado una resolución que ordenaba la restitución de la menor a Alemania.

21. En este punto debemos tener presentes tres datos expuestos al relatar los hechos que dieron lugar al presente caso. En primer lugar, los tribunales lituanos denegaron la restitución de la menor a Alemania en una resolución de 22 de diciembre de 2006, resolución que fue comunicada a los tribunales alemanes. Tal como indica la Abogado General, los tribunales lituanos dictaron esta resolución cuando habían transcurrido algo más de siete semanas tras la interposición de la demanda, denegación basada en el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980¹². En segundo lugar, el 15 de marzo de 2007, los tribu-

Aires, 2008, p. 144.

¹¹ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el reglamento 2201/2003”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2004, núm. 22, p. 318.

¹² Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau, Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 34 y nota 12. Art. 13 Convenio de La Haya de 1980: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Con respecto al art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, vid., entre otros, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie special, París, 2007, p. 189; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, pp. 302-305; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 190-194; P. P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, núm. 6, pp. 1793-1803. Debe tenerse presente, si bien en la Sentencia del Tribunal de Justicia no se hace alusión a ello, que el art. 11.4 R 2201/2003 dispone que no cabe denegar la restitución de un menor en virtud del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 “si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”. La doctrina ha apuntado en este sentido que se introduce así, en el ámbito del R 2201/2003, la práctica de los *undertakings* o *engagements* (Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87-95, pp. 141-142 y p. 160). Sobre la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 vid. también COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 40; A. DEVERS, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis””, en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 44; H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la*

nales lituanos dictaron una nueva resolución en virtud de la cual se ordenaba la restitución de la menor a Alemania, anulándose por lo tanto la anterior decisión de 22 de diciembre de 2006 de no restitución. Sin embargo, el retorno de la menor a Alemania no llegó a producirse debido a diversas ocasiones en las que se suspendió la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007. En tercer lugar, con fecha 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes dictaron la resolución en virtud de la cual se concedía el divorcio y la custodia al padre de la menor, ordenándose el retorno de la menor a Alemania. Dicha resolución de 20 de junio de 2007 es la que se presenta acompañada del certificado del art. 42 R 2201/2003.

22. Parte de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se basaban en sostener que, habiendo dictado los tribunales lituanos el 15 de marzo de 2007 una resolución que disponía el retorno de la menor a Alemania, los tribunales alemanes no podían expedir el certificado del art. 42 R 2201/2003.

23. En términos generales, indica el Tribunal de Justicia que para la expedición del certificado al que se refiere el art. 42 R 2201/2003 es precisa una previa resolución de no restitución¹³. El Tribunal basa esta conclusión en dos argumentos que se refieren, respectivamente, al art. 11.8 y al art. 42 R 2201/2003:

a) El art. 11.8 R 2201/2003 comienza señalando “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución...”. El Tribunal admite que esta expresión resulta ambigua, por lo que debe ser combinada con el inciso “cualquier resolución judicial posterior”. De hecho, la expresión española “aun cuando” podría plantear dudas sobre si equivale a “se haya dictado o no tal resolución”¹⁴.

Como el mencionado precepto se refiere a “cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor”, se considera que es precisa una relación cronológica, de tal manera que primero sea dictada una resolución de no restitución y, posteriormente, una resolución de restitución¹⁵. Esta misma idea se observa en el Considerando décimo séptimo R 2201/2003 que, con respecto a una resolución en la que los tribunales del Estado miembro –en el que el menor se encuentra como consecuencia de un traslado o retención ilícitos– se oponen a su restitución, señala que “Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos”.

b) El art. 42.2 R 2201/2003 establece las condiciones que deben cumplirse para que los tribunales del Estado miembro de origen del menor, que han dictado la resolución de restitución, puedan expedir el certificado al que el precepto se refiere. Entre dichas condiciones, el apartado c) del mencionado precepto señala que el órgano jurisdiccional tiene que haber tenido en cuenta, para dictar la resolución de restitución, “las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980”. El art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 contempla una

responsabilité parentale, París, 2005, pp. 234-235; M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, pp. 354-355; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “International Child Abduction in Spain”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 15, 2001, pp. 337-339; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 529-530; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003”, en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo. Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004*, Madrid, 2005, pp. 126-129.

¹³ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 59: “Procede acoger la interpretación según la cual no puede expedirse un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento sin que se haya dictado previamente una resolución de no restitución”. Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

¹⁴ Vid. la Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 68 y nota 20; que precisa que tal interpretación resulta excluida si se lleva a cabo una lectura sistemática de los apartados 6 a 8 del art. 11 R 2201/2003. En la versión inglesa del R 2201/2003 se utiliza en cambio el término “notwithstanding”, en la francesa se emplea “nonobstant”, en la italiana “nonostante” y en la portuguesa “não obstante”.

¹⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 71: “Si bien la expresión «aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución» presenta cierta ambigüedad, su articulación con los términos «cualquier resolución judicial posterior» indica una relación cronológica entre una resolución, a saber, la de no restitución, y la resolución posterior, formulación que no deja lugar a dudas respecto al carácter previo de la primera resolución”.

serie de supuestos en los que el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor¹⁶. Así, si el Estado miembro de origen del menor sólo puede emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003 habiendo tenido en cuenta los motivos que, en su momento, llevaron a que los tribunales del Estado miembro requerido denegasen la restitución del menor, la resolución de denegación del retorno tiene que ser previa a la resolución en la que se ordena la restitución¹⁷.

24. Por ello, con carácter general, el Tribunal de Justicia señala que “De ello se desprende que el artículo 40, apartado 1, letra b), del Reglamento, es una disposición que únicamente se aplica cuando previamente se ha dictado en el Estado miembro de ejecución una resolución de no restitución”. Si este requisito no se cumple, es decir, si los tribunales del Estado miembro requerido no han dictado en ningún momento una resolución de no retorno, sino que han ordenado la restitución del menor, habría que acudir al art. 28 y ss. del R 2201/2003 para solicitar el efecto ejecutivo de ésta última¹⁸.

25. A continuación el Tribunal de Justicia precisa que, si bien resulta admisible la interpretación que los tribunales lituanos realizaron del art. 42 en relación con el art. 40.1.b) R 2201/2003 –es decir, que la resolución de restitución dictada por los tribunales del Estado miembro de origen debe ser posterior a una resolución de no restitución–, no lo son en cambio las consecuencias que de la misma se pretenden¹⁹. Para ello, el Tribunal de Justicia tiene presente la regulación de los apartados 3 y 6 del art. 11 R 2201/2003. Como ya hemos comentado, el primero de los apartados mencionados indica que el tribunal ante el que se interponga la demanda de restitución “...actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional...., salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda”. Del mismo modo, también se mantiene la nota de celeridad en el procedimiento en el ámbito del art. 11.6 R 2201/2003. Dicho precepto establece que los tribunales del Estado miembro requerido, en caso de dictar una orden de no restitución, deben remitir copia de tal resolución y de los documentos pertinentes en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

Considera el Tribunal de Justicia que ambos preceptos tratan de garantizar la restitución inmediata del menor y que el tribunal del Estado miembro de origen puede así evaluar las razones y pruebas que llevaron en su momento al tribunal del Estado miembro requerido a denegar la restitución²⁰.

26. Con base en el efecto útil del R 2201/2003, se señala que el objetivo perseguido, es decir, la restitución del menor, no puede subordinarse a la condición de que se agoten las vías procesales admitidas por el Derecho del Estado miembro requerido²¹. De hecho, afirma el Tribunal de Justicia, la cadena de suspensiones de la ejecución de la resolución de restitución es una prueba de que los plazos de actuación de los tribunales lituanos iban en contra de las exigencias del R 2201/2003²². En este sentido, la Abogado General manifestó que la cadena de suspensiones de la ejecución de la resolución, al haber provocado que la menor continuase en Lituania casi dos años después de la retención, y al cabo de más de quince meses desde la resolución de restitución, resultaba incompatible con los objetivos del Reglamento y del Convenio de la Haya de 1980²³.

¹⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 300-306; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 186-199; P. P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el “secuestro” internacional de menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, núm. 6, pp. 1793-1803.

¹⁷ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 73: “...dicho órgano jurisdiccional únicamente puede pronunciarse después de que se dicte una resolución de no remisión en el Estado miembro de ejecución”.

¹⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 885.

¹⁹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 75.

²⁰ *Ibidem*, apartado 78.

²¹ *Ibidem*, apartado 81.

²² *Ibidem*, apartado 87.

²³ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 40. Al respecto, M. SABIDO RODRÍGUEZ apunta que el caso que nos ocupa pone de manifiesto que es necesaria la adop-

Es decir, se considera que resultan irrelevantes los incidentes procesales que tengan lugar en el Estado miembro requerido con posterioridad a que se haya dictado en el mismo una resolución de no restitución²⁴.

27. Como apoyo de tal conclusión, el Tribunal de Justicia cita el tenor literal del art. 11.8 R 22201/2003 ya que, al referirse a que “cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor... será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III...”, se traduce en que “...el órgano jurisdiccional de origen, una vez dictada la resolución de no restitución, puede verse obligado a dictar una o varias resoluciones con objeto de obtener la restitución del menor, lo que incluye los supuestos en los que existe un estancamiento procedimental o fáctico”²⁵.

Con base en el citado precepto podemos nosotros señalar que, como aquél comienza estableciendo que “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980...”, se entiende que al aludir a “una resolución de no restitución” sin mayor precisión, no resulta relevante que la misma pueda ser recurrida.

28. Como segundo argumento, el Tribunal de Justicia compara el art. 42 con los arts. 33 a 35 R 2201/2003, que se refieren a la declaración de ejecutoriedad que se contempla con carácter general en el Reglamento. Así, precisa el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro de origen puede declarar ejecutiva su resolución de restitución “con independencia de cualquier posibilidad de recurso, ya sea en el Estado miembro de origen o en el de ejecución”, mientras que ello no es posible en el ámbito de los arts. 33 a 35 R 2201/2003²⁶.

29. En esta línea, la Abogado General señala que, cuando el Reglamento ha considerado que una resolución deber ser ejecutiva, así lo ha indicado, por ejemplo en el ámbito de los arts. 28, 36 y 44²⁷. Además, continúa la Abogado General, cabe añadir que el Reglamento no contempla procedimiento de recurso –ni explícito ni implícito– contra la resolución de no restitución que puedan dictar los tribunales del Estado miembro requerido; y que el plazo de un mes para transmitir la copia de la resolución y la documentación pertinente al Estado miembro de origen –transmisión que debe realizarse inmediatamente– inicia su cómputo desde la fecha de la resolución²⁸.

30. Además, la Abogado General señala que el hecho de que la resolución de no restitución sea anulada con posterioridad por los tribunales del Estado miembro requerido, no afecta a los “elementos esenciales”²⁹: a) Ha sido dictada una resolución de no restitución; b) Continúa el menor sin haber regresado al Estado miembro de origen; c) Continúa transcurriendo el tiempo; d) Los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos mantienen su competencia para pronunciarse sobre la custodia del menor, lo cual va unido a la facultad de garantizar la presencia efectiva del menor junto a la persona a la que se atribuye su custodia.

31. Por lo tanto, en virtud de los argumentos expuestos, cabe establecer dos primeras conclusiones:

ción de medidas que unifiquen el procedimiento relativo a la restitución de menores, para así “alcanzar y consolidar el espacio regido por los principios de libertad, seguridad y justicia” (vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, p. 1524).

²⁴ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 80. Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

²⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 84.

²⁶ *Ibidem*, apartado 84.

²⁷ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 75. Art. 28 R 2201/2003: “1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado”. Art. 44 R 2201/2003: “El certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia”.

²⁸ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 76.

²⁹ *Ibidem*, apartado 78.

a) Para que los tribunales del Estado miembro de origen del menor puedan dictar una resolución de restitución que luego pueda beneficiarse de la previsión del art. 42 R 2201/2003, es preciso que ésta sea posterior a una resolución de no restitución de los tribunales del Estado miembro requerido.

b) Basta con que exista en el Estado miembro requerido una resolución de no restitución, sin que sean relevantes los aspectos que hayan podido afectarla posteriormente³⁰.

32. Se ha apuntado así que el Tribunal de Justicia interpreta las disposiciones del Reglamento, relativas al título ejecutivo europeo en materia de restitución de menores, inspirándose en la idea de *in dubio pro executio*, para el caso de disposiciones que no resultan claras³¹.

33. Una vez expuestas las conclusiones mencionadas y, antes de entrar a examinar las condiciones para emitir un certificado en virtud del art. 42 R 2201/2003, consideramos de interés la observación que realiza la Abogado General, con respecto a las actuaciones llevadas a cabo por el padre de la menor tras la resolución de no restitución de 22 de diciembre de 2006. Precisa la Abogado General que, una vez decidida la no restitución el 22 de diciembre de 2006 por los tribunales lituanos, el padre de la menor podía haber acudido a los tribunales alemanes para que dictasen resolución en virtud del art. 11.8 R 2201/2003. En cambio, el padre de la menor optó por acudir a los tribunales lituanos para recurrir la mencionada resolución, lo que dio lugar a la sentencia de 15 de marzo de 2007³². En esta línea, podemos considerar por lo tanto que, ante una resolución de no restitución dictada por los tribunales del Estado miembro en que se encuentra el menor como consecuencia de un traslado o retención ilícitos, la opción más beneficiosa para el solicitante de retorno es acudir a continuación a los tribunales del Estado miembro de origen para que dicten una nueva resolución en virtud del art. 11.8 R 2201/2003 y no, en cambio, plantear un recurso en el Estado miembro requerido³³.

34. Al respecto se ha señalado por la doctrina que, como a los tribunales del Estado miembro requerido no les corresponde la decisión final, el impacto de los recursos que puedan ser interpuestos ante tales tribunales se ve limitado³⁴.

B) El certificado del art. 42 R 2201/2003

35. Hasta ahora nos hemos centrado en la posibilidad de dictar una resolución de restitución en el Estado miembro de origen. A continuación el Tribunal de Justicia se plantea si puede acompañarse aquella del certificado del art. 42 R 2201/2003. Los requisitos para la emisión del certificado se contemplan en el art. 42.2 R 2201/2003 y, tal como indica, la concurrencia de los mismos debe ser apreciada por el tribunal del Estado miembro de origen que ha dictado la resolución de restitución³⁵. Al respecto se ha señalado que ya no nos encontramos ante el método tradicional, dado que “la toma en consideración” de la resolución a la que se pretende dar efecto tiene lugar *a priori* en el Estado miembro de origen³⁶. Así, se

³⁰ Al respecto, se ha señalado que la resolución que anula la decisión de restitución y dispone el retorno del menor debe ser extemporánea, en el sentido de no ajustarse a los plazos del art. 11.3 R 2201/2003 (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602).

³¹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600.

³² Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartados 36 y 37.

³³ En este sentido, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 362.

³⁴ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

³⁵ Correspondiendo al tribunal del Estado miembro de origen la valoración de la concurrencia de las circunstancias para emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003, se ha señalado que no era necesario que el Tribunal de Justicia entrase a examinar si procedía o no la expedición del mismo, si bien también se ha apuntado que el pronunciamiento del Tribunal al respecto resulta “impecable”. (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 601.). Esta misma reflexión la realiza el autor mencionado también con respecto a la cuestión del no reconocimiento. Sobre la expedición del certificado del art. 42 R 2201/2003, vid. F. GARAU SOBRINO, “La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) n.º. 2201/2003 y n.º. 805/2004”, *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 606-608.

³⁶ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 282. Sobre el paso del

ha dicho que en este punto reside la “singularidad” del mecanismo, puesto que es el tribunal del Estado miembro de origen el que debe apreciar la “regularidad de la decisión”³⁷.

36. Los requisitos para la emisión del certificado se refieren, por un lado, a que se hubiera dado posibilidad de audiencia al menor –si procede según su edad o grado de madurez– y a las partes; por otro, el tribunal del Estado miembro de origen debe haber tenido en cuenta las razones y pruebas que, en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, llevaron al tribunal del Estado miembro requerido a denegar la restitución³⁸. Con respecto al primero de los requisitos mencionados, no se consideró conveniente oír a la menor debido a la edad de la misma. Se cumplió con el trámite de dar a las partes la posibilidad de audiencia dado que, aunque la madre de la menor no compareció, sí se encontraba representada³⁹.

37. Debe tenerse presente que nos encontramos ante un supuesto –traslado o retención del menor– para el que se dan dos soluciones distintas –no restitución según los tribunales del Estado miembro requerido, y restitución según los tribunales del Estado miembro de origen–, por lo que el tribunal del Estado miembro de origen debe acreditar que ha valorado las circunstancias del caso que llevaron a denegar el retorno con anterioridad⁴⁰. Así, se trata de que el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos, disponga de la información necesaria para tomar en consideración las circunstancias que, a los tribunales del Estado miembro en el que el menor se encontraba como consecuencia del traslado o retención ilícitos, les llevaron a resolver en sentido contrario⁴¹.

Por lo tanto, la valoración sobre si procede expedir o no el certificado del art. 42 R 2201/2003 corresponde realizarla a los tribunales del Estado miembro de origen que dictaron la resolución de restitución.

4. La Sección 4 del R 2201/2003 frente a otras vías para lograr la eficacia extraterritorial de la resolución

38. Habiendo sido certificada la resolución de restitución en virtud del art. 42 R 2201/2003 que, como sabemos, se incluye en la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento, dispone el apartado prime-

sistema tradicional de control de la resolución en el Estado miembro requerido a su control en el Estado miembro de origen, vid. F. GARAU SOBRINO, “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?”, *AE-DIPr.*, tomo IV, 2004, pp. 108 y ss.; A. DEVERS, “Le droit de visite”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 107.

³⁷ Vid. P. HAMMJE, “Le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit “Bruxelles II bis”. Les règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005 p. 101.

³⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 67. Por lo que se refiere a la audiencia del menor, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 302; A. GOUTTENOIRE, “L’audition de l’enfant dans le règlement “Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, pp. 201-207; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 528 y pp. 537-538. Con respecto a la audiencia del solicitante del retorno, vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 46; H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 252; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, 2009, p. 538; y vid. también A. DEVERS, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 44, quien señala que aquí lo que se plantea es el respeto al derecho a ser oída la petición del demandante. Con respecto al idioma en que debe redactarse el certificado y a si es precisa la traducción del mismo, vid. E. CANO BAZAGA, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) N° 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000”, en S. ADROHER BIOSCA / B. CAMPUZANO DÍAZ (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, 2006, p. 42.

³⁹ Opinión de la Abogado General SHARPSTON de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 42 y nota 15.

⁴⁰ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 289.

⁴¹ Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *R. G. D.*, núm. 34, 2004, p. 357; I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 236.

ro del precepto mencionado que “...será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento...”. Ello nos lleva a continuación a plantear qué relación existe entre esta vía y la de las Secciones 1 y 2 del Reglamento (“Reconocimiento” y “Solicitud de declaración de ejecutoriedad”).

39. Una de las diferencias fundamentales entre la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento, por un lado, y las Secciones 1 y 2, por otro, reside en que, si se sigue la vía de la Sección 4 del Capítulo III, no cabrá interponer recurso contra la expedición del certificado –que sólo podrá ser objeto, en su caso, de rectificación– de tal manera que la resolución será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin que sea posible impugnar su reconocimiento y sin que sea precisa declaración de ejecución⁴². El objetivo de esta previsión es que, teniendo en cuenta que en los casos de secuestro internacional de menores es imprescindible actuar con celeridad, no sea empleada la posibilidad de recurrir como maniobra dilatoria⁴³. En cambio, en el ámbito de las Secciones 1 y 2, existen motivos para que los tribunales del Estado miembro requerido denieguen el reconocimiento y el *exequatur* de la resolución del Estado miembro de origen⁴⁴.

40. La cuestión fundamental reside en cómo interpretar el inciso del art. 21.3 R 2201/2003 que establece que “Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución”. En concreto, la expresión “sin perjuicio” podría interpretarse en dos posibles sentidos: a) el procedimiento de las Secciones 1 y 2 del Capítulo III del Reglamento es alternativo al de la Sección 4 del mismo Capítulo, o b) que prevalece éste último.

El Tribunal de Justicia señala que la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor con posterioridad a una resolución de no restitución “goza de autonomía procedimental”⁴⁵. El objetivo de la misma es que la restitución del menor no se vea retrasada⁴⁶.

El Tribunal de Justicia considera que el inciso “Sin perjuicio de la sección 4...” del art. 21.3 R 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que la facultad que tiene toda parte interesada para solicitar el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución “...no excluye la posibilidad, cuando se reúnen los requisitos, de recurrir al régimen previsto en los artículos 11.8, 40 y 42 del Reglamento, en el supuesto de una restitución de un menor tras una resolución de no restitución, pues este régimen prevalece sobre el previsto en las secciones 1 y 2 de dicho capítulo III”⁴⁷.

41. Así, según el Tribunal de Justicia, como el certificado emitido por los tribunales alemanes cumple las condiciones del art. 42.2 R 2201/2003 y no se ha cuestionado su autenticidad, los tribunales lituanos sólo pueden constatar la fuerza ejecutiva de la resolución alemana de restitución de la menor. Ello se traduce, por lo tanto, en su retorno a Alemania.

⁴² STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 64.

⁴³ Vid. H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 254.

⁴⁴ Art. 23 R 2201/2003: “Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor; b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido; c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona; e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido; f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o bien g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56”.

⁴⁵ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 63.

⁴⁶ *Ibidem*, apartado 63.

⁴⁷ *Ibidem*, apartado 65.

42. Como conclusión general, entonces los tribunales del Estado miembro requerido deben valorar una resolución de restitución de un menor, dictada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003, y que ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el art. 42, con base en la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento. Así, siendo el certificado auténtico y conteniendo los elementos a los que hace alusión el art. 42 R 2201/2003, un hipotético recurso contra el certificado o una oposición al reconocimiento de la resolución deben ser desestimados en virtud del art. 43.2 R 2201/2003⁴⁸.

43. Se ha señalado que se ve así confirmado uno de los aspectos estructurales del título ejecutivo europeo, consistente en que los tribunales del Estado miembro donde pretende ejecutarse no pueden valorar su expedición, sino sólo ejecutarlo “en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro” (art. 47.2.II R 2201/2003)⁴⁹. Como el procedimiento de ejecución se rige por la Ley del Estado miembro de ejecución (art. 47.1 R 2201/2003), se ha criticado que el paso importante que se ha dado al introducir el mecanismo del art. 42 R 2201/2003 “se vacía en cierto modo de contenido”⁵⁰.

Así, el Tribunal de Justicia no menciona que, a pesar de ser un certificado auténtico y contener los elementos del art. 42 R 2201/2003, cabe oponerse a la ejecución –si bien no en el concreto caso que nos ocupa– con base, por ejemplo, en la incompatibilidad con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad (art. 47.2.II R 2201/2003)⁵¹.

5. La solicitud de no reconocimiento

44. Al no ser posible, por lo tanto, solicitar el no reconocimiento de una resolución dictada en el ámbito del art. 40.1.b) R 2201/2003 y que ha sido certificada conforme al art. 42 R 2201/2003, no es preciso responder en el caso que nos ocupa a la cuestión de si cabe instar el no reconocimiento de la misma cuando no ha sido solicitado previamente su reconocimiento.

A) La solicitud de no reconocimiento sin previa solicitud de reconocimiento

45. Cabe precisar que, fuera de los supuestos que se corresponden con el que es objeto de nuestro estudio –resolución de restitución de un menor dictada en el ámbito del art. 40.1.b) y certificada conforme al art. 42 R 2201/2003– el Reglamento sí permite solicitar el no reconocimiento de una resolución

⁴⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartados 88 y 89. Se ha apuntado así que, al no ser admisible la solicitud de no reconocimiento, “se limita el poder dispositivo existente en el régimen de circulación” (Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 601).

⁴⁹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600.

⁵⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 145; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FONER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 341-365; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Unification of International Family Law in Europe -A Critical Perspective”, en K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2003, p. 205; B. ANCEL / H. MUIR WATT, “L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, 2005, vol. 94, núm. 4, octubre-diciembre, p. 604. Al respecto, E. CANO BAZAGA apunta que tiene todavía por delante el legislador comunitario un “largo camino hasta la armonización de la normativa procedimental de los Estados miembros en materia de ejecución” (Vid. E. CANO BAZAGA, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) N° 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000”, en S. ADROHER BIOSCA / B. CAMPUZANO DÍAZ (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, 2006, p. 43).

⁵¹ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 600. Vid. también A. DEVERS, “Les enlèvements d'enfants et le Règlement “Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON (ed.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, p. 46; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 145; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FONER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 258-360.

sin que previamente se haya instado su reconocimiento⁵². Así lo indica el art. 21.3 R 2201/2003, cuando dispone que “Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución”. El procedimiento de solicitud de no reconocimiento se regularía por la Sección 2 del Capítulo III del Reglamento⁵³.

Al respecto, el Tribunal de Justicia menciona, además, ciertos factores que pueden llevar a solicitar el no reconocimiento de una resolución, como el interés del menor, la tranquilidad familiar, así como la anticipación de la presentación de pruebas que podrían no poder ser conservadas para su aportación en un futuro⁵⁴.

B) El papel del art. 31.1 R 2201/2003 en una solicitud de no reconocimiento

46. Como en un caso como el que nos ocupa no cabe solicitar el no reconocimiento, tampoco es necesario resolver para el mismo qué papel juega el art. 31.1 R 2201/2003 en el proceso en el que se decide sobre el no reconocimiento. No obstante, sí resulta de interés la respuesta del Tribunal de Justicia para los casos en que se solicita la declaración de ejecutoriedad de una resolución. Según indica el Tribunal de Justicia, este procedimiento tiene carácter ejecutivo y unilateral, encontrándose garantizado el derecho de defensa por el art. 33 R 2201/2003, que contempla la posibilidad de presentar un recurso contra la declaración de ejecutoriedad⁵⁵. En concreto, el art. 33.3 R 2201/2003 precisa que el recurso se sustanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.

47. Por lo tanto, y como aspecto final objeto de examen en el presente estudio, debemos indicar que el art. 31 R 2201/2003 está diseñado para que la persona contra la que se solicita la declaración de ejecutoriedad no presente alegaciones en primera instancia, debiendo esperar, si desea plantearlas, a la interposición del recurso. Cuando no se cumple esta condición, es decir, cuando el solicitante es la persona contra la que podía haberse solicitado la declaración de ejecutoriedad, considera el Tribunal de Justicia que la parte demandada sí puede presentar alegaciones⁵⁶. Entiende así el Tribunal de Justicia que se respeta la eficacia de la acción del solicitante, entendiendo que el procedimiento de no reconocimiento implica una apreciación negativa cuya naturaleza exige carácter contradictorio⁵⁷. Es decir, como el objetivo es favorecer la eficacia extraterritorial de la decisión, en caso de solicitar un reconocimiento no se permitirán las alegaciones del demandado; mientras que sí se permitirán las alegaciones del demandado si se solicita el no reconocimiento, para frenar la posibilidad que la resolución resulte ineficaz⁵⁸.

⁵² STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 91.

⁵³ *Ibidem*, apartado 96.

⁵⁴ *Ibidem*, apartado 95.

⁵⁵ *Ibidem*, apartado 101.

⁵⁶ *Ibidem*, apartados 103, 104 y 107.

⁵⁷ *Ibidem*, apartado 105.

⁵⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602.

NOTAS BREVES SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 20 MAYO 2010 (*BILAS*: ASUNTO C-111/09): LA SUMISIÓN TÁCITA EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES DE SEGURO, CONSUMO Y TRABAJO

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 14.06.2010 / Aceptado: 29.06.2010

Resumen: La STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, permite reflexionar sobre la cuestión de si la sumisión tácita es operativa como foro de competencia judicial internacional en relación con los litigios relativos a contratos de trabajo, de seguro o de consumo con carácter internacional. El TJCE opta por la respuesta afirmativa. El presente trabajo pretende demostrar que dicha solución no sólo es intachable desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sino que, y esto es todavía más importante, es la solución más eficiente posible.

Palabras clave: Sumisión tácita, contratos internacionales de consumo, contratos internacionales de trabajo, contratos internacionales de seguro, eficiencia.

Abstract: The ECJ Judgement *Michal Bilas* (C-111/09) of May 20, 2010, arises the question of the submission as an operative ground of jurisdiction in the context of Council regulation 44/2001 with regard to litigations relative to individual employment contracts, consumer contracts, and insurance contracts. The EJC chooses the affirmative answer. The present paper tries to demonstrate that the above mentioned solution not only is irreproachable from a legal point of view, but, and this is even more important, is the most efficient possible solution.

Key words: Submission, international consumer contracts, international contracts of employment, contracts of assurance, efficiency.

Sumario: I. La aplicación del art. 24 R.44/2001 a los contratos internacionales de seguro, consumo y trabajo. II. Reconocimiento de decisiones judiciales dictadas sobre el foro de la sumisión tácita en materia de seguro, consumo y trabajo.

I. La aplicación del art. 24 R.44/2001 a los contratos internacionales de seguro, consumo y trabajo

1. El foro de la sumisión tácita recogido en el art. 24 del Reglamento 44/2001 (R.44/2001) sigue dando mucho que hablar. Es sabido que se produce la sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 24 R.44/2001)¹. De

¹A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Ed.Comares, Granada, 2010, pp. 153-156; Th. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozessrecht (Kommentar)*, Sellier, European Law Publishers, 2004,

este modo, las partes, cualquiera que sea el Estado de su domicilio, e incluso aunque ninguna tenga su domicilio en un Estado miembro, pueden “prorrogar” la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales de Estados miembros que, inicialmente, carecían de competencia judicial internacional porque ninguno de los demás foros del Reglamento 44/2001 atribuía tal competencia a dichos tribunales².

2. Es el art. 24 R.44/2001 el precepto que el Reglamento 44/2001 dedica a fijar el régimen jurídico de la sumisión tácita en relación con los litigios internacionales cubiertos por el ámbito material del Reglamento 44/2001 (*vid.* art. 1 R.44/2001). Entre las muchas cuestiones polémicas que suscita el mencionado art. 24 R.44/2001 se hallaba la relativa a saber si cabe admitir la competencia internacional de los tribunales de un Estado miembro fundada en la sumisión tácita de los litigantes en el caso de que la controversia judicial afecte a materia de seguros, contratos de trabajo y contratos de consumo³. En efecto, visto que tales materias son objeto de los llamados “foros de protección”, se suscitaba la duda de saber si las partes podían someterse de modo tácito a un tribunal de un Estado miembro al margen de tales foros de protección, es decir, sin acudir a los tribunales fijados en dichos foros de competencia judicial internacional.

3. Ciertos autores de indudable prestigio, habían sostenido, con argumentos sólidos, que la sumisión tácita no debía ser admitida como foro de competencia judicial internacional en relación con los litigios internacionales que afectan a materias sensibles y que cuentan ya con su propia regulación en secciones específicas del Reglamento 44/2001 a través de “foros de protección”. Se había sostenido, fundamentalmente, que estas secciones 3, 4 y 5 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 sólo permiten los acuerdos de sumisión expresos en ciertos supuestos que refuerzan la posición del sujeto parte débil y que, al callar sobre la posibilidad de sumisión tácita, ésta no podía ser aplicable *tout court* tal y como se contempla en el art. 24 R.44/2001, pues ello podría comportar un riesgo de perjuicio a los sujetos situados en posición de consumidores, trabajadores y asegurados⁴. Frente a ello, otros autores habían

pp. 281-290; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht (Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen)*, Verlag, Heidelberg, 7th ed., 2002, pp. 317-325; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., París, 2002, pp. 119-123; A. ROTTOLA, “L'accettazione tacita della giurisdizione nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968”, *RDIPP*, 1978, pp. 521-529; O. SANDROCK, “Die Prorogation der internationalen Zuständigkeit eines Gerichts durch hilfsweise Sacheinlassung des Beklagten. Das Mysterium des Artikel 18 Satz 2 EGVÜ”, *ZVglRWiss*, 1979, pp. 117-220; R.A. SCHÜTZE, “Zur internationalen Zuständigkeit aufgrund rückgelogter Einlassung”, *ZJP*, 1977, pp. 67-76; A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 18”, en A.L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968*, Madrid, BOE / Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 372-379; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 304-308; L. MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles, I, II sistema della competenza*, Cedam, Padova, 1999, pp. 690-712; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento CE N.44/2001*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2003, pp. 148-150; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27.9.1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, París, Jupiter, 1986, pp. 110-114; S. O'MALLEY / A. LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1989, p. 611; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments. The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters under the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Abingdon, Professional Books, 1987, p. 1117.

² STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 21: “A este respecto procede señalar que el artículo 24, primera frase, del Reglamento n° 44/2001 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. La referida disposición se aplica también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un órgano jurisdiccional contraviniendo las disposiciones del referido Reglamento e implica que la comparecencia del defensor pueda considerarse una aceptación tácita de la competencia del órgano jurisdiccional al que se ha sometido el litigio y, por lo tanto, una prórroga de su competencia”.

³ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 20: “El objeto de esta cuestión es determinar si, incluso en lo que respecta a los litigios a los que se aplican las reglas de competencia especial establecidas en el Reglamento n° 44/2001, como las contenidas en la sección 3 del capítulo II del referido Reglamento en materia de seguros, la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto constituye una prórroga tácita de la competencia”.

⁴ P.A. NIELSEN, “Article 17” en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, julio 2007, pp. 321.325, esp. p. 325: “On the other hand, it is presupposed that a jurisdiction clause under Art. 17 must conform to the formal requirements imposed by Art.23. This indicates the existence of some degree of awareness of the effect of the jurisdiction clause, which may be absent in cases covered by Art. 24, at least if the consumer is not informed by the court about his rights under Section 4. Furthermore, the general policy behind Section 4 to protect consumers

sostenido que la sumisión tácita debía admitirse como foro de competencia judicial internacional en el caso de contratos de consumo, seguro y trabajo⁵.

4. Pues bien, la STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas* (vid. especialmente FJ 21-22-24), viene a dar la razón a los autores que habían defendido que la sumisión tácita es operativa en relación con todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. El foro de la sumisión tácita presenta, por lo tanto, un alcance general, de modo que puede operar en cualquier tipo de litigio. Las únicas excepciones al foro de la sumisión tácita recogido en el art. 24 R.44/2001 son las expresamente contempladas en el apartado segundo de dicho precepto, es decir: (a) Que el demandado proponga una excepción declinatoria de competencia en cuya virtud exprese su voluntad de no aceptar la competencia de dicho órgano jurisdiccional (= en este caso no existe sumisión tácita válida porque no hay voluntad concurrente de demandante y demandado de litigar ante un concreto tribunal); (b) Que se trate de litigios que sean objeto de competencia exclusiva a tenor del art. 22 R.44/2001 (= entre las que no se encuentran los contratos de trabajo, de seguro o de consumo)⁶. Estos dos supuestos constituyen una excepción a la regla general (= la aplicabilidad de la sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional) y, por tanto, deben ser interpretadas de manera restrictiva y no deben extenderse a supuestos no contemplados en la norma. La interpretación extensiva y analógica de estas excepciones está vetada⁷.

5. En consecuencia, el foro de la sumisión tácita puede emplearse en relación con todos los litigios no excluidos por el art. 24.II R.44/2001 del ámbito de dicho precepto. Ello significa que la sumisión tácita puede operar también en relación con los contratos de seguros, trabajo y consumo (= materias objeto de los llamados “foros de protección”). En efecto, así lo ha declarado el TJUE (STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 21-22-24). Debe recordarse que los foros recogidos en el Reglamento 44/2001 en materia de materias de contratos de seguro (sección 3), de consumo (sección 4) y de traba-

and only allow derogations from Art.17 in a limited number of situations supports the interpretation that Art.24 should not be applicable to consumer contracts covered by Section 4. The ECJ has not decided the question, but the latter interpretation seems more favourable from a consumer policy perspective”.

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Article 24”, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 436-448, esp. p. 445: “Art.24 applies only to international controversies covered by the material scope of the 24 Brussels I Regulation (see Art.1). Since submission is only possible when the judicial controversy has arisen, there are no risks for the defendant: the plaintiff cannot “impose” the “obligation” to dispute before a specific court²¹ on the defendant. Hence, Art. 24 is to be applied in all matters covered by this legal instrument, even to subject matters with a “weak party”, such as consumer contracts, insurance contracts, employment contracts and alimony or maintenance.²² There is a strong polemic about the possibility of submission in the field of “consumer contracts”. Nevertheless, there can be no doubt that submission must be accepted even in this subject matter. Firstly, because there is no express limitation to submission in the Section 4, Chapter II of the Brussels I Regulation (i.e. the specific Section of the Brussels I Regulation devoted to “consumer contracts”). Secondly, because when the consumer is the defendant, he can always contest the court’s international jurisdiction if the plaintiff files a lawsuit before a specific court. Not only the consumer-defendant can always contest the jurisdiction, but he can refuse to appear in court, and even in this case, this specific court will not have jurisdiction based on Art. 24.²³ Hence, the consumer-defendant”; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000”, en A.-L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (Directores), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 203-215; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Ed.Comares, Granada, 2010, p. 154 (también ya en la edición de 2009); M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 306; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., París, 2002, p. 120; A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 18», en A.L. CALVO CARAVACA (Dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968*, Madrid, BOE, 1994, p. 378; L. MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles, I, II sistema della competenza*, Cedam, Padova, 1999, pp. 703-704.

⁶ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 22: “El artículo 24, segunda frase, del Reglamento n° 44/2001 determina las excepciones a dicha regla general. Dispone así que no hay prórroga tácita de la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto si el demandado propone una excepción de incompetencia, expresando así su voluntad de no aceptar la competencia de dicho órgano jurisdiccional, o si se trata de litigios para los que el artículo 22 del referido Reglamento establece reglas de competencia exclusiva”.

⁷ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 23: “Esta segunda frase contiene una norma que delimita el ámbito de aplicación de la regla general. Por lo tanto, como han señalado los Gobiernos checo, alemán y eslovaco y la Comisión de las Comunidades Europeas, debe considerarse una excepción y debe ser objeto de interpretación restrictiva”.

jo (sección 5) no son foros exclusivos de competencia judicial internacional y no están cubiertos, por tanto, ni por el art. 22 R.44/2001 ni, en consecuencia, tampoco por el párrafo II del art. 24 R.44/2001⁸. Tampoco debe olvidarse que, aunque la STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, versa sobre un supuesto de seguros (= se trataba de un litigio entre una compañía aseguradora domiciliada en la República Checa, y un particular, el Sr. Bilas, tomador del seguro y con domicilio en Eslovaquia, en el que estaba en juego el requerimiento de pago de una prima de seguro) (STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 2), lo cierto es que las palabras con las que comienza la sección 3 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 son, *mutatis mutandis*, idénticas a las palabras que dan también inicio a la sección 4 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 (= contratos celebrados por un consumidor) e idénticas a las que encabezan la sección 3 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 (= contratos individuales de trabajo)⁹. De ello se sigue, sin dificultad, que la doctrina del TJUE vertida en esta STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, es aplicable también a los contratos celebrados por consumidores, y a los contratos individuales de trabajo.

6. Más allá de las razones edificadas sobre la pura dogmática jurídica, la razón sustancial por la cual el TJUE estima que el foro de la sumisión tácita recogido en el art. 24 R.44/2001 debe operar en relación con estas materias sensibles objeto de foros de protección (= contratos de seguro, consumo y trabajo), es clara: la sumisión tácita se verifica siempre cuando el litigio ya ha surgido¹⁰. Por ello, no existe ningún riesgo de que una parte pueda “imponer” a otra parte, aunque se trate de una parte situada en “posición jurídica débil” (= consumidor, asegurado, trabajador), la obligación de litigar ante un determinado tribunal. Esta razón justifica que el art. 24 R.44/2001 sea aplicable a todo tipo de litigio siempre que la materia objeto del mismo aparezca cubierta por el Reglamento 44/2001, e incluidos, naturalmente, los litigios que afectan a una parte en “posición jurídica débil”. Las partes son los mejores jueces de sus propios litigios y si ambos deciden, sin imposiciones entre las mismas, litigar ante los tribunales de un determinado Estado miembro, dicha decisión debe ser respetada pues constituye la solución jurisdiccional más eficiente, como ha remarcado abundante doctrina de modo más que solvente¹¹.

⁸ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 26: “En tales circunstancias, como las reglas de competencia formuladas en la sección 3 del capítulo II del Reglamento n° 44/2001 no son reglas de competencia exclusiva, el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo dichas reglas debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia”.

⁹ Art. 8 R.44/2001: “En materia de seguros, se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5”. *Vid.* también art. 15.1 *in primis* R.44/2001, con el que da comienzo la sección 4 del Capítulo II del Reglamento 44/2001: “En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor; para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5”. *Vid.* también, art. 18.1 *in primis*, que encabeza la sección 5 del Capítulo II del Reglamento 44/2001: “En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio del artículo 4 y del punto 5 del artículo 5”.

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 18”, en A.L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968*, Madrid, BOE, 1994, p. 374; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 306: “puede haber razones por las que a la parte débil le interese litigar en el foro escogido por su contraparte. Mientras esta decisión esté en sus manos una vez surgido el litigio no habría problemas”.

¹¹ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 306. *Vid.*, también, con consideraciones relativas tanto a la libre elección de tribunal competente como de la Ley aplicable al fondo de los litigios internacionales, H. GAUDEMET-TALLON, “L’utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 181-192; N. WATTÉ / C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 851-927, esp. p. 857 nota [15]; A.-L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 1335-1374; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154, p. 129: “las partes son los mejores jueces de sus propios litigios”; J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción”, en *Estudios en homenaje al Prof. D. Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, vol. I, pp. 131-162, esp. p. 20; C. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900, esp. p. 2847; A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, 2004, t. 307, pp. 29-383, esp. p. 127, p. 120, p. 161, nota [376]; K. SIEHR, “Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts”, *Festschrift für K. Firsching*, Munich, C.H. Beck, 1985, pp. 269-289, esp. p. 280; E. A. O’HARA, “From Politics to

Las secciones 3 a 5 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 contienen una serie de foros de competencia judicial internacional destinados a proteger a la parte más débil una relación contractual internacional, pero dicha parte puede, si así lo estima más adecuado para sus intereses, “despojarse” voluntariamente de la protección que tales secciones le conceden y comparecer libremente ante un tribunal de un Estado miembro¹². El juez ante el que se haya sometido tácitamente el litigio puede, no obstante, “asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer”, y ello en virtud de la protección específica que el Reglamento ofrece a determinados litigantes, como asegurados, trabajadores y consumidores¹³. Sin embargo, si el consumidor, trabajador o asegurado insisten, a pesar de dicha “información judicial”, en comparecer voluntariamente, el tribunal ante el que las partes han acudido será competente en virtud del art. 24 R.44/2001.

II. Reconocimiento de decisiones judiciales dictadas sobre el foro de la sumisión tácita en materia de seguro, consumo y trabajo

7. El art. 35.1 R.44/2001 indica que “[a]simismo, no se reconocerán las resoluciones si se hubieren desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del capítulo II, o en el caso previsto en el artículo 72”. El art. 35.3 R.44/2001 precisa que “[s]in perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, no podrá procederse a la fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen. El orden público contemplado en el punto 1 del artículo 34 no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial”. Surge, por tanto, la duda legítima de saber si una sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro en materia de contratos de seguro o trabajo debe ser reconocida en los demás Estados miembros aunque se haya dictado sobre la base jurídica del foro de la sumisión tácita¹⁴. En efecto, tal foro (= sumisión tácita) no se contempla en las secciones 3 (seguro) y 4 (trabajo) del Capítulo II del Reglamento 44/2001.

8. El TJUE se mueve con habilidad ante la cuestión y recuerda que el tribunal que se ha declarado competente en virtud del art. 24 R.44/2001 es un tribunal competente¹⁵. En efecto, si el tribunal de origen se ha declarado competente en virtud de una sumisión tácita (art. 24 R.44/2001), la sentencia dictada por dicho tribunal será reconocida sin que el art. 35.1 R.44/2001 lo impida. En efecto, el Reglamento 44/2001 ofrece al demandado la posibilidad de defenderse en cuanto al fondo ante un tribunal distinto de

Efficiency in Choice of Law”, en E.A. O’HARA (edited by), *Economics of Conflict of Laws*, volume I, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2007, pp. 212-293, esp. p. 212 y pp. 259-264; F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *RCADI*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 131.

¹² STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Michal Bilas, FJ 30: “En consecuencia, a pesar de que, en los ámbitos a que se refieren las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento, las reglas de competencia tienen la finalidad de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada (véase, a este respecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekering*, C 463/06, Rec. p. I 11321, apartado 28), no puede imponerse a esta parte la competencia judicial determinada en dichas secciones. Si dicha parte decide deliberadamente comparecer, el Reglamento n° 44/2001 le brinda la posibilidad de defenderse en cuanto al fondo ante un órgano jurisdiccional distinto de los determinados en virtud de las referidas secciones”.

¹³ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Michal Bilas, FJ 32: “Procede señalar que tal obligación únicamente podría imponerse estableciendo una regla expresa al efecto en el Reglamento n° 44/2001. No obstante, habida cuenta del objetivo de las reglas de competencia formuladas en las secciones 3 a 5 del capítulo II de dicho Reglamento, que consiste en ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez que conoce del asunto siempre está autorizado a asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer”.

¹⁴ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Michal Bilas, FJ 28: “A este respecto procede señalar que el citado artículo 35 establece como causa de no reconocimiento la vulneración de las reglas de competencia especial, entre ellas las reglas en materia de seguros, que tienen por objeto garantizar una protección reforzada de la parte más débil”.

¹⁵ STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Michal Bilas, FJ 29: “Tal disposición impide reconocer las resoluciones adoptadas por un órgano jurisdiccional incompetente al que se ha sometido un litigio sin respetar dichas reglas. Por lo tanto, no es aplicable cuando la resolución ha sido adoptada por un juez competente. Éste es precisamente el caso del juez al que se ha sometido un litigio, aunque sea sin respetar las reglas de competencia especial, y ante el cual el demandado comparece sin proponer una excepción de incompetencia. En efecto, dicho juez es competente en virtud del artículo 24 del Reglamento n° 44/2001. Por consiguiente, el artículo 35 del referido Reglamento no impide el reconocimiento de la resolución adoptada por dicho juez”.

los determinados en virtud de las referidas “secciones de protección” previstas para contratos de seguro, consumo y trabajo: el tribunal elegido tácitamente por las partes. De ese modo, si el sujeto parte débil decide voluntariamente comparecer ante dicho tribunal y defenderse en cuanto al fondo, debe entenderse que la sentencia fue dictada por un tribunal competente que no vulneró los foros de competencia internacional de protección contemplados en las secciones 3, 4 y 5 R.44/2001. Por ello, la sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro que funda su competencia en el art. 24 R.44/2001 debe ser reconocida en los demás Estados miembros sin que el art. 35.1 R.44/2001 pueda impedirlo (STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, FJ 29-30).

IL FORO DELLA RESIDENZA ABITUALE DEL CONIUGE NEL REGOLAMENTO (CE) N° 2201/2003: NOTE A MARGINE DELLE PRIME PRONUNCE ITALIANE

CRISTINA CAMPIGLIO

*Professore ordinario di Diritto internazionale
Università di Pavia*

Recibido: 17.08.2010 / Aceptado: 30.08.2010

Riassunto: L'art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003 prevede, in materia matrimoniale, una serie di titoli di giurisdizione alternativi, incentrati prevalentemente sulla residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi. Quella di residenza abituale è tradizionalmente considerata nozione atecnica, di natura fattuale, il cui elemento obiettivo è costituito dalla stabilità: controverso è invece se debba sussistere anche un elemento soggettivo, se cioè la stabilità debba essere intenzionale. Due recenti ordinanze della Cassazione italiana relative al *forum actoris* prescindono dalla volontà del soggetto di conferire stabilità alla propria residenza. Opposta è invece la posizione assunta dalla Cour de Cassation francese. Il dilemma tra un'interpretazione restrittiva della nozione di residenza abituale del coniuge e un'interpretazione estensiva potrebbe utilmente essere risolto dalla Corte di Giustizia.

Parole chiave: Giurisdizione, Regolamento 2201/2003, residenza abituale, interpretazione.

Abstract: Concerning matrimonial matter, the Article 3 of Regulation (EC) n° 2201/2003 lists numerous alternative jurisdiction titles, prevalingly based on the habitual residence of either or both spouses. In international practice the notion of habitual residence is traditionally atechanical, of factual nature, and typically recalls the element of stability in residence, whereas that stability must be also intentional is uncertain. Two recent decisions by the Italian Corte di Cassazione about *forum actoris* leave intentionality of stable residence apart. By contrast, the French Cour de Cassation gives relevance to the voluntary element. The issue of the weight to be given to the intentionality element should be addressed by the Court of Justice.

Key words: Jurisdiction, Regulation 2201/2003, habitual residence, interpretation.

Sommario: I. La residenza abituale come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale. II. La recente giurisprudenza italiana. III. La qualificazione della nozione di residenza abituale. 1. La residenza abituale, patrimonio comune del diritto internazionale privato. 2. La nozione di residenza abituale in materia matrimoniale: difformità di interpretazione nella giurisprudenza italiana e francese. 3. Opportunità di un intervento della Corte di Giustizia?

I. La residenza abituale come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale

1. Partendo dall'assunto della non universalità della giurisdizione degli Stati membri, il Regolamento (CE) n° 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale¹ stabilisce una serie di titoli di giurisdizione, tutti quanti esclusivi – nel senso che rendono inoperanti, entro l'ambito di applicazione del Regolamento medesimo, le norme nazionali (in Italia,

¹ In *GUUE L 338* del 23 dicembre 2003, p. 1.

gli artt. 3, 4, 32 e 37 della legge 31 maggio 1995, n° 218) –. Per quanto riguarda specificamente le cause di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, l’art. 3 del Regolamento attribuisce “Competenza generale” ai giudici dello Stato membro “a) nel cui territorio si trova: – la residenza abituale dei coniugi, o – l’ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o – la residenza abituale del convenuto, o – in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o – la residenza abituale dell’attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o – la residenza abituale dell’attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso ...; b) di cui i due coniugi sono cittadini”. Come ha recentemente osservato la Corte di Giustizia, dunque, “il sistema di ripartizione delle competenze introdotto dal Regolamento n° 2201/2003 in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale non mira ad escludere competenze giurisdizionali multiple. È invece prevista espressamente la coesistenza di più giudici competenti, senza che sia stabilita tra loro alcuna gerarchia”². In pratica, il coniuge potrà presentare istanza di divorzio/separazione/annullamento del matrimonio ad uno qualsiasi dei giudici competenti, influenzando così la soluzione di merito della controversia: in altre parole, proprio in un settore tradizionalmente sottratto all’autonomia privata, il Regolamento sembra istituzionalizzare il *forum shopping* e, indirettamente, la scelta della legge applicabile (c.d. *system shopping*)³. Rispetto a chi agisce in materia civile e commerciale, chi assume l’iniziativa in materia matrimoniale dispone pertanto di un più ampio ventaglio di fori, ma l’eventuale difetto di giurisdizione del giudice adito non può essere sanato dalla comparizione in giudizio del convenuto: a differenza del 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 commerciale⁴ (art. 24), infatti, il Regolamento n° 2201/2003 non prevede la proroga tacita. D’altra parte, però, esso ammette – in deroga al principio *actor sequitur forum rei* – il *forum actoris*, sulla base della residenza abituale integrata da elementi che ne attestino la stabilità e la prevedibilità (durata di almeno un anno e rispettivamente sei mesi se l’attore è cittadino dello Stato).

² CORTE DI GIUSTIZIA, 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, punto 49, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 176 (<http://curia.europa.eu>). I titoli di giurisdizione sono alternativi: la distinzione in due lettere, a) e b), e vari trattini è dovuta a meri motivi sistematici. In tal senso v. già la Relazione Borrás alla mancata Convenzione di Bruxelles del 1998 in materia matrimoniale e di responsabilità parentale, punto 33: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 943.

³ In materia matrimoniale, l’Unione europea sta effettivamente abbandonando la secolare impostazione di “indisponibilità” (tipica degli istituti rientranti nello statuto personale, ovvero nel manciniano diritto privato necessario) a favore di una sempre maggiore autonomia dei coniugi, in ordine alla determinazione tanto della giurisdizione quanto della legge applicabile. La proposta di modifica del Regolamento n° 2201/2003, presentata dalla Commissione nel 2006 (COM (2006) 399 def. del 17 luglio 2006), prevedeva infatti da un lato la proroga della giurisdizione, e dall’altro l’*optio legis* (salvo in caso di annullamento del matrimonio, in ragione dello stretto nesso con le condizioni di validità del matrimonio). Come è noto, questa proposta è caduta a causa dell’opposizione di alcuni Stati membri. Di qui la nuova proposta c.d. di cooperazione rafforzata, presentata il 24 marzo 2010 (COM (2010) 105 def. del 24 marzo 2010) su iniziativa di dieci Stati (Austria, Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Lussemburgo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria), con l’immediata adesione di altri quattro (Germania, Lettonia, Malta e Portogallo). La proposta del 2010 non mira a modificare il Regolamento n° 2201/2003, ma si limita a prevedere norme di conflitto uniformi (*erga omnes*). Il principio base resta l’autonomia dei coniugi, con due limitazioni: la legge scelta deve essere conforme sia ai diritti fondamentali sanciti dai Trattati dell’Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, sia ai “principi di ordine pubblico”, ossia ai “valori comuni” dell’Unione. Considerato il carattere innovativo della soluzione prospettata, la proposta ammette la libertà di scelta entro un limitato ventaglio di leggi: legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi al momento della scelta; legge dello Stato di ultima residenza abituale dei coniugi purché uno dei due vi risieda ancora al momento della scelta; legge dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi al momento della scelta; *lex fori* (art. 3 par. 1). La scelta può essere effettuata e modificata in qualunque momento, ma non oltre il momento in cui il giudice è adito (art. 3 par. 2), salvo diversa previsione della *lex fori* (art. 3.4). La scelta deve essere redatta per iscritto, datata e firmata da entrambi i coniugi: si considera forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta “una registrazione durevole dell’accordo”. Qualora tuttavia, al momento della scelta, i coniugi risiedano abitualmente in uno Stato membro “partecipante” (lo stesso o due diversi) e la legge di questo Stato preveda ulteriori requisiti formali, tali requisiti dovranno essere rispettati (art. 3 par. 3).

⁴ In *GUCE L* 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

In relazione al *forum actoris* ed a tutti gli altri fori elencati nella lett. a) dell'art. 3, è essenziale stabilire la sussistenza in un certo Stato membro della residenza abituale del coniuge; e, più in generale, qualificare il titolo stesso di giurisdizione. Posto che la norma di riferimento è di origine europea, la qualificazione deve essere operata non già *lege fori* bensì in maniera autonoma, alla luce dell'ordinamento dell'Unione.

2. Finora la Corte di Giustizia non ha avuto occasione di pronunciarsi espressamente sul concetto di residenza abituale con riferimento al coniuge, mentre è già intervenuta con riferimento al minore: la residenza abituale del minore, infatti, è impiegata dallo stesso Regolamento n° 2201/2003 come titolo di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale (art. 8). Con sentenza del 2 aprile 2009⁵, la Corte ha precisato che “si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato”: e che “[c]ompete al giudice nazionale stabilire la residenza abituale del minore, tenendo conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie”.

Negli stessi termini si era del resto già espressa (a proposito peraltro della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale di minori) la Corte di Cassazione italiana⁶, che ancora recentemente – sempre riguardo alla Convenzione dell'Aja del 1980 – ha ribadito che “la nozione di residenza abituale ... corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione, il cui accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato”⁷.

II. La recente giurisprudenza italiana

3. Nel 2010, in due diverse occasioni nell'arco di pochi mesi, la Corte di Cassazione italiana si è per la prima volta pronunciata, a sezioni unite, sulla giurisdizione in materia matrimoniale⁸, con-

⁵ CORTE DI GIUSTIZIA, 2 aprile 2009, C-523/07, *A.*, punti 39 e 44, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 750 (<http://curia.europa.eu>).

⁶ Cfr., tra altre, CASS., 7 luglio 2008, n° 18614, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 143.

⁷ CASS., 15 marzo 2010, n° 6197 (inedita). Da segnalare anche CASS., 21 ottobre 2009, n° 22238, *Foro italiano*, 2010, I, 903, secondo cui il concetto di residenza abituale dei minori, come centro di vita e di relazioni degli stessi, corrisponde a fatti accertabili dal solo giudice del merito la cui decisione non è censurabile per cassazione se motivatamente accertata; CASS., 16 giugno 2009, n. 13936, *Foro italiano*, 2009, I, 3346, e *Famiglia e diritto*, 2009, p. 876; CASS., 15 febbraio 2008, n. 3798, *Guida al diritto - Diritto comunitario e internazionale*, 2008, p. 80.

⁸ Tra le poche decisioni di merito pronunciate in base all'art. 3 del Regolamento vale la pena di essere ricordata, per i molteplici spunti, TRIB. BELLUNO, 6 marzo 2009 (*Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 663, e *Famiglia e diritto*, 2010, p. 179). La causa verteva sullo scioglimento del matrimonio celebrato in India da due cittadini indiani, residenti in Italia. La giurisdizione viene affermata in base, appunto, all'art. 3 del Regolamento “che trova applicazione a prescindere dalla cittadinanza europea delle parti (ed indipendentemente dalle norme sulla giurisdizione previste dal diritto nazionale, come l'art. 32 della legge 31 maggio 1995 n° 218, le quali restano applicabili soltanto in via residuale, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento)”. Il Tribunale richiama in proposito la sentenza della CORTE DI GIUSTIZIA del 29 novembre 2007 (C-68/07, *Sundelind Lopez v. Lopez Lizazo*), ove è precisato che il Regolamento “si applica anche ai cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri”, in conformità ai criteri di competenza previsti dallo stesso Regolamento. La giurisdizione italiana opera, a titolo esclusivo, in ragione del criterio generale della residenza, ed in particolare, trattandosi di domanda congiunta, della “residenza abituale di uno dei coniugi”. Il Tribunale osserva poi che la mancata trascrizione del matrimonio estero nei registri italiani dello stato civile non è di ostacolo alla pronuncia di scioglimento: infatti, “non vale ad escludere la giurisdizione del giudice italiano, in caso di domanda di divorzio tra cittadini stranieri, la circostanza che l'eventuale sentenza sarebbe improduttiva di effetti nel territorio della Repubblica, poiché insuscettibile di annotazione nei registri dello stato civile nei quali il matrimonio non è mai stato trascritto” (v. CASS., sez. un., 28 ottobre 1985 n° 5292). Per quanto

frontandosi con la nozione di residenza abituale del coniuge, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento n° 2201/2003.

La prima vicenda vede coinvolta una cittadina italiana, che adisce il Tribunale di Pisa per ottenere la separazione personale dal marito, cittadino tedesco. Dopo aver risieduto per molti anni in Belgio con il marito, la donna (funzionaria della Commissione europea, spesso in viaggio nei vari Stati membri) si stabiliva a Pisa, dove il figlio intraprendeva gli studi universitari e dove, appunto, viene in seguito avviata la causa di separazione. La giurisdizione italiana, secondo l'attrice, sussisterebbe in base all'art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003, ai sensi del quale sono competenti – tra gli altri – i giudici dello Stato membro in cui l'attore abbia risieduto abitualmente almeno per un anno prima della domanda, o almeno per sei mesi ove sia cittadino di quello Stato. La giurisdizione italiana sussisterebbe inoltre in base all'art. 32 della legge italiana di diritto internazionale privato del 1995, che ritiene competenti in materia matrimoniale i giudici italiani “quando uno dei coniugi è cittadino italiano”. Il marito eccepisce il difetto di giurisdizione, sostenendo che la competenza del giudice del luogo di residenza abituale dell'attore sussisterebbe solo nel caso di domanda congiunta, e dunque non in un caso come quello in esame. Inoltre, sempre ad avviso del marito, il centro principale delle relazioni di vita e di lavoro della moglie sarebbe sempre rimasto in Belgio: la residenza in Italia sarebbe infatti meramente formale. In virtù della residenza abituale comune in Belgio, la causa di separazione avrebbe pertanto dovuto essere intentata davanti al giudice belga.

La Cassazione, con ordinanza del 17 febbraio 2010, n° 3680⁹, si premura anzitutto di chiarire che “i parametri di cui all'art. 3 del Regolamento (CE) ... sono ritenuti in dottrina esclusivi e alternativi”, sicché la normativa statale è applicabile solo in via residuale, ossia solo se non esiste nessun giudice di uno Stato membro competente in base al Regolamento stesso (cfr. art. 7 del Regolamento). Di qui l'inapplicabilità dell'art. 32 della legge del 1995, posto che nella fattispecie è possibile rinvenire la competenza del giudice di uno Stato membro in base appunto all'art. 3 del Regolamento.

La Corte rileva poi che “in caso di domanda congiunta” il Regolamento impiega genericamente “la residenza abituale di uno dei coniugi”; tutte le altre ipotesi sono tenute distinte “con i diversi sette alinea inseriti nell'art. 3 lett. a, che chiarisce pure il carattere ‘alternativo’ di ciascuno di tali criteri”.

Richiamandosi alla relazione al previgente Regolamento (CE) n° 1347/2000 (*rectius* alla Relazione Borrás alla mancata Convenzione di Bruxelles del 1998 in materia matrimoniale e di responsabilità parentale), la Corte qualifica il concetto di residenza abituale come “luogo in cui l'interessato ha fissato

riguarda la legge applicabile, l'art. 31 della legge 31 maggio 1995 n° 218 richiama l'ordinamento indiano nel suo complesso – quale “legge nazionale comune” dei coniugi al momento della domanda – “mentre la specifica legge da applicare nel caso in esame va individuata secondo i criteri concretamente utilizzati dall'ordinamento richiamato: in particolare, nella fattispecie viene in considerazione uno dei sottosistemi normativi che disciplinano i rapporti matrimoniali in ragione dell'appartenenza ad una determinata confessione religiosa (Hindu Marriage Act, Muslim Marriage Act, Christian Marriage Act, Parsee Marriage and Divorce Act, Special Marriage Act)”. I ricorrenti hanno invocato l'Hindu Marriage Act del 1955 che trova applicazione, su base personale, nei confronti delle persone appartenenti alla religione induista (o ad una delle altre confessioni equiparate), e che individua con precisione i criteri in forza dei quali una persona deve essere considerata (per nascita o per conversione) appartenente alla confessione religiosa cui la stessa disciplina si riferisce. Poiché le parti hanno contratto matrimonio induista, deve ritenersi che entrambi appartengano alla confessione religiosa Hindu, con la conseguenza che il rapporto dedotto in giudizio è regolato appunto dall'Hindu Marriage Act. Quest'ultimo consente ai coniugi di chiedere congiuntamente il divorzio “on the ground that they have been living separately for a period of one year or more, that they have not been able to live together and that they have mutually agreed that the marriage should be dissolved”. E' dunque ammissibile lo scioglimento del vincolo matrimoniale senza la necessità di una preventiva pronuncia giudiziale di separazione, essendo sufficiente la comprovata separazione di fatto per un tempo superiore ad un anno, in ragione dell'impossibilità di ricostituire la comunione di vita. Il Tribunale tiene a precisare che “l'assenza di una precedente sentenza di separazione, in quanto non richiesta dalla legge straniera che regola il rapporto, non preclude la pronuncia di divorzio in applicazione di tale legge – i cui effetti, anche sotto questo specifico profilo, non possono quindi ritenersi contrari all'ordine pubblico, in riferimento all'art. 16 della legge 31 maggio 1995 n° 218 – risultando sufficiente il riconoscimento dell'impossibilità della ricostituzione della comunione spirituale e materiale (cfr. Cass., 25 luglio 2006 n° 16978)”. Di qui la pronuncia di divorzio.

⁹ Cass., sez. un., ordinanza 17 febbraio 2010, n° 3680, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750, e *Diritto e Giustizia*, 2010, p. 102.

con carattere di stabilità il centro permanente o abituale dei propri interessi, con chiara natura sostanziale e non meramente formale o anagrafica del concetto di cui sopra in base al diritto comunitario, essendo rilevante a individuare tale residenza ‘effettiva’, ai sensi del Regolamento stesso, il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e eventualmente lavorativa, alla data di proposizione della domanda”.

Nel caso in esame, “la sicura frequenza universitaria in (Italia) del figlio ..., principale riferimento dei rapporti affettivi ed umani della (moglie), ammesso anche dal (marito), evidenzia con certezza che il centro abituale delle relazioni della donna è in (Italia), in cui ella convive ancora con tale figlio”. Di conseguenza “può presumersi che da molto più di un anno la (moglie) abiti stabilmente (in Italia) per assistere, nella casa della sua famiglia di origine, il figlio”. Il giudice italiano è pertanto dotato di giurisdizione.

4. La seconda vicenda processuale riguarda invece due italiani, e trae origine dal ricorso con cui la moglie chiede al Tribunale di Verbania la separazione personale dal marito, che eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell’art. 3 del Regolamento (CE) n° 2201/2003. Dal momento che detta norma attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro dell’Unione “nel cui territorio si trova la residenza abituale dei coniugi”, e che i coniugi hanno abitualmente risieduto in Francia fino al 27 marzo 2009, la giurisdizione spetterebbe al giudice francese. In particolare non potrebbe operare il *forum actoris* in quanto la moglie avrebbe stabilito in Italia la propria residenza abituale, appunto, dopo il 27 marzo 2009, ossia meno di sei mesi prima della presentazione del ricorso (risalente al 25 settembre 2009), contrariamente a quanto previsto dal Regolamento stesso nel caso di attore cittadino dello Stato di residenza. La moglie, con controricorso, contesta l’esistenza di una residenza abituale comune in Francia, poiché anche dopo le nozze i coniugi hanno continuato a vivere l’uno in Francia e l’altra in Italia: a riprova della perdurante residenza italiana vengono adottati, tra altri, le risultanze anagrafiche, l’atto di nascita della figlia e attestati relativi all’impiego della ricorrente presso una scuola secondaria. La Cassazione, con ordinanza del 15 giugno 2010, n° 15328¹⁰, ribadisce che la nozione di residenza abituale impiegata dall’art. 3 del Regolamento “fa riferimento non alla residenza formale o anagrafica ma al luogo del concreto e continuativo svolgimento dalla vita personale ed eventualmente lavorativa”¹¹. La Suprema Corte ritiene che l’attività lavorativa svolta in Italia dal 2004, la nascita della figlia in Italia nel 2008, nonché l’indicazione (tanto nella partecipazione di nozze quanto nell’atto di nascita della figlia) di residenze separate in Italia e Francia, comprovino la residenza abituale della moglie in Italia da un periodo superiore ai sei mesi prima della proposizione della domanda di separazione: a nulla rilevando i saltuari – talvolta anche protratti – soggiorni in Francia presso la residenza del marito. Di qui la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano.

III. La qualificazione della nozione di residenza abituale

1. La residenza abituale, patrimonio comune del diritto internazionale privato

5. Come si è anticipato, la residenza abituale pone delicati problemi di qualificazione, stante l’assenza di indicazioni nello stesso Regolamento n° 2201/2003, che pure – ai fini della propria appli-

¹⁰ Al momento l’ordinanza risulta inedita.

¹¹ La Cassazione sembra dare per scontata l’applicabilità nella fattispecie del Regolamento europeo (e più precisamente del suo art. 3). Occorre in proposito richiamare l’art. 6 del Regolamento secondo il quale “il coniuge che: a) risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o b) ha la cittadinanza di uno Stato membro ... può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli articoli 3, 4 e 5”. Il Regolamento assume come titolo di giurisdizione la residenza abituale variamente dosata e combinata con la cittadinanza, e mette sullo stesso piano residenza abituale e cittadinanza ai fini della delimitazione *ratione personae* del proprio ambito di applicazione, stabilendo coerentemente che le sue norme si applicano quando il convenuto risiede abitualmente nel territorio dell’Unione o è cittadino di uno Stato membro. Nel caso di specie, dunque, la circostanza che il marito risieda abitualmente in Francia è sufficiente a porre in discussione la giurisdizione del giudice italiano e a richiederne una verifica alla luce delle norme europee (cfr. l’art. 17 del Regolamento stesso): la specifica norma di riferimento è – effettivamente – l’art. 3.

cazione – prevede una serie di “Definizioni” (art. 2). Questo silenzio si colloca, a ben vedere, nel solco della tradizione internazionale.

Il concetto di residenza abituale ha fatto la sua apparizione più di un secolo fa, nell’ambito della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, in occasione dell’adozione della Convenzione del 1902 sulla tutela dei minori. Del concetto si è privilegiata la dimensione fattuale, apparentemente idonea a favorire l’attività dell’interprete. Coerentemente, anche nelle successive Convenzioni in cui è stata utilizzata (tra le altre ricordo le Convenzioni del 1961 in materia di protezione dei minori e del 1973 in materia di obbligazioni alimentari nella famiglia, incorporate dagli artt. 42 e 45 della l. n° 218/1995) la residenza abituale non viene definita. Si tratta di una scelta deliberata, in principio volta a far considerare decisiva la semplice presenza fisica del soggetto in un dato luogo.

Cionondimeno, col tempo sono andate emergendo talune difficoltà, in ordine soprattutto alla durata della residenza in un certo Stato. D’altronde, il concetto non è correlato a una valutazione puramente quantitativa della stabilità e continuità del soggiorno e, in maniera assai più elastica e sfumata, riassume invece tutti gli elementi idonei a caratterizzare il centro effettivo della vita del soggetto: elementi di natura personale o professionale.

6. In linea generale, si può dire che, a differenza di quanto avviene per le persone giuridiche e per le persone fisiche nell’esercizio della propria attività professionale – in relazione alle quali, a seguito delle definizioni fornite dai regolamenti nn° 593/2008 e 864/2007 relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) e rispettivamente extracontrattuali (“Roma II”), esso ha assunto natura tecnico-giuridica –, con riferimento alle persone fisiche “comuni” il concetto di residenza abituale si configura tuttora come un concetto atecnico, da applicare direttamente ai fatti di causa e da ricostruire sulla base del significato proprio delle due parole che lo descrivono. Il periodo di permanenza in un dato luogo deve essere “apprezzabile”, “non occasionale” ma non necessariamente continuativo. Nella maggior parte dei casi, riflettendo sul senso proprio delle parole, non è difficile pervenire ad una localizzazione univoca¹².

2. La nozione di residenza abituale in materia matrimoniale: difformità di interpretazione nella giurisprudenza italiana e francese

7. In assenza di esplicite indicazioni contrarie, non sembrerebbero esservi ragioni per discostarsi, nell’applicazione del Regolamento n° 2201/2003, da questa nozione fattuale di residenza abituale. Va tuttavia rilevato che la già ricordata Relazione Borrás (punto 32) suggerisce di attenersi, in relazione alla competenza in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, alla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia che, a proposito della distinzione fra residenti e non residenti a fini fiscali¹³, ha riferito la residenza abituale al luogo in cui l’interessato ha fissato, con *voluto* carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, ferma restando la necessità di tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione.

In materia matrimoniale, quindi, quello di residenza abituale sembrerebbe risolversi in un criterio che combina un elemento oggettivo – la stabilità (cioè la durata) – e, stante il riferimento al “voluto carattere di stabilità”, un elemento soggettivo – la intenzionalità –.

Ora, in ordine all’elemento oggettivo-temporale un’indicazione si potrebbe dedurre dallo stesso art. 3 del Regolamento. Infatti, se per il *forum actoris* un anno (riducibile a sei mesi ove accompagnato dalla cittadinanza) è ritenuto sufficiente a dimostrare la stabilità, e dunque ad esprimere un nesso significativo con lo Stato, si può ragionevolmente ritenere che per gli altri fori – il foro del convenuto e il foro comune dei coniugi – possa bastare anche un periodo più breve. Si tratta a ben vedere di fori rispetto ai quali assai meno forte è l’esigenza di prevedibilità per la controparte (esigenza che addirittura non esiste nel caso di residenza comune dei coniugi).

¹² Sulla nozione v. più ampiamente F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5a ed., Torino, Utet, 2010, p. 176 ss. e 210 ss.

¹³ V., tra le altre, CORTE GIUSTIZIA, 14 febbraio 1995, C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Schumacker*, *Raccolta*, 1995, p. I-4225.

Quanto alla intenzionalità, ossia alla volontà dell'interessato di conferire carattere abituale alla propria residenza, essa non vale certamente a sostituire la durata: è evidente che il fatto di stabilirsi in uno Stato con l'intenzione di restarvi per un certo tempo non rende per ciò stesso "abituale" una residenza che sia appena all'esordio¹⁴. Dalla Relazione Borrás si evince, come si è detto, che la intenzionalità dovrebbe piuttosto cumularsi alla durata. La Cassazione italiana non si è pronunciata sul punto, lasciando intendere l'irrelevanza dell'elemento volontario della stabilità¹⁵. Questo silenzio è particolarmente significativo, dal momento che entrambe le ordinanze del 2010 si riferiscono ad ipotesi di *forum actoris*, che in ragione della loro eccezionalità potrebbero giustificare un'interpretazione restrittiva della nozione in questione.

8. L'approccio della Cassazione italiana si discosta da quello seguito qualche anno fa dalla Cour de Cassation francese.

La causa riguardava lo scioglimento del matrimonio di due inglesi. Il marito, residente a Londra, aveva adito il giudice di Aix-en-Provence, che si era dichiarato privo di giurisdizione; di qui il ricorso alla Cour de Cassation. Con sentenza del 14 dicembre 2005¹⁶, la Cour respinge il ricorso, soffermandosi lungamente sulla valutazione della residenza "secondaria" della moglie in Francia. Il punto di partenza del ragionamento è che, "si la notion de résidence habituelle visée par un texte européen doit s'entendre de façon uniforme dans les différents Etats membres et non selon la conception interne de chacun de ces Etats, cela ne signifie pas qu'elle doit recevoir une définition identique dans toutes les matières concernées"; al contrario, la nozione deve "être interprétée dans chaque matière selon la fonction que lui attribue le texte qui s'y réfère". Nel contesto matrimoniale (all'epoca disciplinato dal Regolamento n° 1347/2000), il titolo di giurisdizione della residenza abituale (del convenuto) "doit donc être définie selon la finalité que lui attribue (le) texte, à savoir permettre au demandeur de saisir le tribunal du lieu où (le) défendeur réside en permanence à l'époque de cette saisine". Pertanto non ci si deve limitare "à transposer, pour l'application de (le) texte, la jurisprudence par laquelle la Cour de justice des Communautés européennes 'a défini cette notion dans d'autres domaines et notamment en droit social', sans rechercher la définition que cette notion devait recevoir au sens de (le) texte en fonction du rôle propre que celui-ci lui attribue". La nozione impiegata nel Regolamento in materia matrimoniale "implique seulement la volonté de conférer à l'installation un caractère stable pendant la durée prévue mais non l'intention d'y demeurer définitivement et sans esprit de retour, de sorte que l'installation temporaire prévue pour une certaine durée (nella fattispecie 18 mesi) et non de façon purement précaire caractérise la résidence habituelle au sens de (le) texte": i perduranti contatti con la precedente residenza sono da questo punto di vista irrilevanti, dal momento che "la notion de résidence habituelle ... n'exige pas un caractère exclusif mais seulement un rattachement objectif réel et sérieux". Nel caso di specie, tuttavia, la Cassation ritiene che, proprio perché "la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts", il fatto che la moglie avesse fissato in Francia la residenza secondaria principalmente allo scopo di consentire al figlio di frequentare per un certo periodo una scuola francese e non avesse manifestato "la volonté de transférer en France le centre habituel et permanent de ses intérêts", non consente di considerare quella francese come residenza abituale e dunque di fondare la giurisdizione. Correttamente quindi il giudice di merito ha dichiarato la propria incompetenza.

3. Opportunità di un intervento della Corte di Giustizia?

9. La Cour de Cassation, quindi, impiega una nozione restrittiva di residenza abituale, richiedendo non solo stabilità ma anche intenzionalità: la manifestazione della volontà di stabilire in un luogo il

¹⁴ Cfr. F. SALERNO, "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 63 ss. (nonché in S. BARIATTI, C. RICCI, coord., *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, p. 3 ss.), a p.73-74.

¹⁵ CASS., sez. un., ordinanza 3 febbraio 2004, n° 1994 (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 1390) valorizza invece l'intenzione della persona di farne in prospettiva il centro stabile dei propri interessi.

¹⁶ COUR DE CASSATION, 14 dicembre 2005, *La Gazette du Palais*, 2006, n. 55, p. 14 ss.

“centro abituale e permanente dei propri interessi” risponde evidentemente all’esigenza di prevedibilità da parte dell’altro coniuge. Se si considera che la pronuncia francese si riferisce al foro del convenuto, è chiaro che la stessa nozione dovrebbe *a fortiori* valere in relazione al *forum actoris*, la cui prevedibilità per il convenuto è assai più importante di quanto possa esserlo per l’attore il *forum rei*.

Ora, in presenza di fori concorrenti, la nozione restrittiva potrebbe effettivamente rispondere alla *ratio* di fondare la causa nello Stato con sicuro nesso con la vita matrimoniale¹⁷, arginando il *forum shopping*. Non bisogna però dimenticare che tutti e sei i titoli alternativi di giurisdizione dell’art. 3 lett. a) si basano sulla residenza abituale – quantunque riferita a soggetti diversi – sicché un’interpretazione restrittiva della nozione potrebbe di fatto portare al risultato di non trovare un giudice competente tra gli Stati membri: risultato, questo, sicuramente contrario allo spirito del Regolamento.

Onde evitare conflitti negativi, e salvo riservare l’interpretazione restrittiva (in ragione della loro eccezionalità) alle sole ipotesi di *forum actoris*, l’alternativa sarebbe una interpretazione estensiva¹⁸, in linea con il *favor divortii* che pure ispira il Regolamento.

10. Viste queste ambiguità, resta il rammarico che la Cassazione italiana non abbia colto l’occasione per richiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia in via pregiudiziale (in base all’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione) sulla nozione di residenza abituale del coniuge ai sensi dell’art. 3 del Regolamento n° 2201/2003. L’atecnicità della nozione ha infatti già dato origine a differenti interpretazioni nazionali, certo non auspicabili nello spazio giudiziario europeo.

¹⁷ Così anche R. BARATTA, “Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario”, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 169 ss, a p. 182, che si domanda come mai il Regolamento non abbia escluso la rilevanza del mutamento di residenza effettuato dall’attore in epoca successiva all’insorgere della crisi matrimoniale: il trasferimento della residenza potrebbe infatti mascherare la preconstituzione di un foro più favorevole. Si tratta certo di un rischio reale, ma bisogna d’altro canto rilevare che per lo più il coniuge decide di cambiare residenza proprio nella fase patologica del matrimonio.

¹⁸ Cfr. F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione”..., p.73: in caso di residenza “frammentata” occorrerebbe dunque procedere alla individuazione di quella prevalente, attraverso la valutazione ponderata di legami qualitativi e quantitativi con un certo Stato. Si veda da ultimo anche M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 685 ss., a p. 706 ss.

EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO. NOTA A LA STJCE DE 2 DE ABRIL DE 2009

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 28.06.2010 / Aceptado: 08.07.2010

Resumen: El TJCE debe dilucidar si, sobre la base de la cláusula de orden público establecida en el art. 27.1 CBr, el juez del Estado requerido puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante, sin oír al demandado que había comparecido debidamente ante él pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución, por no haber cumplido determinadas obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada con anterioridad en el marco del mismo procedimiento.

Palabras clave: eficacia extraterritorial de decisiones, resolución, orden público internacional, derecho a un proceso justo, derechos de defensa, derecho a ser oído.

Abstract: The ECJ should elucidate if, on the base of the clause of public policy established in the article 27.1 CBr, the judge of the addressed State can take into account the fact that the judge of the State of origin has been pronounced on the pretensions of the claimant, without hearing to the defendant that it had duly appeared before him but was excluded of the procedure via a resolution, for not having certain compliment imposed obligations via an adopted resolution previously within the framework of the same procedure.

Key words: extraterritorial effects of foreign decisions, resolution, international public policy, right to a fair process, rights of defense, right to be heard.

Sumario: I. Planteamiento: los hechos y las cuestiones jurídicas. II. Nudo: la argumentación jurídica. 1. Proceso contradictorio y concepto de resolución. 2. Derechos de defensa y orden público internacional. III. Desenlace: la apuesta del TJCE por el orden público internacional de fondo.

I. Planteamiento: los hechos y las cuestiones jurídicas

1. La Sentencia del TJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*¹ constituye la última sentencia en que este Tribunal se ha pronunciado directamente sobre la interpretación del *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, CBr). Y al no haber diferencias entre los artículos interpretados con sus homólogos del *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de*

¹ Puede consultarse también el comentario de L. IDOT, "Contempt of court et refus de reconnaissance pour atteinte à l'ordre public", *Europe, Actualité du Droit Communautaire*, nº 6, juin 2009, p. 41 y de E. D'ALESSANDRO, "Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Gambazzi"", *Il Foro italiano*, 2009-IV, pp. 384-387.

2000, relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Reglamento o Reglamento 44/2001), son numerosas las ocasiones en que el Tribunal y la Abogada General citan ambos textos, pues lo dicho sobre el CBr en esta sentencia es punto por punto extrapolable al Reglamento 44/2001.

2. En esta sentencia se interpretan dos conceptos de la máxima importancia para el régimen de reconocimiento tanto del CBr como del Reglamento 44/2001: el concepto de resolución, de un lado y, de otro, el de orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento. Conceptos sobre los que ya habían recaído algunos relevantes pronunciamientos del TJCE, como las sentencias de 21 de marzo de 1980, asunto 125/79, *Denilauler* o de 8 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, entre otras.

3. El recurso prejudicial se interpone por la Corte d'appello de Milán, que pretende que se dilucide si, sobre la base de la cláusula de orden público establecida en el art. 27.1 CBr, el juez del Estado requerido puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante, sin oír al demandado que había comparecido debidamente ante él pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución, por no haber cumplido determinadas obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada con anterioridad en el marco del mismo procedimiento.

Extractados, los hechos fueron los siguientes: El procedimiento inglés de origen tuvo por objeto en el asunto principal la reclamación de indemnización de Daimler Chrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company contra el Sr. Marco Gambazzi, residente en Lugano.

Antes del inicio del procedimiento principal, el órgano jurisdiccional inglés dictó contra el Sr. Gambazzi, a solicitud de los demandantes, una medida de bloqueo cautelar de su patrimonio (*freezing order* o *Mareva injunction*), por la que se le prohibió disponer del mismo, con el objeto de garantizar la ejecución de la futura sentencia.

Posteriormente, el órgano jurisdiccional inglés dictó una *disclosure orders*, que modificaba la *freezing order*, por la que se obligaba al demandado a facilitar información sobre su patrimonio y a presentar determinados documentos que también afectaban al asunto principal del procedimiento. El Sr. Gambazzi no cumplió en su totalidad estas obligaciones. Y el órgano jurisdiccional inglés dictó una nueva resolución en la que comunicaba al Sr. Gambazzi que se desestimaban sus alegaciones de defensa formuladas en el procedimiento principal y se le prohibiría seguir participando en el procedimiento si no cumplía antes de una determinada fecha la obligación de presentar la información reclamada (*unless order*).

Ninguno de los recursos que interpuso el Sr. Gambazzi contra la *freezing order*, la *disclosure order* y la *unless order* prosperó. Y tras una nueva *unless order* que tampoco cumplió, el órgano jurisdiccional inglés consideró la actitud del Sr. Gambazzi como desacato y lo excluyó del procedimiento (*debarment*).

Desde ese momento, el Sr. Gambazzi fue tratado como demandado en rebeldía. Y en rebeldía se dictó una sentencia que lo condenó a abonar a los demandantes las cantidades reclamadas en la demanda más los gastos accesorios. Cuando estos solicitan la ejecución de dicha sentencia en Italia, se concede tal ejecución por la Corte d'Appello de Milán, ante lo cual el Sr. Gambazzi interpone recurso alegando que las resoluciones de la High Court no podían ser reconocidas en Italia, por ser contrarias al orden público italiano, al haberse dictado vulnerando el derecho de defensa y el principio de contradicción y, debido a ello, la Corte d'Appello de Milán decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«Si, sobre la base de la cláusula del orden público establecida en el artículo 27, número 1, del Convenio de Bruselas, el juez del Estado en que se solicita el otorgamiento de la ejecución puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado en el que se adoptó la resolución ha negado a la parte que ha perdido el proceso, que había comparecido en juicio, la posibilidad de desarrollar cualquier actividad en su defensa tras adoptar la decisión de excluirla del proceso (*debarment*) en los términos antes expuestos, o bien si la interpretación de dicha disposición, unida a los principios que cabe inferir de los artículos 26 y siguientes del Convenio de Bruselas, relativos al reconocimiento y ejecución recíprocos de las resoluciones

judiciales en el ámbito comunitario, impide que el juez nacional pueda considerar contrario al orden público, en el sentido del artículo 27, apartado 1, el desarrollo de un proceso civil en el que se impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, en virtud de una decisión de exclusión del proceso adoptada por el juez a raíz del incumplimiento de una orden suya.»

4. En consecuencia, de un lado, se solicita al Tribunal de Justicia, aunque de manera indirecta y como cuestión preliminar, que se pronuncie sobre si la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional inglés está comprendida en el concepto de resolución del art. 25 CBr, dado que el demandado fue excluido del procedimiento y, en consecuencia, se duda del carácter contradictorio del mismo, cuestión ésta exigida por el citado precepto. Y, de otro lado, en el supuesto de que se trate de una resolución en los términos del art. 25 CBr, se duda sobre si esta exclusión puede tener como consecuencia el rechazo del reconocimiento de dicha sentencia en otro Estado miembro por considerarla contraria a su orden público internacional, en particular, por entender que se ha vulnerado el derecho que tiene el demandado a ser oído en juicio, por lo que se solicita, en este caso directamente, la interpretación del art. 27.1 CBr.

II. Nudo: la argumentación jurídica

1. Proceso contradictorio y concepto de resolución

5. El concepto de resolución que acoge el art. 25 CBr y reproduce el art. 32 del Reglamento 44/2001 se plantea, pues, como una cuestión preliminar que hay que resolver, pues sólo si se responde afirmativamente a esta cuestión tendrá sentido indagar en la interpretación del art. 27.1 CBr². Se trata, pues, de valorar si las resoluciones de la High Court constituyen resoluciones en el sentido del art. 25 CBr o si no se atienen a dicha definición por no haber sido adoptadas observando el principio de contradicción.

El Sr. Gambazzi sostiene la tesis de que la sentencia del órgano jurisdiccional inglés no constituye una resolución en los términos del art. 25 CBr, ya que no fue dictada en un procedimiento contradictorio como consecuencia de su rebeldía forzada. Y algunos autores apoyan su argumentación, al negar que pueda calificarse como resolución en los términos del art. 25 CBr una sentencia en rebeldía inglesa (*default judgment*)³, pues en ella el juez no examina en modo alguno la coherencia de la demanda antes de la adopción de la sentencia, siendo necesario tal examen para hablar de una resolución en el sentido del art. 25⁴.

Sin embargo, para entender que existe resolución en los términos del art. 25 CBr y del art. 32 Reglamento 44/2001, el TJCE considera suficiente que el procedimiento anterior a la resolución revista un carácter contradictorio y prevea en principio una resolución igualmente contradictoria⁵. Entiende la Abogada General que la resolución controvertida del órgano jurisdiccional inglés fue dictada como sentencia en rebeldía en un procedimiento civil configurado de forma en principio contradictoria, por lo que cumple los requisitos del art. 25. Y considera que el hecho atípico de una rebeldía ocasionada por el órgano jurisdiccional no da lugar a una recalificación del procedimiento, pues ello no modifica el carácter fundamentalmente contradictorio del mismo⁶.

Por otro lado, señala el Tribunal de Justicia que prueba evidente de que las resoluciones dictadas en rebeldía son resoluciones en el sentido del art. 25, es que se contemple en el apartado segundo del art. 27 la rebeldía forzosa como motivo de rechazo del reconocimiento⁷.

² Véase P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Comentario al art. 25 CBr”, en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 451-461.

³ P. WAULETEL, “Comentario al art. 32”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Munich, European Law Publishers, 2007, nota marginal 8, que remite a G. CUNIBERTI, “Commentaire sur la décision de la Cour de Cassation du 17 de novembre 1999”, *RCDIP*, 2000, pp. 786 y ss. En sentido contrario, A. LAYTON, / H. MERCER, *European Civil Practice*, Londres, 2004, tomo 1.

⁴ STJCE de 2 de junio de 1994, asunto C-414/92, *Kleinmotoren*. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 18 de diciembre de 2008, apartado 25.

⁵ Sentencia de 21 de mayo de 1980, *Denilauler*, asunto 125/79, apartado 13.

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 24.

⁷ Apartado 24 de la sentencia comentada. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Comentario al art. 25 CBr”, cit., p. 459.

2. Derechos de defensa y orden público internacional

6. Aunque los estrictos mimbres del art. 27.2 pueden incluso llevar, como es el caso, a que entre en juego el art. 27.1 CBr, si se considera que la rebeldía forzosa no se ha debido a una inexistente o defectuosa notificación del procedimiento al demandado⁸. O yendo más allá, si se considera que la rebeldía más que forzosa es forzada por el propio tribunal de origen.

Y ello supone profundizar en la relación entre los derechos de defensa y el concepto de orden público internacional que ya inició el Tribunal de Justicia con la muy renombrada sentencia Krombach⁹. En este caso, se ejercitó una acción de responsabilidad civil en el marco de un procedimiento penal. El órgano jurisdiccional francés negó al demandado la posibilidad de ser defendido por un abogado porque aquel no se atuvo a la orden judicial de comparencia personal. Ahora bien, si el demandado hubiera cumplido esta orden, posiblemente habría sido detenido por la comisión de un delito. El demandado en este procedimiento no fue oído en ningún momento y no contó con ninguna posibilidad de defensa y tampoco se le ofrecieron vías de recurso. Se consideró que el órgano jurisdiccional del Estado de origen había vulnerado manifiestamente el derecho fundamental a un procedimiento justo¹⁰ y, en consecuencia, se denegó el reconocimiento de esta sentencia en Alemania por ser contraria a su orden público internacional.

7. En las sentencias Krombach y Renault, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien no corresponde a este Tribunal definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante¹¹.

Y dado que el orden público internacional supone una traba a la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo, para aplicar esta cláusula el menoscabo debe constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento¹².

Los derechos fundamentales se encuentran entre los principios generales del Derecho comunitario. Y el derecho a un proceso justo es un derecho fundamental que forma parte de los principios gene-

⁸ Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Comentario al art. 27 CBr", en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 478-498.

⁹ Profusamente comentada. Entre otros por M.-L. NIBOYET, "La confirmation par la Cour de justice des Communautés européennes de l'intégration des droits fondamentaux au système de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. A propos de la condamnation de la procédure française de contumace au nom du droit au procès équitable, CJCE, 28 mars 2000", *Gazette du Palais* 2000 III Doct. pp. 1731-1734; H. MUIR WATT, Nota, *RCDIP* 2000, pp. 489-497; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Revista Jurídica de Catalunya* 2000, pp. 1197-1202; J. RAYNARD, "De l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public... international: de l'extra territorialité de la Convention européenne des droits de l'homme. (CJCE 28 mars 2000, Krombach c/ Bamberški; Civ. Ire 16 mars 1999, Pordéa)", *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, pp. 944-947; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Límites a la construcción de un "orden público europeo" en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberški, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2000, pp. 593-617; M. MAZZA, "L'ordine pubblico come limite (al riconoscimento ed) all'esecuzione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo (Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968)", *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2000, pp. 1325-1329; M. GARDEÑES SANTIAGO, Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado, *REDI* 2000, pp. 193-197; Y. DONZALLAZ, "Le renouveau de l'ordre public dans la CB/CL au regard des ACJCE Krombach et Renault et de la révision de ces traités", *Aktuelle juristische Praxis - AJP* 2001, pp. 160-179; G. BIAGIONI, "L'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles", *Rivista di diritto internazionale* 2001, pp. 723-737; A. HUET, Chronique de jurisprudence de Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes, *Journal du droit international* 2001, pp. 691-696; B. NASCIMBENE, "Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"", *RIDIPP*, 2002, pp. 659-664; A. F. LOWENFELD, "Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and Res Judicata: The Krombach Case, Intercontinental Cooperation Through Private International Law", *Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Ed. T.M.C. Asser Press - The Hague) 2004, pp. 229-248.

¹⁰ STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 40.

¹¹ En los mismos términos, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 23 y STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, apartado 28.

¹² En los mismos términos, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 37 y STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, apartado 30.

rales del Derecho comunitario¹³. En consecuencia, los jueces de los Estados miembros están vinculados a los derechos fundamentales comunitarios cuando conocen de una situación que queda comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario¹⁴.

8. Sin embargo, no cabe concebir los derechos fundamentales, como es en este caso el respeto del derecho a un proceso justo en su manifestación del derecho de defensa y el derecho a ser oído, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. Éstas, no obstante, deben responder a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados¹⁵. De esta manera, el órgano jurisdiccional remitente puede denegar, invocando el orden público, el reconocimiento de la ejecución de una resolución cuando el procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen adolece de una violación manifiesta del derecho fundamental a un procedimiento justo. La dificultad estará en concretar y en calibrar si esa vulneración manifiesta realmente se ha producido.

9. En el presente asunto, el demandado, Sr. Gambazzi, fue oído en reiteradas ocasiones en las diversas fases procesales y, según consta, se le ofrecieron diversas vías de recurso. Considera la Abogada General que las diversas vías procesales de la tutela cautelar (*freezing order*, *disclosure orders*, *unless orders*) están estrechamente relacionadas con el asunto principal y, por tanto, con la sentencia en rebeldía dictada (*default judgment*) y están dirigidas en esencia a hacer posible la ejecución de la sentencia en caso de que el demandante gane el proceso. No obstante, para valorar si ha existido violación del orden público, debe valorarse el procedimiento en su totalidad y apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso¹⁶.

El Gobierno de Reino Unido explicó que la institución de la *freezing order*, la *disclosure order* y la *unless order* tienen por objeto garantizar la equidad y eficacia en la administración de la justicia. Y que este objetivo puede justificar una restricción del derecho de defensa. Dicho con otras palabras, el interés preponderante en el buen funcionamiento de la administración de justicia estatal y en la tutela judicial efectiva puede establecer barreras en el derecho fundamental a un procedimiento justo. Pero tales sanciones no deben ser manifiestamente desproporcionadas con relación al objetivo perseguido, que es garantizar el desarrollo eficaz del procedimiento en pro de una buena administración de la justicia¹⁷.

Y es obvio que la sanción de excluir totalmente del procedimiento al Sr. Gambazzi es la restricción más grave posible del derecho de defensa, por lo que habrán de establecerse muy elevadas exigencias para que no pueda considerarse que tal restricción menoscaba dicho derecho de manera manifiesta y desproporcionada¹⁸.

10. El derecho fundamental a un procedimiento justo exige que el interesado pueda defender eficazmente su posición jurídica. Y el derecho a ser oído ocupa un lugar preeminente en la organización y desarrollo de un juicio justo. Comprende el derecho a manifestarse sobre los hechos pertinentes y las cuestiones jurídicas y a facilitar elementos de prueba¹⁹. Toda restricción al ejercicio de este derecho ha de estar debidamente justificada y debe ir acompañada de las garantías procesales que ofrezcan a las personas afectadas por dicho procedimiento la posibilidad efectiva de impugnar las medidas urgentes adoptadas²⁰.

11. Así, para valorar la proporcionalidad de la medida de excluir del procedimiento al demandado, han de tenerse en cuenta en particular el contenido y el carácter de esta exclusión (*debarment*), así como

¹³ Art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y art. 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea en la redacción dada el 12 de diciembre de 2007.

¹⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 43

¹⁵ Apartado 29 de la sentencia comentada.

¹⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 47.

¹⁷ Apartado 32 de la sentencia comentada.

¹⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 67.

¹⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 59.

²⁰ STJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*.

de la sentencia en rebeldía. Y para ello, la Abogada General plantea algunas preguntas que pueden servir para cumplimentar este test de proporcionalidad. A saber: ¿Se tuvo en cuenta, a la hora de declarar la exclusión, si el incumplimiento de las órdenes judiciales fue culpable? ¿Existe algún medio de defensa frente a la pretensión formulada en el procedimiento principal que no haya sido tenido en cuenta, o bien pudo el demandado formular alguna alegación sobre el asunto principal en una fase procesal anterior y tal alegación sí ha sido tenida en cuenta? ¿Pudo el demandado pronunciarse al menos sobre el importe de la reclamación? ¿Se realizó una apreciación de la coherencia de las pretensiones antes de que se dictase la sentencia en rebeldía o cuando menos en una fase procesal anterior (antes de la adopción de la *freezing order*)? ¿Se apercibió la imposición de la sanción?²¹.

Si una vez analizadas todas las circunstancias concurrentes en el caso, se aprecia que la sanción es desproporcionada, se podrá afirmar la existencia de una violación manifiesta del derecho fundamental a un procedimiento justo y, en consecuencia, denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia del Estado de origen²².

12. Yendo más allá y profundizando en cada una de las instituciones procesales anglosajonas utilizadas en el procedimiento de origen, el Tribunal de Justicia analiza pormenorizadamente en qué medida su adopción ha podido lesionar el derecho del demandado a un proceso justo. Así, y en lo que se refiere a las *disclosure orders*, precisa el Tribunal de Justicia que incumbe al órgano jurisdiccional remitente analizar si el Sr. Gambazzi tuvo la posibilidad de ser oído, en una fase anterior al pronunciamiento de esas resoluciones sobre su objeto y su alcance. También analizar de qué medios de impugnación dispuso el Sr. Gambazzi tras dictarse dichas *disclosure orders* para solicitar que fueran motivadas o revocadas. En este contexto, procede determinar si el interesado tuvo la posibilidad de invocar todos los elementos de hecho y de derecho en los que, a su juicio, podía sustentarse su pretensión y si se examinaron en profundidad estos aspectos, respetando plenamente el principio de contradicción o si, por el contrario, tan sólo pudo plantear cuestiones limitadas²³.

En cuanto a la no ejecución por el Sr. Gambazzi de las *disclosure orders*, señala el Tribunal de Justicia que incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si los motivos expuestos por el Sr. Gambazzi, en particular el hecho de que la divulgación de la información solicitada le habría llevado a vulnerar el secreto profesional al que está obligado en su condición de abogado y por ende a cometer un acto sancionable penalmente, pudieron invocarse en el marco de un procedimiento judicial contradictorio²⁴.

En cuanto a las *unless order*, matiza el Tribunal de Justicia que el órgano jurisdiccional remitente debe analizar si el Sr. Gambazzi dispuso de garantías procesales que le asegurasen una posibilidad efectiva de impugnar la medida adoptada.

En relación con las resoluciones de la High Court, mediante las cuales ésta se pronunció sobre las pretensiones de los demandantes como si el demandado hubiera incurrido en rebeldía, entiende el Tribunal de Justicia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar si la fundamentación de las referidas pretensiones fue objeto de examen en dicha fase o en una fase anterior y si el Sr. Gambazzi tuvo en dicha fase o en una fase anterior la posibilidad de manifestarse sobre ese particular y si dispuso de algún medio de impugnación²⁵.

13. Un hecho relevante en todo este procedimiento fue la denegación del reconocimiento de la citada sentencia inglesa en Suiza, aplicando el art. 27.1 del Convenio de Lugano. Este reconocimiento fue denegado no por considerar que la exclusión del Sr. Gambazzi del procedimiento era contraria a su orden público, sino que entendieron que era contrario a su orden público el hecho de que tras cambiar de abogados, los anteriores impidieron al Sr. Gambazzi examinar los autos hasta que abonase los honorarios de aquellos y, posteriormente, el órgano jurisdiccional inglés tampoco le permitió examinar los autos del proceso para no desvirtuar el derecho de retención de los abogados²⁶.

²¹ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 70.

²² Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 73.

²³ Apartado 42 de la sentencia comentada.

²⁴ Apartado 43 de la sentencia comentada.

²⁵ Apartado 45 de la sentencia comentada.

²⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 54.

En todo caso, ni el TJCE ni el órgano jurisdiccional remitente pueden estar vinculados a la apreciación concreta de la vulneración del orden público efectuada por otro tribunal de un Estado contratante del Convenio de Lugano, dado que el orden público que debe apreciarse es el orden público nacional. Y únicamente han de tenerse en cuenta los principios generales que los tribunales de los Estados contratantes desarrollan a la hora de interpretar el orden público en el marco del CLug y no las calificaciones concretas, recogidas en dicho Convenio, de un determinado supuesto como ajustado o contrario al orden público²⁷.

III. Desenlace: la apuesta del TJCE por el orden público internacional de fondo

14. Tras las argumentaciones jurídicas, el Tribunal de Justicia emite el siguiente fallo: «*El juez del Estado requerido puede tener en cuenta, a la luz de la cláusula de orden público contemplada en dicho artículo, el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado, que compareció debidamente ante él, pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución por no haber cumplido las obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada anteriormente en el marco del mismo procedimiento, cuando, a resultas de una apreciación global del procedimiento y habida cuenta de todas las circunstancias, el juez del Estado requerido haya podido concluir que la medida de exclusión constituyó un menoscabo manifiesto y desproporcionado del derecho del demandado a ser oído*».

15. Y desde luego, la trascendencia de este fallo está fuera de toda duda porque viene a consolidar la línea argumental que ya inició el Tribunal de Justicia con la sentencia Krombach, en el sentido de que los derechos de defensa, en su más amplio alcance, pueden subsumirse dentro de la cláusula del orden público internacional del art. 27.1 CBr ahora 34.1 Reglamento 44/2001.

En este caso, y aunque se trata de una rebeldía forzada (que no forzosa) por el órgano jurisdiccional de origen, al emitir una resolución por la que quedaba excluido el demandado del procedimiento por no haber atendido los requerimientos formulados por el tribunal, el apartado segundo del art. 27 no podría aplicarse y la situación sólo podría salvarse acudiendo a la cláusula del orden público internacional.

16. En la línea de lo especificado en las sentencias Krombach y Renault, el Tribunal se reafirma en que a él únicamente le corresponde fijar los límites aplicativos del orden público internacional, sus condiciones de aplicación, pero no puede determinar su contenido, ya que ello depende de cada Estado miembro. Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal instruye al órgano jurisdiccional remitente, indicándole en qué cuestiones ha de fijarse para valorar si realmente se ha vulnerado, de manera manifiesta, el derecho del demandado a ser oído en el proceso. Y realiza un interesante análisis de proporcionalidad entre lo que son las medidas de tutela cautelar inglesas, pensadas, en principio, para garantizar el buen funcionamiento de la administración de justicia, y el derecho que el demandado tiene de poder participar activamente en el procedimiento de que es causa.

17. Entiendo que es una resolución acertada y valiente porque el que el orden público internacional constituya una traba a la libre circulación de las resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo, no significa que no se contemple, antes en el CBr y ahora en el Reglamento 44/2001, como un motivo de rechazo del reconocimiento y no puede ser adelgazado o cercenado de tal modo que haya quien diga que el CBr y el Reglamento sólo protegen los derechos procesales de defensa garantizados en el apartado segundo del art. 27 y 34, respectivamente. El derecho a ser oído en un proceso, que es manifestación del derecho a un juicio justo, es un principio fundamental de Derecho comunitario y si existen manifestaciones procesales en algún Estado miembro que difícilmente pueden encontrar acomodo en este derecho, deben ser puestas de manifiesto. Una vez más, el Tribunal de Justicia ha dejado sentado que el orden público internacional debe servir de adalid de la protección de estos derechos que, ciertamente, no puede utilizarse a la ligera o con profusión no calibrada, pero tampoco puede ser dejado sin contenido.

²⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 58.

EL CONCEPTO DE PARTE EN EL PROCESO DE EXEQUÁTUR. NOTA A LA STJCE DE 23 DE ABRIL DE 2009

ANTONIA DURÁN AYAGO
*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 28.06.2010 / Aceptado: 06.07.2010

Resumen: Esta sentencia profundiza sobre el concepto de parte utilizado en el art. 43.1 del Reglamento (CE) 44/2001. En concreto, se solicita que el TJCE aclare si debe considerarse parte, a los efectos de recurrir una resolución de exequátur, al acreedor que ejercite una acción en nombre y por cuenta de su deudor, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud.

Palabras clave: Eficacia extraterritorial de decisiones, concepto de parte, legitimación activa en reconocimiento, procedimiento de ejecución, acción oblicua

Abstract: This sentence deepens on the concept of part utilised in the article 43,1 of the Regulation (EC) 44/2001. Specifically, it is requested that the ECJ explains if should consider part, to effects of appealing a resolution of exequatur, to the creditor that exercises an action in name and payable by its debtor, although it has not formally acted as a procedural part in the litigation in which another creditor of that debtor formulated such application.

Key words: Extraterritorial effects of foreign decisions, concept of part, active legitimation in recognition, procedure of execution, indirect action.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. Posicionamiento de las partes e interpretación de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido. III. El concepto de parte, según el Tribunal de Justicia. IV. Conclusiones.

I. Planteamiento inicial

1. La Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-167/08, *Draka*¹ interpreta el concepto de “parte” comprendido en el art. 43.1 del *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, el Reglamento o Reglamento 44/2001) que reza “[I]a resolución sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes”².

En particular, se solicita del Tribunal de Justicia que aclare si debe considerarse parte, a los efectos de recurrir una resolución de exequátur, al acreedor que ejercite una acción en nombre y por

¹ Comentada también, entre otros, por L. IDOT, “Notion de “partie” dans le cas d’une action oblique”, en *Europe, Actualité du Droit Communautaire*, nº 6, juin 2009, pp. 43-44; E. PATAUT, Nota, en *RCDIP* juillet-septembre 2009, pp. 573-580.

² Este asunto fue juzgado sin Conclusiones del Abogado General, en atención a lo expuesto en el artículo 20 párrafo quinto del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dispone: “Si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de Derecho nueva, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General”. Y así se consideró en este caso”.

cuenta de su deudor, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud. Y ello teniendo como referencia el art. 1166 del Burgerlik Wetboek belga que establece que “[n]o obstante, los acreedores podrán ejercer todos los derechos y acciones que correspondan al deudor, excepto aquellos que se hallen exclusivamente vinculados a la persona”.

Se trata, pues, de un lado y con carácter principal, de dirimir el alcance de la legitimación activa en el procedimiento de exequátur y, de otro y con carácter subsidiario, de discernir en qué momento del procedimiento de reconocimiento en sentido amplio tendría encaje un recurso como la acción oblicua, cuyo objetivo principal es proteger el crédito del acreedor, legitimando a éste para entablar acciones en nombre del deudor, encaminadas a garantizar el cobro de su deuda.

II. Posicionamiento de las partes e interpretación de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido

2. La cuestión planteada se suscitó en el marco de un litigio entre algunos acreedores del Central Bank of Iraq, con domicilio social, respectivamente, en Finlandia, Suecia, Países Bajos e Irlanda y otro acreedor del citado banco, Ompipol, con domicilio social en la República Checa, en relación con una resolución del Rechtbank de Bruselas por la que se autoriza la ejecución de una sentencia del Gerechtshof de Amsterdam de 11 de diciembre de 2003, referente a los créditos que Ompipol tenía contra el Central Bank of Iraq.

Al ser los demandantes y Ompipol acreedores de Central Bank of Iraq, los primeros entienden que la ejecución de la sentencia a favor de Ompipol puede afectar negativamente a los créditos que estos tienen con Central Bank of Iraq. Por ello, impugnan la concesión del exequátur al amparo de la acción oblicua del art. 1166 del Burgerlik Wetboek belga y del art. 43.1 del Reglamento 44/2001, con el fin de impedir la ejecución de la sentencia holandesa en Bélgica.

3. El órgano jurisdiccional belga ante el que se recurrió la resolución de la concesión del exequátur, declaró la inadmisibilidad del citado recurso, al considerar que, si bien el art. 1166 del Burgerlik Wetboek belga reconoce a los acreedores el derecho de ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, estos no pueden ser considerados “partes” a los efectos del art. 43.1 del Reglamento 44/2001³, pues a su juicio, el procedimiento de exequátur que establece dicho Reglamento prevé un sistema completo e independiente de recursos que no incumbe al legislador nacional completar⁴.

Los demandantes, no conformes con esta interpretación del art. 43.1 del Reglamento, interponen recurso de casación, sosteniendo que debe considerarse “parte” al acreedor que, al amparo de la acción oblicua, ejerce los derechos del deudor en el sentido del art. 43.1 del Reglamento, siempre que el deudor fuera parte en el procedimiento extranjero.

4. Por su parte, el Hof van Cassatie, encargado de resolver el recurso de casación, declaró que, aunque en el ámbito de los recursos, el Reglamento 44/2001 tenga el mismo objetivo que el *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, CBr), el texto del art. 43.1 del Reglamento se deslinda del texto de la disposición análoga contenida en el CBr. Pues mientras que el art. 36 CBr establecía que la parte contra la que se hubiera solicitado la ejecución de la sentencia controvertida en el asunto principal podía interponer recurso contra la resolución que autorizara dicha ejecución, el art. 43.1 Reglamento 44/2001 establece un recurso a favor de cualquiera de las partes contra la resolución relativa a la solicitud de ejecución de esa sentencia.

El Hof van Cassatie consideró que no podía darse por sentado que debiera seguir aceptándose la interpretación del art. 36 CBr dada por el Tribunal de Justicia⁵, según la cual los recursos contra la de-

³ K. KERAMEUS, “Comentario al art. 43”, U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Munich, *European Law Publishers*, 2007, pp. 661-665.

⁴ Apartado 12 de la sentencia comentada.

⁵ STJCE de 2 de julio de 1985, asunto 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank*.

claración de ejecución sólo pueden interponerse por las partes de la sentencia extranjera, lo cual excluye cualquier recurso por parte de terceros interesados contra la resolución que otorga el exequátur⁶.

5. Ante la diferente interpretación que los órganos jurisdiccionales belgas hacían del art. 43.1 del Reglamento 44/2001, el Hof van Cassatie decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe considerarse “parte”, en el sentido del art. 43.1 del Reglamento 44/2001, al acreedor que ejerce una acción en nombre y por cuenta de su deudor, es decir, una parte que puede interponer un recurso contra una resolución sobre una solicitud de ejecución, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud?»

III. El concepto de parte, según el Tribunal de Justicia

6. Y al hilo de ello, el Tribunal de Justicia realiza, a mi juicio, una impecable argumentación, distinguiendo entre lo que es el procedimiento de exequátur, regulado por el Reglamento 44/2001, y lo que es el procedimiento de ejecución *stricto sensu* en el Estado requerido, en el que se sigue aplicando la normativa autónoma de los Estados.

7. En cuanto al contenido del art. 43 del Reglamento y su relación con el art. 36 del CBr, el Tribunal de Justicia apunta que en realidad la comparación debe hacerse entre los arts. 36.1 y 40.1 CBr, de cuya apreciación se desprende que tanto la parte contra la que se solicita la ejecución como la parte demandante puede interponer un recurso, si se desestima su solicitud. La lectura de estas dos disposiciones pone de relieve que una u otra parte del procedimiento de autorización de la ejecución puede promover un recurso contra la resolución que declare la ejecución, lo cual equivale al contenido del art. 43.1 Reglamento 44/2001, que reagrupa de este modo dos disposiciones distintas del CBr⁷.

De ello se deduce, a diferencia de lo que sostenía el Hof van Cassatie, que la reforma en cuanto a la redacción practicada en el art. 43.1 del Reglamento 44/2001 en relación con el CBr, no supuso ninguna modificación en cuanto al fondo ni puede implicar que no sea posible aplicar a los artículos correspondientes del Reglamento 44/2001 la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a los artículos citados del CBr relativos a la ejecución de una resolución.

Abunda en esta interpretación, el Considerando 18 del Reglamento 44/2001, que explícitamente establece que “[e]l respeto del derecho de defensa impone, no obstante, que el demandado pueda, llegado el caso, interponer un recurso que se examine con arreglo al principio de contradicción contra el otorgamiento de ejecución, si considera que se da alguno de los motivos para su denegación. Asimismo, debe reconocerse al demandante el derecho a recurrir si se deniega el otorgamiento de la ejecución”.

8. Ambos textos, CBr y Reglamento 44/2001, tienen como objetivo principal simplificar los procedimientos en el Estado en el que se solicita la ejecución, estableciendo un procedimiento de exequátur sumario, simple y rápido, y dando a la parte contra la que se haya solicitado la ejecución la posibilidad de interponer un recurso. Y lo que es más importante, el procedimiento de exequátur en estos textos constituye un sistema autónomo y completo, independiente de los sistemas jurídicos de los Estados parte, incluso en el ámbito de los recursos.

De ello se desprende que el art. 36 CBr y el art. 43 del Reglamento excluyen los recursos de que puedan valerse los terceros interesados, según el Derecho interno, en contra de una resolución de exequátur. Por consiguiente, carece de pertinencia el alcance del derecho que el art. 1166 del Burgerlijk Wetboek belga reconoce a las partes demandantes, respecto a las cuales el Gobierno belga precisó en la vista que no podían asimilarse al deudor.

⁶Apartado 16 de la sentencia comentada. Véase F. GARAU SOBRINO, “Comentario al art. 36 CBr”, en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 565.

⁷Apartado 23 de la sentencia comentada.

Como ni el CBr ni el Reglamento 44/2001 regulan la ejecución en sentido estricto, los terceros interesados podrán interponer contra las medidas de ejecución forzosa los recursos que les otorga el Derecho del Estado donde tenga lugar tal ejecución forzosa. Y sólo en este contexto podría tener cabida la acción oblicua del art. 1166 del Burgerlik Wetboek belga.

IV. Conclusiones

9. Concluye, pues, el Tribunal de Justicia que el art. 43.1 debe interpretarse en el sentido de que un acreedor de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución.

10. De esta manera, el Tribunal de Justicia se reafirma en su jurisprudencia⁸, no otorgando legitimación activa para recurrir una resolución de exequátur a terceros interesados, por muy legítimos que sean sus intereses, pues sólo las partes que procesalmente han intervenido en el procedimiento de origen tendrán derecho a recurrir la resolución de exequátur, tanto si es positiva como si no. Ahora bien, al no regular el Reglamento 44/2001 el procedimiento de ejecución en sentido estricto, y depender los recursos que pueden instarse de la legislación nacional del Estado requerido, podrá entonces si procede en esa fase del procedimiento, ejercitarse la acción oblicua⁹.

⁸ STJCE de 2 de julio de 1985, asunto 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank*.

⁹ En este sentido también, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Navarra, Editorial Thomson-Civitas, 2007, p. 427, que califica a la acción oblicua como una acción auxiliar preparatoria de la ejecución y, como tal, sujeta a la *lex fori*.

DIECIOCHO AÑOS DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: ¿HACIA UNA FIGURA EMANCIPADA?

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 23.07.2010 / Aceptado: 11.08.2010

Resumen: La ciudadanía de la Unión ha sido objeto de una nueva sentencia del TJCE, que con fecha de 10 de marzo de 2010 ha vuelto a pronunciarse sobre la controvertida relación que desde su nacimiento ha establecido esta figura con la nacionalidad de los Estados miembros. El presente trabajo analiza dicha decisión desde la óptica de la jurisprudencia comunitaria en la materia, examinando su evolución y detectando nuevas consideraciones sobre las restricciones que el ordenamiento comunitario establece a los efectos de las medidas sobre nacionalidad adoptadas por los Estados miembros. Recién alcanzada su mayoría de edad, la ciudadanía de la Unión parece así adquirir cierta emancipación de la rígida relación de dependencia que respecto a la potestad estatal sobre nacionalidad ha venido manteniendo desde su creación.

Palabras clave: Ciudadanía de la Unión, nacionalidad de los Estados miembros, principio de igualdad, derecho de libre circulación y residencia, principio de proporcionalidad, estatuto del ciudadano de la Unión

Abstract: Citizenship of the Union has been the subject of a new ruling of the ECJ, which dated March 10, 2010, has returned to rule on the controversial relationship than since its birth has established this figure with the nationality of the member States. This paper analyzes the decision from the perspective of the case law on this subject by examining its evolution and attempts to detect new considerations about the restrictions that Community law provides for regulations of nationality taken by member States. Just come of age, citizenship of the Union seems to attempt some emancipation from the rigid relationship of dependency to the State authority on nationality that it has maintained since its inception.

Key words: Union citizenship, Member States nationality, freedom of movement and equality principle, residence, rights of citizenship, proportionality principle.

Sumario: I. La STJCE de 2 de marzo de 2010: a vueltas con la ciudadanía europea. 1. El asunto planteado. 2. La discutida “extranjería” de la cuestión. 3. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia. II. La ciudadanía de la Unión. 1. Estatuto jurídico de la ciudadanía: concepto y contenido. 2. Régimen jurídico de la ciudadanía: normativa estatal sobre nacionalidad. 3. La (problemática) relación entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal. III. La modulación comunitaria de la competencia estatal en materia de nacionalidad. 1. El principio de no discriminación. 2. El derecho de libre circulación y residencia. 3. El principio de proporcionalidad. 4. El principio de lealtad comunitaria: ¿un futuro parámetro modulador? IV. Conclusiones.

I. La STJCE de 2 de marzo de 2010: a vueltas con la ciudadanía europea

1. El asunto planteado

1. Recién alcanzada su mayoría de edad¹, la ciudadanía de la Unión ha sido objeto de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que con fecha de 2 de marzo de 2010² ha vuelto a pronunciarse sobre la controvertida relación que la nacionalidad de los Estados miembros y la ciudadanía de la Unión han venido manteniendo desde el nacimiento de la segunda³. Como es sabido, la cualidad de ciudadano de la Unión se hace depender de la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro.

2. Es ésta una relación no siempre pacífica que si en sus inicios despertó ciertas suspicacias⁴, andado el tiempo ha suscitado considerables incertidumbres sobre el alcance del poder discrecional de los Estados para regular su propia nacionalidad cuando ello afecta al estatuto de la ciudadanía europea, que el Tribunal de Justicia ha tenido que despejar. La presente sentencia constituye el último ejemplo de estas dudas, y al resolverla el Tribunal ha dado un paso más en su elaboración de una teoría limitadora de dicha potestad estatal.

3. El objeto del presente trabajo es analizar dicha decisión desde la perspectiva de la jurisprudencia anterior en la materia, a fin de extraer las nuevas consideraciones añadidas y determinar la postura del ordenamiento comunitario ante esta cuestión en la nueva etapa de la Unión Europea instaurada por el Tratado de Lisboa. Examinemos pues el supuesto de hecho, para extraer las cuestiones jurídicas suscitadas en el debate.

4. Janko Rottmann, nacional austríaco de origen, solicitó en 1998 la nacionalidad alemana tras varios años de residencia en Munich. En su petición ocultó que se hallaba imputado ante un tribunal penal austríaco por un delito de estafa grave en el ejercicio de su profesión, habiéndose dictado contra él una orden de detención en el curso de dicho proceso. El Sr. Rottmann obtuvo la nacionalidad alemana en febrero de 1999, perdiendo por dicha causa su nacionalidad austríaca de origen, al ser incompatible con la adquisición de una ulterior⁵.

¹ La ciudadanía europea nace en Maastricht el 7 de febrero de 1992, con la firma del Tratado de la Unión Europea (DOUE C 191 de 29 julio 1992), cuya entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1993, y que recogía esta figura en los artículos 8 y 8 A a 8 D TCE. La reforma operada por el Tratado de Ámsterdam (1997) la reubicó en los artículos 17 a 22 TCE y actualmente se corresponden con los artículos 18 a 25 de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, en la versión resultante tras la firma (13 de diciembre de 2007) y entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009).

² STJCE de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, 135/08, (DOUE C 113 de 1 de mayo de 2010).

³ Sobre esta cuestión *in extenso*, P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons-UNED, Madrid, 1998.

⁴ Recordemos el temor de Dinamarca por las posibles implicaciones de la ciudadanía europea, en parte responsable de la reticencia danesa a firmar el Tratado de Maastricht y que quedó plasmado en su acta de ratificación al mismo en los siguientes términos: “1. *Citizenship of the Union is a political and legal concept which is entirely different from the concept of citizenship within the meaning of the Constitution of the Kingdom of Denmark and of the Danish legal system (...)* 2. *Citizenship of the Union in no way in itself gives a national of another Member State the right to obtain Danish citizenship or any of the rights, duties, privileges or advantages that are inherent in Danish citizenship by virtue of Denmark’s constitutional, legal and administrative rules*” (DOUE C 348 de 31 de diciembre de 1992). Para conjurar éste y otros recelos similares, el Tratado de Maastricht incluyó una Declaración relativa a la nacionalidad de los Estados miembros, estableciendo la siguiente puntualización: “*la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario*”.

⁵ A tenor del artículo 27.1 de la Ley federal austríaca sobre nacionalidad de 1985 (*Staatsbürgerschaftsgesetz*), que establece la pérdida de la nacionalidad austríaca de quien “*adquiera, previa petición, a resultas de una decla-*

En agosto de 1999, las autoridades alemanas tuvieron conocimiento de que sobre el Sr. Rottmann pesaba una orden de detención, y que había estado en 1995 incurso en un proceso penal también ante la justicia austríaca. A la vista de lo cual, en julio de 2000 revocaron la nacionalidad concedida, por considerarla adquirida de forma fraudulenta, al haber ocultado el solicitante sus antecedentes ante la jurisdicción penal austríaca. Como consecuencia de ello, el Sr. Rottmann devino apátrida, ya que la pérdida de la nacionalidad alemana no tuvo el efecto de hacerle recuperar la austríaca que poseía originariamente.

Recurrida por el interesado, dicha decisión fue confirmada en segunda instancia por sentencia de 25 de octubre de 2005 del Tribunal de lo contencioso-administrativo de Baviera (*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*), que consideró la revocación conforme al derecho alemán, aun cuando tuviese como efecto la apatridia del afectado. Asimismo, el tribunal declaró que esta consecuencia no suponía una vulneración del Derecho comunitario, por lo que no cabía invocar la reserva que a la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad había consagrado la STJCE de 7 de julio de 1992 (asunto *Micheletti*)⁶.

Sin perjuicio de volver sobre ella más adelante, importa precisar ahora que en esta decisión, el TJCE declaró que, pese al absoluto respeto y reconocimiento de la competencia estatal exclusiva en materia de nacionalidad, los Estados miembros debían ejercer dicha competencia dentro de los límites que impone el respeto al Derecho comunitario. Para el *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, en el presente caso no cabía afirmar que la pérdida de la ciudadanía de la Unión aparejada a la privación de la nacionalidad alemana otorgada al Sr. Rottmann supusiera una vulneración del ordenamiento comunitario, por lo que la citada medida resultaba plenamente ajustada a Derecho. En su opinión, suponer la existencia de una obligación comunitaria de no revocar una naturalización obtenida de modo fraudulento tendría la consecuencia de afectar, de manera esencial, al poder soberano de los Estados miembros, reconocido por el artículo 17.1 TCE, de definir las modalidades de aplicación de su normativa sobre nacionalidad.

No conforme con esta decisión, el Sr. Rottman solicitó su revisión ante el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), que lejos de la contundencia del anterior órgano judicial, mostró sus dudas respecto al alcance de la reserva formulada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Micheletti* y por tanto, de la corrección formal de la privación de la nacionalidad alemana. Así, el *Bundesverwaltungsgericht* manifestó que de dicha sentencia sólo podía deducirse el principio que impide a un Estado miembro restringir los efectos de otra nacionalidad comunitaria mediante la exigencia de un requisito adicional para reconocerle efectividad y permitirle el ejercicio de una libertad comunitaria.

Sin embargo, en el presente caso el tribunal se mostró dubitativo sobre la compatibilidad de la medida adoptada por las autoridades alemanas y el Derecho comunitario, en particular con el citado artículo 17.1 TCE. Correlativamente, el *Bundesverwaltungsgericht* cuestionaba la posible existencia de una obligación por parte de Austria de impedir la apatridia de un ciudadano originariamente súbdito de aquel país. La base de tal deber vendría dada por el principio de lealtad de la Unión y los recogidos Convención para reducir los casos de apatridia⁷ y el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad⁸.

En consecuencia, el tribunal alemán suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) *¿Es incompatible el Derecho comunitario con la consecuencia jurídica de la pérdida de la ciudadanía de la Unión Europea (y de los derechos y libertades fundamentales correspondientes), derivada del hecho de que la revocación, en sí conforme al ordenamiento jurídico nacional (alemán), de una naturalización en un Estado miembro [la República Federal de Alemania] obtenida mediante fraude doloso, conduce a la condición de apátrida de la persona afectada debido a que, como sucede en el caso del demandante [en el asunto principal], no recupera la nacionalidad [de otro Estado miembro (la República de Austria)] que tenía inicialmente en virtud de las disposiciones aplicables de la normativa [de este último]?*

ración o de su consentimiento expreso, una nacionalidad extranjera [] cuando no se le haya concedido expresamente el derecho de conservarla». Como veremos, la última precisión resultó crucial en el presente asunto, al abrir la puerta a una hipotética recuperación de la nacionalidad originaria del interesado.

⁶ Mario Vicente *Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, 369/90, *Rec.* 1992, p. 4239.

⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en Nueva York el 30 de agosto de 1961, (Serie Documentos de Naciones Unidas, A/CONF. 9/15, 1961), que entró el vigor el 13 de diciembre de 1975.

⁸ Convenio del Consejo de Europa firmado en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997.

2) *En caso de respuesta afirmativa [...]: ¿Debe el Estado miembro [...] que ha naturalizado a un ciudadano de la Unión Europea y pretende revocar [esta] naturalización [porque ha sido] obtenida fraudulentamente, renunciar a hacerlo si dicha revocación [...] tiene como consecuencia la pérdida de la ciudadanía de la Unión (y de los derechos y libertades fundamentales correspondientes), o bien debe el Estado miembro de la nacionalidad inicial [...], para ajustarse al Derecho comunitario, interpretar, aplicar o incluso adaptar su Derecho interno de tal manera que no se produzca dicha consecuencia jurídica?»*

Ambas cuestiones obligaron al TJCE a reflexionar nuevamente sobre los posibles límites o modulaciones que el título de ciudadano de la Unión pueda imponer sobre la competencia estatal en materia de nacionalidad, un asunto ya abordado por el órgano jurisdiccional⁹ desde distintas perspectivas, con anterioridad⁹. Ahora se trataba de dilucidar si el hecho de que la pérdida de dos nacionalidades comunitarias implicase la pérdida de la ciudadanía de la Unión podía restringir la aplicación estatal de las normativas sobre nacionalidad involucradas en el caso. Una cuestión ardua, si recordamos que la postura tradicional del ordenamiento comunitario sobre este punto ha sido el absoluto respeto y reconocimiento a la autonomía y exclusividad estatal en materia de nacionalidad.

2. La discutida “extranjería” de la cuestión

5. Antes de proseguir con el supuesto de hecho y examinar el pronunciamiento decisorio, interesa detenernos en una interesante cuestión suscitada por la oposición de los Gobiernos alemán y austríaco a que el Tribunal de Justicia entrara a conocer del asunto: la discutida “internacionalidad” del mismo. Ambos Estados, con el apoyo de la Comisión, sostenían que la cuestión debatida constituía una situación meramente interna sin vínculo alguno con el Derecho comunitario, que no resultaba aplicable al caso, por lo que su sometimiento al Tribunal de Justicia carecía de base jurídica.

6. El argumento principal de esta postura radicaba en que el acto enjuiciado no excedía los límites del ordenamiento nacional alemán, al tratarse de una decisión administrativa emanada de una autoridad alemana y recaída sobre un nacional de dicho Estado (la concesión y posterior revocación de la nacionalidad alemana). Desde esta óptica, el hecho de que el afectado hubiera ejercitado con anterioridad a dicho acto el derecho comunitario a la libre circulación no poseía entidad para “*constituir por sí sola un elemento transfronterizo*”¹⁰ que facultara su enjuiciamiento por el Derecho comunitario.

7. La respuesta del Tribunal de Justicia a esta objeción resulta algo desenfocada, pues desplaza el eje de la cuestión al propio motivo del supuesto de hecho. En efecto, su razonamiento para justificar su intervención se sustenta sobre la legitimidad del Derecho comunitario para, en determinadas ocasiones, modular la aplicación y efectos de los regímenes estatales sobre nacionalidad. Sin embargo, este asunto constituía precisamente el núcleo de las cuestiones prejudiciales y de la posterior sentencia, siendo así que lo que planteaban los Gobiernos alemán y austríaco con carácter previo era la absoluta falta de internacionalidad del asunto, que impediría someterlo a la consideración del Tribunal de Justicia.

Con esta desenfocada perspectiva, el Tribunal inicia su rechazo a dicha objeción admitiendo el reconocimiento por el Derecho comunitario de la exclusividad de la competencia de cada Estado para legislar sobre su propia nacionalidad, lo que al tiempo constituye un principio general del Derecho internacional¹¹. Sobre este punto de partida, matiza que el hecho de que una materia sea competencia de los

⁹ Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar aquí las SSTJCE 9 julio 1998, *Comisión c. Bélgica*, 323/97, *Rec.* 1997, 1998, p. 4281; 20 febrero 2001, *Secretary of State for the Home Department c. Mánjit Kaur*, 192/99, *Rec.* 1999, p. 1237; 12 de septiembre de 2006, *M.G. Eman y O.B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, 300/04, *Rec.* 2004, p. 8055.

¹⁰ Apartado 38 de la sentencia.

¹¹ Confirmando con ello su jurisprudencia anterior, donde declaraba que “*la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro*” (SSTJCE 7 julio 1992, *Micheletti y otros*, cit., apdo. 10; 11 de noviembre de 1999, *Belgian State c. Fatna Mesbah*, 179/98, *Rec.* 1999, p. 7955, apdo. 29; de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 200/02, *Rec.* 2002, p. 9925, apdo. 37).

Estados miembros no impide que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales afectadas deban respetar este último¹².

En el presente caso, el Tribunal encuentra esta afectación del ordenamiento comunitario en el hecho de que la pérdida de la nacionalidad austríaca y posterior desposesión de la alemana coloca al afectado “*en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 TCE y de los derechos correspondientes*”; situación que “*por su propia naturaleza, está comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión*”. De este modo, la condición de ciudadano comunitario constituye el elemento transfronterizo que permite al asunto planteado trascender los límites estatales alegados por Alemania y Austria para impedir la intervención del Tribunal.

8. Esta oposición a la admisibilidad de la cuestión prejudicial fue analizada también por el Abogado General, que llegó a la misma conclusión que el Tribunal aunque con una argumentación más certera y ajustada a los términos del debate¹³. Su argumentación parte del reconocimiento de que no cabe invocar la ciudadanía de la Unión en situaciones puramente internas, al no ser su objeto la extensión a las mismas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Asimismo, señala que no cabe incluir en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario las normativas estatales sobre nacionalidad por el solo hecho de que su aplicación conlleva la adquisición o a la pérdida de la ciudadanía de la Unión. Pero, como dijimos, ésta no es la cuestión que centra la oposición de los Estados a la cuestión prejudicial. Así lo entiende el Abogado General, que sobre la premisa anterior, puntualiza que resulta erróneo considerar la situación como puramente interna por el hecho de que la materia que constituye el objeto del litigio (la adquisición y la pérdida de la nacionalidad) está sometida exclusivamente a los ordenamientos estatales¹⁴.

Antes al contrario, su carácter transfronterizo deriva de la propia dimensión de la ciudadanía de la Unión, al ser una materia “*que está comprendida en el ámbito de aplicación ratione materiae del Derecho comunitario porque entraña un elemento de extranjería*”¹⁵. Y como es sabido, sólo constituye una situación puramente interna aquella en la que todos sus elementos radican en un único Estado miembro¹⁶. En el presente caso, el Abogado General rechaza el argumento de que un acto administrativo alemán recaído sobre un nacional de dicho Estado constituye una situación enteramente interna atendiendo: el previo ejercicio por el interesado de la libertad de circulación conferida por el Derecho comunitario en su condición de ciudadano de la Unión.

Sobre esta consideración, recuerda la línea jurisprudencial que sostiene que las situaciones relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, en particular las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia, no pueden ser consideradas situaciones internas que no tienen ninguna conexión con el Derecho comunitario¹⁷. Esta argumentación puede ser discutible y considerarse débil el vínculo entre el caso planteado y el ordenamiento comunitario¹⁸,

¹² SSTJCE 24 noviembre de 1998, *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz*, 274/96, Rec. p. 7637, apdo. 17 (en relación con una normativa nacional en materia penal y de procedimiento penal); 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello c. État belge*, 148/02, Rec. p. 11613, apdo. 25 (respecto a normas nacionales que rigen el apellido de una persona); 12 de julio de 2005, *Egon Schempp c. Finanzamt München V.*, 403/03, Rec. p. I-6421, apdo. 19 (en cuanto a normas nacionales relativas a la fiscalidad directa); y 12 de septiembre de 2006, *España/ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, 145/04, Rec. p. I-7917, apdo. 78 (respecto a normas nacionales que determinan los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo).

¹³ “Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 30 de septiembre de 2009”, Rec. 2010.

¹⁴ Y en apoyo a esta argumentación, cita el Abogado General la sentencia García Avello: “*basta recordar que se ha declarado que el hecho de que las normas que regulan el nombre de una persona sean competencia de los Estados miembros no implica necesariamente que no estén sujetas al Derecho comunitario*” (apartados 20 a 29).

¹⁵ Apartado 10 de las Conclusiones del Abogado General.

¹⁶ Vid. SSTJCE 16 de enero de 1997, *USSL n° 47 di Biella*, 134/95, Rec. 1997, p. 195, apdo. 23; 11 de octubre de 2001, *Khalil y otros*, 95/99 a 98/99 y 180/99, Rec. 1999, p. I-7413, apdo. 69; y de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, 127/08, Rec. 2008, p. 6241, apartado 77.

¹⁷ Sentencias C. *García Avello c. Estado belga*, Rec. 2003, p. 11613 (apdo. 24); *Schwarz and Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*, 76/05, Rec. 2007, p. 6849 (apdo. 87); 15 de marzo de 2005, *Bidar*, 209/03, Rec. 2003, p. 2119, apdo 33.

¹⁸ Así lo reconoce el propio Abogado General en sus conclusiones, admitiendo que “*es cierto que en el presente asunto el vínculo entre la revocación de la naturalización controvertida y la libertad fundamental comunitaria es*

pero resulta coherente con su creciente intervencionismo en las acciones adoptadas por los Estados miembros, que cada vez con mayor frecuencia vienen siendo severamente enjuiciadas por la jurisprudencia comunitaria¹⁹.

3. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia

9. Volviendo a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal resolvió la primera declarando que revocación de la naturalización alemana del Sr. Rottmann no resultaba contraria al Derecho comunitario. La razón, que esta medida respondía a un motivo de interés general, al constituir una respuesta a las maniobras fraudulentas del interesado durante su adquisición. El Tribunal considera legítimo “*que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad*”²⁰, declarando la privación de la nacionalidad alemana ajustada al principio comunitario de proporcionalidad.

Desde el punto de vista de su corrección jurídica, el Tribunal recuerda que la decisión revocatoria de la naturalización resulta también acorde con la Convención para reducir los casos de apatridia, que permite a los Estados contratantes privar de su nacionalidad a quienes la hayan obtenido por declaración falsa o por fraude (art. 8.2.b). El mismo motivo se recoge en el Convenio Europeo sobre nacionalidad, que admite la privación de nacionalidad cuando ésta haya sido adquirida como consecuencia de una conducta fraudulenta, “*mediante información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte de dicho individuo*” (art. 7.1 y 3). En ambos casos, la revocación de nacionalidad se considera legítima aun cuando provoque la apatridia del afectado, ya que no vulnera el principio internacional que proscribiera la privación arbitraria de la nacionalidad²¹.

Podría parecer que la correlativa pérdida de la ciudadanía de la Unión resulta conforme al ordenamiento comunitario por la misma razón, es decir, ser consecuencia de una medida legítima desde la óptica del Derecho convencional y estatal. Sin embargo, para declarar su corrección también desde esta perspectiva, el Tribunal realiza un análisis añadido siguiendo su propia jurisprudencia, que consagra la existencia de un límite ulterior al carácter absoluto y exclusivo de la soberanía estatal: los principios y libertades comunitarios, cuyo efectivo disfrute puede llegar a constreñir la potestad estatal sobre nacionalidad.

10. En el presente caso, el límite comunitario a la discrecionalidad alemana en materia de nacionalidad viene dado por el respeto al principio de proporcionalidad “*en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la Unión*”. Con esta fórmula, el Tribunal acuña un nuevo parámetro de análisis de las medidas estatales en materia de nacionalidad desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Con ello, avanza un paso más su línea jurisprudencial de limitar los efectos dicha competencia, iniciada incluso con anterioridad al surgimiento de la ciudadanía de la Unión²².

menos directo: la revocación está motivada no por el ejercicio de dicha libertad fundamental sino por el fraude doloso del demandante en el litigio principal”.

¹⁹ Ejemplos de esta situación pueden encontrarse en los pronunciamientos del Tribunal sobre cuestiones como la aplicación de deducciones fiscales previstas por la normativa alemana (STJCE 12 julio de 2005, *Schempp c. Finanzamt München V*, 403/03, *Rec.* 2005 año, p. 6421), o el reconocimiento por el Estado polaco de pensiones de invalidez para víctimas civiles de guerra a sus propios nacionales (STJCE 22 de mayo de 2008, *H. Nerkowska c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, 499/06, *Rec.* 2008, p. 3993), enjuiciadas por el Tribunal por su posible afectación sobre derechos básicos de ciudadanos comunitarios.

²⁰ Apartado 51 de la Sentencia Rottmann.

²¹ Artículo 15.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 4.c) del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad.

²² Los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión (SSTJCE *Micheletti*, cit., apartado 10; *État belge y Fatna Mesbah*, 179/98, *Rec.* 1999, p. 7955, apdo. 29; 20 de febrero de 2001, *Kaur*, cit., apdo. 19; 19 octubre 2004, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, *Rec.* 2004, p. 9925, apdo. 37).

Desde esta óptica del principio de proporcionalidad, el Tribunal evalúa las eventuales consecuencias que la privación de la nacionalidad alemana podía tener para el interesado en lo que se refiere a la pérdida de los derechos inherentes a todo ciudadano de la Unión. Los criterios utilizados para efectuar dicho examen son básicamente tres: el interés general de la medida, su corrección formal desde el punto de vista de la legislación aplicable y la posibilidad de que el interesado recuperase su nacionalidad de origen.

Dejando a un lado la tercera consideración, por no haberse pronunciado Austria todavía sobre ese punto, el Tribunal entiende que existe en la privación de la nacionalidad alemana un interés general: el ya mencionado objetivo de proteger la necesaria lealtad que debe inspirar el vínculo entre el Estado y sus nacionales y garantizar que éste se sustente sobre una relación de reciprocidad, lo que en este caso no se daba por la actitud engañosa del Sr. Rottmann.

11. En cuanto a la legalidad estatal de la medida, ésta viene avalada por la citada normativa convencional sobre nacionalidad y apatridia y la legislación alemana aplicable, que de forma unánime declaran ajustada a Derecho la desposesión de la nacionalidad adquirida mediante fraude, engaño u ocultación²³. Esta valoración no se veía en entredicho por el resultado de causar la apatridia del interesado que había tenido la aplicación de la normativa alemana sobre nacionalidad, dado que la normativa convencional permite, como vimos, a los Estados revocar una nacionalidad adquirida en fraude de ley.

12. En consecuencia, el Tribunal declaró que el artículo 17 TCE, que consagra el estatuto de ciudadano de la Unión, no es contrario a la revocación por un Estado miembro de la nacionalidad adquirida en fraude de ley, “*siempre que respete el principio de proporcionalidad*”, lo que introduce un nuevo parámetro de análisis en su labor delimitadora de los efectos que las medidas estatales sobre nacionalidad puedan desplegar en la Unión Europea.

13. Con esta decisión profundiza en su tesis de que las restricciones estatales a los derechos aparejados al estatuto de ciudadano de la Unión deben respetar los límites impuestos por el ordenamiento comunitario y ejecutarse de conformidad con sus principios generales²⁴. Se trata, en esencia, de una jurisprudencia que busca constantemente el equilibrio entre la proporcionalidad y necesidad de las medidas estatales sobre nacionalidad y el efectivo disfrute de los derechos de la ciudadanía de la Unión. Y ello, con la técnica de modular caso por caso una relación (nacionalidad estatal-ciudadanía europea) no exenta de dificultades técnico jurídicas y obstáculos políticos que el Tribunal ha venido aclarando y sorteando durante casi dos décadas.

II. La ciudadanía de la Unión

14. Al no ser un Estado, la Unión Europea carece de capacidad para otorgar una “nacionalidad”²⁵ a la población que la integra. El Derecho internacional no reconoce las nacionalidades derivadas de organizaciones internacionales, sino únicamente las de los Estados a través de las cuales dichas organizaciones definen su ámbito de jurisdicción personal²⁶. En consecuencia, el ámbito subjetivo de la ciuda-

²³ En efecto, el artículo 48.1 y 2 del Código de procedimiento administrativo del Land de Baviera (*Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz*) establece que “*un acto administrativo ilegal podrá, aunque haya adquirido carácter definitivo, ser revocado total o parcialmente, con efectos futuros o retroactivos*” tanto si ha sido obtenido “*mediante fraude, amenazas o corrupción*” como si lo ha sido “*ofreciendo indicaciones esencialmente falsas o incompletas*”; sentenciando dicho precepto que en tales casos “*el acto administrativo, en principio, será revocado con carácter retroactivo*”.

²⁴ SSTJCE 11 de julio de 2002, *D’Hoop c. Office national de l’emploi*, 224/98, *Rec.* 1998, p. 6191 y de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department*, *Rec.* 2002, p. 7091.

²⁵ Entendida como “*le lien politique et juridique unissant une personne à un État selon le règles féfinies par ce dernier*” (G. SÉBASTIEN, “La citoyenneté de l’Union Européenne”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*”, nº 5, septiembre-octubre 1993, p. 1270).

²⁶ A. BLECKMANN, “The personal jurisdiction of the European Community”, *Common Market Law Review*, núm. 17, 1980, p. 477.

danía de la Unión se sustenta sobre la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro, delimitándose a través de una notable variedad de regímenes estatales sobre nacionalidad. El concepto de ciudadanía comunitaria no se define en virtud de la relaciones entre la Unión y sus ciudadanos, sino que se remite a las nacionalidades de los Estados que la integran²⁷.

15. De este modo, el Derecho comunitario entra a regular esta categoría únicamente cuando se da la premisa de la posesión de una nacionalidad comunitaria; cumplida la cual, los efectos y el contenido de la ciudadanía sí quedan únicamente bajo la potestad del ordenamiento comunitario²⁸. Se articula así una ciudadanía sobre dos ejes: los regímenes sobre nacionalidad establecidos por los distintos Estados miembros y los derechos que al ciudadano de la Unión otorga el Tratado, que integran el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.

1. Estatuto jurídico de la ciudadanía: concepto y contenido

16. El artículo 8 del Tratado de Maastricht (1992) consagró la creación de la ciudadanía de la Unión en los siguientes términos: “*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*”²⁹. Bajo esta fórmula, la ciudadanía nació como un instrumento al servicio del proceso de integración europea, cuyo objetivo era convertir la Comunidad Europea en una verdadera Unión Política³⁰. Ello requirió la proclamación de una ciudadanía común para los nacionales de los Estados Miembros³¹ que fomentase el sentimiento de pertenencia a un grupo, el pueblo europeo, todavía en proceso de formación.

17. Hay que destacar el uso del término “ciudadanía” para denominar a la nueva figura, pues otorgó una nueva dimensión al concepto tradicional al establecer una “ciudadanía por superposición”, dotada de una proyección externa de la que carecen las nacionalidades³². Éstas no se vieron sustituidas por aquélla, como expresamente ratificaría el Tratado de Ámsterdam cinco años después de su nacimiento³³, precisando que la ciudadanía se concibió como un complemento a la nacionalidad de los

²⁷ Este sistema de ciudadanía por superposición ha sido cuestionado hasta el punto de sostener que no cabe afirmar la existencia de verdadera ciudadanía de la Unión (A. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, “La ciudadanía europea y la protección de los Derechos fundamentales”, *España y el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994, p. 190).

²⁸ Así se desprende de la STJCE 12 de septiembre de 2006, *M.G. Eman y O.B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, 300/2004, *Rec.* 2006, p. 8055, donde se cuestionó la potestad del Estado holandés para excluir del derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo a ciertas categorías de sus propios nacionales residentes en un territorio de ultramar asociado a la Comunidad (en este caso, Aruba). Dado que en el Reino de los Países Bajos existe una nacionalidad única, sobre la que no se realiza distinción alguna en función del lugar de residencia, el Tribunal declaró que todos los nacionales holandeses, al ser nacionales de un Estado miembro a efectos del derecho comunitario, pueden invocar sus derechos como ciudadanos de la Unión, sin que su Estado de origen pueda limitar su titularidad o ejercicio.

²⁹ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 diciembre 2009), la ciudadanía ha pasado a regularse en los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), al tiempo que se integra también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 364 de 18 de diciembre de 2000).

³⁰ Sobre las “ambigüedades, contradicciones y tensiones” que lastraron el proceso de elaboración de la ciudadanía europea, *vid.* D. KOSTAKOPOULOU, *The Future Governance of Citizenship*, Cambridge University Press, 2008, pp. 36-38.

³¹ F. SCHOCKWEILER, “La dimension humaine et social de la Communauté Européenne”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4, 1993, p. 34.

³² Sobre las peculiaridades terminológicas y conceptuales de la noción comunitaria de ciudadanía y sus diferencias y semejanzas con los conceptos utilizados por los regímenes estatales sobre nacionalidad, *vid.* el interesante análisis de G.R. DE GROOT, “Towards a European Nationality Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.3, october 2004, pp. 2-5.

³³ Firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor a partir del 1 de mayo de 1999, modificó el texto y la numeración de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, estableciendo la versión consolidada de ambos. En la materia que tratamos, añadió a la dicción original del artículo 17 TCE la precisión de que “*la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional*”.

Estados miembros. Un paso más en la concreción del vínculo existente entre ambas figuras lo dará el Tratado de Lisboa, que modifica nuevamente el artículo 17 TCE para puntualizar que “*la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”³⁴. Estas sucesivas precisiones terminológicas constituyen un indicio de la compleja relación establecida entre la ciudadanía de la Unión y las nacionalidades estatales, que abarca desde la delimitación del propio concepto hasta la potestad de los Estados para legislar sobre la materia y los efectos que dichas normas puedan tener en el ámbito comunitario³⁵.

18. Estamos pues ante una ciudadanía indirecta, al no fijar el Derecho comunitario ningún criterio atributivo de dicha cualidad y dejar su régimen de adquisición y pérdida en manos de las legislaciones estatales sobre nacionalidad. Surge así un vínculo indisoluble entre nacionalidad estatal y ciudadanía europea, en una relación no siempre pacífica donde la primera hace nacer la segunda³⁶. De las dificultades que esta dependencia ha suscitado desde el nacimiento de la ciudadanía de la Unión da fe la jurisprudencia comunitaria, cuyas decisiones en la materia se han dirigido casi exclusivamente a delimitar la competencia estatal sobre nacionalidad desde la perspectiva de sus efectos sobre el estatuto del ciudadano de la Unión.

19. Por lo que respecta a su contenido, el estatuto del ciudadano comunitario viene integrado por una serie de derechos políticos y socioeconómicos³⁷. Su aprobación fue acompañada de severas críticas por la escasez de los derechos que integraba y la limitada entidad de éstos³⁸, con alguna excepción como la libre circulación y residencia, que como es sabido no fue creado *ex novo* por la ciudadanía de la Unión. Fundadas o no, estas voces no han tenido eco durante los casi veinte años de andadura de la ciudadanía, que a fecha de hoy sigue manteniendo prácticamente el mismo catálogo de derechos con que vio la luz³⁹.

20. Actualmente recogidos en los artículos 18 a 25 TUE, esta identidad de derechos respecto de los que inicialmente conformaron el estatuto del ciudadano comunitario evidencia la entidad las reticencias que vienen lastrando su ampliación⁴⁰. Originariamente, el estatuto del ciudadano de la Unión nació integrado por los derechos enumerados en los artículos 8 A a 8 D TUE: la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio de la Unión; el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado de residencia; la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en un tercer país si el Estado miembro del que se es nacional no está representado en ese país; y el derecho de petición y de recurso al Defensor del Pueblo Europeo.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 amplió este catálogo con los siguientes derechos: el derecho a ponerse en contacto con las instituciones europeas en una de las lenguas oficiales y a recibir una respuesta redactada en esa misma lengua; el derecho a la transparencia de las instituciones

³⁴El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (*DOUE C 306*, de 17 de diciembre de 2009).

³⁵Sobre este punto incide también el proyecto de Constitución Europea, cuyo artículo 8 consagra la ciudadanía de la Unión y vuelve para ello a la terminología utilizada por el Tratado de Ámsterdam, al señalar que “*la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”.

³⁶J. BHABHA, *Belonging in Europe: citizenship and post-national rights*, Blackwell, Oxford, 1999, p. 16.

³⁷Sobre la clasificación de los derechos del estatuto del ciudadano de la Unión en estas dos categorías *vid.* M. FALLON, “La citoyenneté européenne”, *Journal des tribunaux. Droit européen*, nº 8, 22 abril 1994, p. 67.

³⁸Catálogo vacío de verdaderos derechos sociales, D. O’KEEFFE, “Union citizenship”, *Legal issues of the Maastricht Treaty*, D. O’Keeffe y P.W. Tomey (eds.), Chancery Law, 1994, p. 90.

³⁹Respecto al casi nulo desarrollo del estatuto del ciudadano comunitario, subraya F. GOUDAPPEL que en la *non nata* Constitución Europea los derechos que lo integran simplemente eran objeto de una REESTRUCTURACIÓN formal, sin que se ampliaran en cuanto a su número o contenido (“From national citizenship to European Union citizenship”, *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 19, nº1, spring/printemps 2007, p. 35).

⁴⁰Esta resistencia ya fue puesta de relieve por J. BORJA tras la firma del Tratado de Ámsterdam, con ocasión de la cual declaró que el Consejo Europeo era “*la institución europea menos proclive al desarrollo de la ciudadanía*”, recordando su negativa anteriores a aceptar propuestas más ambiciosas, como la presentada por el Gobierno español en 1990 y por la Comisión en 1991 (“Ciudadanía y globalización: el caso de la Unión Europea”, *La factoría*, nº 7, octubre 1998).

comunitarias, esto es, a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, a reserva de la fijación de determinadas condiciones; el derecho de no discriminación por razón de la nacionalidad entre ciudadanos de la Unión y por motivos de sexo, origen racial, religión, discapacidad, edad u orientación sexual; y la igualdad de acceso a la función pública comunitaria⁴¹.

21. La determinación exacta de los concretos derechos que integran la ciudadanía de la Unión suscitó en su momento no pocas dudas, que apuntaban a la existencia de otros derechos también parte de dicho estatuto pero no expresamente citados como tales. A favor de la segunda posibilidad se aducía la ambigua expresión utilizada por el artículo 17.2 TCE, que decretaba la sumisión de del ciudadano a los derechos y deberes contenidos “*en este Tratado*”⁴². Ello llevó a afirmar que tales derechos excedían de los estrictamente enumerados en los artículos 17 a 21 TCE, extendiéndose a los todos los vinculados “*a la esencia del estatuto de ciudadanía en toda entidad política, como por ejemplo el principio de igualdad de trato*”⁴³. El TJCE ha confirmado esta interpretación mediante su desarrollo jurisprudencial del estatuto del ciudadano comunitario, realizando una lectura expansiva de los derechos que lo integran.

22. De lo que no cabe duda es del carácter dinámico de tales derechos, que nacieron con vocación de evolucionar al compás del proceso de integración europea. Para ello, se introdujo una cláusula de desarrollo en el artículo 8 E TUE, que permitiera el fortalecimiento y ampliación de los derechos de la ciudadanía comunitaria⁴⁴. Sin embargo, la ampliación de este estatuto no se ha producido hasta la fecha, manteniéndose inalterado desde el Tratado de Ámsterdam los derechos que lo integran.

En efecto, las modificaciones que ha experimentado esta figura han sido de escasa entidad, dirigiéndose únicamente a la sistematización y regulación de los derechos ya reconocidos (en particular, la libertad de circulación, el derecho de estancia y el derecho de petición), cuya consecuencia ha sido inscribir tales derechos en el Derecho primario, como base sustancial del proyecto político de la Unión Europea. La crítica a esta situación resulta inevitable: la ciudadanía europea nació con una vocación esencialmente dinámica que –casi veinte años después– no se ha cumplido, pese a que durante este tiempo los derechos que la integran se han revelado claramente insuficientes de cara a la creación de una identidad europea, razón de ser de la propia figura.

23. En otro orden de cosas, hay que indicar que la ciudadanía de la Unión se configura como un estatuto carente de deberes para sus titulares. No los impuso el Tratado de Maastricht en su creación y han continuado ausentes en las sucesivas reformas del Tratado de la Unión. Ello marca una diferencia fundamental con la nacionalidad de los Estados miembros, que constituye un vínculo generador de derechos y obligaciones para ambas partes, de cuya importancia se hace eco el TJCE en el asunto Rottmann al subrayar la lealtad y solidaridad que impregna este vínculo, cuyo fundamento es la reciprocidad de derechos y deberes.

Así, pese a la referencia expresa contenida en el actual artículo 20.2 TCE⁴⁵, el Derecho comunitario continúa sin determinar los deberes que la ciudadanía europea conlleva para sus titulares. Esta ausen-

⁴¹ Para un análisis del contenido e implicaciones de los derechos del estatuto del ciudadano de la Unión, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, cit., pp. 39-79.

⁴² En su actual redacción, esta ambigüedad no ha desaparecido, por cuanto el artículo 20.2 TUE establece que: “*Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho (...)*”.

⁴³ A. MANGAS MARTÍN, “La ciudadanía europea”, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, p. 40

⁴⁴ La cláusula de revisión contenida en este precepto constituye un acto mixto, con una doble naturaleza comunitaria e internacional, que precisa de la actuación de las instituciones comunitaria y de los procedimientos internos de ratificación de Tratados: por una parte, se requiere la actuación conjunta del Consejo, la Comisión y el Parlamento; por otra, la acción de las autoridades nacionales, que deberán velar por la compatibilidad entre las medidas adoptadas y sus respectivas normas constitucionales. Sobre las dificultades prácticas que puede suscitar la articulación de este mecanismo *vid.* D. O’KEEFE, “Union citizenship”, cit., p. 102.

⁴⁵ “*Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados*”.

cia genera una suerte de vacío legal que deja incompleto el estatuto de la ciudadanía, lo que ha llevado a considerar que dicha terminología tiene más carácter emblemático que de verdadera norma jurídica⁴⁶.

2. Régimen jurídico de la ciudadanía: normativa estatal sobre nacionalidad

24. El tiempo ha confirmado las sospechas que levantó la creación de la ciudadanía de la Unión: las dificultades que habría de plantear esta “*ciudadanía múltiple*”⁴⁷ (no nacional) derivarían de su paradójica relación con la nacionalidad. Su carácter dependiente, sucesivamente ratificado por los Tratados modificativos, implica que la nacionalidad estatal constituye el estatuto primario y la ciudadanía europea, el secundario o accesorio⁴⁸.

25. Pese a que los derechos que la integran tienen carácter básico e inatacable desde la óptica del Derecho comunitario, su efectivo disfrute queda siempre supeditado a la acción estatal, responsable única de la posesión del título de nacional. El régimen jurídico de la ciudadanía europea no tiene, por tanto, carácter único, sino que su adquisición, posesión, pérdida y recuperación se contiene en veintisiete regímenes estatales diferentes: los correspondientes a las legislaciones sobre nacionalidad vigentes en los Estados miembros.

26. Este dato evidencia ya la notable diversidad que caracteriza (o lastra, según la perspectiva de análisis que se adopte) el régimen jurídico de la ciudadanía comunitaria. Impresión más que confirmada por el examen del contenido de los regímenes jurídicos sobre nacionalidad que coexisten en la Unión Europea: elaborados en ejercicio de una competencia estatal exclusiva, estos sistemas se sustentan sobre principios de política legislativa muy diferentes de un ordenamiento a otro. Estas divergencias afectan a todos los aspectos del régimen jurídico de la nacionalidad: su atribución, que oscila entre los principios *ius sanguinis* e *ius soli* como criterio predominante; su adquisición, basada en criterios similares pero de aplicación muy divergente; su pérdida, donde tampoco existe total coincidencia entre los motivos que la causan; y su recuperación, sometida igualmente a diferentes modos que articulan distintas posibilidades para optar a ella⁴⁹.

27. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, la diversidad estatal sobre nacionalidad ha suscitado no pocos recelos sobre su conformidad con las exigencias y límites que impone el efectivo disfrute de los derechos del ciudadano de la Unión. Así, esta pluralidad legislativa puede ser cuestionada desde el punto de vista del principio de igualdad, que proscribiera toda discriminación por razón de nacionalidad siendo así que en este caso las desigualdades en las condiciones de adquisición, pérdida y recuperación de la ciudadanía derivan justamente de la nacionalidad de sus titulares⁵⁰.

28. Ello se aprecia con especial claridad en las distintas regulaciones de la adquisición de la nacionalidad por descendientes de nacionales de los Estados miembros: mientras algunos son extremadamente generosos con esta posibilidad, otros no la contemplan, lo que genera una situación difícilmente aceptable desde la perspectiva del principio comunitario de igualdad⁵¹. Desde la misma óptica, especial-

⁴⁶ M. FALLON, (“La citoyenneté...”, cit., p. 67), donde el autor señala también la dificultad de dotar de un contenido efectivo a la expresión “deberes” recogida en el artículo 17 TCE; en el mismo sentido, D. O’KEEFE, “Union Citizenship”, cit., p. 90.

⁴⁷ E. MEEHAN, “Citizenship and the European Community”, *Political Quarterly*, vol. 64, 1993, p. 185.

⁴⁸ G.R. DE GROOT, “Towards a European...”, cit., p. 2.

⁴⁹ Un análisis comparativo de los criterios fundamentales que inspiran los distintos regímenes sobre nacionalidad en el ámbito comunitario puede verse en P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, cit., pp. 85-147.

⁵⁰ Artículo 18 TUE que “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos”, proscribiera toda discriminación por razón de la nacionalidad.

⁵¹ Sobre este concreto aspecto de los regímenes estatales de nacionalidad, G.R. DE GROOT vaticina: “it will be difficult to continue to accept such unequal treatment of descendants of persons originating from the different Member States” (“Towards a European...”, cit., p. 21).

mente cuestionable resultan las normas estatales que decretan la pérdida de la nacionalidad de origen por residencia prolongada fuera del propio Estado, que también puede ser puesta en entredicho a la luz del derecho comunitario a la libre circulación y residencia⁵².

29. Por tanto, el carácter derivado y complementario de la ciudadanía con respecto a la nacionalidad estatal implica la inexistencia de un modo autónomo de adquisición y de pérdida de la ciudadanía de la Unión, que resulta fragmentada por la diversidad legislativa vigente en materia de nacionalidad. Ésta es una de las razones que han convertido el vínculo entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal en un debate constante en el ámbito de la ciudadanía de la Unión, junto a otros argumentos, como su efecto excluyente de los nacionales de terceros estados residentes en la Unión del estatuto de ciudadano comunitario.

30. Por otra parte, las divergencias que en el concepto de ciudadanía de la Unión introduce la diversidad normativa en materia de nacionalidad alcanzan incluso a su propia titularidad, dado que no basta poseer la nacionalidad de un Estado miembro para ser ciudadano comunitario. Antes al contrario, cada Estado dictamina quiénes son sus nacionales “a efectos comunitarios”, con la consecuencia de que no todas las personas que ostentan la nacionalidad de un país miembro son ciudadanos de la Unión, al quedar este efecto también en manos de los Estados⁵³.

31. Se ratifica así el principio de que la determinación del ámbito subjetivo de la ciudadanía europea corresponde únicamente a los Estados miembros⁵⁴ y su ejercicio ha provocado un incremento de la heterogeneidad que por sí misma caracteriza el estatuto del ciudadano de la Unión en cuanto a su titularidad. Así, se dan casos de nacionales de un mismo Estado que son o no ciudadanos comunitarios según decisión de dicho Estado, como evidencian los ejemplos británico⁵⁵ y danés⁵⁶. La potestad estatal

⁵²G.R. DE GROOT, “The relationship between the Nationality of the Member-States of the European Union and European Citizenship”, *European Citizenship: An Institutional Challenge, European Forum*, S. Lukes, K. Eder, M. La Torre (dirs.), Firenze, 1996, pp. 41-41.

⁵³Más aún, en sus manos queda igualmente la posibilidad de extender algunos de los derechos de la ciudadanía comunitaria a quienes no tienen dicho estatuto ni poseen la nacionalidad de un país miembro. La única exigencia que a esta posibilidad ha impuesto la jurisprudencia comunitaria es la existencia de un “estrecho vínculo” entre la persona a quien se reconoce el derecho y el país que lo otorga (STJCE 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, 145/04, *Rec.* 2004, p. I-7917, sobre la extensión por el Reino Unido del derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo a determinados ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar).

⁵⁴Así lo declaró la STJCE 20 de febrero de 2001, *Kaur*, 192/99, *Rec.* p. 1237, donde se cuestionó esta facultad estatal con motivo de la aplicación de la declaración británica sobre nacionalidad citada en la nota 56. La reclamante, nacida en Kenya y poseedora de la ciudadanía británica de ultramar, pretendía ser reconocida como ciudadana de la Unión tras residir en el Reino Unido, a lo que el Tribunal respondió de forma contundente que únicamente compete a los Estados miembros, con arreglo a su normativa interna sobre nacionalidad, designar quiénes son sus nacionales a efectos de ser considerados ciudadanos de la Unión.

Dinamarca incluyó en el Protocolo anejo a su Tratado de adhesión a la Comunidad (1972) la declaración de que los nacionales daneses residentes en las Islas Feroe sólo tendrán la consideración de nacionales de un Estado miembro a efectos comunitarios si así lo manifestaba expresamente el Reino de Dinamarca. Finalizado el plazo para ello sin que se efectuara dicha declaración, dicho colectivo no tiene la condición de ciudadanos comunitarios, como confirma el Tratado de Maastricht al enunciar la su no aplicación a los nacionales daneses residentes en dicho territorio.

⁵⁵Tras la entrada en vigor de su Ley de nacionalidad de 1981, Gran Bretaña realizó una Declaración para sustituir la emitida en su Tratado de adhesión a la Comunidad Económica Europea en 1972, y adaptarla a la nueva normativa, indicando cuáles de sus distintas categorías de nacionales deben ser considerados ciudadanos británicos a efectos del Derecho comunitario (*JOCE C 23*, 28 janvier 1982). De las cuatro categorías existentes (*british citizens, british dependent territories citizens, british overseas citizens, british subjects*), sólo a quienes poseen la condición de “british citizens” (originarios de Inglaterra, País de Gales, Escocia, Irlanda del Norte, Islas anglo-normandas e Isla de Man) resulta aplicable la normativa comunitaria destinada a los nacionales de los Estados miembros, lo que obviamente incluye el estatuto de ciudadano de la Unión.

⁵⁶Dinamarca incluyó en el Protocolo anejo a su Tratado de adhesión a la Comunidad (1972) la declaración de que los nacionales daneses residentes en las Islas Feroe sólo tendrán la consideración de nacionales de un Estado

para delimitar quiénes son sus nacionales a efectos comunitarios ha tenido la consecuencia de excluir del estatuto de ciudadano de la Unión a determinadas categorías de nacionales de los Estados miembros, lo que permite negar el automatismo del vínculo entre la ciudadanía europea y la nacionalidad estatal e introduce otro factor de multiplicidad en esta institución⁵⁷.

3. La (problemática) relación entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal

32. La relación de subordinación establecida por el Tratado entre la ciudadanía europea y la nacionalidad estatal ha sido fuente de dificultades aplicativas e interpretativas desde su nacimiento. Andado el tiempo se han sucedido las propuestas de modificación y modulación de este sistema, cuyo denominador común es considerar la nacionalidad estatal como un criterio atributivo de la ciudadanía en absoluto pacífico y exento de dificultades prácticas. Al tratarse de una noción sustentada por regímenes estatales muy divergentes, la nacionalidad estatal genera en la condición de ciudadano de la Unión una notable desigualdad de trato entre sus titulares, lo que podría terminar por ser cuestionado desde la perspectiva del artículo 18 TUE. A la vista de lo cual, las propuestas mencionadas van desde la unificación de las legislaciones estatales sobre nacionalidad actualmente vigentes hasta la modificación del criterio de la nacionalidad como factor atributivo de la ciudadanía europea⁵⁸.

33. La primera proposición se sustenta sobre la creencia de que la armonización de las legislaciones internas sobre nacionalidad evitaría la citada desigualdad de trato entre ciudadanos comunitarios⁵⁹, al tiempo que implicaría una unificación del grado de control de los Estados en esta materia⁶⁰. En este sentido, el propio Parlamento Europeo se manifestó hace ya tiempo a favor de un desarrollo homogéneo de las normativas estatales sobre nacionalidad, con ocasión del debate suscitado por la aprobación de ley británica sobre nacionalidad de 1981⁶¹.

Sin embargo, además de la ausencia de una voluntad estatal en este sentido, las innegables dificultades de orden práctico y político impidieron que esta iniciativa llegara más lejos⁶². Basta pensar en las notables divergencias existentes entre los regímenes de nacionalidad vigentes en la Unión Europea: ¿cuál sería, por ejemplo, el criterio atributivo predominante?, ¿cómo conciliar concepciones tan

miembro a efectos comunitarios si así lo manifestaba expresamente el Reino de Dinamarca. Finalizado el plazo para ello sin que se efectuara dicha declaración, dicho colectivo no tiene la condición de ciudadanos comunitarios, como confirma el Tratado de Maastricht al enunciar la su no aplicación a los nacionales daneses residentes en dicho territorio.

⁵⁷ En efecto, en el polo opuesto de la restrictiva postura británica se encuentra Alemania, que en su Declaración emitida en 1957 a la firma de los Tratados CEE y EURATOM delimitó la expresión “nacional alemán” de la forma más expansiva posible, abarcando la dualidad de calificaciones que sobre esta noción recoge la Ley Fundamental de Bonn (1949), lo que permitió incluir, por ejemplo, a los ciudadanos de la República Democrática Alemana— a los que la Ley Fundamental de Bonn sobre los que la Constitución alemana. Sobre las diversas posturas estatales ante su facultad de delimitar el ámbito subjetivo del Derecho comunitario, *vid.* R.G. DE GROOT, “The relationship between...”, *cit.*, pp. 5-9 y P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, pp. 186-201.

⁵⁸ D. O’KEEFFE, “Union citizenship”, *cit.*, p. 233; B. NASCIBENE, “Profili della cittadinanza dell’Unione europea”, *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, nº 2, anno VIII, mayo agosto 1995, p. 261.

⁵⁹ Una propuesta armonizadora que, como ha señalado G.R. DE GROOT, resulta “*deseable en todo caso*” y que en el momento actual de la Unión Europea permite ser aún más ambiciosos y reclamar, más que la armonización, la “*unificación*” de las normativas estatales sobre nacionalidad (“Conditions for Acquisition of Nationality by Operation of Law or by Lodging a Declaration of Option”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, issue 9.2, 2002, pp. 144-154).

⁶⁰ En este sentido, A. EVANS, “Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in European Union Law”, *European Citizenship: An Institutional Challenge*, S. Lukes, K. Eder, M. La Torre (eds.), Firenze, 1996, pp. 11 y 12; D. O’KEEFFE, “Citizenship of the Union”, *Actualités du droit*, 1994-2, p. 234.

⁶¹ Resolución del Parlamento Europeo de 18 de septiembre de 1981 (*J.O.C.E.* C 260, 1981, p. 100).

⁶² Sobre las dificultades suscitadas por un hipotético proceso de armonización de legislaciones estatales sobre nacionalidad, *vid.* A. EVANS y H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Nationality an Citizenship”, *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, a. Cassese, a. Clapham y J.H. Weiler (eds.), vol. II, Baden-Baden, 1991, p. 305.

contrapuestas como las que sustentan la opción por el *ius soli* y el *ius sanguinis*?⁶³. A ello se añade la complejidad de emprender una labor de armonización legislativa en una materia objeto de la exclusiva competencia de los Estados miembros.

En puridad, la Unión Europea no constituye un marco especialmente apto para esta tarea⁶⁴, frente a lo que ocurre en los sistemas federales, donde concurre el intervencionismo federal en la normativa sobre nacionalidad como garantía del disfrute de los derechos que su posesión lleva aparejados⁶⁵. Así parece reconocerlo el ordenamiento comunitario, que nunca ha elaborado propuesta alguna de regulación en materia de nacionalidad, manteniendo intacto su reconocimiento a la autonomía estatal en este aspecto⁶⁶.

34. Entre las posibles medidas para abordar las dificultades causadas por la dependencia de la ciudadanía europea respecto de la nacionalidad estatal (modificación de su criterio de atribución, unificación de los regímenes internos sobre nacionalidad y modulación de la competencia estatal exclusiva en la materia) el ordenamiento comunitario ha optado claramente por la tercera senda. Las sucesivas reformas de los Tratados comunitarios han mantenido la subordinación de la ciudadanía de la Unión respecto de la nacionalidad estatal. Ello ha convertido al Tribunal de Justicia en un agente modulador de la potestad estatal en materia de nacionalidad, mediante el control del efecto que su ejercicio por los Estados miembros puede tener en el ámbito comunitario, como veremos a continuación.

III. La modulación comunitaria de la competencia estatal en materia de nacionalidad

35. Vincular el título de ciudadano europeo a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro ha tenido la consecuencia de provocar un cierto intervencionismo del Derecho comunitario en dicho ámbito, pese a constituir una materia reservada en exclusiva a la discrecionalidad estatal. Pero este interés comunitario en las leyes estatales sobre nacionalidad no surge con la aparición de la ciudadanía, sino que es anterior, pues el TJCE ya se había ocupado de este asunto, siempre vinculándolo con el disfrute de alguna libertad comunitaria o la vulneración de algún derecho básico de dicho ordenamiento. Se exponen a continuación las líneas evolutivas de esta jurisprudencia, agrupada bajo el fundamento jurídico de cada bloque de decisiones, que han ido configurando los criterios moduladores opuestos por el TJCE a la discrecionalidad estatal en materia de nacionalidad. De este recorrido se desprende que la inicial rigidez del vínculo ciudadanía europea-nacionalidad estatal ha ido flexibilizándose, hasta el punto de otorgar a la primera cierta independencia respecto de la segunda. Una independencia con la que quizá no contaron los promotores de la ciudadanía de la Unión, pero que el tiempo ha demostrado necesaria para que ésta pueda ser eficazmente tutelada por el ordenamiento comunitario.

⁶³ Importa recordar aquí que sobre este punto se ha pronunciado también el Parlamento Europeo, declarando que el derecho a la libre circulación y la extensión de la ciudadanía europea requieren la sustitución del principio del *ius sanguinis* por el criterio del suelo como base de dicha ciudadanía (“Resolución relativa a los Derechos Humanos en la Comunidad Europea”, *DOCE* C 115, 1993, p. 178).

⁶⁴ Esta falta de adecuación ha querido ser salvada por algún autor mediante la voluntarista propuesta de utilizar la cláusula de desarrollo de los derechos de la ciudadanía europea (art. 22 TCE) como base sobre la que articular la armonización de las legislaciones estatales sobre nacionalidad, marcando los objetivos comunitarios los límites y alcance de dicha uniformización (S. O’LEARY, “Nationality Law and Community Citizenship: A Tale of Two Uneasy Bedfellows”, *Yearbook of European Law*, núm. 12, 1992, p. 381).

⁶⁵ R. KOSŁOWSKI, “Intra-EU Migration, Citizenship and Political Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, núm. 3, septiembre 1994, p. 394-396.

⁶⁶ Como señala R.G. DE GROOT (“Towards a European...”, cit., p. 18), el único intento comunitario sobre ejercer cierta influencia en una normativa estatal sobre nacionalidad fue la citada resolución del Parlamento Europeo sobre la ley de nacionalidad británica de 1981. Desde entonces, las instituciones comunitarias (con la salvedad del Tribunal de Justicia) no se han pronunciado sobre la materia, dando por sentado que es competencia exclusiva de los Estados miembros.

1. El principio de no discriminación

36. Las primeras incursiones del TJCE en una materia tan delicada como la potestad estatal para regular sus estatutos nacionales se producen en los inicios de la década de los setenta, con los asuntos *Gunella*⁶⁷ y *Airola*⁶⁸, que tuvieron el efecto de poner en cuestión por vez primera el principio de la nacionalidad efectiva, largamente asentado por el Derecho internacional⁶⁹, pero cuestionado desde la óptica del Derecho comunitario. Por vez primera se requiere al Tribunal que se pronuncie sobre una cuestión tradicionalmente dejada al arbitrio estatal: en un supuesto de doble nacionalidad, ¿cuál debe ser considerada la nacionalidad efectiva?

37. En su primera sentencia, el Tribunal esquivó el problema denegando el recurso por motivos procesales, pero no evitó que el asunto marcara el inicio de una larga polémica sobre la aplicación del principio de la nacionalidad efectiva, ante el que el Tribunal mostró una postura recelosa y dubitativa que se mantendría casi intacta veinte años después, en la sentencia *Micheletti*. Con la perspectiva que otorga ahora la sentencia *Rottmann*, resulta ilustrativo recordar las conclusiones del Abogado General en el caso *Gunella*, que calificaba de correcta la postura del legislador comunitario al abstenerse de dotar a las instituciones del poder de supervisión de las normas estatales sobre nacionalidad. Se rechaza por tanto la posibilidad de cuestionar la aplicación del principio de nacionalidad efectiva, por constituir una intromisión en la soberanía estatal, única legitimada para resolver la cuestión.

38. Esta postura de escrupuloso no intervencionismo muestra su primera fisura dos años después, con el pronunciamiento del TJCE en el asunto *Airola*. Se trataba de un supuesto idéntico al anterior (valoración, ante un caso de doble nacionalidad, de cuál debía ser tenida en cuenta a efectos de la concesión de un complemento económico), pero con una diferencia sustancial: aquí la segunda nacionalidad, italiana, había sido impuesta *ex matrimonii*. Para la demandante, considerar dicha nacionalidad como efectiva suponía una vulneración del principio comunitario de igualdad de trato, en este caso por razón de sexo, ya que la atribución de la nacionalidad sólo recaía sobre las extranjeras casadas con nacionales italianos y no a la inversa.

Rechazando la alegación de que no existía discriminación por responder dicha medida al principio de unidad familiar, el Tribunal estimó que cuando el Derecho comunitario utiliza el término “nacionalidad” éste debe interpretarse evitando cualquier tratamiento discriminatorio por razón de sexo⁷⁰. Aquí, esta consideración exigía ignorar la nacionalidad italiana impuesta a la demandante por matrimonio sin posibilidad de renunciar a ella. Justamente esta circunstancia inclinó la decisión del Tribunal, que en una sentencia con la misma fecha y sobre un asunto muy similar⁷¹, declaró la efectividad de la nacionalidad impuesta *ex matrimonii*, pues ésta admitía la renuncia de la interesada⁷².

39. La importancia de la sentencia *Airola* radica en que por vez primera la regulación de la nacionalidad de un Estado miembro se someten a consideraciones ajenas a las estatales. El ordenamiento

⁶⁷ Affaire 33/72, *Gunella c. Commission des Communautés européennes*, arrêt de la Cour du 8 mai 1973, *Rec.* p. 475.

⁶⁸ Affaire 21/74, *Airola c. Commission des Communautés européennes*, arrêt de la Cour du 20 février 1975, *Rec.* p. 221.

⁶⁹ Dictámenes del Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional de 15 de septiembre de 1913 (*caso Canevaro*) y 8 de junio de 1932 (*caso Salem*), sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 6 de abril de 1955, *asunto Nottebohm*; decisiones de las Comisiones de conciliación en los *asuntos Strunsky-Mergé* (1955) y *Esphahanian* (29 de marzo de 1983).

⁷⁰ Apartado 10 de la sentencia, p. 228.

⁷¹ Affaire 37/74, *Van den Broeck c. Commission des Communautés européennes*, arrêt de la Cour du 20 février 1975, *Rec.* p. 235.

⁷² En este supuesto, la demandante, francesa por nacimiento y belga por matrimonio, reclamaba el complemento de destino concedido a los extranjeros en Bélgica, alegando no ser nacional de dicho Estado pese a la atribución de la nacionalidad belga aparejada a su matrimonio con un ciudadano belga. Sin embargo, el Tribunal denegó tal petición, alegando que la pérdida de la nacionalidad francesa de origen no había sido involuntaria, al no haberse acogido la interesada a la posibilidad de renunciar a la nacionalidad belga ofertada por dicha legislación.

comunitario comienza a negar el carácter discrecional de la competencia estatal en materia de nacionalidad, al no reconocer aquélla que considere atribuida en violación de principios comunitarios. En este caso, entendió el Tribunal que se había vulnerado el principio de no discriminación de los trabajadores por razón de sexo consagrado en el entonces vigente artículo 119 TCEE⁷³, pues las normas sobre nacionalidad aplicadas únicamente a las mujeres conllevaban que éstas percibieran una retribución inferior que los varones, para quienes no regía la misma medida en materia de nacionalidad.

40. Como conclusión de estas decisiones cabe afirmar que el TJCE establece el no reconocimiento de una nacionalidad atribuida en violación de principios comunitarios, un pronunciamiento que tiene el doble interés de ser anterior a la ciudadanía de la Unión y fijar por vez primera ciertos límites a la proclamada discrecionalidad estatal en materia de nacionalidad. Desde esta perspectiva, resultaba fácil advertir que el Derecho comunitario ofrece todo un elenco de principios hipotéticamente susceptibles de restringir los efectos de la nacionalidad estatal en el ámbito de la Unión Europea⁷⁴ y la jurisprudencia posterior del TJCE así ha venido a confirmarlo.

41. Muchos años después, vigente ya la ciudadanía de la Unión, el principio general comunitario de igualdad de trato hará tambalearse de nuevo la exclusividad de la soberanía estatal en materia de nacionalidad, si bien desde una vertiente diferente: la no discriminación por razón de nacionalidad. Ello implica un importante matiz respecto a la jurisprudencia anterior, pues ahora el ordenamiento comunitario aborda el propio fundamento de la ciudadanía de la Unión (la posesión de una nacionalidad estatal) y su premisa: la divergencia de legislaciones comunitarias en la materia.

42. Partiendo de dicha premisa, otro bloque de decisiones del TJCE se dirige a dilucidar si la divergencia del trato que los Estados dispensan a sus nacionales y a otros ciudadanos europeos resulta admisible desde el punto de vista del Derecho comunitario⁷⁵. La respuesta del Tribunal es contundente, al afirmar que todo nacional de un Estado miembro puede ampararse en su condición de ciudadano de la Unión para protegerse de una medida discriminatoria por razón de nacionalidad adoptada por otro Estado miembro.

43. Así lo declaró en su sentencia de 12 de mayo de 1998, que consideró injustificada la denegación por el Gobierno alemán de una prestación social solicitada por una nacional española, debido a que ésta carecía de la nacionalidad alemana y de permiso de residencia, que en ese momento se hallaba en trámite de renovación. Para el Tribunal, el principio de igualdad, cuya titularidad ostentaba la interesada en su condición de ciudadana de la Unión, proscribía que la Administración alemana exigiese a una nacional española de documento no requerido a los nacionales de ese Estado. Dos fueron los argumentos que inclinaron decisivamente la opinión del TJCE en este sentido: el tratarse de una discriminación directamente ejercida por razón de la nacionalidad y la ausencia de elemento alguno que pudiese justificar dicho trato desigual.

44. Un razonamiento muy similar llevó al TJCE a la misma conclusión en su sentencia de 20 de septiembre de 2001, donde volvió a declarar la existencia de una discriminación basada únicamente en la nacionalidad y proscribida por el Derecho comunitario en un supuesto de desigualdad de condiciones entre nacionales y ciudadanos comunitarios para la obtención de un subsidio estatal. En este caso, el

⁷³ Actual artículo 141 TUE: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”, lo que implica la proscripción de medidas en materia de nacionalidad que puedan provocar una desigual percepción salarial por hombres y mujeres, una hipótesis que se antoja muy remota dada la actual configuración de los regímenes estatales sobre nacionalidad.

⁷⁴ P. PESCATORE, “Los Principios Generales del Derecho como fuente del Derecho comunitario”, *Noticias CEE*, año IV, núm. 40, 1998, pp. 39-54 y T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, 5ª ed., Clarendon Law Series, Oxford, 2003, pp. 129-131.

⁷⁵ SSTJCE 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczyk y Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, *Rec.* 2001, p. 6193; 12 de mayo de 1998, *M. Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, 85/96, *Rec.* 1998, p. 2691; 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello c. Estado belga*, 148/02, *Rec.* 2003, p. 11613.

ingreso mínimo de subsistencia (“minimex”) concedido por el Estado belga a los ciudadanos comunitarios trabajadores, siendo así que a sus nacionales no se les requería dicha exigencia. Como en el caso anterior, el TJCE declaró la incompatibilidad de esta normativa belga con los principios de ciudadanía europea y de no discriminación, consagrando el derecho de los estudiantes nacionales de un Estado miembro que residen en otro país comunitario a disfrutar del derecho a percibir un ingreso mínimo de subsistencia en las mismas condiciones que los estudiantes nacionales de dicho Estado.

45. Desde la perspectiva del principio de igualdad, se va construyendo así una línea jurisprudencial que tiende a la equiparación casi total entre nacionales y ciudadanos comunitarios, lo que en cierto modo difumina una de las paradojas de la ciudadanía de la Unión: que dicho título no conlleva el de ciudadano de los Estados que la integran⁷⁶.

46. Esta jurisprudencia tan expansiva con el principio de no discriminación aparejado a la ciudadanía europea tiene como principal fundamento otro de los derechos incluidos en dicho estatuto: la libre circulación y residencia. En el trasfondo de ambas decisiones subyace el argumento de que la discriminación padecida por los ciudadanos comunitarios en sus Estados miembros de acogida viene ocasionada por su previo ejercicio de dicha libertad comunitaria. En consecuencia, el Tribunal considera que la desigualdad de trato entre los ciudadanos europeos y los propios nacionales –además de una vulneración del principio de no discriminación– puede constituir un obstáculo a la libre circulación igualmente proscrito por el Derecho comunitario. Vemos, por tanto, cómo el principio de no discriminación se va configurando “*como corolario directo de la nueva institución de la ciudadanía europea y del derecho primario de circular y residir en cualquier Estado miembro*”⁷⁷, un derecho que por sí solo ya venía utilizando el TJCE para limitar los efectos de la acción estatal sobre los ciudadanos comunitarios, como se expone a continuación.

2. El derecho de libre circulación y residencia

47. El límite más significativo interpuesto hasta la fecha por el Derecho comunitario a la competencia estatal en materia de nacionalidad ha venido de la mano de una de sus libertades básicas, la de circulación y residencia, elevada a la categoría de derecho cuasi-absoluto en el estatuto del ciudadano de la Unión⁷⁸.

Es sabido que la libre circulación y residencia de personas fue una de las libertades básicas que fundamentaron el Tratado de Roma, si bien éste restringía su ejercicio a los trabajadores asalariados o independientes⁷⁹. Pero esta delimitación de su ámbito subjetivo en función del estatuto económico del nacional comunitario fue pronto cuestionada, lo que acabaría provocando la aprobación en 1990 de tres directivas básicas en la materia⁸⁰, cuyo único criterio restrictivo era la acreditación previa de recursos económicos suficientes para no suponer una carga al Estado de residencia⁸¹.

⁷⁶ G.E. RUSCONI, “La questione della cittadinanza europea”, *Diritto Privato Europeo*, L. Moccia Pubblicazioni Centro Altiero Spinelli, 2006-2007, p. 77.

⁷⁷ “Conclusiones del Abogado General Antonio La Pergola en el asunto C-85/96, María Martínez Sala contra Freistaat Bayern” (*Rec.* 1998, p. 2691).

⁷⁸ Como ha señalado la Comisión, “*la libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea*”, subrayando además su consagración en el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de 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” (COM (2008) 0840 final).

⁷⁹ Artículos 48, 52 y 59 (actuales 39, 43 y 49r) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁸⁰ Directivas del Consejo 90/364/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de trabajadores asalariados y autónomos jubilados; y 90/366/CEE, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (D.O.C.E. L 180, de 13 de julio de 1990). La tercera fue sustituida por la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (D.O.C.E. L 317, de 18 de diciembre de 1993), tras ser anulada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, en el asunto C-295/90, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas* (*Rec.* 1992, p. 4193).

⁸¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de

48. Con la creación de la ciudadanía de la Unión, la libre circulación se convierte en “un derecho primario e individual”⁸² a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tan solo subordinado a la posesión de dicho estatuto y sin vinculación alguna con un objetivo económico. Como tal derecho, las únicas restricciones a su ejercicio son las previstas en el artículo 39 TCE (orden público, seguridad y salud públicas) y en las disposiciones adoptadas para su aplicación⁸³, que deben enjuiciarse de forma estricta⁸⁴. Tal viene siendo la óptica del Tribunal de Justicia al analizar las medidas estatales sobre nacionalidad que pueden limitar la libre circulación de los ciudadanos comunitarios.

49. El ejemplo emblemático de este enfoque lo encontramos en su Sentencia de 7 de julio de 1992, dictada en el asunto *Micheletti*⁸⁵. La cuestión prejudicial se planteó a raíz de un supuesto de doble nacionalidad, italiana y argentina suscitado ante las autoridades administrativas españolas: el Sr. Micheletti solicitó la residencia legal en España alegando su condición de nacional italiano, lo que fue denegado por la aplicación del artículo 9.9 del Código civil, que en los supuestos de doble nacionalidad se inclina por la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual. Al ubicarse dicha residencia en Argentina, la administración española consideró que el interesado, en su calidad de italiano, no podía acogerse a la normativa referida a los nacionales de los Estados miembros.

La cuestión prejudicial cuestionaba la capacidad de los Estados miembros para determinar la nacionalidad efectiva de quien ostentara más de una, lo que suponía cuestionar el alcance de la competencia estatal en materia de nacionalidad. El Tribunal dictaminó que dicha competencia no engloba tal capacidad de forma ilimitada, pues debe necesariamente respetar el Derecho comunitario. A mayor abundamiento, señaló que dicha potestad estatal no llega al punto de poder limitar los efectos de una nacionalidad atribuida por otro Estado miembro. Y lo que es más revelador: que exigir requisitos adicionales para reconocer una nacionalidad que conlleva el ejercicio de libertades fundamentales del Tratado supone una vulneración del Derecho comunitario⁸⁶.

50. Con este pronunciamiento, el Tribunal eleva a la categoría de principio general una consideración efectuada con anterioridad en el asunto *Auer*⁸⁷, donde declaró que ninguna disposición del Tratado admitía discriminaciones en el trato otorgado a los nacionales de un Estado miembro en función del momento o modo de adquisición de su nacionalidad. Con ello, la jurisprudencia comunitaria se aparta de la línea marcada por el Derecho internacional, que con carácter general consagra el principio de efectividad como límite a la competencia discrecional de los Estados en materia de nacionalidad⁸⁸. En esencia, dicho principio permite a los demás Estados verificar la existencia de un vínculo real y efectivo entre el individuo y el Estado cuya nacionalidad ostenta, reconociendo la eficacia de esa nacionalidad sólo si

los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*DOUE* L 229 de 29n de junio de 2004). Esta norma modificó el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y derogó las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

⁸² Considerando 1 de la Directiva 2004/38/CE. Así lo había sido puesto ya de relieve D. LIÑÁN NOGUERAS, que recién aprobada la ciudadanía de la Unión apuntaba que uno de sus efectos sería convertir la libre circulación en un derecho “*incondicionado e independiente*” dentro de su estatuto (“La ciudadanía en el Tratado de la Unión Europea”, *Europa Junta*, nº 10, 1992, p. 14).

⁸³ Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE: Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”.

⁸⁴ SSTJCE 3 de junio de 1986, *R. H. Kempf v Staatssecretaris van Justitie*, 139/85, Rec. 1986, p. 1741; 10 de julio de 2008, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contra Gheorghe Jipa*, 33/07, Rec. 2008, p. 5157.

⁸⁵ Asunto 369/90, *Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, Rec. 1992, p. 4239.

⁸⁶ Apartado 10 de la Sentencia. En este punto, el Tribunal sigue la línea marcada por el Abogado General al afirmar que “*una vez admitido que la persona de que se trate es nacional de un Estado miembro, no existe elemento o criterio alguno que pueda o deba tenerse en cuenta*” (“Conclusiones del Sr. Tesoro”, Rec. 1992, p. 4255).

⁸⁷ Affaire 136/78, *Ministère Public v. Vincent Auer*, Rec. 1979, p. 437.

⁸⁸ El origen de este principio puede fijarse en la STIJ de 6 de abril de 1955 (*asunto Nottebohm*) y ha desarrollado principalmente sus efectos en el ámbito de la protección diplomática de los binacionales (*vid.* nota 69).

constata dicho vínculo⁸⁹. Para el TJCE, este principio cede ante las libertades comunitarias básicas, no siendo aplicable cuando conlleve la privación de su disfrute⁹⁰.

El pronunciamiento básico que cabe extraer de esta decisión es que no corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado⁹¹. Entre otras consecuencias, esta argumentación viene a rebajar parcialmente la Declaración sobre la nacionalidad de los Estados miembros incluida en el Tratado de Maastricht⁹².

51. Por otra parte, la sentencia *Micheletti* tuvo el efecto de otorgar cierta primacía al ordenamiento comunitario frente a la normativa estatal sobre nacionalidad, cuestionando el carácter exclusivo y excluyente tradicionalmente atribuido a dicha potestad. En el ámbito comunitario, la competencia estatal sobre nacionalidad va perdiendo progresivamente su discrecionalidad, al concederse un valor superior a la libertad de circulación y residencia, como derecho directamente otorgado por el Tratado, en coherencia con la jurisprudencia comunitaria. Sobre este punto, importa reiterar que esta limitación de la competencia estatal en la materia no es consecuencia de la ciudadanía de la Unión, sino que el TJCE empezó a acuñarla antes de su creación. Así lo vimos en el ámbito del derecho a la no discriminación y así lo hizo también respecto a la libre circulación y residencia, donde la jurisprudencia comunitaria ya había vetado su restricción a causa de las normativas estatales sobre nacionalidad con anterioridad a la sentencia *Micheletti*⁹³.

Desde la aprobación del estatuto de ciudadano de la Unión, el Tribunal ha incidido en la línea en ella marcada, reflejando en otras decisiones que la nacionalidad de un Estado miembro (que hace nacer dicho estatuto) no puede suponer un obstáculo al disfrute de los derechos conferidos por aquel. De nuevo, la libertad de circulación y residencia se erige como límite a las disposiciones estatales en materia de nacionalidad, en el sentido de que no se reconocen algunos de sus efectos si éstos perjudican el disfrute efectivo e ilimitado de tal derecho del ciudadano de la Unión.

52. Así se aprecia claramente en los asuntos *D'Hoop*⁹⁴ y *Avello*⁹⁵, que tienen en común la consagración de la primacía del estatuto de ciudadano comunitario frente a los regímenes estatales sobre nacionalidad. El primer asunto se planteó a raíz de la negativa por parte del Gobierno belga a conceder a una nacional suya un subsidio de espera, prestación económica otorgada por la legislación belga a quienes acaban de terminar sus estudios y buscan su primer empleo, siempre que cumplan determinados requisitos. Entre ellos, el de haber finalizado sus estudios en un centro docente organizado, subvencionado o reconocido por el Estado belga o por una de sus Comunidades.

La demandante, de nacionalidad belga, había realizado sus estudios secundarios en Francia, donde obtuvo un diploma que fue reconocido en Bélgica como equivalente al expedido en aquel país. Tras cur-

⁸⁹ Lo que en absoluto supone cuestionar su validez, ya que precisamente el principio de efectividad demuestra que una nacionalidad puede ser inoperante sin ser ilícita (J.F. REZEK, "Le droit international de la nationalité", *Rec. des Cours*, vol. 198, 1986-III, p. 386).

⁹⁰ Sobre las críticas a este cuestionamiento comunitario del principio de efectividad, *vid.* D. RUZIÉ, "Nationalité, effectivité et droit communautaire", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 97, 1993, pp. 107-120; R. KOVAR Y D. SIMON, "La citoyenneté européenne", *Cahiers de droit européen*, vol. 29, nº 3-4, 1993 pp. 285-316.

⁹¹ La dificultosa articulación práctica de la ciudadanía por superposición consagrada por el TUE queda de manifiesto en este asunto, donde, como señala D. NAVAMUEL GONZÁLEZ, el TJCE "tuvo que decidir entre dos incongruencias, y optó por la que parecía menos grave: o confirmaba la ciudadanía comunitaria de alguien que no podía residir en su propio país, o rechazaba la ciudadanía comunitaria de alguien que era nacional de un Estado miembro" (p. "Ciudadanía como categoría en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2002, nº 3, p. 462).

⁹² Que recordemos que reconoce una única vía para determinar si una persona posee la nacionalidad de un Estado miembro: la remisión a dicho ordenamiento estatal (*vid.* nota 4).

⁹³ STJCE de 5 de marzo de 1991, asunto C-376/89, *Panagiotis Giagounidis c. Stadt Reutlingen*, *Rec.* 1991-I, pp. 1069-1094.

⁹⁴ Sentencia de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, *Rec.* 2002-I, p. 6191.

⁹⁵ Sentencia de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello c. Estado belga*, 148/02, *Rec.* 2003, p. 11613.

sar estudios universitarios en Bélgica, la Sra. D’Hoop solicitó un subsidio de espera a la administración belga, que lo denegó por haber finalizado la solicitante sus estudios en otro Estado miembro. Planteada la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, éste fijó como punto de partida de su intervención que el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado figura entre las situaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y particularmente el derecho de libre circulación y residencia consagrado en el artículo 8 A TCE (actual artículo 18 TCE).

Sobre esta base, el Tribunal declara que supeditar la concesión del subsidio de espera a la finalización de los estudios en el propio Estado supone una limitación del derecho a la libre circulación incompatible con el Derecho comunitario. Y ello, porque es contrario a dicho derecho que un Estado aplique a sus nacionales un trato menos favorable del que disfrutaría si no lo hubiera ejercitado, pues sería tanto como penalizar el uso del derecho de libre circulación y residencia. Esta desigualdad de trato es contraria a uno de los principios que integran el estatuto del ciudadano de la Unión: “*la garantía de un mismo trato jurídico en el ejercicio de su libertad de circulación*”⁹⁶.

53. Este razonamiento vincula por vez primera los dos principios que venimos examinando como límites a la soberanía estatal en materia de nacionalidad: la no discriminación y la libertad de circulación. Dando un paso más, el Tribunal declara que la vocación de la ciudadanía de la Unión es “*convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación ratione materiae del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico*”⁹⁷.

54. Un razonamiento que reiterará en el segundo de los asuntos citados, el caso Avello, y que en este pronunciamiento le lleva a afirmar que sólo cabe admitir las disposiciones estatales basadas en consideraciones objetivas, “*independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*”. Con ello, reitera una jurisprudencia anterior⁹⁸ y parece abrir camino a un tercer límite a la potestad estatal sobre nacionalidad, que haría realidad en la sentencia Rotmann: el principio de proporcionalidad⁹⁹.

Por su parte, la sentencia Avello declaró también la existencia de una restricción inadmisibles al derecho a la libre circulación y residencia, esta vez contenida en la regulación estatal sobre el nombre y apellidos. Este asunto se planteó a raíz de la negativa del Estado belga a inscribir a los hijos de un matrimonio mixto (español y belga) conforme la normativa española en materia de apellidos. El TJCE declaró que si bien las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos han de respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia¹⁰⁰.

En este caso, dicho respeto afectaba al derecho de libre circulación y residencia ejercido previamente por el Sr. García Avello, cuyo traslado de España a Bélgica había dado lugar a la situación debatida, por su ulterior matrimonio con una ciudadana belga y el nacimiento de sus hijos en dicho Estado¹⁰¹. A mayor abundamiento, el TJCE consideró que la denegación de la inscripción de los apellidos conforme

⁹⁶ Apartado 35 de la sentencia.

⁹⁷ STJCE 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, Rec. 2001, p. 6193, apdo. 31.

⁹⁸ STJCE 24 de noviembre de 1998, *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz*, 274/96, Rec. 1998, p. 7637, apdo. 27.

⁹⁹ Principio que el TJCE ya había enarbolado como límite en el ámbito de la ciudadanía de la Unión, si bien no en relación con una medida sobre nacionalidad sino a una posible limitación del derecho de residencia: “*el ejercicio de este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición [artículo 18.1CE], pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad* (STJCE 17 de septiembre de 2002, *R. Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, 413/99, Rec. 2002 p. 7091).

¹⁰⁰ Vid. por analogía, STJCE 2 de diciembre de 1997, *Dafeki*, 336/94, Rec. 1997, p. 6761.

¹⁰¹ En este punto, el TJCE cita en su apoyo su sentencia de 23 de noviembre de 2000, *Ursula Elsen contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, 135/99, Rec. 2000, p. 10409.

al régimen legal español suponía una vulneración del derecho a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad por lo que respecta a las normas por las que se rige el apellido, toda vez que los interesados poseían la doble nacionalidad belga-española.

55. De este modo, se va configurando una jurisprudencia que dota de una significativa relevancia al derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, hasta el punto de otorgarle primacía frente a cualquier medida o normativa estatal que pueda no ya limitarlo, sino incluso condicionarlo. Y en ocasiones, sin que la afectación de tal derecho por la acción estatal sea directa o inmediata, bastando con que en el origen de dicha situación haya existido un ejercicio del derecho de circulación o residencia, como evidencia la sentencia García Avello. Esta línea interpretativa resulta cuestionable por lo remoto de la relación que en ocasiones establece el Tribunal entre la situación enjuiciada y la protección de la libre circulación. Así, su argumentación en la sentencia Avello no resulta convincente, puesto que siendo los hijos del demandante nacionales belgas –además de españoles– residentes en Bélgica y no habiendo ejercido nunca su derecho a la libre circulación, parece algo forzado entender que el demandante había visto limitado tal derecho por la aplicación de la normativa belga sobre apellidos en la persona de sus hijos¹⁰².

Con independencia de lo cual, sí resulta innegable que el TJCE ha configurado el derecho a la libre circulación y residencia como un sólido límite a la acción estatal en materia de nacionalidad, posiblemente el de mayor alcance en su jurisprudencia –alcance en ocasiones cuestionado por excesivo–. En este punto, ciudadanía europea y libre circulación siguen yendo de la mano: si la primera supuso un considerable avance cualitativo para la segunda, al desvincularla de sus elementos funcionales y elevarla a la categoría de derecho autónomo ¹⁰³(nota); éste ha terminado convirtiéndose en un instrumento tuitivo básico del estatuto del ciudadano de la Unión.

3. El principio de proporcionalidad

56. Este recorrido por la aún escasa jurisprudencia comunitaria en materia de ciudadanía¹⁰⁴ finaliza hasta la fecha con la sentencia Rottmann. Recordemos que en este asunto el TJCE declaró que la revocación de una naturalización obtenida fraudulentamente puede acarrear la condición de apátrida y, por tanto, la pérdida de la ciudadanía de la Unión, a condición de que dicha revocación respete el principio de proporcionalidad. Con ello, se consagra un nuevo límite a la acción estatal sobre nacionalidad, al enjuiciarse las decisiones internas en este ámbito conforme a una doble perspectiva: la proporcionalidad de la medida, tanto en función del Derecho de la Unión como del Derecho nacional afectado.

57. Evidentemente, la novedad de este enfoque no radica en el parámetro de examen utilizado, pues el principio de proporcionalidad posee una larga tradición en el Derecho comunitario, aunque no se integró en el Derecho primario hasta el Tratado de la Unión Europea, que lo consagró en el artículo 5.4 TCE¹⁰⁵. Sin embargo, su aplicación se ha venido desarrollando en ámbitos tan dispares como el derecho

¹⁰² Entre las voces críticas a esta decisión, P. LAGARDE, nota en la *Revue critique de droit international privé*, 2004-1, p. 199-200; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, pp. 511-512; M. REQUEJO ISIDRO, “Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *Diario La ley*, 2003, nº 5903, p.10.

¹⁰³ Conclusiones del Abogado General de 26 de noviembre de 1996, en los asuntos acumulados *Shingara y Radiom* (STJCE 17 de junio de 1997, 65/95 y 111/95, *Rec.* 1997, p. I-3343).

¹⁰⁴ Y así lo reconoce el Abogado General en el asunto *Kaur* (STJCE 20 de febrero de 2001), declarando que “la ‘ciudadanía de la Unión’, concepto reciente del Derecho comunitario, dista de haber sido completamente analizada por el Tribunal de Justicia y algunos de sus aspectos son todavía objeto de debate” (apartado 27).

¹⁰⁵ “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”. El Tratado de Ámsterdam introdujo un protocolo anejo al TCE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, fijando los criterios de aplicación de estos dos principios (*DOUE* C 310, de 16 de diciembre de 2004). Sobre las diferencias entre ambos

mercantil y administrativo, muy alejados de la materia que aquí se trata. Es la sentencia Rottmann la que por vez primera le concede protagonismo en el ámbito de la ciudadanía de la Unión, convirtiéndose así en una suerte de límite a la competencia estatal en materia de nacionalidad, que como hemos visto se encuentra cada vez más constreñida por el ordenamiento comunitario.

58. El TJCE realiza el “test de proporcionalidad” desde una doble óptica, utilizando como referencia el ordenamiento comunitario y los Derechos nacionales involucrados en el caso. Aquí, las legislaciones alemana y austríaca sobre nacionalidad, cuya confluencia ocasionó la apatridia del recurrente. Esta consecuencia es importante, pues la privación de la nacionalidad alemana y la correlativa no recuperación de la austríaca no sólo provocó la pérdida de la ciudadanía de la Unión del afectado sino también su condición de apátrida. De ahí el recurso del Tribunal al principio de proporcionalidad: la gravedad de la consecuencia jurídica. Siguiendo su tónica habitual, el Tribunal aplica aquí dicho principio como límite a la actividad de los Estados miembros que tengan una afectación en los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario¹⁰⁶, en este caso, los que integran el estatuto del ciudadano de la Unión.

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, la pérdida de tales derechos sólo será admisible si se considera necesaria para alcanzar un interés legítimo, ya que respecto de los Estados miembros, este principio se aplica para determinar si las medidas que restringen derechos y libertades comunitarias o resultan de algún modo discriminatorias responden verdaderamente a dicho interés¹⁰⁷. Hay que recordar que la medida enjuiciada en este caso se adopta en aplicación de la legislación alemana sobre nacionalidad. Con los matices ya vistos, estamos ante una competencia estatal exclusiva, por lo que resulta complejo determinar si el artículo 17 TCE puede limitar esta potestad soberana de acuñar y aplicar la propia normativa sobre nacionalidad.

59. En este punto, la sentencia Rottmann continúa por la senda ya marcada por la jurisprudencia comunitaria, que como hemos visto ha ido poniendo cerco a la discrecionalidad estatal en materia de nacionalidad, más aún desde que dicha nacionalidad conlleva la posesión del título de ciudadano de la Unión¹⁰⁸. En consecuencia, la privación de la nacionalidad alemana constituye un acto susceptible de ser enjuiciado por el Derecho comunitario, por afectar a una situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación¹⁰⁹. En la medida en que esta privación afecta a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, resulta procedente someterla a un control jurisdiccional realizado en función de tal Derecho.

Como ya se indicó, la conclusión del Tribunal en este asunto fue que la desposesión de la nacionalidad alemana resultaba ajustada al ordenamiento de la Unión por corresponder a un motivo de interés general. El hecho de que la nacionalidad alemana hubiera sido obtenida mediante maniobras fraudulentas inclinó la decisión del tribunal, que considera legítimo “*que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad*”.

principios, G. DE BÚRCA, “Legal principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity”, *The many faces of Differentiation in EU Law*, B. De Witte, D. Hanf, E. Vos (eds.), Interselia, 2001, pp. 131-143, donde el autor señala que el TJCE ha reducido parcialmente la diferencia conceptual entre ambos.

¹⁰⁶ J. BARNES, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, p. 39.

¹⁰⁷ G. DE BÚRCA, “The principle of proportionality and its application in EC law”, *Yearbook of European Law*, nº 13, 1993, p. 115.

¹⁰⁸ Sentencias Micheletti y otros, antes citada, apartado 10; Mesbah, antes citada, apartado 29; de 20 de febrero de 2001, Kaur, C-192/99, Rec. p. I-1237, apartado 19, y Zhu y Chen, cit., apdo 37.

¹⁰⁹ *Vid.*, en este sentido, las SSTJCE de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, 274/96, Rec. 1998, p. 7637 (en relación con una normativa nacional en materia penal y de procedimiento penal); de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, cit., apdo 25 (respecto a normas nacionales que rigen el apellido de una persona); de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 19 (en cuanto a normas nacionales relativas a la fiscalidad directa), así como de 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, 145/04, Rec. p. 7917 (respecto a normas nacionales que determinan los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo).

60. Sobre este razonamiento, la medida se considera acorde al principio comunitario de proporcionalidad, lo que implica el cumplimiento de los tres subprincipios que lo integran: de utilidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto¹¹⁰. El primero exige que la medida cuestionada sea adecuada para alcanzar el resultado buscado; el segundo, que además de útil, dicho acto sea el más moderado posible, es decir, el que menor incidencia tenga sobre el derecho afectado; finalmente, el tercero requiere que el beneficio conseguido para el interés general sea mayor que el sacrificio padecido por el derecho afectado¹¹¹.

61. Desde esta perspectiva, el cumplimiento estricto del subprincipio de necesidad puede resultar cuestionable, pues la privación de la nacionalidad alemana tal vez hubiera podido decretarse en circunstancias menos lesivas para el interesado, es decir, sin la doble consecuencia de la pérdida del estatuto de ciudadano comunitario y la adquisición de la condición de apátrida. Así lo había apuntado el propio Tribunal en su razonamiento, al plantear la posible obligación del Estado alemán de diferir su decisión sancionadora durante un tiempo razonable que permitiera al afectado recuperar su nacionalidad austríaca de origen. Dado que en momento de dictarse la sentencia la decisión alemana no era aún firme y las autoridades austríacas no se habían pronunciado sobre dicha posibilidad, el Tribunal reconoce que no puede manifestarse sobre este punto. Así, respecto del cumplimiento del subprincipio de necesidad, parece otorgar un voto de confianza al Estado austríaco, dado que su legislación contempla la posibilidad de recuperar la nacionalidad, aunque lógicamente supeditada al cumplimiento de determinados requisitos¹¹².

En consecuencia, cabe afirmar que la superación del test de proporcionalidad se sustenta en realidad sobre dos argumentos: el interés general que justifica la medida y su legitimidad desde el punto de vista de los ordenamientos estatales y convenios internacionales en la materia. Sin perder un ápice de solidez, ambos argumentos pueden sin embargo ser cuestionados desde la óptica del principio de proporcionalidad, pues si bien es cierto que la existencia de un interés general es uno de los parámetros que lo integran, su sola presencia no basta para entenderlo cumplido. Por su parte, la legitimidad de la medida adoptada es una exigencia mínima a todo acto enjuiciado, cuya concurrencia en modo alguno supone el cumplimiento de las exigencias impuestas por el principio de proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal adopta una postura ya detectada en otros ámbitos jurídicos al aplicar el principio de proporcionalidad: “*parece más interesado en encontrar soluciones adecuadas a los casos concretos que en fijar un modelo de actuación seguido sistemáticamente en todos sus fallos*”¹¹³.

62. Junto a la conformidad de la medida enjuiciada con los principios comunitarios, su legitimidad deriva también de su corrección con la legislación alemana sobre nacionalidad y la normativa internacional en materia de apatridia. Como ya se dijo, el TJCE realiza un doble control de la cuestión, sentenciando que la revocación de la nacionalidad alemana resulta ajustada a dicha normativa, pues desde la primera perspectiva, la revocación de la nacionalidad alemana constituye una sanción legalmente establecida a una conducta fraudulenta¹¹⁴, cuyo contenido viene justificado por los motivos de interés general ya reconocidos por el TJCE. Por otra parte, tanto el Convenio Europeo sobre nacionalidad como la Convención para reducir los casos de apatridia, admiten la privación de una nacionalidad obtenida mediando fraude o falsedad, aun cuando ésta genere la apatridia del afectado por dicha medida¹¹⁵.

¹¹⁰ J. BARNES VÁZQUEZ, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994, p. 500.

¹¹¹ SSTJCE de 5 de mayo de 1998, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, 157/96, *Rec.* 1998, p. 1-2211, 5 de mayo de 1998, *Reino Unido/Comisión*, 180/96, *Rec.* 1998, p. 2265.

¹¹² Unos requisitos, recogidos en artículos 10 y siguientes de la Ley federal austríaca sobre nacionalidad, que el Gobierno austríaco declaró que el demandante no cumplía “en la actualidad”, dejando la cuestión pendiente de determinar al manifestar que esperaba a que el TJCE se pronunciase.

¹¹³ R. GARCÍA PÉREZ, “La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, vol. 5, 2001, p. 939.

¹¹⁴ *Vid.* nota a pie 23.

¹¹⁵ Pues si bien el artículo 8.1 Convención para reducir los casos de apatridia establece que “*los Estados con-*

63. Vemos pues cómo existe unanimidad –y el TJCE así lo confirma– en la consideración de que la conducta fraudulenta posee una entidad suficiente para justificar la pérdida o retirada de ciertos derechos, al existir por encima de ellos un interés superior, cual es la garantía de la lealtad que constituye la base del vínculo entre el individuo y el Estado del que es nacional.

64. El ordenamiento comunitario aplica también esta creencia a un colectivo que, sin ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, sí posee una relación especialmente estrecha con la Unión Europea: los nacionales de terceros países residentes de larga duración. En el mismo sentido ya visto, la normativa comunitaria que regula su estatuto¹¹⁶ establece la pérdida del mismo cuando éste haya sido obtenido de forma fraudulenta¹¹⁷.

La comparación viene al caso porque los llamados residentes de larga duración tienen una reconocida importancia como elemento de cohesión e integrador en el marco de la Unión Europea, constituyendo un colectivo especialmente vinculado a ella. Resulta evidente la estrecha relación entre estos sujetos y la Unión Europea, que posee algunos de los rasgos que caracterizan la nacionalidad: el sentimiento de pertenencia, la existencia de una relación recíproca basada en un conjunto de derechos y deberes, etc. Y como la nacionalidad, la necesaria lealtad que debe existir entre la Unión y sus residentes de larga duración queda rota cuando éstos han obtenido dicho estatuto mediante fraude. Ello viene a confirmar que para el Derecho comunitario es legítimo revocar un título que conlleva una distinción (nacional o residente de larga duración) cuando no concurre uno de sus elementos esenciales: el deber de lealtad hacia el Estado u organización política que lo concede.

65. Sentada así la legitimidad de la privación de nacionalidad cuestionada en la sentencia Rottmann, el siguiente paso lógico hubiera sido enjuiciar su conformidad con el principio comunitario de lealtad. Aunque el TJCE no quiso darlo, quizá por entenderlo prematuro, resulta interesante valorar este aspecto a continuación, por constituir otro posible límite comunitario a la potestad estatal en materia de nacionalidad.

4. El principio de lealtad comunitaria: ¿un futuro parámetro modulador?

66. Consagrado en el artículo 10 TCE¹¹⁸, el principio de lealtad de la Unión ha sido frecuentemente invocado por el Tribunal de Justicia como instrumento para garantizar la efectiva aplicación del Derecho comunitario. En su jurisprudencia, este principio adquiere un carácter eminentemente funcional, operando como parámetro de enjuiciamiento de las decisiones estatales en función de su efecto sobre los objetivos comunitarios.

En el presente caso, el Tribunal no llega a utilizarlo como instrumento para analizar la decisión revocatoria de la nacionalidad alemana del Sr. Rottmann desde la perspectiva de este principio, pese a ser invocado como posible límite en el propio planteamiento de la cuestión prejudicial. En efecto, la única

tratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida”, su apartado 2.b) excepciona esta regla general “cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude”. En la misma línea, el Convenio Europeo sobre nacionalidad, pese a establecer que las normativas estatales en la materia deben basarse en el derecho de todo individuo a poseer una nacionalidad y el principio de erradicación de la apatridia (art. 4.a y b), introduce la misma excepción al permitir la privación de la nacionalidad causada por “una conducta fraudulenta, mediante información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte del solicitante” (art. 7.1.b).

¹¹⁶ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE L 16 de 23 de enero de 2004).

¹¹⁷ Artículo 9. “Retirada o pérdida del estatuto. 1. Los residentes de larga duración perderán su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración en los casos siguientes: a) comprobación de la obtención fraudulenta del estatuto de residente de larga duración”.

¹¹⁸ “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

mención al mismo por parte del Tribunal va referida al ámbito estatal, y se hace como argumento para justificar la medida privativa de la nacionalidad adoptada por el Estado alemán. Así, el Tribunal entiende justificado dicho acto como medida protectora de la “*relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales*”, como fundamento del propio vínculo de nacionalidad.

67. Pero el principio de lealtad –también llamado principio de cooperación leal o principio de fidelidad– tiene una proyección mucho más amplia, y aplicarlo para enjuiciar las medidas estatales sobre nacionalidad podría llevar a cuestionar su eficacia en el marco comunitario. En efecto, hay que tener en cuenta que el deber de cooperación leal abarca también al poder legislativo estatal en la elaboración de las normas y desde la óptica de la ciudadanía de la Unión, ciertas regulaciones sobre nacionalidad podrían ser cuestionadas con arreglo a este principio. Así, una atribución masiva de la nacionalidad de un Estado miembro a ciertos grupos de individuos chocaría con los objetivos del Tratado, para cuya consecución requiere el artículo 10 TCE la colaboración de los Estados miembros¹¹⁹.

68. Como ejemplo de esta hipótesis se ha utilizado nuestro sistema convencional de doble nacionalidad con ciertos países iberoamericanos, en el que se ha visto una potencial forma de acceso masivo a la ciudadanía de la Unión a través de la adquisición de la nacionalidad española¹²⁰. Ello habría de tener un notable impacto en el ordenamiento comunitario, que vería su ámbito de aplicación personal notablemente incrementado. Lógicamente, dicho ordenamiento carece de capacidad para impedir la aplicación de los tratados españoles sobre doble nacionalidad, pero sí podría –como viene haciendo la jurisprudencia comunitaria– negarse a reconocer su eficacia en el territorio de la Unión en caso de considerar la medida contraria al principio de lealtad¹²¹.

69. En el asunto Rottmann, el Tribunal no llegó a enjuiciar la privación de la nacionalidad alemana a la luz de este principio, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que justamente se apoyó en él para justificar dicha medida privativa. Así, la existencia de un interés general, que le permitiera superar el examen de la proporcionalidad de la medida, la encontró en Tribunal en el deseo del Gobierno alemán de proteger “*la relación especial de solidaridad y de lealtad*” que debe inspirar el vínculo entre un Estado y sus nacionales.

Sin embargo, bajo el principio de lealtad también resultaba cuestionable la no recuperación de la nacionalidad austríaca del interesado, como expresamente señaló el órgano remitente, al plantearse la posible existencia de una obligación del Gobierno austríaco de impedir la apatridia de quien originariamente había tenido su nacionalidad. Dado que las autoridades de aquel país aún no se habían pronunciado definitivamente, el Tribunal no examinó esta medida a la luz del principio de lealtad, como reclamaba el *Bundesverwaltungsgericht*. Como vimos, su respuesta pareció confiar en una decisión austríaca favorable a la recuperación de la nacionalidad, ya que expresamente citaba la legislación estatal que podía avalarla¹²².

Leída *a contrario*, esta manifestación del Tribunal permite dudar, como el órgano alemán, de la conformidad con el deber de lealtad comunitaria de una hipotética negativa a retornar al interesado su

¹¹⁹ Sobre ésta y otras hipotéticas infracciones del deber de solidaridad comunitaria, *vid.* S. HALL, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1995, pp. 80-81; y N. KOTALAKIDIS, *Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft: die Person und das Gemeinwesen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, p. 310-316.

¹²⁰ En este sentido, G.R. DE GROOT, “The relationship between...”, pp. 10-11.

¹²¹ Otros ejemplos de esta posibilidad pueden verse en G.R. DE GROOT (“Towards a European...”, *cit.*, pp. 12-14), donde el autor plantea la hipótesis de una nacionalización masiva por parte de Holanda de los ciudadanos residentes en Surinam, y ofrece el precedente de las medidas adoptadas por el Gobierno británico respecto de los ciudadanos residentes en territorios no comunitarios, como las Islas Malvinas y Hong Kong.

¹²² Favorable también a una hipotética recuperación de la nacionalidad austríaca se mostró el Abogado General en sus conclusiones, utilizando el argumento de que el efecto retroactivo de la revocación de la nacionalidad alemana permitía entender que el reclamante nunca la había ostentado y por tanto, tampoco llegó a producirse la pérdida de la nacionalidad austríaca (apartado 34). Sin embargo, reconoce que sólo compete a las autoridades austríacas aceptar este razonamiento (“*ninguna norma comunitaria puede imponerlo*”) y declarar el derecho del interesado a la restitución automática de su nacionalidad originaria (*ibidem*).

nacionalidad austríaca de origen. Y ello, porque si bien en la privación alemana de la nacionalidad podía verse un interés general en combatir las naturalizaciones fraudulentas, y esta medida no conducía inexorablemente a la apatridia, un pronunciamiento austríaco negativo sería menos justificable desde ambas perspectivas, pues ni la conducta del interesado había resultado fraudulenta para el Estado austríaco ni éste tenía posibilidad ulterior alguna de evitar la condición de apátrida. A mayor abundamiento, la legitimidad de esta medida podría ser cuestionada desde la óptica del derecho a ostentar una nacionalidad y los principios internacionales en materia de apatridia¹²³.

70. En esta ocasión no fue, pues el Tribunal soslayó el examen del asunto enjuiciado bajo el prisma del deber de lealtad, pero resulta lógico cuestionarse si lo hará en el futuro ante otras decisiones estatales en materia de nacionalidad que tengan una afectación directa sobre los derechos del ciudadano de la Unión. No olvidemos que, según su propia jurisprudencia, este principio se opone las previsiones estatales que concedan amplia discrecionalidad a sus autoridades, porque abre la puerta a diferencias de trato entre los distintos Estados¹²⁴. Asimismo, conlleva también la obligación negativa de no introducir obstáculos a la aplicación uniforme del Derecho comunitario¹²⁵, y la notable heterogeneidad que existe entre los regímenes estatales sobre nacionalidad puede llegar a entorpecer la consecución este objetivo.

IV. Conclusiones

71. Una de las consecuencias de la –controvertida– decisión de vincular la ciudadanía de la Unión a la nacionalidad de los Estados miembros fue privar al Derecho comunitario de la capacidad de conceder la ciudadanía europea ni de asegurar su conservación (“protegerla”), al supeditarse ambas prerrogativas a la legislación sobre nacionalidad de cada Estado. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia se ha convertido en órgano vigilante y modulador de los efectos que en las ciudadanía de la Unión tenga la competencia estatal en materia de nacionalidad, cuyo indiscutido carácter exclusivo no la exime de la obligación de respetar el Derecho comunitario¹²⁶.

72. Se abre aquí la puerta a la posibilidad de limitar dicha potestad estatal y el Tribunal de Justicia la viene ejercitando mediante el reconocimiento o no de efectos en el ámbito comunitario a las medidas estatales sobre nacionalidad. Y ello, sin afectar al carácter inatacable de esta competencia estatal, cabe declarar el acto enjuiciado inaplicable y carente de efectos en este marco si ha sido adoptado en transgresión de un principio, derecho o libertad básica de dicho ordenamiento comunitario.

73. Casi dos décadas después de aprobada la ciudadanía de la Unión, esta realidad obliga a cuestionar de nuevo la adecuación de una “ciudadanía por superposición” –inexorablemente subordinada a la nacionalidad de los Estados miembros–, a la consecución de los objetivos comunitarios. Si, como se ha reiterado jurisprudencialmente, “*la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros*”¹²⁷, resulta difícil imaginar cómo puede el Derecho comunitario proteger dicho estatuto cuando su ostentación queda fuera de su alcance. Asimismo, la igualdad de trato que por definición caracteriza al estatuto del ciudadano comunitario

¹²³ Hasta el punto de que, como señaló el Abogado General, “*es posible que en el futuro los Estados miembros decidan que la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro no pueda entrañar la pérdida de la nacionalidad de otro Estado miembro*”, aunque, como él mismo, admite, esta obligación no puede deducirse de los Tratados comunitarios actuales (nota 42).

¹²⁴ SSTJCE de 11 de febrero de 1971, asunto 39/70, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor v. Hauptzollamt Hamburg St Annen*, Rec. p. 49 y de 21 de septiembre de 1983, asuntos 205-215/82, *Milchkontor*, 21 septiembre 1983, Rec. p. 2633..

¹²⁵ Sentencia de 13 de julio de 1972. Asunto 48/71, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, Rec. 1972, p. 95.

¹²⁶ Reserva formulada por el TJCE en su Sentencia de 7 de julio de 1992, *Micheletti*.

¹²⁷ Vid. SSTJCE 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, 184/99, Rec. 2001, p. 6193 (apdo. 31), y de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, 413/99, Rec. 2002, p. 7091 (apdo. 82).

queda en entredicho ante la diversidad de legislaciones estatales sobre nacionalidad, que establecen condiciones muy heterogéneas para su adquisición, conservación y pérdida.

74. Bien es cierto que el Tribunal pronto estableció la reserva de que la competencia estatal en materia de nacionalidad debe ejercerse respetando el Derecho comunitario, pero por el momento no ha delimitado suficientemente el alcance de esta reserva¹²⁸. ¿Cómo restringir una competencia que afecta a la esencia misma de los Estados? La sentencia de 2 de marzo de 2010 ha vuelto a plantear la clásica pregunta: dado que la ciudadanía europea, dependiente del disfrute de la nacionalidad de un Estado miembro, es establecida por el Tratado, ¿la competencia de los Estados miembros para determinar sus formas de adquisición y pérdida puede ejercerse sin ningún derecho de intervención del Derecho comunitario? El Tribunal ha reiterado su invariable respuesta en este ámbito: el reconocimiento de una medida estatal sobre nacionalidad exige la superación del control de su legitimidad conforme al ordenamiento comunitario y de su adecuación al mismo.

Sin embargo, esta postura puede no ser suficiente en el futuro, ya que puede conducir al absurdo de considerar ciudadano de la Unión a quien, a efectos del Estado que la otorga, carece de la nacionalidad de un país comunitario. En el asunto Rottmann, el Tribunal parece confiar en la futura recuperación por el interesado de su nacionalidad de origen y declara por tanto la privación de la nacionalidad alemana conforme al Derecho comunitario. ¿Qué hubiera dictaminado en el caso de que Austria le hubiera denegado ya la recuperación de su nacionalidad? Dado que la ciudadanía europea del interesado depende de la posesión de la nacionalidad de uno u otro Estado miembro, ¿cómo podría el Tribunal obligar a cualquiera de los Estados implicados a conceder su nacionalidad al recurrente?

La propia existencia del supuesto deja claro que no se trata de una hipótesis de laboratorio, y cabe preguntarse si en el futuro, ante una eventual negativa austríaca a retornarle su nacionalidad perdida, el Sr. Rottmann vuelva a enfrentar al Tribunal de Justicia ante la potestad estatal sobre nacionalidad, obligándolo a dar en esta materia un paso más, el que posiblemente ha evitado en esta ocasión. Con la presente decisión, tan sólo reitera su jurisprudencia anterior, controlando el acto enjuiciado con su técnica limitadora habitual; eso sí, añadiendo el principio de proporcionalidad a los límites que ya venía utilizando.

En su pronunciamiento, el Tribunal soslayó el análisis del asunto desde la óptica del principio de lealtad a la Unión consagrado en el artículo 10 TCE. Posiblemente, más que evitarlo lo que hizo fue diferirlo, dado que no tenía cabida ante una decisión —el no retorno de la nacionalidad austríaca de origen— aún no adoptada. Sin embargo, el hecho de que se haya planteado esta posibilidad en la cuestión prejudicial resulta altamente significativo, pues parece vaticinar el surgimiento de un nuevo límite al ejercicio de la competencia estatal en materia de nacionalidad. Analizando prospectivamente algunos regímenes sobre nacionalidad vigentes en la Unión Europea, resulta razonable cuestionar su corrección con las exigencias del deber de lealtad.

75. En este estado de cosas, cabe cuestionarse nuevamente lo acertado de la decisión de dejar en manos de los Estados miembros el efectivo disfrute de la ciudadanía de la Unión. El vínculo nacionalidad no sólo viene planteando dificultades aplicativas para el ordenamiento comunitario, sino que dista mucho de garantizar la existencia de un verdadero vínculo entre los ciudadanos y su Unión. A mayor abundamiento, hay que recordar la paradoja de que un único estatuto —la ciudadanía de la Unión— posea tantas formas de adquisición, pérdida y recuperación como Estados miembros.

En cierto modo, estas cuestiones mantienen vigentes las propuestas alternativas al modelo de ciudadanía instaurado por el Tratado de Maastricht que acompañaron a su aprobación. Por una parte están los partidarios de un modelo funcional de ciudadanía, que junto al criterio de la nacionalidad de un Estado miembro estableciese el de la residencia efectiva y legal en el territorio de la Unión¹²⁹. Entre las ventajas de

¹²⁸ Simplemente ha deducido de ella el principio con arreglo al cual un Estado miembro no debe restringir los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro estableciendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado (*Vid.* Conclusiones del Abogado General, apartado 21).

¹²⁹ E. TODD, *La invención de Europa*, Tusquets, Madrid, 1995, p. 21, donde el autor afirma que “*la Europa de los ciudadanos no puede nacer de una unidad natural que no existe*”, refiriéndose a la heterogénea comunidad que conforman los nacionales comunitarios; E. FERNÁNDEZ GARCÍA, “La idea de Europa en Europa y los derechos

este criterio correlativo se alegaba su capacidad para operar como elemento corrector de posibles disfunciones del primero, disfunciones que el tiempo ha demostrado que no eran meras hipótesis¹³⁰.

Con un planteamiento más radical, otra corriente propone la sustitución del criterio nacionalidad por el de residencia legal. Esta propuesta propugna la creación de una verdadera “conciudadanía”, exigiendo la desaparición del vínculo nacionalidad-ciudadanía por entender que perpetua la errónea percepción de la identidad común¹³¹. Se concibe así la Unión Europea como el fruto de una decisión puramente política, no dependiente de una realidad predeterminada por límites geográficos¹³². Para esta corriente, se trata de utilizar un criterio que no considere la ciudadanía como un status privilegiado, sino más bien como un criterio de aptitud para participar en el proceso de toma de decisiones políticas¹³³.

76. No es ésta la sede ni el momento de reflexionar sobre dichas propuestas alternativas, pero resulta revelador que la evolución de la ciudadanía de la Unión durante estos dieciocho años no les haya restado peso ni justificación. Antes al contrario, volvemos la vista a ellas con cada nueva decisión del TJCE sobre esta materia, pues en estos años sus pronunciamientos no han hecho sino evidenciar las dificultades que su peculiar concepción habría de suscitar. La ciudadanía de la Unión nació como una noción dependiente, excluyente e incompleta¹³⁴.

Dependiente, por su sujeción respecto a la nacionalidad de los Estados miembros, lo que además de dejar en sus manos la titularidad del estatuto de ciudadano europeo, otorga una enorme diversidad a su régimen de adquisición y pérdida. Una diversidad problemática, por su cuestionable encaje con el principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad, y creciente, por la progresiva ampliación de la Unión Europea, que actualmente implica la existencia de veintisiete regímenes sobre nacionalidad para regular una misma figura.

Excluyente, porque el criterio de la nacionalidad deja fuera del ámbito personal de la ciudadanía a un importante colectivo cuya vinculación con la Unión Europea resulta innegable: los denominados residentes de larga duración. Tras muchas deliberaciones¹³⁵, la Unión Europea les otorgó finalmente este estatuto con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración¹³⁶, lo que puede considerarse un paso intermedio entre su reconocimiento como ciudadanos de la Unión –por la vía antes descrita– y la nega-

humanos”, *Sistema* núm. 134, septiembre 1996, p. 71 y *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 73 y 74; B. LARA FERNÁNDEZ, “La Europa de los ciudadanos”, *Sistema*, núms. 114/115, junio 1993, p. 173, P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, cit., p. 348.

¹³⁰ En esta corriente se inscribe el Comité Económico y Social Europeo, cuyo Dictámen sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, reclama la concesión de la ciudadanía de la Unión a los residentes estables, nacionales de terceros países, por considerar que ello “*facilitaría el ejercicio de los derechos políticos, mejorándose así la integración*”, una creencia que parte de su convicción de que “la ciudadanía europea, y los derechos y obligaciones que de ella se derivan, constituye un factor muy importante para la integración de estas personas en las sociedades de acogida” (*DOUE C 208* de 3 de septiembre de 2003)

¹³¹ E. TASSIN, “Europe: a political community?”, *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*, Ch. Mouffe (ed.), Verso, London, 1991, p. 189. En esta línea incide J. HABERMAS, al declarar que desde la perspectiva teórica, la ciudadanía no está conceptualmente vinculada a la nacionalidad (“Citizenship and national identity”, *The condition of citizenship*, Van Steenberg (ed.), Sage, London, p. 23).

¹³² J. DE LUCAS, *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 97. En el mismo sentido, señala E. BARBÉ que “la frontera de la Unión no es ni geográfica ni cultural, sino normativa” (“Identidad y frontera en Europa: los veinticinco y sus vecinos”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, E. Pérez Vera y A. Rodríguez Carrión (eds.), Universidad de Sevilla, 2005, p. 203).

¹³³ J.A. GARCÍA SÁEZ, “La concepción de ciudadanía del Tratado de Lisboa en referencia al ideal cosmopolita”, *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, nº 9, 2009, pp. 86-95.

¹³⁴ P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, cit., pp. 343-345.

¹³⁵ Sobre las resistencias estatales a la aprobación de un régimen jurídico del residente comunitario, *vid.* TH. GEORGOPOULOS, “La résidente Européenne. Réflexions autour de l’emergence d’un concept nouveau”, *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 19, nº1, spring/printemps 2007, pp. 389-392).

¹³⁶ *DOUE L 16* de 23 de enero de 2004.

tiva a otorgarles ciertos derechos y prerrogativas en atención a su especial vinculación con el territorio comunitario¹³⁷.

Incompleta, porque la ciudadanía de la Unión es un concepto evolutivo cuyo contenido debe ser progresivamente incrementado a través del mecanismo legal de desarrollo establecido desde su creación. Hasta la fecha, esta deficiencia no ha sido subsanada por el ordenamiento comunitario, pues los derechos del ciudadano de la Unión no han experimentado la evolución prevista en sus inicios.

77. En el presente trabajo hemos reflexionado únicamente sobre el primero de los rasgos mencionados: la dependencia de la ciudadanía de la Unión respecto de los regímenes de nacionalidad vigentes en los Estados miembros. Nada hace pensar que este vínculo vaya a ser modificado en el futuro, ni actualmente es realista imaginar una legislación supraestatal sobre nacionalidad para todos los Estados miembros, que unificase en un régimen jurídico común las distintas nacionalidades y por ende, la ciudadanía de la Unión. En consecuencia, la articulación del vínculo nacionalidad estatal-ciudadanía de la Unión previsiblemente seguirá siendo el caballo de batalla de la jurisprudencia comunitaria. Conciliar el absoluto respeto y reconocimiento de la competencia estatal en materia de nacionalidad con las exigencias y límites que impone el Derecho comunitario ha sido el eje central de sus decisiones y la sentencia Rottmann constituye un paso más en esa dirección.

78. Obviamente, la exclusividad de la potestad estatal sobre nacionalidad impide una hipotética regulación comunitaria de la materia, pero sí existen claros indicios jurisprudenciales que dan a entender que la nacionalidad debe ser regulada por los Estados miembros respetando el Derecho comunitario¹³⁸. La tutela del efectivo disfrute de sus principios y libertades básicos está ya produciendo cierto impacto sobre las legislaciones estatales en materia de nacionalidad, modulando y limitando las consecuencias de su aplicación. Es de prever que en el futuro este impacto comunitario se incrementará, afectando a las condiciones legales de adquisición y pérdida de la nacionalidad para ajustarlas a dichos principios.

79. Los dieciocho años de andadura de la ciudadanía de la Unión permiten apreciar una cierta emancipación respecto del rígido vínculo que desde su nacimiento la ata a la nacionalidad de los Estados miembros. Aun perdurando su dependencia inicial, la ciudadanía ha ido abriendo paso a una cierta modulación de los regímenes estatales sobre nacionalidad, que ya no tienen un efecto incondicionado sino que éste se hace depender de su conformidad con el ordenamiento comunitario. En el marco de la Unión Europea, la autonomía estatal evidencia un debilitamiento gradual¹³⁹, particularmente por efecto de la jurisprudencia del TJCE. Y aunque no cabe vaticinar la elaboración de un “*derecho de la nacionalidad europea*” –por el déficit competencial que presenta la Unión Europea en esta materia– sí existen claros indicios de un “*derecho europeo de la nacionalidad*”¹⁴⁰, cuyos efectos vendrán dados por el ordenamiento comunitario, con independencia de la acción estatal que lo hizo nacer.

Conformado por una normativa autónoma, integrada por directrices comunitarias que delimitarán el ámbito y los efectos de los regímenes estatales sobre nacionalidad.

¹³⁷ Sobre este punto, recuerda TH. GEORGOPOULOS que los respectivos ordenamientos estatales pueden concederles además los derechos reconocidos a sus nacionales (y cita el ejemplo de Suiza, cuya Constitución garantiza la igualdad absoluta ante la ley de ambos colectivos), lo que ha supuesto que la línea divisoria entre el ciudadano europeo y el residente europeo ha perdido gran parte de su sentido (“La résidente Européenne...”, cit., p. 388).

¹³⁸ Conclusiones del Abogado General en el asunto Rottmann, apartado 27.

¹³⁹ G.R. DE GROOT, “Towards a European...”, p. 30.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

DOBLE NACIONALIDAD Y *FORUM PATRIAE* EN DIVORCIOS INTERNACIONALES (NOTAS A LA STJUE DE 16 DE JULIO 2009, *HADADI*, AS. C-168/08)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 16.07.2010 / Aceptado: 27.07.2010

Resumen: Al TJCE se le plantea la cuestión de determinar la jurisdicción competente para conocer del divorcio de personas con doble nacionalidad común y si hay que tener en cuenta únicamente la nacionalidad del Estado con el que los cónyuges mantienen los vínculos más estrechos o si, por el contrario, deben tenerse en cuenta ambas nacionalidades otorgando la competencia a los tribunales de ambos Estados, a elección de los demandantes. La respuesta es que los criterios de competencia judicial internacional en acciones de nulidad, separación y divorcio son totalmente alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos. El *forum patriae* contenido en el artículo 3.1, letra b) del Reglamento 2201/2003 no permite hacer primar a la nacionalidad del foro, ni puede limitarse a la nacionalidad más efectiva. Por tanto, el demandante puede elegir, a su criterio, ante qué tribunales plantear su demanda.

Palabras clave: Competencia y reconocimiento de decisiones en materia matrimonial, disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003, doble nacionalidad común de Estados miembros.

Abstract: The Court then analyses the question of whether, in order to determine the court which has jurisdiction in respect of the divorce of persons having the same dual nationality, only the nationality of the Member State with which those persons have the closest links is to be taken into account, or whether, on the contrary, both nationalities are to be taken into account, so that the courts of those two Member States can have jurisdiction on that basis, at the choice of the persons concerned. The Court establishes that the grounds set out in matrimonial matters are alternatives, without any hierarchy between them. A person possessing dual nationality can choose between the courts of two Member States which are competent exclusively on grounds of nationality. This necessarily entails a right of choice on the part of the applicant.

Key words: Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters, transitional provisions of Regulation 2201/2003, dual nationality of two Member States.

Sumario: I. Consideraciones generales. 1. Hechos. 2. Problemas planteados. II. Régimen de reconocimiento. 1. Convenio bilateral y régimen institucional. 2. Ámbito temporal y disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003. 3. Control de la competencia judicial internacional del juez de origen. III. Competencia judicial internacional para acciones de divorcio en el Derecho comunitario europeo. 1. Naturaleza y función de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003. 2. El foro de la nacionalidad común de los cónyuges y concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros. IV. La doble nacionalidad en el espacio judicial europeo. 1. Rechazo de la preferencia de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva. 2. Interpretación funcional del concepto "nacionalidad". V. Reflexiones finales.

I. Consideraciones generales

1. Hechos

1. El Sr. Hadadi y la Sra. Mesko, ambos de nacionalidad húngara, contrajeron matrimonio en el año 1979. Al año siguiente trasladaron su residencia a Francia, adquiriendo en 1985 la nacionalidad francesa por naturalización, y sin perder, ninguno de los dos cónyuges, la anterior nacionalidad húngara. Por tanto, ambos gozan de doble nacionalidad: húngara y francesa.

2. El 23 de febrero de 2002, el esposo, Sr. Hadadi, interpone una demanda de divorcio ante los tribunales de Pest (Hungria).

A su vez, la esposa, Sra Mesko (Hadadi, de casada), interpone una demanda de divorcio por culpa ante los tribunales de Meaux (Francia), el 19 de febrero de 2003, cuando ya sabía de la demanda interpuesta por el esposo en Hungría, pues tuvo conocimiento seis meses después.

El 4 de mayo de 2004 se pronuncia el divorcio, con carácter definitivo, por los tribunales húngaros. Queda probado que la esposa se personó en el procedimiento ante los tribunales húngaros.

3. A consecuencia de esta decisión húngara, el 5 de noviembre de 2005, se declara la inadmisión de la demanda de divorcio en Francia. Inadmisión que es recurrida en apelación, declarando la Cour d'Appel de París, el 15 de octubre de 2006, que la sentencia húngara no podía reconocerse, con lo que se acuerda admitir la demanda de divorcio interpuesta por la Sra Mesko.

No queda claro si la razón de admitir la demanda de divorcio en Francia fue por considerar a los cónyuges únicamente franceses, y no húngaros, o porque el criterio de competencia del Tribunal de Pest se basaba en la nacionalidad húngara del demandante¹.

4. El Sr. Hadadi plantea un recurso de casación contra la decisión de la Cour d'Appel de París. El recurso lo fundamenta en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante Reglamento 2201/2003)².

Según el recurrente, la Cour d'Appel sólo ha considerado uno de los foros de competencia contenidos en el Reglamento, en concreto, el de la residencia habitual de los cónyuges contenido en su artículo 3.1, letra a), ignorando el artículo 3.1, letra b), que permite interponer la acción de divorcio ante los tribunales de la nacionalidad común de los cónyuges.

5. En este contexto, mediante sentencia de 16 de abril 2008, la Cour de Cassation francesa se dirige al TJCE para que resuelva problemas relacionados con la doble nacionalidad común de dos Estados miembros del Reglamento 2201/2003 y el criterio de competencia contenido en el artículo 3.1, letra b) del mismo (= *forum patriae*).

Como los cónyuges son a la vez franceses (nacionalidad del foro) y húngaros (nacionalidad del estado de origen de la decisión cuyo reconocimiento incidental se pretende), hay que resolver, siguiendo el orden escalonado de las preguntas si, en casos de doble nacionalidad común de los cónyuges, debe prevalecer la nacionalidad del foro, o si debe atenderse a la nacionalidad más efectiva de entre las que se ostenten, o si el *forum patriae*, ofrece, en cualquier caso, una opción adicional a los cónyuges.

La respuesta dependerá, primero, de la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003, segundo, de la naturaleza y función de los criterios de competencia contenidos en la norma comunitaria y, tercero, de cómo se resuelva la concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros.

¹ *Vid.* apartado 34 de la Sentencia, aludiendo a la nacionalidad húngara del demandante como “criterio muy endeble” mientras que la competencia del tribunal del domicilio conyugal, situado en Francia, era en comparación “particularmente sólida”.

² DO L 338 de 23 diciembre 2003.

2. Problemas planteados

6. Una vez obtenida la decisión definitiva de divorcio en Hungría, el Sr. Hadadi la hace valer, con carácter incidental, ante los tribunales franceses. Si la sentencia húngara puede producir efectos en Francia, impedirá volver a plantear una nueva demanda ante los tribunales franceses.

La admisibilidad o no de la demanda de divorcio en Francia, posterior en el tiempo a la interpuesta ante los tribunales húngaros, plantea un problema de reconocimiento de decisiones con carácter incidental. Pero, primeramente, debemos fijar el régimen de reconocimiento aplicable.

7. Las fechas en que discurren los hechos que dan lugar a la Sentencia comentada no dejan de tener cierta complejidad, de ahí que en el apartado anterior nos detuviéramos en su exposición. La aplicabilidad o no del Reglamento 2201/2003 queda afectada por el régimen de transitoriedad previsto en su Capítulo VI, artículo 64.

8. Finalmente aparece un problema de control de la competencia judicial internacional del juez de origen, cuya resolución es la que da lugar a la sentencia comentada.

La particularidad del supuesto es que los tribunales franceses deben verificar la competencia de los tribunales húngaros y no la suya propia, lo que deberán valorar a la luz de las normas contenidas en el Reglamento comunitario³.

Con una regla similar a la contenida en nuestro Código civil (artículo. 9.9), para los tribunales franceses, si únicamente tuvieran que aplicar las reglas del Derecho interno francés, las personas con más de una nacionalidad, incluida la francesa, han de ser tratadas únicamente como nacionales franceses, ignorando las demás nacionalidades. Es lo que hace la Cour d'Appel, dar prioridad a la nacionalidad del foro, por lo es preciso concretar el criterio de competencia judicial internacional basado en la nacionalidad común de los cónyuges y resolver la concurrencia de nacionalidades a la luz del derecho procesal comunitario.

II. Régimen de reconocimiento

1. Convenio bilateral y régimen institucional

9. Es probable que en su razonamiento para admitir la demanda de divorcio de la Sra. Mesko, la Cour d'Appel estuviera aplicando el Convenio bilateral entre Hungría y Francia, aunque ni en el texto de la sentencia del TJUE ni en las Conclusiones de la Abogado General, Sra. J. Kokott, se haga referencia a ello⁴. En este convenio bilateral, el reconocimiento es posible siempre que el tribunal que dictó la decisión fuere competente "*según las reglas de competencia internacional admitidas en el Estado requerido*"⁵.

Seguramente, hasta que el esposo plantea el recurso de casación, ni siquiera se pensó en la doble nacionalidad húngara de los cónyuges, haciendo prevalecer siempre la nacionalidad francesa a efectos de primar la competencia del foro. De ahí que se aluda al criterio "endebles" de la nacionalidad del marido frente al criterio "sólido" del domicilio conyugal⁶.

10. De acuerdo con el artículo 59.1 del Reglamento 2201/2003, éste sustituye, para los Estados miembros, a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan.

³ Vid. C. BRIÈRE, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 191.

⁴ Convenio bilateral sobre asistencia judicial en cuestiones de Derecho civil y de familia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y asistencia judicial en materia civil y penal, firmado en Budapest el 31 de julio de 1980. Este Convenio se encuentra entre los enumerados en el artículo 69 del Reglamento 44/2001 (Reglamento (CE) 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 Cf. C. BRIÈRE, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 191.

⁶ Vid. apartado 34 de la Sentencia.

Así pues, dada la primacía del Ordenamiento comunitario, en el momento que Hungría es Estado miembro del Reglamento 2201/2003 el Convenio bilateral franco-húngaro de 31 de julio de 1980 es sustituido, en las materias coincidentes, por el régimen comunitario. Bien es cierto que en esa fecha el Reglamento en vigor era el Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en adelante Reglamento 1347/2000)⁷. No obstante, es bien sabido que éste fue derogado por el Reglamento 2201/2003 a partir de su fecha de aplicación, lo que se produjo el 1 de marzo de 2005⁸.

2. Ámbito temporal y disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003

11. El Reglamento se aplica en todos sus elementos a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes, posteriores al 1 de marzo de 2005 (apartado 1 del artículo 64).

Respecto de las acciones judiciales anteriores al 1 de marzo de 2005, para las que no es aplicable el Reglamento 2201/2003, las disposiciones transitorias, a efectos de aplicar el régimen de reconocimiento contenido en el mismo, distinguen tres categorías de resoluciones, dependiendo de la situación de transitoriedad⁹:

1) Resoluciones judiciales dictadas después del 1 de marzo de 2005, como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha pero después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 (artículo 64.2);

2) Resoluciones judiciales dictadas antes del 1 de marzo de 2005, como consecuencia de acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 en asuntos que forman parte de su ámbito de aplicación (artículo 64.3);

3) Resoluciones judiciales dictadas antes del 1 de marzo de 2005, pero después de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento (artículo 64.4).

Para estas tres categorías se aplicará el régimen de reconocimiento del Reglamento 2201/2003, siempre que la competencia del tribunal de origen de la decisión respete las normas de competencia del Reglamento 2201/2003 o del Reglamento 1347/2000 o de un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro de ejecución.

12. Por lo que se refiere a los diez Estados miembros que entraron a formar parte de la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, entre ellos Hungría, la fecha pertinente para determinar la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 es el 1 de mayo de 2004¹⁰. El Reglamento 1347/2000 quedó derogado a partir de la fecha de aplicación del Reglamento 2201/2003, es decir, su aplicación lo fue desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 1 de marzo de 2005¹¹.

En el caso que nos ocupa se trata de una demanda anterior a la adhesión de Hungría a la Unión Europea, así, necesariamente estamos ante una acción ejercitada con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000. Pero, ¡oh casualidad!, la sentencia húngara de divorcio, es de fecha 4 de mayo de 2004, o sea, posterior a la entrada en vigor para Hungría del Reglamento 1347/2000.

⁷ DO L 160 de 30 junio 2000. El Reglamento 1347/2000 entró en vigor el 1 de marzo de 2001 (artículo 46). La primacía del Derecho comunitario se establece en su artículo 36.

⁸ Cf. Artículos 71 y 72 del Reglamento 2001/2003.

⁹ Vid. en http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf. La *Guía práctica* para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (Reglamento (CE) n° 2201/2003), elaborada por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, pp. 6-7. Es muy gráfico el diagrama contenido en la p. 8.

¹⁰ Vid. el "Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión", DO L 236 de 23 de septiembre 2003, p. 987.

¹¹ El 1 de agosto de 2004 se produjo la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 siendo aplicable, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, a partir del 1 de marzo de 2005 (artículo 72).

Por tanto, el asunto concierne a una resolución dictada antes del 1 de marzo de 2005 pero después de la fecha de entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 en acciones ejercitadas antes de su entrada en vigor.

Conclusión, la sentencia húngara cae de plano en la situación contemplada en el apartado 4 del artículo 64.

13. Por tratarse de una situación de transitoriedad, el régimen de reconocimiento no puede ser, sin más, el del Reglamento 2201/2003, sino que esas decisiones se van a ver sometidas a consideraciones adicionales: sólo si se cumplen los requisitos del apartado 4 del artículo 64, la sentencia húngara se beneficiará del régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento 2201/2003.

3. Control de la competencia judicial internacional del juez de origen

14. Para las decisiones dictadas como consecuencia de acciones ejercitadas después de la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003, se prohíbe el control de la competencia del juez de origen¹². Tampoco puede invocarse el orden público del artículo 22, letra a) para llevar a cabo este control, tal y como dejó sentado el Tribunal en el caso *Krombach* en el marco del Reglamento 44/2001¹³.

La particularidad de la transitoriedad es que ese control de la competencia va a ser la regla¹⁴, y únicamente se aplicará el régimen de reconocimiento del Reglamento 2201/2003 si las reglas de competencia del tribunal de húngaro se ajustan a las de este Reglamento (o del Reglamento 1347/2000) o de un convenio en vigor entre Francia y Hungría.

15. La cuestión prejudicial surge porque el Reglamento 2201/2003 contiene el foro de la nacionalidad común de los cónyuges, y según la interpretación que se haga de la doble nacionalidad común permitirá el reconocimiento de la decisión húngara y la paralización del proceso seguido en Francia¹⁵.

A partir de aquí, el problema se centra en la interpretación del *forum patriae* de los cónyuges para aclarar si debe entenderse de forma diferente el criterio de la nacionalidad común cuando los cónyuges tienen una sola nacionalidad común y cuando tienen más de una nacionalidad común, en este caso de dos Estados miembros del Reglamento 2201/2003.

III. Competencia judicial internacional para acciones de divorcio en el Derecho comunitario europeo

1. Naturaleza y función de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003

16. Sin entrar en un análisis detallado de los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003, puesto que nuestro trabajo se limita a analizar los problemas planteados en la sentencia comentada, baste señalar que, por lo que se refiere a las disposiciones en materia de divorcio, éstas son continuidad de las reglas contenidas en el Reglamento 1347/2000¹⁶. Así pues, las reglas de competencia en materia

¹² Artículo 24 Reglamento 2201/2003. Igualmente en el equivalente artículo 17 Reglamento 1347/2000.

¹³ STJCE de 28 de marzo 2000, *Dieter Krombach*, As. C -7/98, *Rec.* 2000 p. I-1935.

¹⁴ En el marco del Convenio de Bruselas, los tribunales españoles desaprovecharon esta posibilidad en el Auto AP Vizcaya (sección 4ª) de 19 de junio de 1996, Caso *Matrici*. con comentario de V. FUENTES CAMACHO Y P. DE MIGUEL ASENSIO en *RCEA*, 1996, pp. 83-88.

¹⁵ Como afirma L. D'AVOUT, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *JDI Clunet*, 2010-1, pp. 163-183, en particular pp. 168 y 171, la cuestión tiene una débil incidencia práctica en este sentido, pues, evidentemente, el control sólo es posible en situaciones de transitoriedad.

¹⁶ La continuidad, por lo que a las acciones de divorcio se refiere, se menciona en el Considerando tercero del Reglamento 2201/2003 aludiendo a la coincidencia del contenido del Reglamento 1347/2000 con el del Convenio de 28 de mayo 1998, precedente del mismo, y a la toma en cuenta del "Informe Explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998, celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial", preparado por la profesora A.

matrimonial de ambos son idénticas, por lo que es indiferente referirse al artículo 2 del Reglamento 1347/2000 o al artículo 3 del Reglamento 2201/2003¹⁷.

Es sobradamente sabido que el artículo 3 del Reglamento 2201/2003¹ establece un sistema completo de criterios de competencia para determinar los órganos jurisdiccionales de qué Estado miembro tienen la competencia judicial internacional en asuntos de nulidad, separación y divorcio, siendo únicamente reglas de competencia judicial internacional y dejando a las legislaciones estatales la cuestión de la competencia territorial¹⁸.

Son criterios con carácter exclusivo¹⁹, lo que no puede interpretarse en el sentido de que no permita que otra jurisdicción pueda conocer pues esta exclusividad concierne a las relaciones entre las reglas de competencia de origen comunitario y las reglas de competencia de fuente estatal²⁰.

Así un cónyuge que tiene su residencia habitual en un Estado miembro o que es un nacional de un Estado miembro (o que tiene su “domicile” en el Reino Unido o Irlanda) sólo puede ser demandado en otro Estado miembro de conformidad con las reglas de competencia del Reglamento²¹. Únicamente cuando ningún otro tribunal de otro Estado miembro sea competente, podrá determinarse la competencia con arreglo a las normas internas de competencia judicial internacional (artículos 6 y 7 Reglamento 2201/2003)²².

17. Básicamente, los criterios retenidos se basan o en la residencia de los cónyuges o de uno de ellos, o en la nacionalidad común de ambos²³. Son criterios que parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro²⁴

BORRÁS RODRÍGUEZ (*DOCE C 221* de 16 de julio 1998, p. 27).

¹⁷ De ahí que nos sirvan los estudios tanto del Reglamento 1347/2000 como el *Informe Explicativo* del Convenio. *Vid.*, entre otros, H. GAUDEMET-TALLON, “Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: ‘Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs’”, *JDI Clunet*, 2001-2, pp. 386-390. M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 241-293; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239; M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-131, Tomo 4.

¹⁸ Para un estudio más minucioso del Reglamento 2201/2003, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 158-167.

¹⁹ B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “La desunión européenne: le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *RCDIP*, núm. 3, 2001, pp. 403-419, lamentan que el legislador comunitario no haya utilizado otra terminología diferente para evitar confusiones.

²⁰ *Vid.*, ampliamente, M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. la oscura redacción de sus artículos 7 y 8”, en A.L. CALVO CARAVACA Y ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 741-774.

²¹ Ejemplo de los problemas de comprensión del su ámbito de aplicación es la SAP Barcelona (sección 18) de 15 diciembre 2005 (*JUR*\2006\96862), que deja de aplicar el Reglamento 2201/2003 por tratarse de un matrimonio de nacionalidad moldava.

²² En la *Guía Práctica*, pp. 50-51, se representa muy gráficamente el proceder de un órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda de divorcio: ¿Tengo competencia de conformidad con los artículos 3-5? Si es que no, habrá que comprobar si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tiene competencia conforme al Reglamento (artículo 17), si es que sí me declararé de oficio incompetente (artículo 17). Si ningún órgano jurisdiccional es competente conforme al Reglamento puedo serlo conforme a mi legislación nacional (“competencia residual”) (artículo 7).

²³ Con estos foros, los cónyuges pueden presentar una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: -su residencia habitual, o -su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí, o -la residencia habitual de uno de los cónyuges, en caso de demanda conjunta, o -la residencia habitual del demandado, o -la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o -la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro; o b) la nacionalidad de ambos cónyuges (en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común).

²⁴ Como se pone de manifiesto en el *Informe Explicativo* “la decisión sobre la inclusión de unos determinados

Entre estos foros no existe ninguna jerarquía, son alternativos entre sí, y tampoco existe, a diferencia del Reglamento 44/2001, una norma general de competencia en materia matrimonial como la del domicilio del demandado.

La alternatividad de los foros provoca, obviamente, que varios tribunales puedan conocer de un mismo asunto. Al demandante se le ofrecen múltiples tribunales a los que acudir. Es un sistema que no pretende excluir las competencias múltiples, al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes²⁵.

Indudablemente, esta alternatividad de los foros incentiva la litigiosidad y la carrera a los tribunales²⁶ y la elección indirecta de ley aplicable al divorcio siendo ésta protegida en sede de reconocimiento al impedir el control de la ley aplicada²⁷.

Estas consecuencias están presentes en las alegaciones de la Sra. Mesko para oponerse a la equiparación de las dos nacionalidades comunes que ostentan los cónyuges, la húngara y la francesa²⁸. Ciertamente, el tribunal competente determinará conforme a sus propias reglas de DIPr la ley rectora del divorcio. Si se puede optar por uno u otro tribunal, lo que se consigue es predeterminar el Derecho rector del fondo²⁹. Es esta última consecuencia la que provoca la carrera a los tribunales y no los criterios de competencia como tales que, muy al contrario, pueden sintonizar bien con el *favor divorcii*³⁰.

2. El foro de la nacionalidad común de los cónyuges y concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros

18. Respecto del foro de la nacionalidad común de los cónyuges o del “*domicile*”, en el *Informe explicativo* ya se apuntaba que merecía una atención y comentario particular. Se rechaza la posibilidad de que conozcan los tribunales de la nacionalidad de uno sólo de los cónyuges “puesto que se trataría de un *forum actoris* puro, en muchas ocasiones sin ningún tipo de vinculación real con el Estado en cuestión y que, por tanto, sería contrario al espíritu del Convenio”³¹. Y se añade que el Convenio no dice nada sobre las consecuencias de la doble nacionalidad “*por lo que los ór-*

riterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos” (Apartado 30, pár. 2º). Y, en términos similares, se reproduce en el Considerando 12 del Reglamento 1347/2000. De acuerdo con M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 230, son criterios que atienden a circunstancias subjetivas por tratarse de cuestiones que determinan el estatuto personal de los sujetos.

²⁵ Como ponen de relieve A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 162, esto favorece el acceso a la Justicia del demandante de divorcio pero es criticable por favorecer lo que denominan los divorcios “*EuroStar*” además de otorgar, en ciertos casos, competencia a tribunales alejados de las partes, convirtiéndolos, por imprevisibles, en foros exorbitantes.

²⁶ Como tempranamente puso de relieve en la doctrina española J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 235.

²⁷ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 261.

²⁸ Entiende la Sra Mesko que se abre la puerta al abuso de derecho basado en el “*forum shopping*” (apartado 45 de la Sentencia y punto 44 de las Conclusiones de la Abogado General). Opinión del abuso compartida por el Gobierno Polaco, pero basándose en que esta equiparación provoca la facultad de elección de tribunal, que no tienen los que no disfrutaban de una doble nacionalidad, y en que mantener la competencia de tribunales de un Estado donde los cónyuges ya no viven podría suponer un obstáculo para la eficacia y equidad de las resoluciones judiciales y propiciar el “*forum shopping*” (apartado 45 de la Sentencia).

²⁹ De hecho, la Abogado General (punto 50) hace alusión a que la Sra. Mesko lo que en el fondo critica es la aplicación del Derecho húngaro y así evitar las consecuencias que el Derecho francés prevé para los divorcios por culpa.

³⁰ Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 236.

³¹ Apartado 33, pár. 2º del *Informe Explicativo*.

*ganos jurisdiccionales de cada Estado aplicarán sus normas internas, en el marco de la normativa comunitaria general al respecto*³² (la cursiva es nuestra).

Con estos antecedentes, para controlar la competencia del tribunal húngaro y valorar si se ajusta a los criterios de competencia contenidos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, o, en su caso, en el artículo 2 del Reglamento 1347/2000, el debate pasa por la concreción del foro de la nacionalidad común de los cónyuges.

19. Como se puso de manifiesto anteriormente, en ningún momento se nos dice conforme a qué criterio se atribuyó la competencia al juez húngaro, lo cual, a la postre, es irrelevante, pues basta con comprobar si las normas del artículo 3 habrían reconocido la competencia de los tribunales húngaros, ya que “el artículo 64, apartado 4, pretende garantizar un amplio alcance a las disposiciones del Reglamento para el reconocimiento de resoluciones de todos los órganos jurisdiccionales que hubieran sido igualmente competentes en aplicación de normativas armonizadas o acordadas en convenios”³³.

A priori, la respuesta no puede ser más que en sentido afirmativo, dada la nacionalidad común húngara de los cónyuges³⁴.

20. Pero, en el caso analizado, la nacionalidad común es doble. Por tanto, si se sigue la propuesta del *Informe explicativo* de determinar la nacionalidad por el derecho interno de cada Estado, podría pensarse que cada tribunal puede dar preferencia a su propia nacionalidad, ignorando todas las demás concurrentes, o, en el mejor de los casos, atender a la nacionalidad efectiva³⁵.

Según cómo se resuelva este concurso de nacionalidades la sentencia húngara podrá beneficiarse del reconocimiento incidental en Francia.

IV. La doble nacionalidad en el espacio judicial europeo

1. Rechazo de la preferencia de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva

21. En sus cuestiones prejudiciales el tribunal francés, siguiendo el orden en que se plantean, propone tres opciones para resolver la concurrencia de nacionalidades:

- 1-dar preferencia a la propia nacionalidad, sea o no la más efectiva;
- 2-Estar a la nacionalidad efectiva;
- 3-Dejar elegir a los cónyuges entre sus nacionalidades.

22. El TJCE, abogando por una solución funcional, se aparta de la solución ofrecida en el *Informe Explicativo* de estar a las reglas internas de cada Estado y lo hace siguiendo el argumento mantenido por la Abogado General de que si ésta era una solución válida para un Convenio (=acto de cooperación intergubernamental) no puede trasladarse el razonamiento a un acto normativo comunitario, en este caso al Reglamento 2201/2003³⁶.

³² Apartado 33, pár. final del *Informe Explicativo*.

³³ Apartado 23 de las Conclusiones de la Abogado General.

³⁴ Igualmente de acuerdo se manifiesta S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario LA LEY*, núm. 7312, 30 de diciembre 2009, Ref. D-397 (ap.III).

³⁵ Soluciones que, como principios de Derecho internacional, recoge el Convenio de Naciones Unidas, firmado en La Haya, de 12 de abril 1930 sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (artículos 3 y 5).

³⁶ Cf. Apartado 37 de las Conclusiones de la Abogado General: “... Cuando se trata de un acto jurídico comunitario ha de darse una interpretación autónoma, que atienda al espíritu y finalidad de la norma. Además, el propio informe señala que el Derecho nacional debe respetar la normativa comunitaria general”. En la misma línea, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, 2004, nota 240 en p. 142. Pensamos que en este mismo sentido deben interpretarse las palabras de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La expansión comunitaria: penetración

Dado que el Reglamento no contiene ninguna remisión expresa al Derecho nacional para interpretar el término nacionalidad como criterio de competencia, la solución pasa por “*mantener una interpretación autónoma del concepto de nacionalidad*” (la cursiva es nuestra).

Veamos cómo se argumenta la inoperatividad de la preferencia por la propia nacionalidad y de la nacionalidad efectiva para concluir en el derecho de opción que se atribuye a los cónyuges para litigar ante los tribunales de una u otra nacionalidad común.

23. En el ámbito comunitario europeo la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad está más que consolidada, prohibición que alcanza al ámbito de aplicación de los Tratados, vinculándose de esta forma la prohibición general de discriminación con las libertades fundamentales de circulación y residencia en el territorio de la Unión³⁷. No está de más recordar que los titulares de estas libertades son los ciudadanos de la Unión, condición que únicamente poseen quienes ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, siendo la ciudadanía de la Unión complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional³⁸.

La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, que en el marco de integración comunitaria debe ejercerse respetando el Derecho comunitario.

Esta regla de la competencia exclusiva de los Estados para definir quiénes son sus nacionales permanece intacta, también para establecer los criterios de privación de la misma, incluso si la pérdida de la nacionalidad arrastra una privación de la condición de ciudadano de la Unión³⁹.

24. En tanto en cuanto las normas del Reglamento 2201/2003 utilizan la nacionalidad como criterio de competencia, era de esperar que al Tribunal se le exigiera un pronunciamiento sobre este foro de la nacionalidad común cuando se pretende su utilización por una persona que ostenta simultáneamente dos nacionalidades de Estados miembros.

Es notorio que no es esta la primera vez que el TJCE se pronuncia en cuestiones relacionadas con la nacionalidad de las personas físicas.

La particularidad, en esta ocasión, es que se está interpretando una regla de Derecho internacional privado unificada, elaborada en el marco del espacio judicial europeo.

25. En la primera ocasión que el TJCE en el archiconocido caso *Micheletti*⁴⁰ resolvió un problema de doble nacionalidad de Estado miembro y de tercer Estado, a propósito del ejercicio de la libertad de establecimiento, el pronunciamiento fue tajante al expresar que “las disposiciones del Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro deniegue dicha libertad al nacional de otro Estado miembro que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional del Estado tercero”⁴¹. El TJCE dejó claro que una vez que un Estado miembro, respetando el Derecho comunitario, ha atribuido su nacionalidad a una persona, no es posible admitir que otro Estado miembro pueda restringir los efectos de tal atribución exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales

en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 65-90, en particular la nota 25 en p. 73, donde se afirma la utilidad del *Informe* siempre que se considere sometido a dos límites; por supuesto, el primero a que coincida el texto de la norma del Convenio y del Reglamento, y, el segundo, “derivado de la función de unificación en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario que corresponde al Tribunal de Justicia, ya que lo dicho en el Informe sólo podrá tomarse en consideración mientras el Tribunal no se haya manifestado”. Ella misma manifiesta que “las opiniones ahora expresadas no coinciden necesariamente con el contenido de aquel Informe, ya que tuvo que ser aprobado por el Grupo de trabajo que preparó el Convenio”.

³⁷ Artículo 18 TFU (antiguo artículo 12 TCE).

³⁸ Artículo 20 TFU (antiguo artículo 17 TCE).

³⁹ *Vid.* STJCE de 20 febrero 2001, *Kaur*, As. C-192/99 y STJUE 2 marzo 2010, *Rottman*, As. C-135/08.

⁴⁰ STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*, As. C- 369/90, *Rec.* p. I-04239, comentada por N. BOUZA VIDAL, “El ámbito personal de aplicación del derecho de establecimiento en lo supuestos de doble nacionalidad”, *RIE*, vol. 20, núm. 2, 1993, pp. 563-581.

⁴¹ Pronunciamiento del Tribunal en STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*.

previstas en el Tratado, tanto más cuanto que admitir tal posibilidad supondría que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias podría variar de un Estado miembro a otro⁴².

Posteriormente, en el caso *García Avello*⁴³, afectando a dobles nacionales españoles y belgas, por tanto de Estados miembros y en una materia como la transmisión de los apellidos, ajena a la competencia de la Unión, el TJCE se pronunció sobre la nacionalidad en tanto que conexión aplicable por la norma de conflicto de ambos Estados. Ante la práctica belga de hacer primar la ley del foro, el TJCE, tras declarar que “la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 TCE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”⁴⁴, vincula la materia con el Derecho comunitario por tratarse de nacionales de Estados miembros titulares de las libertades de circulación contenidas en el Tratado⁴⁵. Queda claro que, en este caso, no se reprocha el uso de la conexión nacionalidad sino la preferencia que se da a la nacionalidad belga sobre la española. La consecuencia es que las dos nacionalidades están en posición de igualdad y han de ser los afectados los que elijan la ley estatal que deba regir su nombre y apellidos.

Si bien la materia de los apellidos es competencia de los Estados, lo que pone de manifiesto el caso *García Avello* es que, incluso utilizando un mismo punto de conexión para determinar la ley aplicable a los apellidos, pueden producirse obstáculos a las libertades fundamentales de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios⁴⁶. También en el caso *Grunkin-Paul*⁴⁷, pero ya no como problema de plurinacionalidad de Estados miembros, el TJCE nuevamente vincula con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros la falta de reconocimiento en el Estado miembro del que es nacional del apellido adquirido en el Estado miembro de nacimiento y de residencia⁴⁸.

26. Debemos insistir que en el caso *Hadadi*, a diferencia de los anteriores, nos movemos en el espacio judicial europeo, que persigue facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales⁴⁹, cuyos beneficiarios no son únicamente los ciudadanos comunitarios⁵⁰.

⁴² Apartados 10 a 12 de la STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*.

⁴³ STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*, As. C-148/02, *Rec.* p. I-11613. *Vid.* los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, núm. 5876, 22 de octubre 2003, Ref. D-234.

⁴⁴ Apartado 26 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁴⁵ Apartado 27 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁴⁶ Resulta interesante la apreciación de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, de cómo este caso demuestra que la unificación de normas de conflicto no resuelve los problemas que genera el tráfico jurídico externo intracomunitario. *Cf.* “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europea en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 130 y p. 167.

⁴⁷ STJCE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, As. C-356/06. *Vid.* en www.uc3m.es/cdt los comentarios de M.D. ORTÍZ VIDAL, “El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” en *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 143-151, y “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*”, en *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 357-366.

⁴⁸ Ambos pronunciamientos han dado lugar a sendas Instrucciones de la DGRN, la primera de 23 de mayo 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles (*BOE* de 4 julio 2007) y, la segunda, de 24 de febrero 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros de la Unión Europea (*BOE* de 10 marzo 2010).

⁴⁹ El mantenimiento de la redacción en los mismos términos que hacía el ArtículoIII-269 del Proyecto de Constitución, nos permite mantener las críticas que hacía el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al artículo 81 TFUE (antiguo artículo 65 TCE), para quien se evidencia que el espacio judicial europeo, en la dimensión de cooperación judicial en materia civil, seguirá estando al servicio del mercado interior pues se mezclan se dos nociones que pertenecen a mundos distintos: una, que mira hacia la cooperación entre Estados en lo que respecta a la actividad de sus órganos judiciales (la cooperación judicial) y otra, claramente orientada a facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares (el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales)”. *Vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El proyecto de Constitución para Europa y el DIPr”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática núm. 9, 2005, p. 89 y “La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *REEI*, núm. 9, 2005, <http://www.reei.org/reei9/reei9.htm>.

⁵⁰ Para una visión completa del significado del espacio judicial europeo en las fuentes del DIPr, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 49-56.

Tampoco se plantea un problema de discriminación por razón de nacionalidad, pues no se cuestiona que el establecimiento de una regla de competencia basada en la nacionalidad común de los cónyuges plantee dificultades de compatibilidad con el Derecho comunitario⁵¹.

Lo que se está cuestionando es un criterio atributivo de competencia, la nacionalidad común de los cónyuges, contenido en una norma de DIPr unificada, cual es el Reglamento 2201/2003.

En este marco de cooperación judicial, es la solución que se da a la doble nacionalidad de Estados miembros lo que puede plantear problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario si para resolverla se da preferencia a la nacionalidad de un Estado miembro frente a la de otro Estado miembro⁵².

27. El TJCE para resolver la concurrencia de nacionalidades no razona en términos de conflicto de nacionalidades, sino que aboga por una solución funcional. De ahí que no valgan soluciones como las contenidas en el artículo 9.9 de nuestro Código civil⁵³, válidas en caso de conflicto de nacionalidades para preferir una u otra, pero no a efectos de determinar la nacionalidad de una persona⁵⁴, ni a efectos de atribución de competencia⁵⁵.

28. La norma de preferencia por la propia nacionalidad no obliga a ignorar que otro Estado miembro cuya nacionalidad también posea dicha persona puede tratarla, a su vez, como si sólo tuviera su propia nacionalidad.

Por eso no puede mantenerse la preferencia de la nacionalidad del foro⁵⁶. El tribunal del Estado requerido, tribunal francés, no puede ignorar que para el tribunal del Estado de origen, tribunal húngaro, también son sus nacionales y, por tanto, si hubieran tenido que comprobar su propia competencia, en términos de competencia directa, habrían debido declararse competentes.

29. También se rechaza la nacionalidad efectiva, se dice que para evitar la complejidad en su determinación y la inseguridad jurídica⁵⁷.

⁵¹ Como señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 126, la utilización de la nacionalidad como foro o como punto de conexión no implica *per se* una discriminación por razón de nacionalidad. Para algunos ejemplos en que es dudosa la no discriminación por razón de nacionalidad, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-131, Tomo 4.

⁵² *Cf.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 131.

⁵³ Opinión contraria, probablemente por influencia del *Informe Explicativo*, encontramos en M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 234 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 221. De hecho, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 165, vemos corregida esta solución explicando que el artículo 9.9 Cc sólo regula la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos de determinar la ley aplicable en los casos internacionales.

⁵⁴ Producto de esta confusión fue el caso que dio lugar a la STJCE de 7 de julio 1992: *Micheletti* As. C- 369/90, aplicando las soluciones del Artículo 9.9 Cc. español.

⁵⁵ Siguiendo a M. VIRGÓS SORIANO, la solución del artículo 9.9 Cc “no juega en el campo de la competencia judicial de nuestros tribunales (sólo la nacionalidad española cuenta) ni del reconocimiento de decisiones extranjeras (cualquiera de las nacionalidades puede servir como *forum patriae* extranjero); *Cf.* M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 9.9”, en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ Y OTROS (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 98-101, especialmente p. 101. En el mismo sentido en M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 230-231, se afirma que en supuestos de doble nacionalidad española-extranjera prevalecerá siempre la española, solución que se aparta parcialmente de la contenida en el Artículo 9.9 Cc. y que se justifica por la función de que cumple la nacionalidad en el ámbito de la competencia judicial internacional, que no es otra que abrir la competencia de nuestros tribunales al actor.

⁵⁶ Apartado 41 de las Conclusiones de la Abogado General. Igualmente en el apartado 28 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁵⁷, Apartados 60-62 de las Conclusiones de la Abogado General.

Si a la nacionalidad se le exigen aditivos, criterios adicionales como el de la residencia habitual, entendiéndose que ésta es la que genera la vinculación más estrecha con los tribunales (=principio de proximidad), ello provocaría la pérdida del efecto útil del criterio de la residencia habitual de los cónyuges (=nacionalidad efectiva), además de provocar una jerarquía entre foros no pretendida por el Reglamento 2201/2003. El resultado sería que los cónyuges que poseen una sola nacionalidad común tiene dos opciones: tribunales de la residencia y tribunales de la nacionalidad, mientras que los que poseen una doble nacionalidad común, aplicando el criterio de la nacionalidad más efectiva verían eliminado el foro de la nacionalidad, al coincidir nacionalidad más efectiva con el primero de los criterios de competencia basados en la residencia, o sea, residencia habitual de los cónyuges, artículo 3.1, letra a) del Reglamento 2201/2003⁵⁸.

2. Interpretación funcional del concepto “nacionalidad”

30. Aunque las razones del TJCE para el rechazo, tanto de la preferencia por la nacionalidad del foro, como de la nacionalidad efectiva atienden, sobre todo, a la literalidad del precepto, pues se basan en que “el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2201/2003 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance exacto del criterio relativo a la «nacionalidad»” (apartado 39), lo cierto es que la inclusión de la interpretación autónoma puede dar lugar a pensar que se está generando un concepto propio de nacionalidad a los efectos de precisar el *forum patriae*, pero, como veremos, nada más lejos de la realidad⁵⁹.

31. Con el rechazo de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva, el TJCE lo que hace es obviar el razonamiento en términos de conflicto de nacionalidades para optar por una solución que tenga en cuenta las diferentes nacionalidades⁶⁰.

Así, lo que está ofreciendo indirectamente el TJCE es una opción más a los litigantes, pues las distintas nacionalidades comunitarias que ostente un sujeto están en situación de igualdad⁶¹.

En realidad con este resultado no se aparta de la regla según la cual la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Y los Estados miembros están obligados a respetar las atribuciones de nacionalidad realizadas por los demás Estados miembros.

32. Ciertamente debe garantizarse una aplicación uniforme de las disposiciones sobre competencia del Reglamento comunitario en todos los Estados miembros, y para ello se recurre a la ya tradicional interpretación autónoma⁶², para lo cual debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma y el contexto de la misma⁶³. No obstante, en realidad, lo que se está pretendiendo es, en el contexto de la norma, no privarle de su efecto útil. Idea que enlaza directamente con la movilidad de las personas en un espacio judicial europeo y el carácter alternativo de los foros de competencia en materia de divorcio⁶⁴.

⁵⁸ Apartado 54 de la Sentencia. Como manifiesta F. GARAU SOBRINO, en caso de doble nacionalidad no se puede atender, como pretenden los Tribunales franceses, a criterios extra reglamentarios que permitan “corregir” este foro, como es la apelación a una nacionalidad “efectiva”. Aparte de ir contra el tenor literal del Reglamento y de no encontrar apoyo ni en el resto del articulado ni, incluso, recogerse mención alguna en su exposición de motivos, el uso de un correctivo semejante iría contra el elemental principio de confianza mutua en el que se basa el Reglamento, en <http://conflictuslegum.blogspot.com/>, entrada del día 12 de marzo de 2009

⁵⁹ Vid. la crítica demoledora al método seguido en la decisión en L. D’AVOUT, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *JDI Clunet*, 2010-1, pp. 163-183, en particular pp. 173 a 176.

⁶⁰ Cf. C. BRIÈRE, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 197.

⁶¹ Cf. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 168.

⁶² El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del concepto de residencia habitual del menor, a los efectos de atribución de competencia, y lo ha hecho reteniendo, igualmente, una concepción autónoma (vid. STJUE 2 abril 2009, *A*, As. 523/071, particularmente apartados 34 y 35).

⁶³ En el *Informe Explicativo* (apartado 27) se mantiene que “los foros de competencia adoptados responden a necesidades de carácter objetivo, están adaptados a los intereses de las partes, entrañan una regulación flexible, adaptada a la movilidad de las personas y, en definitiva, tratan de favorecer a las personas sin que se pierda seguridad jurídica”.

⁶⁴ De ahí que la Abogado General señale que “estos objetivos apuntan en el sentido de que las personas que

33. En este concreto caso, el problema no es la norma de competencia en sí, ni la circunstancia de que puedan conocer dos tribunales de un mismo asunto, algo que, por otra parte, no es ni exclusivo de las normas comunitarias ni excepcional, desde el momento en que existen foros concurrentes de competencia judicial internacional. Ya pusimos de relieve que la alternatividad de los foros incentiva la litigiosidad y la carrera a los tribunales⁶⁵ y la elección indirecta de ley aplicable al divorcio siendo ésta protegida en sede de reconocimiento al impedir el control de la ley aplicada⁶⁶.

Y este es el problema, no que los tribunales húngaros dictaran el divorcio sino la ley rectora de ese divorcio, pues la Sra Mesko basa todas sus alegaciones, para oponerse a la equiparación de las dos nacionalidades en que ello desataría la carrera a los tribunales y abriría la puerta al abuso de derecho basado en el “*forum shopping*”⁶⁷.

El verdadero problema son los efectos colaterales de la falta de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable al divorcio. El tribunal que sea competente determinará conforme a sus propias reglas de DIPr la ley rectora del divorcio. En consecuencia, si se puede optar por uno u otro tribunal, lo que se consigue es predeterminar el Derecho rector del fondo. Y es esta consecuencia la que provoca la carrera, no los criterios en sí de competencia⁶⁸. Por lo que compartimos la opinión de la Abogada General de que “no sería correcto compensar la falta de una normativa uniforme de conflictos de leyes mediante una interpretación contraria a los objetivos y a la sistemática de las actuales disposiciones en materia de competencia”⁶⁹.

Por todo lo anterior, el TJCE entiende que no es abusivo el hecho de iniciar el procedimiento ante un tribunal competente en virtud del Reglamento 2201/2003, ni siquiera cuando no exista ningún otro punto de conexión con dicho Estado miembro⁷⁰. La solución a la que se llega puede no ser la más justa, pero todo sea por la seguridad jurídica⁷¹. Está claro que para el TJCE prevalece la seguridad jurídica sobre la proximidad⁷².

34. Para paliar esta carrera a los tribunales, recientemente se ha presentado la propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁷³. Sin ánimo de entrar a valorar la propuesta⁷⁴, pues excedería

hagan uso de su libertad de circulación *deben poder elegir flexiblemente el foro de competencia* (apartado 58 de las Conclusiones).

⁶⁵ Como tempranamente puso de relieve en la doctrina española J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 235.

⁶⁶ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 261.

⁶⁷ Ver nota 26 *supra*.

⁶⁸ Igualmente A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 165.

⁶⁹ Apartado 68 de las Conclusiones.

⁷⁰ Apartado 57 de la sentencia y apartados 69-71 de las Conclusiones de la Abogada General.

⁷¹ *Vid.* J. DILGER, “EuEheVO: Identische Doppelstaater und *forum patriae* (Art. 3 Abs. 1 lit. b)”, *IPRax*, 30, 1, 2010, pp. 54-58.

⁷² Crítico con esta solución se muestra W. HAU, “Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht”, *IPRax*, 30, 1, 2010, pp. 50-53, especialmente p. 53, al recordar que la Sra Mesko tuvo que consentir en ser divorciada sin su consentimiento en un Estado miembro con el que los cónyuges estaban vinculados únicamente en los papeles. Se muestra partidario de que el *forum patriae* sea reconsiderado y de que el criterio de competencia basado en la nacionalidad común de los cónyuges no se entienda por sí sólo sin que se tome en cuenta la residencia habitual.

⁷³ Documento COM (2010) 105 final, Bruselas, 24.3.2010. Documento acompañado del Documento COM (2010) 104 final, Bruselas, 24.3.2010, con la Propuesta de Decisión del Consejo nº.../2010/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

⁷⁴ Para un amplio estudio de la materia, nos remitimos a A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71, esp. p. 49, en <http://www.uc3m.es/cdt>, que se muestran muy optimistas proclamando que “la unificación de las

los límites de nuestro comentario, únicamente queremos señalar que, puesto que, en defecto de elección de ley aplicable, el artículo 4, letra c) de la Propuesta recoge el criterio de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, se pueden plantear problemas de concreción de ley aplicable en casos de doble nacionalidad, al igual que en competencia⁷⁵. Aquí sí podrían mantenerse la aplicación de las soluciones del artículo 9.9 Cc, pues sólo una ley aplicable es posible⁷⁶.

V. Reflexiones finales

35. Tras las páginas que han precedido este análisis del caso *Hadadi*, aunque compartamos los argumentos, pues son técnicamente impecables, no deja de rondarnos en la cabeza una pregunta: ¿Cómo va a resolverse la doble nacionalidad cuando afecte a nacionales de Estados miembros y de terceros Estados?⁷⁷

36. Porque es claro que el espacio de libertad, seguridad y justicia que configura el Derecho comunitario va dirigido a las personas, independientemente de que los individuos implicados sean o no ciudadanos comunitarios⁷⁸. Está claro, tras lo visto, que no es contraria al Derecho comunitario la multiplicación de tribunales competentes a los que dirigirse para interponer una demanda de divorcio. Nos surge la duda de si esta alternatividad entre las reglas de competencia directa debe ser trasladable a las reglas de competencia indirecta, pues no olvidemos que el problema en la sentencia comentada se plantea en sede de reconocimiento.

37. Cuando la posible litispendencia que provoca la coexistencia de varios tribunales competentes se plantea en términos de competencia directa y, siempre que sea entre tribunales de Estados miembros, se resolverá conforme a las reglas del artículo 19 del Reglamento 2201/2003⁷⁹. Para los demás casos de litispendencia habrá que estar al régimen común de DIPr de los Estados.

Más complicado parece resolver el problema de litispendencia con tribunales de terceros Estados cuando exista competencia a favor de tribunales de Estados miembros basada en las reglas del Reglamento 2201/2003. Si la alternatividad es trasladable supone que el hecho de que un Tribunal de un Estado miembro pueda ser competente, no debe impedir el reconocimiento de decisiones dictadas por otro Estado miembro, o incluso por un tercer Estado⁸⁰.

Esto plantea un problema nada desdeñable. ¿Van a poder inhibirse los jueces de Estados miembros a favor de tribunales de terceros Estados en caso de doble nacionalidad común de Estado miembro y de tercer Estado o, para estos supuestos el Reglamento es imperativo y va a prevalecer siempre la nacionalidad común de Estado miembro?

normas de conflicto de los Estados miembros en materia de divorcio garantizará la seguridad jurídica y acabará con el *Forum Shopping*⁷.

⁷⁵ Cf. C. BRIÈRE, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *RDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 198.

⁷⁶ La misma propuesta en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, p. 63, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁷⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario LA LEY*, nº 7312, 30 de diciembre de 2009, Ref. D-397, apartado IX, se pregunta si hay identidad de razón para los casos de doble nacionalidad común mixta.

⁷⁸ Vid. E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360.

⁷⁹ La redacción del apartado 1 del artículo 19 difiere ligeramente de los apartados 1 y 2 del artículo 11 del Reglamento 1347/2000, sin cambios sustanciales.

⁸⁰ Vid. la Sentencia de la Cour de Cassation (1er. Ch. civ.) de 17 de junio 2009, anotada por E. PATAUT, en *RDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, pp. 171-178 la sentencia admite la excepción de litispendencia con un proceso ante los tribunales islandeses. Se trataba de un matrimonio, ambos de nacionalidad francesa; mientras que la esposa interpone la primera demanda en Islandia, el esposo lo hace en Francia. En primera instancia, el tribunal francés se atribuye la competencia conforme al artículo 2.1 b) del Reglamento 1347/2000: *forum patriae*. El Tribunal de Casación afirma que la competencia de los tribunales franceses basada en la nacionalidad francesa de los esposos, conforme al artículo 2.1, b) del Reglamento 1347/2000, no tiene carácter universal excluyendo cualquier otra competencia internacional.

38. El principio de seguridad jurídica y protección de las personas establecidas en la Comunidad no permitiría el desistimiento a favor de tribunales de Estados no miembros⁸¹. La incompatibilidad que aprecia el TJCE entre seguridad jurídica y desistimiento a favor de un tribunal de tercer Estado puede poner en riesgo la cooperación entre la UE y terceros Estados⁸². De hecho en los trabajos de revisión del Reglamento 44/2001 no ha pasado desapercibido este problema⁸³.

Quizá, a propósito de la elaboración del llamado Reglamento Roma III, se ha perdido una buena ocasión para revisar el Reglamento 2201/2003, porque no son pocas las voces que piden una reducción de foros dada la expansión del Derecho comunitario⁸⁴.

La preocupación actual debe ser construir el espacio de libertad, seguridad y justicia pero no en detrimento de terceros Estados. Que un tribunal de un Estado miembro sea competente no tiene que impedir el reconocimiento de la competencia del tribunal de un Estado tercero. El sistema judicial europeo no puede convertirse en una fortaleza, lo que está en juego son las relaciones entre particulares⁸⁵.

⁸¹ Criterio mantenido a ultranza por el TJCE en Sentencia de 1 marzo 2005, *Owusu*, As. C-281/02 (apartado 4).

⁸² E. Pataut, nota a la Sentencia de la Cour de Cassation (1er. Ch. civ.) de 17 de junio 2009, *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 174.

⁸³ *Vid.* apartado 3.2 del “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *COM* (2009) 174 final, Bruselas, 21 de abril 2009. También El Grupo Europeo de DIPr (GEDIP) en su sesión de Hamburgo de 2007 y de Bergen, 2008, pone de manifiesto la preocupación sobre las reglas de competencia judicial internacional comunitarias y su aplicación a las relaciones externas, en http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html

⁸⁴ Entre otros, *vid.* F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè Editore, 2007, pp. 267-278; *Id.* “Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire nº. 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce”, *Mélanges M. Revillard*, París, Defrénois, 2007, pp. 245-255; R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, p. 46.

⁸⁵ De imperialista califica a la expansión comunitaria D. P. Fernández Arroyo en “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, t. 323, 2006, esp. pp. 207-209.

CONVENZIONI CONCLUSE DAGLI STATI MEMBRI E DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INTERNAZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA: INTERPRETAZIONE CONFORME O RISPETTO DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI?

GIULIA ROSSOLILLO

*Professore associato di diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 22.07.2010 / Aceptado: 05.08.2010

Riassunto: Gli articoli 57 della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e 71 del regolamento 44/2001 lasciano impregiudicate le convenzioni che gli Stati membri abbiano concluso con Stati terzi e che disciplinino la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari. Nonostante tali clausole siano volte a salvaguardare gli impegni assunti dagli Stati membri sul piano internazionale, la Corte di giustizia ha manifestato la tendenza ad ammettere l'applicazione delle disposizioni contenute in dette convenzioni solo nella misura in cui esse siano conformi ai principi che regolano all'interno dell'Unione europea la cooperazione giudiziaria in materia civile.

Parole chiave: Convenzione di Bruxelles del 1968, Regolamento Bruxelles I (44/2001), convenzioni tra Stati membri e Stati terzi, interpretazione conforme.

Abstract: According to articles 57 of the 1968 Brussels Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters and 71 of the Council Regulation n. 44/2001, the Convention and the Regulation shall not affect any conventions to which the Member States are parties and which in relation to particular matters govern jurisdiction or recognition or enforcement of judgments. Although these rules are aimed to safeguard the obligations assumed by the Member States at international level, the Court of Justice seems to allow the application of the specialised conventions only insofar as they are consistent with the EU principles on judicial cooperation in civil matters.

Key words: 1968 Brussels Convention, Brussels I Regulation (44/2001), conventions between member States and third States, interpretation in conformity with EU law.

Sommario: I. I conflitti tra convenzioni e il processo di integrazione europea: aspetti generali. II. Le pronunce della Corte di giustizia sui rapporti tra diritto internazionale privato e processuale "comunitario" e convenzioni concluse dagli Stati membri. 1. La complementarità tra Convenzione di Bruxelles del 1968 e convenzioni di diritto materiale uniforme: la sentenza *Tatry*. 2. L'obbligo di interpretare le convenzioni di diritto materiale uniforme conformemente al diritto dell'Unione europea: la sentenza *TNT*. 3. Interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali? III. Prospettive future nell'ottica di un'estensione della competenza esterna dell'Unione europea.

I. I conflitti tra convenzioni e il processo di integrazione europea: aspetti generali

1. Lo studio dei conflitti tra convenzioni internazionali di diritto internazionale privato in senso lato o di diritto privato uniforme, tema classico della dottrina internazionalprivatistica e civilistica, è stato fortemente influenzato negli anni dagli sviluppi del processo di integrazione europea, e in particolare dall'intervento sempre più incisivo delle istituzioni dell'Unione nel settore della cooperazione

giudiziaria in materia civile. Mentre la dottrina più risalente¹ concentrava la propria attenzione sull'individuazione di criteri generali di soluzione dei conflitti tra convenzioni, a partire dall'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, l'interesse degli studiosi si è volto al problema del coordinamento tra tali convenzioni e le convenzioni concluse in precedenza tra Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi. Con il fenomeno della "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e l'adozione di regolamenti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria civile, poi, l'attenzione si è necessariamente spostata dal rapporto tra norme omogenee (convenzionali) al rapporto tra convenzioni concluse dagli Stati membri e atti di diritto derivato – in particolare regolamenti – dell'Unione europea.

2. Una disposizione relativa ai rapporti tra diritto dell'Unione europea e convenzioni concluse dagli Stati membri è contenuta nello stesso trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, all'articolo 351² (ex art. 307 TCE), secondo il quale le disposizioni dei trattati non pregiudicano le convenzioni concluse anteriormente tra Stati membri e Stati terzi ed è fatto obbligo agli Stati membri di utilizzare tutti gli strumenti atti ad eliminare eventuali incompatibilità.

Inoltre, sia la Convenzione di Bruxelles sia la Convenzione di Roma contengono, rispettivamente agli articoli 57 e 21, una clausola attraverso la quale vengono fatte salve le convenzioni internazionali delle quali gli Stati membri sono o saranno parte e relative alle materie coperte dalle due Convenzioni in questione. I regolamenti 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I)³, e 593/2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁴, riprendono, poi, le suddette clausole, limitandone l'efficacia alle convenzioni delle quali gli Stati membri siano già parti al momento dell'adozione dei regolamenti⁵. Clausole relative ai rapporti con le convenzioni concluse con Stati terzi sono infine contenute negli altri regolamenti adottati dalle istituzioni dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile⁶.

¹ V. F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, II, *Le droit des conflits de conventions*, Paris, 1980; B. DUTOIT/F. MAJOROS, "Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles", *RCDIP*, 1984, pp. 565-596; E. ROUCOUNAS, "Engagements parallèles et contradictoires", *RCADI*, 1987-VI, t. 206, pp. 21-280; P. VOLKEN, *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1977. Più recentemente, tra gli studi consacrati in generale ai conflitti tra convenzioni di diritto privato e di diritto internazionale privato v. C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, 2001; D. BUREAU, "Les conflits de conventions", *Travaux du comité français de droit international privé*, 1999-2000, pp. 201-234.

² "1. Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1. gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. 2. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. 3. Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'instaurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri".

³ Articolo 71 del Regolamento.

⁴ Articolo 25 del Regolamento.

⁵ All'art. 71 del regolamento 44/2001 si legge che "Il ... regolamento lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari". Quanto all'articolo 25 del regolamento 593/2008, esso stabilisce che il regolamento "non osta all'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti contraenti al momento dell'adozione del ... regolamento e che disciplinano i conflitti di leggi inerenti ad obbligazioni contrattuali".

⁶ Non tutte le clausole contenute in detti regolamenti sono formulate in termini corrispondenti a quelli utilizzati dalle clausole di compatibilità contenute nei Regolamenti Bruxelles I e Roma I. In particolare, il regolamento 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, all'art. 21, sancisce la propria prevalenza sulle disposizioni contenute

Lungi dal voler affrontare in modo esaustivo un tema così complesso e dalle molteplici sfaccettature date dalla varietà dei contenuti delle convenzioni in questione, ci limiteremo in queste pagine a dar conto di alcune pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea relative al rapporto tra disposizioni di diritto processuale civile internazionale riconducibili all'Unione europea (la Convenzione di Bruxelles del 1968 e il regolamento 44/2001) e convenzioni di diritto materiale uniforme concluse dagli Stati membri. È in effetti su queste ultime, e in particolare sulle convenzioni in materia di trasporto, che si è concentrata la giurisprudenza della Corte. Nonostante infatti tali convenzioni non siano apparentemente contemplate dagli articoli 57 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e 71 del regolamento 44/2001, che fanno riferimento alle convenzioni concluse dagli Stati membri in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, ipotesi di "conflitto" tra norme della Convenzione di Bruxelles o del regolamento 44/2001 e disposizioni contenute in convenzioni di diritto materiale uniforme stipulate dagli Stati membri si sono verificate con una certa frequenza. Molte convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporto contengono in effetti anche disposizioni relative alla giurisdizione e (più raramente) al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze⁷, sicché tendono a sovrapporsi alle corrispondenti disposizioni di diritto processuale civile internazionale vigenti tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Poiché sono le disposizioni di carattere processuale contenute nelle convenzioni di diritto materiale uniforme a venire in rilievo nelle sentenze che verranno esaminate, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte in relazione a dette convenzioni sono applicabili anche ai rapporti con gli strumenti convenzionali conclusi tra Stati membri e Stati terzi che, anziché dettare norme di diritto materiale uniforme, procedono unicamente all'unificazione delle disposizioni di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale degli Stati contraenti.

II. Le pronunce della Corte di giustizia sui rapporti tra diritto internazionale privato e processuale "comunitario" e convenzioni concluse dagli Stati membri

1. La complementarità tra Convenzione di Bruxelles del 1968 e convenzioni di diritto materiale uniforme: la sentenza *Tatry*

3. Il rapporto tra norme di diritto processuale civile internazionale comuni agli Stati membri e convenzioni di diritto materiale uniforme stipulate in precedenza dagli stessi con Stati terzi è affrontato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Tatry*⁸, del 6 dicembre 1994. La questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava l'interpretazione dell'articolo 57 della Convenzione di Bruxelles del 1968, secondo il quale quest'ultima "non deroga alle convenzioni di cui gli Stati contraenti sono o saranno parti e che, in materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni". In particolare, oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale era l'applicazione di tale disposizione ai rapporti con la Convenzione di Bruxelles del 1952 sull'unificazione di talune norme relative al sequestro conservativo delle navi d'alto mare.

negli accordi o intese bilaterali o multilaterali conclusi dagli Stati membri. Una clausola simile, anche se riferita a specifiche convenzioni espressamente elencate, è contenuta nel regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (art. 60). Così, afferma la propria prevalenza sulle convenzioni concluse dagli Stati membri, all'art. 20, il regolamento 1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale. Una clausola corrispondente a quelle contenute nei regolamenti Bruxelles I e Roma I è poi enunciata dall'art. 28 del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II). Infine, il regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari contiene una clausola di coordinamento che, contrariamente a quanto avviene negli altri regolamenti, dopo aver dichiarato che non sono pregiudicati gli accordi bilaterali o multilaterali dei quali uno o più Stati membri siano parte, fa salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 307 TCE (attuale art. 351 TFUE).

⁷ Per una dettagliata analisi delle disposizioni delle convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporto relative a giurisdizione e riconoscimento di decisioni v. C. LEGROS, "Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises", *JDI Clunet*, 2007, pp. 799-836 e 1081-1125.

⁸ Sentenza 6 dicembre 1994, C-406/92, *Tatry*, *Raccolta*, 1994, p. I-5439.

In una controversia relativa a un trasporto di merci via mare e alla contaminazione delle stesse durante il trasporto, i proprietari della nave, sulla base della Convenzione di Bruxelles del 1968, avevano avviato un procedimento dinanzi al giudice olandese per far dichiarare di non essere responsabili della contaminazione, mentre i proprietari delle merci avevano successivamente adito i giudici britannici, dichiaratisi competenti in forza delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1952, della quale sono parti contraenti sia il Regno Unito sia i Paesi Bassi. La questione sottoposta alla Corte di giustizia riguardava la possibilità di applicare gli articoli 21 e 22 della Convenzione di Bruxelles del 1968, relativi a litispendenza e connessione, alla vicenda in questione, e dunque di dichiarare l'incompetenza del giudice successivamente adito la cui giurisdizione si fondava sulle disposizioni di una convenzione di diritto materiale uniforme. In particolare, la Court of Appeal chiedeva alla Corte di giustizia se l'art. 57 della Convenzione di Bruxelles del 1968 andasse interpretato nel senso che, qualora uno Stato contraente sia altresì parte di una convenzione relativa a una materia particolare che contenga norme sulla competenza giurisdizionale, questa convenzione escluda sempre, salvo deroghe espresse, la Convenzione di Bruxelles o se l'esclusione si verifichi solo relativamente alle questioni delle quali la convenzione speciale si occupa e non nelle altre ipotesi.

4. La Corte, seguendo l'orientamento dell'avvocato generale⁹, interpreta l'articolo 57 della Convenzione di Bruxelles come una disposizione che consente una reciproca integrazione tra fonti: "l'art. 57", infatti, "va inteso nel senso che esclude unicamente l'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles a questioni disciplinate da una convenzione speciale Stando così le cose, quando una convenzione speciale contiene talune norme di competenza ma non comporta alcuna disposizione sulla litispendenza e sulla connessione, vanno applicati gli artt. 21 e 22 della Convenzione di Bruxelles".

In virtù dell'articolo 57, quindi, le convenzioni concluse dagli Stati membri con Stati terzi sono fatte salve, e vanno applicate in via prioritaria. Ciò non significa, tuttavia, che esse escludano *in toto* l'applicabilità delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1968. Una volta determinato l'ambito di applicazione della convenzione (di diritto materiale uniforme o di diritto internazionale privato in senso lato) che disciplina, in una materia particolare, giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, il giudice dovrà infatti verificare se questa presenti lacune, e dunque se vi siano questioni in relazione alle quali la convenzione in questione non detta una disciplina¹⁰. Tali lacune saranno colmate attraverso le disposizioni della Convenzione di Bruxelles, il cui ambito di operatività si riespanderà, dunque, al fine di integrare le norme adottate sul piano internazionale.

5. La soluzione accolta dalla Corte nella sentenza *Tatry* non si discosta dai principi fatti propri da dottrina e giurisprudenza in materia di rapporti tra diritto internazionale privato e convenzioni di diritto materiale uniforme. Pur sulla base di fondamenti teorici differenti¹¹, la dottrina ha infatti sempre ammesso la prevalenza delle convenzioni di diritto materiale uniforme, limitatamente alle materie da esse disciplinate, sulle disposizioni di diritto internazionale privato in senso lato, prevalenza che non impedisce una riespansione dell'ambito di operatività delle norme di diritto internazionale privato agli spazi non coperti dal diritto materiale uniforme¹².

⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Tesauro del 13 luglio 1994.

¹⁰ Come sottolineato anche nelle conclusioni dell'avvocato generale, tali principi sono enunciati nella relazione Schlosser di accompagnamento alla convenzione di adesione di Regno Unito, Danimarca e Irlanda alla Convenzione di Bruxelles del 1968 (*G.U.C.E. C 59 del 5.3.1979*), secondo la quale le convenzioni contenenti regolamentazioni speciali prevalgono sulla Convenzione di Bruxelles, ma, qualora manchino regolamentazioni nella convenzione speciale, è di nuovo applicabile la convenzione di Bruxelles. Nella relazione si precisa peraltro che alcune questioni, quali quella relativa alla possibilità che la litispendenza fondata su una convenzione speciale cada sotto l'articolo 21 della Convenzione di Bruxelles, sono rimaste insolte, e dunque spetterà alla giurisprudenza individuare una soluzione in merito.

¹¹ Sul punto v. per tutti P. FRANZINA, "Art. 25 (Relazioni con convenzioni internazionali in vigore)", F. SALERNO/P. FRANZINA, *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, NLCC, n. 3-4, 2009, pp. 935-946, spec. p. 938 ss.

¹² Sul punto v. per tutti A. MALINTOPPI, "Les rapports entre droit uniforme et droit international privé", *RCA-*

D'altro canto, la giurisprudenza nazionale antecedente la sentenza *Tatry* ha sancito la possibilità di integrare la disciplina delle suddette convenzioni – in particolare delle convenzioni di diritto materiale uniforme in materia di trasporto – tramite il ricorso alle norme della Convenzione di Bruxelles¹³.

Ciò che caratterizza la pronuncia della Corte di giustizia, e che diverrà più evidente nella giurisprudenza più recente, è tuttavia l'ottica unilaterale nella quale essa si pone nel risolvere i conflitti tra convenzioni, ottica che comporta, in ultima analisi, la prevalenza delle esigenze del diritto dell'Unione europea su quelle proprie degli strumenti convenzionali dei quali gli Stati membri sono parti.

6. Per illustrare questo punto, val la pena di soffermarsi brevemente sui criteri elaborati dalla dottrina¹⁴ in materia di soluzione dei conflitti tra norme convenzionali.

Di veri e propri conflitti tra convenzioni si può parlare solo allorché gli accordi dei quali si discute non contengano norme corrispondenti o norme la cui applicazione porti in concreto a risultati equivalenti fra loro¹⁵. Nell'ipotesi in cui sussista equivalenza, si sarà in presenza di un falso conflitto tra convenzioni, mentre di un conflitto reale, per risolvere il quale sarà necessario scegliere tra una delle convenzioni in presenza, si potrà parlare solo allorché la suddetta equivalenza di risultati non si verifichi. Ora, in tale ipotesi, è necessario ricercare criteri atti a risolvere il conflitto tra norme convenzionali che siano adatti alle specificità della materia privatistica, in relazione alla quale l'applicazione delle norme della convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati non sembra soddisfacente¹⁶.

In particolare, due sono i principi ai quali la dottrina principalmente fa ricorso: quello di specialità e quello della massima efficacia (*efficacit  maximale*)¹⁷. Per quanto riguarda il primo, ad avere prevalenza sarebbe la convenzione che regola in modo pi  specifico la materia. Cos , la Convenzione di Ginevra del 1956 sul contratto internazionale di trasporto di merci su strada (CMR) prevarrebbe sulla Convenzione di Bruxelles del 1968, in quanto relativa a una materia pi  specifica rispetto alla materia civile e commerciale regolata dalla Convenzione di Bruxelles¹⁸. Si tratta, in fin dei conti, del criterio fatto proprio dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 e dal regolamento 44/2001, lad-

DI, 1965-III, t. 116, pp. 5-79, a p. 52 ss.; E. VITTA, "International Conventions and National Conflict Systems", *RCADI*, 1969-I, t. 126, pp. 121-230, spec. p. 216 ss.; G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solution des conflits de lois", *RCADI*, 1969-I, t. 126, pp. 409-536, p. 468 ss.; K. ZWIGERT/U. DROBNIG, "Einheitliches Kaufgesetz und internationales Privatrecht", *RebelsZ*, 1965, pp. 146-165, spec. p. 149. E, con particolare riguardo alle convenzioni di diritto materiale uniforme in materia di trasporto, S. M. CARBONE, A. LA MATTINA, "L'ambito di applicazione del diritto uniforme dei trasporti marittimi internazionali dalla Convenzione di Bruxelles alla Convenzione UNCITRAL", *RDIPP*, 2009, pp. 951-988; P. IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990; C. TUO, "Alcune riflessioni sulla portata applicativa della CMR", *RDIPP*, 2004, pp. 193-224, spec. p. 197 ss.

¹³ Con riferimento specifico alla possibilit  di "integrare" le disposizioni della convenzione di Bruxelles del 1952 in materia di sequestro conservativo di navi tramite l'applicazione degli articoli 21 e 22 (litispendenza e connessione) della Convenzione di Bruxelles del 1968, v. la giurisprudenza britannica citata nelle conclusioni dell'avvocato generale nel caso *Tatry* (Queen's Bench Division (Admiralty Court), 17.7.1987, *The Nordglint*, *The Law Reports*, 1988, p. 183; Queen's Bench Division (Admiralty Court), 23.10.1987, *The Linda*, *Lloyd's Law Reports*, 1988, p. 174). Con riferimento ad altre convenzioni in materia di trasporto, e in particolare alla Convenzione di Ginevra del 1956 sul contratto internazionale di trasporto di merci su strada v., per quanto riguarda la giurisprudenza francese, Cour de cassation (Ch. Com.), 21.6.1982, *RCDIP*, 1983, p. 77 e, per quanto concerne la giurisprudenza italiana, Corte di cassazione (S.U.), 28.10.1987, n. 7972, *RDIPP*, 1989, p. 119. Sulla giurisprudenza tedesca in materia, successiva alla sentenza *Tatry*, v. J. HAUBOLD, "Internationale Zust ndigkeit nach CMR und EuGv /Lug ", *IPRax*, 2000, pp. 91-96; B. SCHINKELS, "Verh ltnis von Art. 31 CMR und EuGv  sowie Einbeziehung der ADSp gegenüber einer italienischen AG", *IPRax*, 2003, pp. 517-520.

¹⁴ C. BRIÈRE, *Les conflits...*; D. BUREAU, "Les conflits"...; B. DUTOIT/F. MAJOROS, "Le lacis"...; F. MAJOROS, *Les conventions...*; P. VOLKEN, *Konventionskonflikte...*

¹⁵ In questo senso v. D. BUREAU, "Les conflits"... , p. 209.

¹⁶ Sul punto v. T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Napoli, 1993, pp. 13 ss. e 129 ss.

¹⁷ Un ruolo residuale   invece svolto, secondo Majoros, dal principio secondo il quale sarebbe la convenzione pi  recente ad avere prevalenza.

¹⁸ In questo senso v. C. BRIÈRE, "Les conflits"... , p. 195.

dove essi, agli articoli 57 e 71, fanno salve le convenzioni concluse dagli Stati membri “in materie particolari”¹⁹.

Quanto al criterio dell’*efficacit  maximale*, esso troverebbe applicazione soprattutto in relazione al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni, e si concreterebbe nella regola secondo la quale, tra le disposizioni delle convenzioni in presenza, andrebbe applicata quella che risponde meglio agli interessi comuni ad entrambe le convenzioni. Dal momento che la finalit  sottostante la maggior parte delle convenzioni che contengano norme in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni   quella di favorire la circolazione di detti atti, ad avere prevalenza dovr  essere la norma convenzionale che ammette il riconoscimento e l’esecuzione con maggiore facilit ²⁰.

7. Su tali criteri e sulla loro applicazione da parte della Corte nella sentenza *Tatry* vanno svolte alcune ulteriori osservazioni. In effetti, nella vicenda oggetto della pronuncia ora citata non si era in presenza di un conflitto reale tra convenzioni. Le disposizioni della convenzione di Bruxelles del 1968 in materia di litispendenza e connessione vengono infatti considerate dalla Corte applicabili per colmare una lacuna della convenzione di diritto uniforme del 1952. Il rapporto tra le due convenzioni assume dunque i caratteri di un rapporto di complementariet .

Pur in assenza di un reale conflitto tra norme, la Corte sembra tuttavia adombrare una sorta di prevalenza delle esigenze dell’Unione su quelle sottostanti altri impegni convenzionali sottoscritti dagli Stati membri, e fare applicazione di una versione per cos  dire “deformata” del principio dell’*efficacit  maximale*. In effetti, il criterio della massima efficacia formulato in termini astratti implica che venga operato un confronto tra le norme convenzionali in concorso per verificare quale risponda meglio agli obiettivi sottostanti entrambe le convenzioni. La Corte, invece, si limita a prendere in considerazione le esigenze dell’ordinamento dell’Unione europea e ad affermare che un’interpretazione dell’articolo 57 della Convenzione di Bruxelles nel senso che esso impedisca un’integrazione delle lacune delle norme della convenzione del 1952 attraverso le proprie disposizioni in materia di litispendenza e connessione “sarebbe incompatibile con la finalit  della Convenzione la quale, stando al preambolo, consiste nel potenziare nella Comunit  la tutela giuridica delle persone residenti nel suo territorio e nel facilitare il riconoscimento delle decisioni onde garantirne l’esecuzione”. I giudici di Lussemburgo non procedono dunque a una verifica dell’esistenza di obiettivi comuni alle due convenzioni per concludere che la loro integrazione reciproca risponde agli obiettivi di entrambe, bens  subordinano la soluzione da adottare al soddisfacimento degli obiettivi propri dello spazio giudiziario europeo.

2. L’obbligo di interpretare le convenzioni di diritto materiale uniforme conformemente al diritto dell’Unione europea: la sentenza *TNT*

8. Se nella sentenza *Tatry* l’ottica ora descritta   ravvisabile solo sullo sfondo e rimane priva di conseguenze sul piano pratico, essa diviene molto pi  rilevante nella recente sentenza *TNT*²¹, relativa ai rapporti tra il regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e la Convenzione di Ginevra del 1956 concernente il contratto internazionale di trasporto di merci su strada (CMR), convenzione di diritto materiale uniforme nella quale sono per  contenute anche disposizioni in materia di giurisdizione e di riconoscimento di decisioni straniere²².

La controversia riguardava la mancata consegna di un quantitativo di merci nel luogo di destinazione, evento in seguito al quale le parti avevano avviato procedimenti dinanzi a giudici di Stati differenti: la TNT dinanzi al giudice olandese per far accertare che essa non rispondeva dei danni causati dalla perdita delle merci; la societ  assicuratrice del mittente dinanzi al giudice tedesco al fine di ottenere il

¹⁹ In questo senso v. C. LEGROS, “Les conflits”..., p. 1085. In senso contrario v. C. TUO, “Alcune riflessioni”..., p. . 194 ss.

²⁰ Sul punto v. C. BRIÈRE, “Les conflits”..., p. 183.

²¹ Sentenza 4.5.2010, C-533/08, *TNT*, non ancora pubblicata

²² Su tale convenzione e sui suoi rapporti con le disposizioni dell’Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile, v. per tutti C. TUO, “Alcune riflessioni”....

risarcimento dei danni subiti a causa di detta perdita. Poiché il giudice olandese era stato adito per primo, la TNT riteneva che il giudice tedesco dovesse dichiarare la propria incompetenza sulla base dell'art. 31, n. 2 della CMR ("Qualora per una controversia ... sia stata proposta una azione davanti al giudice competente ... o qualora questo giudice si sia pronunciato su una tale controversia, nessuna nuova azione può essere intentata tra le parti per la stessa controversia, salvo che la sentenza del giudice davanti al quale è stata promossa la prima causa non possa essere seguita nel Paese in cui è promossa la nuova causa"). Il Landgericht di Monaco, tuttavia, respingeva tale argomentazione e condannava la TNT al risarcimento del danno. La società assicuratrice del mittente chiedeva che detta decisione fosse resa esecutiva nei Paesi Bassi, ma la TNT si opponeva all'esecuzione invocando il limite dell'ordine pubblico, sostenendo che, ai sensi della norma sulla litispendenza di cui all'art. 31, n. 2, della CMR, il giudice tedesco non fosse competente a conoscere dell'azione intentata dalla società assicuratrice.

9. Contrariamente alla vicenda oggetto della sentenza *Tatry*, nel caso di specie non si era in presenza di una lacuna della convenzione di diritto uniforme colmabile attraverso il ricorso alle norme della Convenzione di Bruxelles del 1968 o del Regolamento 44/2001, bensì di due convenzioni contenenti entrambe norme sulla litispendenza e sul riconoscimento ed esecuzione di decisioni. In particolare, si chiedeva alla Corte di giustizia se l'articolo 71 del regolamento 44/2001 (che lascia impregiudicate le convenzioni di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) dovesse essere interpretato nel senso che le norme sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e l'esecuzione previste da una convenzione relativa a una materia particolare, come la norma sulla litispendenza enunciata all'art. 31, n. 2, della CMR e quella relativa alla forza esecutiva di cui all'art. 31, n. 3, di tale convenzione si applicassero in sostituzione delle corrispondenti norme del regolamento 44/2001.

Il problema era costituito da un lato dal fatto che, come nota la Corte, "la norma sulla litispendenza enunciata dalla CMR e dal regolamento 44/2001, anche se formulata in termini analoghi, può avere una diversa portata a seconda che siano applicate detta convenzione e la relativa giurisprudenza nazionale ovvero siano applicati detto regolamento e la giurisprudenza della Corte ad esso relativa". Dall'altro dalla circostanza in base alla quale, mentre l'articolo 31, n. 3 della CMR prevede che le sentenze pronunciate dai giudici di uno Stato contraente ed esecutive in detto Paese divengano ugualmente esecutive negli altri Stati contraenti appena siano state adempiute le formalità all'uopo prescritte nello Stato interessato, e indica come unica condizione che tali formalità non comportino alcun riesame del merito del processo, non fornendo indicazioni quanto alla possibilità che nello Stato del riconoscimento si proceda a un controllo della competenza del giudice di origine, il regolamento 44/2001, all'art. 35, vieta – fatte salve le ipotesi indicate al comma 1 – tale controllo, ed esclude espressamente che le norme sulla competenza possano riguardare l'ordine pubblico.

10. Ora, un'applicazione rigorosa dell'articolo 71 del regolamento 44/2001 avrebbe dovuto condurre la Corte ad affermare che, in relazione alle questioni rientranti nel suo ambito di applicazione, la CMR prevale sul regolamento 44/2001, e dunque sono le norme della prima e non quelle del secondo a dover prevalere. La litispendenza avrebbe pertanto dovuto essere accertata sulla base dell'art. 31, n. 2 della CMR, in quanto disposizione che disciplina in modo esaustivo la questione. Un'interazione tra norme della CMR e del regolamento era invece ipotizzabile in relazione al riconoscimento delle decisioni. L'articolo 31, n. 3 della CMR, nell'enunciare il principio secondo il quale le decisioni divenute esecutive in uno Stato contraente diventano esecutive negli altri Stati contraenti "non appena siano state adempiute le formalità all'uopo prescritte nel Paese interessato" non detta infatti una disciplina completa, sicché per definire le formalità dell'esecuzione si potrà rinviare alle norme del regolamento 44/2001.

Anziché seguire la via ora indicata, tuttavia, la Corte sembra portare alle estreme conseguenze la tendenza già abbozzata nella sentenza *Tatry*. In effetti, dopo aver ribadito il principio secondo il quale le norme enunciate in convenzioni relative a materie particolari hanno l'effetto, secondo quanto dispone l'art. 71 del regolamento 44/2001, di escludere l'applicazione delle disposizioni di tale regolamento riguardanti la stessa questione, aggiunge che l'applicazione delle prime "non può pregiudicare i principi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile commerciale all'interno dell'Unione, quali i principi ... di libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, di prevedibilità del

foro competente e, pertanto, di certezza del diritto per i suoi destinatari, di buona amministrazione della giustizia, di riduzione massima del rischio di procedimenti paralleli, nonché di reciproca fiducia nella giustizia nell'ambito dell'Unione".

L'articolo 71 del regolamento 44/2001 viene dunque letto come una disposizione volta alla tutela dei principi che regolano all'interno dell'Unione la cooperazione giudiziaria in materia civile, anziché come una norma intesa a salvaguardare gli impegni assunti dagli Stati membri nei confronti degli Stati terzi sul piano internazionale²³. Il rispetto di questi ultimi è infatti subordinato al fatto che essi siano compatibili o interpretati in modo conforme con i principi fatti propri dalle istituzioni dell'Unione europea. Nel caso di specie, le norme sulla competenza giurisdizionale e sulla litispendenza contenute nella convenzione di diritto uniforme (CMR) potevano dunque, secondo la Corte, essere applicate all'interno dell'Unione solo nella misura in cui rispondevano ai citati principi sottostanti il regolamento 44/2001, e similmente le disposizioni di detta convenzione relative al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni avrebbero potuto trovare applicazione soltanto in quanto consentissero di soddisfare gli obiettivi "della libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché della fiducia reciproca nella giustizia in seno all'Unione, in condizioni almeno altrettanto favorevoli di quelle che risultano dall'applicazione del regolamento n. 44/2001".

3. Interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?

11. Una simile lettura dei rapporti tra norme dell'Unione in materia di diritto processuale civile internazionale e convenzioni concluse dagli Stati membri in materie particolari – con particolare riguardo alle convenzioni di diritto materiale uniforme – si pone in contrasto sia con le conclusioni dell'avvocato generale Kokott²⁴ nella medesima causa, sia con un precedente orientamento della Corte in tema di interpretazione conforme.

Nelle conclusioni dell'avvocato generale si mette in luce in effetti il differente fondamento dell'art. 71 del regolamento 44/2001 rispetto all'articolo 351 TFUE. Mentre quest'ultima disposizione presuppone l'esistenza di un conflitto tra obblighi assunti dallo Stato membro sul piano internazionale e obblighi discendenti in capo a questo dal diritto dell'Unione europea, e impone allo Stato di ricorrere a tutti i mezzi possibili per eliminare tale incompatibilità, compresa l'interpretazione della convenzione in modo conforme al diritto dell'Unione, l'articolo 71 del regolamento 44/2001 lascia consapevolmente coesistere il regolamento e le convenzioni speciali, facendo prevalere le seconde, senza porre alcun obbligo di eliminare le eventuali incompatibilità tra tali fonti. Mentre dunque un obbligo di interpretazione conforme può discendere dall'articolo 351 TFUE, un simile principio non è deducibile dall'articolo 71 del regolamento.

Ma vi è di più. L'avvocato generale, a fondamento della propria ricostruzione, cita la sentenza *Budvar*²⁵, del 18 novembre 2003. In tale pronuncia alla Corte di giustizia veniva sottoposta una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. art. 307 TCE (ora art. 351 TFUE), e in particolare alla compatibilità tra un accordo bilaterale in materia di tutela delle indicazioni geografiche, denominazioni d'origine e altre denominazioni attinenti la provenienza di prodotti agricoli e industriali, concluso tra Austria e Cecoslovacchia prima dell'adesione dell'Austria all'Unione europea²⁶, e le disposizioni del trattato relative alla libera circolazione delle merci.

Ora, nel rispondere al quesito sottoposto, la Corte fa discendere effettivamente dall'art. 307 TCE un obbligo di verificare se l'eventuale incompatibilità tra il trattato e la convenzione conclusa da uno Stato membro possa essere evitata fornendo un'interpretazione della convenzione conforme al diritto dell'Unione europea. Tuttavia, essa pone in primo piano anche l'esigenza di rispettare gli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Le norme convenzionali dovranno infatti essere interpretate

²³ Sul punto, in relazione al regolamento Roma I, v. P. FRANZINA, "Art. 25"..., p. 942.

²⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 28 gennaio 2010.

²⁵ Sentenza 18.11.2003, C-216/01, *Budvar*, *Raccolta*, p. I-13617.

²⁶ Dal momento che la pronuncia della Corte si riferisce ad un'epoca nella quale Repubblica ceca e Slovacchia non avevano ancora aderito all'Unione, la convenzione bilaterale in questione si configurava come un trattato concluso tra uno Stato membro e uno Stato terzo.

conformemente al diritto dell'Unione europea solo *ove possibile e nel rispetto del diritto internazionale*²⁷.

Se il rispetto degli obblighi assunti sul piano internazionale costituisce un limite all'interpretazione conforme anche nelle ipotesi in cui a venire in considerazione sia l'articolo 351 TFUE, disposizione che – come accennato – si pone nell'ottica di un'eliminazione dei conflitti tra obblighi convenzionali precedentemente assunti dagli Stati membri e diritto dell'Unione europea, a maggior ragione un tale limite dovrebbe valere nelle ipotesi in cui i rapporti tra tali fonti siano regolati dall'articolo 71 del regolamento 44/2001, che espressamente fa salve le convenzioni in materia di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione di decisioni straniere, sancendone la prevalenza sulle norme del regolamento.

12. L'interpretazione delle convenzioni concluse tra Stati membri e Stati terzi in modo conforme ai principi sottostanti la cooperazione giudiziaria in materia civile nell'Unione europea dovrebbe dunque essere consentita solo nella misura in cui siano possibili più interpretazioni della norma convenzionale e si scelga quella più conforme ai dettami del regolamento 44/2001²⁸. Nell'ipotesi in cui l'interpretazione della norma convenzionale conformemente al diritto dell'Unione europea porti a una distorsione della norma stessa e a una sua lettura non conforme alla *ratio* della convenzione della quale essa è parte, il principio dell'interpretazione conforme si tradurrebbe infatti in una violazione da parte dello Stato membro degli obblighi assunti sul piano internazionale²⁹.

Una lettura dell'articolo 71 del regolamento 44/2001 che porti a tale ultimo risultato sembra peraltro essere in contrasto con il dettato stesso della norma. Si tratta infatti di una disposizione che non si preoccupa di risolvere le eventuali incompatibilità tra obblighi assunti dagli Stati membri prima dell'entrata in vigore del trattato istitutivo della Comunità economica europea o della loro adesione alla Comunità o all'Unione europea e disposizioni del regolamento 44/2001, bensì che si limita a sancire la prevalenza dei primi e sembra dunque essere volta alla salvaguardia delle esigenze “universalistiche” di cooperazione con Stati terzi. Piegare tali esigenze agli obblighi discendenti dalle norme dell'Unione europea relative alla cooperazione giudiziaria in materia civile significherebbe rischiare di porre gli Stati membri in una situazione senza via d'uscita, tra l'alternativa di incorrere in una violazione degli obblighi internazionali o di quelli discendenti dal diritto dell'Unione europea.

III. Prospettive future nell'ottica di un'estensione della competenza esterna dell'Unione Europea

13. Il problema dei rapporti tra norme adottate dalle istituzioni dell'Unione sul piano interno in materia di cooperazione giudiziaria civile e obblighi assunti dagli Stati membri nei confronti di Stati terzi nella medesima materia è destinato a subire ulteriori evoluzioni in ragione dell'estensione della competenza esterna dell'Unione anche a tale settore.

Come è noto, fin dal 1971³⁰ la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo il quale “tutte le volte che (per la realizzazione di una politica comune prevista dal trattato) la Comunità ha adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere – né individualmente né collettivamente – di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme. Man mano che queste norme comuni vengono adottate, infatti, si accentra nella Comunità la competenza ad assumere e ad adempiere – con effetto per l'intera sfera in cui vige l'ordinamento comunitario – degli impegni nei confronti degli Stati terzi”.

Sulla base di tale principio, nel parere 1/03³¹ la Corte ha chiarito che, per quanto riguarda la sti-

²⁷ Par. 169 della sentenza.

²⁸ In questo senso, in relazione all'attuale articolo 351 TFUE, v. P. FRANZINA, “Art. 25” ..., nota 47.

²⁹ Alcuni casi nei quali è ipotizzabile che un'interpretazione delle convenzioni di diritto uniforme in materia di trasporti in conformità con i principi che regolano la cooperazione giudiziaria in materia civile all'interno dell'Unione europea porti a una violazione delle norme convenzionali sono illustrate da C. LEGROS, “Les conflits” ..., pp. 1093 ss. e 1102 ss.

³⁰ Sentenza 31.3.1971, 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee, Raccolta*, p. 263.

³¹ Parere 1/03 del 7.2.2006, *Raccolta*, p. I-1145.

pulazione di accordi internazionali relativi a competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione di sentenze, tale competenza spetta all'Unione europea in via esclusiva. È probabile invece che quando sin sia in presenza di un accordo che contiene sia norme di carattere processuale sia norme di diritto materiale uniforme (come le convenzioni in materia di trasporto citate nei paragrafi precedenti), debba essere utilizzata la forma mista³².

In entrambe le ipotesi, è un dato di fatto che l'assunzione di competenza da parte dell'Unione sul piano esterno restringa notevolmente il campo di azione degli Stati membri sul piano internazionale³³.

Tale evoluzione sembra suscettibile di riflettersi anche sugli accordi già stipulati tra Stati membri e Stati terzi e che contengano norme relative alla giurisdizione e al riconoscimento di sentenze in materia civile e commerciale. Con tutta probabilità, in effetti, l'orientamento sopra descritto e volto a far prevalere le esigenze proprie dell'Unione europea sugli obblighi assunti dagli Stati sul piano internazionale tenderà a rafforzarsi: l'esigenza di salvaguardare le aperture "universalistiche" offerte dagli accordi tra Stati membri e Stati terzi, nel momento in cui sarà l'Unione a farsi carico del compito di sviluppare forme di cooperazione di carattere universale, tenderà infatti a venir meno.

³² Sul punto v. P. FRANZINA, "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *CDT*, vol.1, n. 1, Marzo 2009, pp. 92-101, spec. p. 100. È stata ad esempio conclusa in forma mista la convenzione di Montréal del 1999 per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale.

³³ Non è un caso che l'articolo 71 del regolamento 44/2001, contrariamente a quanto prevede l'articolo 57 della Convenzione di Bruxelles del 1968, faccia salve solo le convenzioni stipulate dagli Stati membri prima dell'entrata in vigore del regolamento, e non le convenzioni future. Sul punto v. C. LEGROS, "Les conflits"... , p. 1085.

CUESTIONES DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN TORNO A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST: *FORUM SHOPPING* Y “DEMANDAS TORPEDO”

JULIA SUDEROW

Rechtsanwältin & Abogada, llm

Recibido: 24.08.2010 / Aceptado: 07.09.2010

Resumen: El fomento de la aplicación privada del Derecho de la Competencia conlleva un aumento de las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia. Debido al carácter transnacional de muchas infracciones, las demandas que se basen en las mismas también podrán desarrollarse en varias jurisdicciones. En este sentido las partes implicadas emplean las reglas de competencia internacional y litispendencia como estrategia de defensa frente a posibles demandas. El presente trabajo analiza las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a este tipo de litigios en relación a la competencia de los tribunales afectados y los problemas que están surgiendo actualmente así como las posibles soluciones propuestas por la doctrina o por los propios tribunales.

Palabras clave: Aplicación privada del Derecho de la Competencia, *forum shopping*, jurisdicción, litispendencia, acciones de daños y perjuicios.

Abstract: The support to the private enforcement of Competition Law entails an increase of the actions for damages based on infringements of Competition Law. Due to the transnational nature of many infringements, the actions based on such infringements can also be carried out in several jurisdictions. In this sense; the involved parties use the rules of international jurisdiction and *lis pendens* as a defence strategy against potential claims. This essay analyses the International Private Law rules applicable to these disputes about the jurisdiction of the affected courts and the problems that are currently arising and possible solutions proposed by the courts themselves or by the doctrine.

Key words: Private enforcement of Competition Law, forum shopping, jurisdiction, *lis pendens*, actions for damages.

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. III. Forum Shopping. 1. Libertad de las partes para elección de la jurisdicción. 2. Jurisdicción general: artículo 2 del Reglamento 44/2001. 3. Jurisdicción especial: artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. 4. Jurisdicción especial según el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001. IV. Litispendencia. 1. Identidad de objeto y causa. 2. Identidad de partes 3. La larga duración del procedimiento ante el primer juzgado como excepción al artículo 27 del Reglamento 44/2001. A) Situación de abuso. B) Violación del artículo 6 CEDH. 4. Consecuencias de la situación de litispendencia. V. Conexidad. 1. Demandas conexas. 2. Inconciliabilidad a los efectos del artículo 28.3 del Reglamento 44/2001. 3. Consecuencias del artículo 28 del Reglamento 44/2001. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. En ocasiones entre las distintas áreas de cooperación y regulación de la Unión Europea previstas en los Tratados pueden surgir roces o tensiones involuntarias que se van reflejando en la práctica diaria y en la aplicación del Derecho Comunitario por los distintos Estados miembros. Este análisis se

refiere a la interfaz entre dos pilares esenciales de la política de integración europea: la política de Competencia (artículos 101 y 102 TFUE) y la cooperación judicial en materia civil (artículo 81 TFUE).

2. La persecución de las conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia, tales como el abuso de la posición dominante o acuerdos prohibidos entre competidores, se puede ejercer de dos formas.¹ Por un lado a través de la aplicación pública, es decir por las autoridades encargadas de la defensa de competencia de cada Estado y por la Comisión Europea en Europa así como por la vía penal.² Por otro lado también se pueden emplear los instrumentos civiles correspondientes, es decir demandas de empresas y entidades privadas o personas particulares contra otros operadores económicos. Estas demandas pueden plantearse con el fin de conseguir la cesación de una conducta, la anulación de un contrato de carácter anticompetitivo, o el resarcimiento de daños perjuicios sufridos.³ Estas últimas suelen ser las más comunes y son en cualquier caso las más temidas por los infractores ya sean los miembros de un cártel o una empresa que abusa de su posición dominante.

3. La aplicación privada tiene una larga tradición en los Estados Unidos de América, mientras que en Europa se encuentra *subdesarrollada*.⁴ En el marco de la reforma del Derecho de la Competencia y de la mejora de su aplicación, Europa está tratando de fomentar su aplicación privada como complemento a la aplicación pública.⁵ Dentro de esta política, el Reglamento 1/2003 establece un sistema de aplicación descentralizada impulsando la implicación de las autoridades nacionales y de los tribunales nacionales que son quienes deberán aplicar la normativa, para lo que el propio Reglamento 1/2003 les ha dado poderes de actuación.⁶ Por otra parte el TJCE ha establecido en las sentencias *Courage* y *Manfredi* que la plena aplicación de los antiguos artículos 81 y 82 del Tratado CE (en la actualidad 101 y 102 TFUE) exige que cualquier persona que haya sufrido daños por una infracción del Derecho de la Competencia Comunitario pueda obtener el pleno resarcimiento de los daños sufridos del infractor.⁷

4. Este tipo de demandas se basan en hechos que en muchas ocasiones tendrán un carácter transnacional, si persiguen obtener el resarcimiento por daños y perjuicios provocados por un cártel internacional. Debido a la dificultad para acceder a la información y pruebas relativas a los hechos causantes de los daños, las víctimas inician los procedimientos una vez tienen conocimiento de la conducta ilícita.⁸

¹ Véase artículos 101 y 102 TFUE, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, *DOUE*, de 30 de marzo de 2010 p.47 y artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, *BOE* de 4 de julio de 2007, p.28848.

² Artículos 101 y 102 TFUE, Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas de Competencia. *DOUE* de 4 de marzo de 2003 L1/1, p.1. Véase también artículos 49 y siguientes de Ley de Defensa de la Competencia y entre otros el artículo 284 del Código Penal, si bien la persecución penal a día de hoy es muy reducida a diferencia de por ejemplo los Estados Unidos de América.

³ Respecto a la aplicación privada véase por ejemplo: A. P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement ; Decentralised Application of EC- Competition Law by National Courts*, Portland, Hart Publishing, 2008; G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Folgen* en *EuR*, 2003, p. 825-846.

⁴ Véase a este respecto los estudios y análisis de la Comisión Europea sobre este aspecto y en especial el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final

disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>.

⁵ Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final

disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>.

⁶ Considerando 8, Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas de Competencia establecidas en el artículo 81 y 82 del tratado, *DOUE* L 1/1, 4, 1.2003, p.1.

⁷ STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan* y *Bernard Crehan contra Courage Ltd* y otros. - C-453/99. Rec 2001 p. 06297. STJCE de 13 de julio de 2006 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* and *Nicolò Tricarico (C-297/04)* and *Pasqualina Murgolo (C-298/04)* v *Assitalia SpA C-295/04 a C-298/04* Rec 2006 p. 06619.

⁸ G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Fol-*

Esto suele tener lugar cuando las autoridades de competencia publican una resolución sancionadora contra los causantes del daño. Este tipo de demandas se conocen como *follow on* y en muchas ocasiones se basarán en las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea.⁹ A primera vista el Derecho Internacional Privado parece estar del lado de las víctimas puesto que, de acuerdo con los artículos 2 y 5.3 de Reglamento 44/2001 tienen siempre la posibilidad de elegir entre tres posibles foros ante los que presentar sus demandas contra las empresas infractoras: domicilio del demandado, lugar de los hechos y lugar del efecto.¹⁰

5. Como veremos a continuación, la jurisprudencia del TJCE muestra claramente que las partes son cada vez más conscientes de sus posibilidades de influenciar y/o determinar el foro que les interese.¹¹ Las víctimas tratarán de escoger la jurisdicción que mejor se adapte a sus intereses, como por ejemplo tribunales con experiencia en este tipo de procedimientos o aquellos que cuenten con una legislación más favorable.

Sin embargo, aunque las víctimas tengan varias opciones para escoger el foro, la realidad puede ser otra: los infractores, aprovechando su conocimiento sobre la amenaza de posibles reclamaciones por daños y perjuicios pueden tratar de emplear las normas de litispendencia internacional para obstaculizar posibles reclamaciones. Para ello, los infractores presentan demandas declarativas de “no infracción” o demandas del tipo que sea ante una jurisdicción especialmente lenta, como por ejemplo los tribunales italianos o belgas.¹² El objetivo de estas demandas consiste en *torpedear* las posibilidades procesales de posibles contrarios interesados en reclamar daños y perjuicios contra el demandante. Estas demandas son habituales en litigios sobre propiedad industrial y empiezan a proliferar en disputas relacionadas con el Derecho de la Competencia.¹³ Si una víctima presenta una demanda con posterioridad ante el tribunal que ella considere competente, esta segunda demanda podrá verse paralizada según los artículos 27 y 28 del Reglamento 44/2001. En particular, estos artículos regulan la forma de proceder en caso de procedimientos paralelos o simultáneos relacionados entre sí en distintos Estados miembros¹⁴ Como veremos, el Derecho procesal comunitario trabaja según el principio de prioridad que se basa en la igualdad de la justicia entre los distintos Estados miembros. Así, el tribunal ante el que se presentó una demanda con posterioridad a la presentada en otro tribunal de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el primer tribunal se pronuncie sobre su propia competencia. Cuando el primer tribunal se declare competente el segundo se inhibirá. Si bien el principio de equivalencia o *Gleichwertigkeitsprinzip* es un reflejo del en ocasiones *debido* respeto entre los distintos Estados miembros¹⁵, no refleja la realidad procesal.¹⁶ Es más, las normas sobre litispendencia y conexidad del Reglamento 44/2001 contienen un gran potencial para abusos y *forum shopping* mientras el TJCE continúe manteniendo su interpretación actual.¹⁷

gen en EuR, 2003, p. 825-846.

⁹D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en ZWeR 1/2006, p.1-27, p.3.

¹⁰STJCE de 30 de noviembre de 1976, 21/76, *Bier/Mines de Potasse* Rec. 1976, 1735; STJCE de 27 de Octubre de 1998, *Réunion Européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor*, C-51/97 Rec. 1998 p. 6511; STJCE de 7 de marzo 1995; *Shevill/Presse Alliance*, C-68/93, Rec. 1995 p. 415.

¹¹STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439; J. BASEDOW, *Perspektiven des Kartelldeliktsrechts* en ZWR 3/2006, pp. 294-305, p. 300.

¹²H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212, p. 205.

¹³H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

¹⁴J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, am Main, Peter Lang, 2005 p. 346, apartado 1.

¹⁵BGH, Sentencia de 6 Febrero 2002 - VIII ZR 106/01 - OLG Stuttgart - LG Stuttgart disponible en NJW 2002, 2795, 2796.

¹⁶H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

¹⁷H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessli-*

6. Como resalta H. GROTHE el núcleo del debate radica en las diferencias de eficacia entre las distintas jurisdicciones por lo que se trata de un problema de carácter estatal.¹⁸ Una demanda declarativa negativa en un Estado cuya justicia sea lenta, incluso en aquellos casos en los que no sea competente podrá bloquear una demanda presentada en un Estado en el que los tribunales son más eficientes e incluso son competentes para conocer del asunto.¹⁹

7. A día de hoy, existe una cierta tensión entre, por una parte, la coherencia del Derecho antitrust Comunitario sustantivo establecido en los artículos 101 y 102 TFUE y el objetivo de que estas normas deberían ser ejecutadas de forma eficaz en procedimientos civiles y, por la otra parte, el hecho de que el orden legal comunitario carece de los requisitos institucionales, procedimentales y sustantivos que garanticen el resarcimiento de forma efectiva.²⁰ En muchas ocasiones los litigios basados en Derecho antitrust tienen su origen en una sola infracción que afecta al mercado de varios países. La naturaleza internacional de la infracción de derecho sustantivo no coincide con las normas procedimentales y sustantivas nacionales necesarias para ejecutar las obligaciones que surgen del derecho sustantivo comunitario. Por este motivo, las normas de Derecho Internacional Privado respecto a la jurisdicción y al derecho aplicable son especialmente relevantes en un litigio de estas características.

8. El presente trabajo tiene por objeto describir la situación actual mediante el análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre cuestiones similares mostrando también un reciente ejemplo de la problemática que se está debatiendo ante los tribunales ingleses.

9. La reciente sentencia de la Corte Superior de Inglaterra y Gales, *High Court* en el asunto *Cooper Tire & Rubber Company And Others* contiene todos los ingredientes que caracterizan a la problemática objeto de estudio.²¹ Para poder entender mejor las conclusiones de la *High Court* debemos resumir los hechos y el transcurso del litigio:

Las acciones en el conjunto de demandas tienen su origen y se basan en la decisión de la Comisión Europea de 29 de Noviembre de 2006 en el Caso Caucho de Butadieno y Caucho Estireno-Butadieno en Emulsión. Ambos productos se emplean en la fabricación de neumáticos y otros productos por lo que su relevancia en el mercado es importante y la decisión ha afectado a un gran número de empresas del sector. En su decisión, la Comisión Europea concluyó que 13 empresas habían infringido el artículo 81 del Tratado EC (artículo 101 TFUE) en relación al mercado de suministro de los dos tipos de caucho sintético antes citado.²² Las empresas infractoras se encuentran domiciliadas en Alemania, Países Bajos, Italia, República Checa, Suiza y Polonia, ninguna de ellas tenía domicilio en Inglaterra. La Comisión considera que las empresas infractoras habían cometido una infracción única y continuada y compleja mediante acuerdos sobre precios objetivos de sus productos, reparto de clientes, acuerdos de no agresión e intercambio de información comercial secreta sobre precios, competidores y clientes. La empresa con domicilio en Italia, *Enichem*, junto con otros sancionados presentaron en febrero de 2007 recursos de apelación en contra de la decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal de Primera instancia. Una

che Gerichtsstände und Prozessverschleppung (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p.205.

¹⁸ H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

¹⁹ H. GROTHE: *Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugU und Art. 27 EuGVO*, en Iprax 2004, p. 83, 87.

²⁰ Sobre esta problemática, véase el Libro Blanco de la Comisión Europea: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final, o G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Folgen* en EuR, 2003, p. 825-846.

²¹ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper tire & rubber company and others- and - shell chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm).

²² Asunto COMP/F/38.638 — BR/ESBR disponible en

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38638.

de las empresas, Bayer, no ha presentado recurso de ningún tipo, ya que su sanción fue reducida a cero Euros en virtud del programa de clemencia comunitario.²³ Respecto a los recursos de apelación presentados conviene resaltar que los infractores no cuestionan en sus recursos la existencia del cártel, sino más bien otros aspectos de la decisión de la Comisión Europea, tales como los importes de las sanciones.²⁴

10. En Julio de 2007, poco después de recibir *letters before actions* de parte de un grupo de empresas perjudicadas por el cártel, *Enichem* decidió presentar una demanda ante los tribunales de Milán solicitando que se declarase la “inexistencia del cártel” y en su caso que se declarase que no se habían provocado daños de ningún tipo. Tal y como resalta el Juez *Teare* en su sentencia, *Enichem* no cuestionó la existencia del cártel ante el TPI por lo que nos encontramos ante una contradicción palmaria.²⁵ A mayor abundamiento las posibilidades de éxito de la demanda italiana respecto a la existencia del cártel son a todas luces cuestionables, ya que ante el TPI *Enichem* no ha negado su participación en el cártel. Ninguno de los demandados en el proceso italiano, es decir los fabricantes de neumáticos y perjudicados en este caso, ha presentado demandas reconventionales reclamando daños y perjuicios ante el Tribunal de Milán. Ahora bien, unos meses después, en Diciembre de 2007 un grupo de demandados, fabricantes de neumáticos presentaron sus demandas reclamando daños y perjuicios provocados por el cártel y la correspondiente infracción del antiguo artículo 81 del Tratado CE ante la *High Court* de Londres contra los participantes del cártel, entre los que se encuentra *Enichem*. De los demandantes ante el procedimiento inglés tan sólo cuatro tienen domicilio en Inglaterra. De los demandados tan sólo dos (de un total de 23) están domiciliados en Inglaterra pero ninguno de los dos ha sido sancionado por la Comisión Europea.

11. En el año 2008 parte de los demandados ante el tribunal inglés intervinieron en el procedimiento italiano y solicitaron ante el tribunal inglés que *Enichem* participase en el procedimiento inglés por haber participado en el cártel. *Enichem* solicitó a continuación la inhibición del tribunal inglés según lo establecido en los artículos 27 y 28 del Reglamento 44/2001. El juez aceptó la solicitud de *Enichem* y decidió inhibirse. Poco después buena parte de los demandados ante el tribunal inglés solicitaron la inhibición o en su caso suspensión del procedimiento inglés en favor del procedimiento italiano. En abril de 2009 el Tribunal de Milán se declaró competente para conocer del asunto pero rechazó la totalidad de las pretensiones de *Enichem*. Esta sentencia ha sido recurrida y la decisión sobre la apelación se encuentra a día de hoy pendiente.

12. El Juez *Teare* por los motivos que analizaremos a continuación se ha declarado competente rechazando en la totalidad de los casos una suspensión en virtud de las normas de litispendencia y de conexidad del Reglamento 44/2001 (A excepción de la suspensión frente a una demandada domiciliada en Suiza a la que hay que aplicar el Convenio de Lugano en lugar del Reglamento).²⁶ A continuación estudiaremos las distintas cuestiones de esta sentencia y de la jurisprudencia comunitaria sobre la jurisdicción, litispendencia y conexidad en este tipo de litigios.

II. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001

13. Del ejemplo anterior se desprende claramente que los litigios derivados de infracciones del Derecho antitrust tienen en muchos de los casos carácter internacional. Las acciones privadas derivadas de estas infracciones también pueden determinar la internacionalización del conflicto cuando las vícti-

²³ El programa de clemencia comunitario se encuentra regulado 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, *DOUE C 298*, 8 de diciembre de 2006, p. 17 y siguientes.

²⁴ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm), apartado 9.

²⁵ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm).

²⁶ Respecto a esta excepción debo resaltar que la decisión ha sido recientemente anulada por la sentencia de la Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489.

mas se encuentran domiciliadas en distintos Estados miembros aun habiendo adquirido los productos en el Estado miembro en el que se originó el cártel.²⁷

14. Las acciones por daños y perjuicios así como cualquier tipo de procedimiento relativo a las repercusiones en el mercado de una infracción del Derecho de la Competencia distinto de los procedimientos sancionadores administrativos, tiene carácter civil o mercantil por lo que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.²⁸

15. Según su primer artículo el Reglamento 44/2001 se aplicará con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. Las reclamaciones por daños y perjuicios por infracciones del Derecho antitrust no están incluidas en el catálogo de excepciones del artículo 1.2. La comunicación de la Comisión sobre la cooperación con los tribunales nacionales nos recuerda que el Reglamento 44/2001 se aplica a todos los casos de Derecho de la Competencia ya sean de carácter civil o mercantil.²⁹ Reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho antitrust se encuentran dentro de este tipo de casos. El Reglamento establece un estricto marco para determinar la jurisdicción, excluyendo normas como *forum non conveniens*, en virtud de la cual que fuese competente rechazase el asunto alegando que no es el tribunal adecuado para conocer del asunto.³⁰

16. Precisamente las acciones por infracciones del Derecho antitrust no sólo tienen carácter internacional sino que puede que un mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa se halle pendiente ante los tribunales de más de un Estado miembro. Para determinar qué tribunal es el que finalmente conocerá del asunto habrá que dirigirse a las normas de litispendencia internacional del Reglamento 44/2001.

III. *Forum shopping*

17. De acuerdo con el Reglamento 44/2001, la jurisdicción se puede determinar en base a distintas opciones. Las partes pueden haber acordado una jurisdicción concreta (artículo 23.1 del Reglamento 44/2001). El demandado puede ser demandado en los tribunales de su domicilio (artículo 2 44/2001). También existen una serie de foros especiales para ciertos tipos de demandas (artículos 5 y 6). En la mayoría de los casos por infracciones del Derecho de la Competencia las partes podrán optar entre varios foros por lo que habrá más de un tribunal disponible para conocer del asunto.³¹ Esto se debe a que las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE tienen lugar cuando la conducta se refiere a o afecta al mercado de varios Estados miembros. La única excepción tiene lugar cuando las partes domiciliadas en un solo Estado miembro celebran un acuerdo que tiene efectos más allá de las fronteras de dicho Estado miembro,³² y estos casos tan sólo habrá una sola jurisdicción cuando el demandante esté domiciliado en dicho Estado y haya sufrido los daños en el mismo Estado miembro.

1. Libertad de las partes para elección de la jurisdicción

18. Cuando las partes, de las cuales una o más estén domiciliadas en un Estado miembro hayan

²⁷ Para mayor información sobre el ámbito de aplicación: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 68, apartado. 29.

²⁸ Este Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2002, sustituyendo y modificando el Convenio de Bruselas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias en procedimientos civiles y mercantiles de 1968. El Convenio de Bruselas era un Tratado Internacional celebrado sobre la base del artículo 220 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (Art. 293 CE).

²⁹ Commission Notice about the cooperation between the Commission and the courts of EU member states in the application of Art. 81 and 82 EC, *DOUE* C 101, 27.4.2004, p. 54-64.

³⁰ STJCE Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu contra Jackson et. Al.* C-281/02 Rec 2005 p. 1383.

³¹ D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27, p.4.

³² STJCE de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, Rec 2002 1577.

acordado la jurisdicción para cualquier disputa que surja entre las partes y relacionadas con un negocio jurídico concreto, bastará para determinar el foro en el Estado miembro escogido por las partes en virtud del artículo 23 del Reglamento Bruselas I.

Esta norma tan sólo permite acuerdo de jurisdicción en Estados miembros y no permite la determinación de un tercer Estado. Por tanto en este segundo caso será el Derecho Internacional Privado del tribunal que conozca del caso el que determinará si es competente o no y si la cuestión se encuentra relacionada con la relación jurídica entre las partes.³³

19. Como el Derecho Internacional Privado de cada Estado y la interpretación de las cláusulas de jurisdicción puede ser diferente, las cláusulas de jurisdicción adolecen de cierta inseguridad respecto a su interpretación y determinación de la jurisdicción de la propia disputa. La sentencia *Provimi*, es un claro ejemplo de esta falta de seguridad.³⁴ La *High Court* inglesa tuvo que determinar si una reclamación por daños y perjuicios provocados por una infracción del Derecho antitrust Comunitario estaba cubierta por una cláusula de jurisdicción que establecía la jurisdicción de los Tribunales suizos o alemanes. Mientras que en caso de que se hubiese tratado de Derecho inglés para la demanda delictual que surgiese en relación a un contrato, se consideraría que hay suficiente conexión entre el acuerdo sobre la jurisdicción y la reclamación delictual, la *High Court* inglesa tuvo que aplicar Derecho suizo y alemán, por ser estos los Derechos aplicables a estos contratos para determinar si la demanda estaba suficientemente relacionada con el contrato. La *High Court* llegó a la conclusión que no existía tal conexión puesto que estas cláusulas no cubrían reclamaciones extracontractuales y delictuales por infracciones del Derecho de la Competencia ya que las partes no podían prever el comportamiento ilícito de la demandada en el momento de celebrar el contrato. El demandante podía entender que la demandada había celebrado el contrato de buena fe y no participando en un cártel.

Este mismo argumento ha servido para justificar las conclusiones de la corte inglesa sobre la nulidad de una cláusula que determinaba la jurisdicción francesa: la reclamación de daños y perjuicios no surge del contrato sino de la infracción del derecho antitrust ya existente.³⁵ De esta sentencia se desprende que las cláusulas de jurisdicción contractuales puede que no resulten aplicables a reclamaciones extracontractuales delictuales por infracciones del Derecho de la Competencia.³⁶

2. Jurisdicción general: artículo 2 del Reglamento 44/2001

20. El principio general del artículo 2 del Reglamento 44/2001 establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en ese Estado con independencia de su nacionalidad. El domicilio se determina de acuerdo a las normas internas del Estado miembro en el que se presentó la demanda, según el artículo 59.1 del Reglamento 44/2001.³⁷

A continuación conviene resaltar que el demandante no tiene porqué ser la persona que ha sufrido los daños. El término demandante tan sólo se refiere a la persona que presenta la demanda ante el tribunal correspondiente. En algunos casos el demandante podrá ser incluso una empresa que busque una sentencia declaratoria constatando que no es responsable de ningún tipo de daños y perjuicios, como *Enichem* en su demanda ante el tribunal de Milán en el asunto *Cooper Tire*.³⁸ De acuerdo con el artículo

³³ STJCE- de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn vs. Petereit*, C-214/89, Rec 1992 1745.

³⁴ Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

³⁵ Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961, apartado 126. Para más detalles véase Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

³⁶ D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en ZWeR 1/2006, pp.1-27, p.5.

³⁷ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 100, apartado 75.

³⁸ Véase apartado 9 del presente artículo.

2 del Reglamento 44/2001 en estos casos, los tribunales del país donde la otra parte esté domiciliada serán competentes para conocer del asunto. Si se basa la determinación de la jurisdicción en el artículo 2 podría resultar que tan sólo existe un foro para conocer del asunto, ahora bien al demandante probablemente le interese encontrar un foro que se encuentre lejos del domicilio del demandado para dificultar su defensa tal y como nos muestra el ejemplo *Cooper Tire*.

3. Jurisdicción especial: artículo 5.3 del Reglamento 44/2001

21. El Reglamento 44/2001 establece una serie de normas de jurisdicción especial como alternativa a la regla general establecida en su artículo 2.

Según el artículo 5.3 en litigios de carácter delictual o cuasi delictual la persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada ante los tribunales de otro Estado miembro si el hecho dañoso tuvo lugar allí o pueda ocurrir. Litigios que surjan de la actividad de una agencia, filial o sucursal u otro establecimiento podrán plantearse ante los tribunales del Estado miembro en el que tenga lugar dicha actividad con independencia de otros domicilios que pudiese tener la demandada. De acuerdo con el TJCE, el artículo 5.3 se aplicará a aquellas demandas que no sean de naturaleza contractual. El TJCE define como contractual aquellas obligaciones que hayan sido asumidas por las partes voluntariamente frente a la otra parte.³⁹ Teniendo en cuenta que las obligaciones por Derecho de la Competencia provienen de normas que tienen carácter obligatorio se considera que no tienen carácter contractual por lo que se encuentran recogidas en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001.⁴⁰ El lugar donde ocurrió el hecho dañoso puede ser (a) el lugar donde tuvo lugar el hecho que provocó los daños o (b) el lugar donde los daños en sí ocurrieron (a elección del demandante).⁴¹

22. En la sentencia *Shevill*, el TJCE en relación a una demanda por difamación que el lugar en el que se dio el hecho que provocó el daño opción (a) fue el domicilio del editor (con el mismo resultado que el artículo 2, es decir el domicilio del demandado), y el lugar donde ocurrió el daño, opción (b) es decir el lugar de la distribución de la publicación ofensiva y donde la reputación del demandante fue perjudicada.⁴² Siguiendo este principio en reclamaciones por infracciones del Derecho antitrust podría determinarse la jurisdicción tanto (a) en el lugar donde se tomó el acuerdo de por ejemplo aumento coordinado de precios o (b) el lugar donde la víctima adquirió los productos con los precios acordados entre los miembros del cártel.⁴³

4. Jurisdicción especial según el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001

23. Por último una persona domiciliada en un Estado miembro también puede ser demandada, si es una de varios codemandados, en los tribunales del lugar en el que cualquiera de ellos este domiciliado, siempre y cuando las demandas estén estrechamente relacionadas de tal forma que sea recomendable conocer y juzgar todas juntas para evitar el riesgo de sentencias irreconciliables entre sí en procedimientos distintos. Como alternativa, una reconvencción basada en el mismo contrato o hechos que la demanda original tendrá la misma jurisdicción que esta última.⁴⁴

³⁹ STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*. C 334/00, Rec 2002p. 7357, apartado 23.

⁴⁰ BGH, sentencia de 11 de febrero de 1988- I ZR 201/86, disponible en RIW 1988, 397,398.

⁴¹ STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, Rec 1976 p. 1735, apartado 20.

⁴² STJCE (1995), STJCE de 7 de marzo de 1995, *Shevill*, C-68/93 Rec 1995 415 apartados 19-33.

⁴³ Quisiera resaltar que el borrador preliminar de la Convención sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en asuntos civil y mercantiles adoptado el 30 de Octubre de 1999 por la Comisión Especial en el contexto de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado excluye determinar la jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los daños provocados por la infracción del Derecho antitrust. La opción de determinar la jurisdicción en base al lugar en el que el comportamiento anticompetitivo fue implementado permanece abierta. Las negociaciones sobre el borrador de Octubre de 1999 nunca fueron concluidas.

⁴⁴ Los daños reclamados en el asunto *Crehan* se reclamaban como reconvencción por el impago de cantidades según el contrato de suministro de cerveza.

24. En el asunto *Provimi*, la *High Court* inglesa decidió que una serie de demandas distintas provocadas por el mismo cártel (el cártel de las vitaminas⁴⁵) estaban lo suficientemente conectadas entre sí a los efectos del artículo 6.1. Asimismo este tribunal consideró que en ausencia de pruebas sobre casos relativos a las condiciones aplicables a las reclamaciones por daños y perjuicios en otros Estados miembros (Alemania y Francia) y debido a la necesidad de interpretar conceptos sustanciales tales como el nivel de conocimiento requerido por parte del infractor en la normativa de estos Estados miembros, existía suficientes riesgos de resoluciones divergentes según lo dispuesto por el artículo 6. Finalmente la corte consideró que el riesgo de sentencias diferentes en distintas jurisdicción era muy elevado por lo que en virtud del artículo 6 del Reglamento se declaró competente para los distintos litigios: distintas demandas realizadas por partes diferenciadas en varios Estados miembros relativas al mismo cártel supranacional pueden en virtud del artículo 6 del Reglamento ser tratadas ante la misma Corte.⁴⁶

25. La Corte de Apelación inglesa, *Court of Appeal* en su reciente sentencia de 23 de julio de 2010 sobre el asunto *Cooper Tire* ha confirmado que la determinación de la jurisdicción en base al artículo 6.1 ha sido correcta aunque resalta que la extensión de la responsabilidad de las sociedades matrices a filiales que desconocen del asunto establecida en el asunto *Provimi* no es correcta.⁴⁷ Es más, en el asunto *Cooper Tire* los tres demandados clave o *Anchor Defendants*, es decir, los demandados con domicilio en Inglaterra que habían servido para determinar la jurisdicción inglesa, no habían participado en la conducta sancionada. El Juez *Teare* resalta que el test a realizar debe de ser flexible y tener en cuenta todas las circunstancias del caso, y deberá existir una controversia real entre los demandados clave y los demandantes.⁴⁸ En este caso, si bien los *Anchor Defendants* no participaron en el acuerdo, ambas partes coinciden en que sí vendieron los productos objeto del cártel aunque fuese en cantidades muy pequeñas siendo esta relación suficiente a los efectos del artículo 6 sin que se deba entrar a analizar si finalmente son responsables de la conducta y/o han provocado daño alguno. Esta conclusión ha sido confirmada por la sentencia de 23 de julio de 2010 de la Corte de Apelación inglesa, *Court of Appeal of England and Wales*.⁴⁹

IV. Litispendencia

26. En procedimientos paralelos, el segundo tribunal después de determinar la jurisdicción tendrá que clarificar si tiene que inhibirse o suspender el procedimiento a favor del primer tribunal en virtud del artículo 27 del Reglamento 44/2001. Si se inicia un procedimiento sobre la misma causa y entre las mismas partes ante los tribunales de distintos Estados miembros, cualquier otro tribunal distinto del primer tribunal en conocer del asunto deberá suspender el procedimiento hasta que se determine la jurisdicción del primer procedimiento. Si el primer tribunal se considera competente, cualquier otro tribunal deberá rechazar su jurisdicción a favor del primer tribunal. La norma equivalente en el Convenio de Bruselas era el artículo 21. A día de hoy no existe jurisprudencia de los tribunales europeos sobre la interpretación del artículo 27 del Reglamento. Ahora bien, la jurisprudencia relativa a los artículos 21 y 22 puede ser empleada para interpretar el alcance de esta norma.⁵⁰ Para activar el mecanismo de la litispendencia se tienen que dar una serie de circunstancias tales como la identidad de causa y objeto y de partes tal y como analizaremos a continuación.

⁴⁵ Véase sobre este asunto entre otros: F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

⁴⁶ F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

⁴⁷ Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489.

⁴⁸ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm), apartado 37.

⁴⁹ Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489, apartado 44.

⁵⁰ Véase motivo nº 19 del Reglamento 44/2001.

1. Identidad de objeto y causa

27. El artículo 27 exige que se formulen demandas con el mismo objeto y causa. Según el TJCE se trata de la misma causa de demanda cuando diferentes demandas tienen los mismos hechos y norma sobre la que se basan para la demanda. A efectos de la determinación de la litispendencia la «causa» incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda.⁵¹ Estas expresiones tienen sentido autónomo.⁵² Esta generosa interpretación del TJCE busca garantizar el buen funcionamiento de la justicia en la Unión Europea y abarcar cualquier supuesto en el que exista riesgo de resoluciones contradictorias.⁵³

28. El TJCE considera en el asunto *Tatry* que una demanda declarativa sobre la responsabilidad de una parte y una demanda de daños y perjuicios por los mismos hechos tienen el mismo objeto. Su interpretación puede emplearse de forma análoga a demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho antitrust y posibles torpedos italianos de cualquiera de los infractores que busque entorpecer cualquier procedimiento en su contra. En *Cooper Tire*, las partes ni siquiera cuestionan que se encuentran ante procedimientos con un mismo objeto y causa: los acuerdos ilícitos y sus consecuencias civiles.⁵⁴ Tal y como determina el TJCE en el asunto *Tatry* ambas demandas coinciden en la parte relativa al reconocimiento de la responsabilidad, siendo este punto el centro de ambos procedimientos. Asimismo el hecho de que las pretensiones del demandante se formulen de forma negativa en la primera demanda, mientras que en la segunda demanda el demandado, convertido en demandante, las formula de forma positiva, no hace que el objeto del litigio sea distinto.⁵⁵

La condena a pagar una indemnización por daños y perjuicios supone la consecuencia natural del reconocimiento de la responsabilidad por lo que el objeto principal no se modifica.

2. Identidad de partes

29. Respecto al requisito de identidad de partes en el artículo 27, éstas deberán ser idénticas en ambos procedimientos, no es suficiente que parte de los demandados o demandantes sean parte en otros procedimientos, no siendo relevante la posición de cada parte en cada procedimiento. En el asunto *Tatry* nos encontramos ante la típica constelación en un torpedo italiano: el demandante en el primer procedimiento declarativo es el demandado en el segundo procedimiento por daños y perjuicios. Es más cuando las partes del segundo procedimiento coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado contratante, sólo se exige que se inhiba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente iniciado. Dicho artículo no impide que continúe el procedimiento entre las demás partes.⁵⁶ Por ello las “demandas torpedos” para no perder su efectividad deberán tratar de identificar a la mayor cantidad de posibles perjudicados para evitar que éstos inicien procedimientos paralelos.

30. En el asunto *Cooper Tire, Enichem* había identificado a 28 demandadas, pertenecientes a los principales grupos de fabricantes de neumáticos, así 26 de ellos demandaron a *Enichem* y a otras 22 empresas ante la *High Court* reclamando daños y perjuicios. Debido a la identidad directa de ambas partes, la segunda demanda contra *Enichem* tuvo que ser rechazada. Ahora bien respecto al resto de demandados ante el procedimiento inglés que a su vez se habían unido al procedimiento italiano en cuanto fueron demandados en Inglaterra quisiera resaltar las conclusiones del Juez *Teare*:

⁵¹ STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 39.

⁵² STJCE de 12 de agosto de 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palombo*, C-144/86, Rec 1987, p.4861.

⁵³ STJCE de 6 de diciembre de 1994, *-Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439 apartado 53.

⁵⁴ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 68.

⁵⁵ STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 53.

⁵⁶ STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 36.

En primer lugar, el término *identidad de partes* también tiene significado independiente y autónomo y a la hora de determinar si se trata de las mismas partes habrá que analizar el fondo y no la forma. La identidad no se anula por el mero hecho de que haya personas jurídicas distintas involucradas en el litigio. Debe de haber identidad entre los intereses de las distintas empresas y habrá que analizar si una sentencia contra una de ellas podría tener fuerza de cosa juzgada contra la otra.⁵⁷ Esta cuestión también dependerá si los intereses de las partes son idénticos e inseparables. Pues bien, en el asunto *Cooper Tire* los intereses de las distintas demandadas eran distintos a los intereses de *Enichem*, de una parte se trata de personas jurídicas completamente diferentes y sin relación entre sí y de otra *Enichem* había jugado un papel diferenciado en el cártel por lo que debe esperar más reclamaciones y de mayor alcance por lo que es lógico que esté interesada en defender sus intereses de forma diferenciada al resto de participantes en el cártel.⁵⁸

31. De lo anterior se desprende que para que se cumpla con el requisito de identidad de partes, aquellos que reclamen daños y perjuicios deberán ser los mismos en ambos procedimientos. En los litigios basados en cárteles es muy difícil que los distintos compradores directos puedan ser considerados las mismas partes a no ser que se puedan identificar claramente como es el caso en el asunto *Cooper Tire*. Esto mismo también afectará a compradores indirectos sin hacer mención a consumidores finales o asociaciones de consumidores, siendo incalculable su número o predisposición a demandar. Debido, por tanto a la naturaleza de los litigios, la efectividad de los torpedos quedará parcialmente limitada a disputas entre las principales o entre los cartelistas y los compradores directos, ya que éstos sí son conocidos y se conoce el alcance de los posibles daños y perjuicios.

3. La larga duración del procedimiento ante el primer juzgado como excepción al artículo 27 del Reglamento 44/2001

A) Situación de abuso

32. Es sobradamente conocido que el mecanismo de litispendencia puede emplearse de forma abusiva arrastrando procedimientos a jurisdicciones particularmente lentas o poco eficientes con el objetivo de debilitar la posición de la parte contraria en un litigio internacional. En este contexto se ha planteado en varias ocasiones si esta situación de abuso justifica una excepción del artículo 27 con el fin de combatir el desequilibrio provocado por la litispendencia.⁵⁹ Se pueden distinguir dos posibles tipos de casos. De una parte, en el momento de decidir sobre la competencia del segundo tribunal, el primer tribunal habrá esperado durante largo tiempo sin adoptar ninguna decisión. De otra, aquellas situaciones en las que un retraso en el procedimiento parece inminente o amenazante. Esta segunda constelación ha sido la que ha analizado el TJCE en su sentencia *Gasser*.⁶⁰ En este caso, el tribunal superior de Innsbruck planteó sus cuestiones prejudiciales sin realizar un pronóstico sobre la duración estimada del procedimiento ante el *Tribunale Civile et Penale* de Roma, sino que simplemente se refirió a la excesiva duración habitual de procedimientos ante los tribunales del Estado miembro en el que se había presentado la primera demanda. El TJCE ha sido muy claro a la hora de rechazar este motivo para justificar una excepción en aras de garantizar una buena administración de justicia a lo largo de la Unión Europea ya que la libre circulación de sentencias se basa en el respeto mutuo entre los órganos judiciales de los distintos Estados miembros. Una excepción debida a la habitual duración de un procedimiento en un Estado miembro supondría una violación del respeto entre los distintos tribunales.⁶¹

⁵⁷ STJCE de 19 de mayo de 1998 *Drouot Assurances SA contra Consolidated metallurgical*, Caso C-351/96, Rec 1998 3075, apartado 19.

⁵⁸ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 86.

⁵⁹ M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p 193, apartado 439.

⁶⁰ STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432

⁶¹ H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT

B) Violación del artículo 6 CEDH

33. Sin perjuicio de lo anterior y debido a la relevancia que esta cuestión puede alcanzar en reclamaciones surgidas por infracciones del Derecho antitrust quisiera analizar cuando nos encontraremos ante una duración excesiva del procedimiento. La situación de las víctimas en este tipo de casos puede resultar especialmente compleja y en parte desequilibrada. Probablemente, una víctima ha estado pagando sobrepuestos excesivos durante un largo período de tiempo sin tener conocimiento del acuerdo ilícito. Una vez tiene conocimiento deberá iniciar su reclamación a la mayor brevedad, puesto que las reclamaciones delictuales suelen prescribir después de un breve período de tiempo.⁶² También deberá reaccionar a la mayor brevedad para evitar que los infractores presenten “demandas torpedos” ante tribunales cuya jurisdicción pueda perjudicar sus intereses. En el asunto *Cooper Tire* el Tribunal de Milán ha reaccionado en primera instancia relativamente rápido al dictar sentencia en menos de dos años. Ahora *Enichem* ha recurrido la sentencia y según la *Court of Appeal*, la Corte de Apelación de Milán ha fijado la próxima vista para Enero de 2014⁶³, es decir más de seis años después de que se iniciara el litigio en primera instancia y siete años después de la resolución de la Comisión Europea. Por ello aquellas víctimas que tengan que esperar a esta resolución se encontraran en una situación realmente poco agraciada. Puede que muchos desistan o que simplemente no dispongan de los medios suficientes para “aguantar” tanto tiempo.

34. La duración excesiva de un procedimiento judicial ha sido tratada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procedimientos por violación del artículo 6 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Este artículo establece el derecho fundamental a un juicio justo.⁶⁴ El derecho a una sentencia dentro de un plazo razonable se considera parte de este derecho. Para poder determinar si una sentencia ha sido dictada dentro de un plazo apropiado el TEDH exige que se analicen todas las circunstancias de cada caso. En esta valoración habrá que tener en cuenta la importancia y complejidad del asunto y también la actitud del recurrente y de la administración de justicia.⁶⁵ La pasividad durante largos periodos de tiempo de los tribunales ha sido el motivo por el que Italia ha sido condenada en numerosas ocasiones, incluso en centenares por suponer esta pasividad una violación del artículo 6.1 CEDH. En algunos casos los procedimientos en primera instancia llegaban a durar unos 3 años. El TEDH ha considerado este plazo como excesivo, suponiendo una violación del derecho a obtener una sentencia en un plazo apropiado.⁶⁶

35. A pesar de influencia de la CEDH sobre el Reglamento resulta problemático emplear el artículo 6 CEDH para anular las consecuencias de la litispendencia según el artículo 27 del Reglamento.⁶⁷ El TJCE ha sido muy claro en sus conclusiones. En el asunto *Gasser* ha establecido que la exclusión del artículo 27 del Reglamento 44/2001 cuando el tribunal ante el que se ha interpuesto la primera demanda pertenece a un Estado miembro en el que los órganos jurisdiccionales necesitan, por lo general, unos plazos excesivamente largos para resolver los asuntos, es manifiestamente contraria al tenor literal, al

Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 212.

⁶² Véase por ejemplo la prescripción según el artículo 1968.2 CC que asciende a un año para este tipo de reclamaciones extracontractuales.

⁶³ Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489 apartado 25.

⁶⁴ H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 211.

⁶⁵ TEDH-P Pélissier and Sassi v. France [GC], n.º. 25444/94, § 67, ECHR 1999-II; VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2ª Ed., apartado 459 y siguientes.

⁶⁶ TEDH, (Sección 4ª) Sentencia de 16 noviembre 2000, *Ciccardi contra Italia*. TEDH 2000\611. TEDH (Sección 3ª), Sentencia de 14 noviembre 2000 *Delgado contra Francia*. TEDH 2000\575.

⁶⁷ M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p 193 apartado 439.

espíritu y a la finalidad del Reglamento. Esto sería contrario al espíritu del Reglamento al valor equiparable de la justicia de cualquier Estado miembro.⁶⁸

36. Por el contrario, GROTHE considera que en aquellos casos en los que la demanda ante el primer tribunal tenga un objetivo meramente abusivo, es decir se trate de un torpedo italiano, tendrán que ser analizados con especial atención. En el año 2001 el *Tribunal de Grande Instance* de París, rechazó la aplicación del artículo 21 del Convenio de Bruselas (artículo 27 del Reglamento 44/2001) alegando que el derecho de las partes a un juicio en un plazo razonable y justo recogido en el artículo 6 1 CEDH conllevaba una excepción al artículo 21 del Convenio (artículo 27 del Reglamento 44/2001).⁶⁹ El Gobierno del Reino Unido, argumentó sin éxito en términos similares en el asunto *Gasser*.⁷⁰ Para que se puede considerar que nos encontramos ante un abuso evidente deberían de darse los siguientes requisitos: Primero, presentación de la demanda ante un tribunal que a todas luces no es competente para conocer del asunto, esto no debe de ser un punto de discusión en el segundo procedimiento. Segundo, tendrá que haber transcurrido un plazo de tiempo considerable sin que el primer tribunal se haya declarado no competente. Tal y como concluye *Grothe* este plazo podría fijarse en la mitad del plazo máximo para obtener una sentencia en primera instancia según el TEDH, es decir año y medio sin que el primer tribunal haya tomado ningún tipo de decisión.⁷¹

37. No podemos olvidar que el TJCE en *Gasser* ha rechazado esta argumentación puesto que sigue considerando que esta excepción supondría una violación del principio de equivalencia de la justicia en la Unión Europea e iría contra las bases del Reglamento 44/2001 que sólo puede funcionar si existe la suficiente confianza entre las distintas jurisdicciones. Por ello, a día de hoy el camino a seguir pasa por recurrir a los tribunales competentes para violaciones de derechos fundamentales y por último al TEDH.⁷²

4. Consecuencias de la situación de litispendencia

38. Si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 27 del Reglamento 44/2001 el tribunal ante el que se formuló la segunda demanda debe (a) suspender de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera; (b) inhibirse a favor de tal tribunal si éste se declare competente. Es decir el artículo 27 emplea la regla *prior tempore, potior iure*.⁷³ El tribunal ante el que se formuló la segunda demanda suspende el procedimiento mientras el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se declara competente o no. Si se declara incompetente el segundo tribunal podrá entrar a conocer del asunto, si es realmente competente de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 44/2001. Ahora bien, si el primer tribunal se considera competente, el segundo tribunal deberá inhibirse a favor del primero.

39. Gracias a esta solución se evitan procedimientos paralelos en un mismo asunto garantizando la libre circulación de la única sentencia dictada en el asunto puesto que no existirán sentencias y lo

⁶⁸ STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432 apartados 72 y 73.

⁶⁹ Tribunal de Grande Instance Paris, Sentencia de 9.3.2001-00/04083, traducido al inglés en *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2002, pp. 225,226.

⁷⁰ STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432 apartados 61 a 64.

⁷¹ H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en *IPRax* 2004, pp. 205 -212 p. 212.

⁷² H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en *IPRax* 2004, pp. 205 -212 p. 212.

⁷³ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 116, apartado 109.

que es peor aún, las partes son conscientes de que el que primero presente la demanda tiene muchas posibilidades de escoger el tribunal competente.⁷⁴ Precisamente en asuntos derivados de infracciones del Derecho antitrust, las víctimas desconocen realmente el alcance de los hechos y daños en detalle hasta que la resolución sancionadora en la que se sancionan y describen los hechos causantes de los daños así como los autores de los mismos. Estos procedimientos suelen tener una duración larga por lo que las empresas infractoras tendrán tiempo suficiente de preparar una buena estrategia defensiva, incluyendo la presentación en su caso de demandas en aquellas jurisdicciones que les interesen. Así, el desequilibrio procesal en este tipo de procedimientos vuelve a acentuarse.

40. La excepción en casos de abuso podría servir para evitar el *forum shopping* en aquellos asuntos en los que las demandas por ejemplo declarativas tengan un carácter claramente injustificado o se trate de demandas en las que resulte evidente que el primer tribunal se va a declarar incompetente. No olvidemos que en el asunto *Cooper Tire, Enichem* presentó la demanda en Italia solicitando que se declarase la no existencia del cártel, a pesar de que esta cuestión se tendría que haber dilucidado ante la Comisión Europea y ante los tribunales europeos si consideraba que efectivamente no había participado en el supuesto cártel.⁷⁵ Ahora bien, habrá que esperar a conocer la posición del TJCE respecto a litigios antitrust y litispendencia con abusos notorios para poder determinar si finalmente decide alejarse de los principios de *Gasser* anulando la táctica de los torpedos italianos.

V. Conexidad

1. Demandas conexas

41. En asuntos relacionados con infracciones antitrust no sólo nos encontraremos ante situaciones de litispendencia pura según el artículo 27 sino más bien con demandas conexas reguladas por el artículo 28. Este artículo tiene por objeto evitar procedimientos paralelos en asuntos que estén conectados entre sí jugando un papel esencial en aquellos litigios en los que no haya identidad de partes.⁷⁶

42. De acuerdo con el artículo 28.3 del Reglamento 44/2001 se consideran “conexas” aquellas demandas que estén “vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. La definición no tiene porqué coincidir con el Derecho Procesal interno, debe de ser amplia y abarcar aquellos casos en los que la litispendencia del artículo 27 del Reglamento 44/2001 no resulte aplicable. En consecuencia, siguiendo la literalidad las normas sobre la suspensión los requisitos exigidos por el artículo 28 del Reglamento 44/2001 son más fáciles que en el artículo 27 puesto que el segundo tribunal podrá decidir si suspende y/o rechaza su jurisdicción mientras que en virtud del artículo 27 está obligado a ello.

43. De lo anterior se desprende, que la aplicación del artículo 28 del Reglamento 44/2001 puede resultar indicada en aquellos casos en los que las partes no sean idénticas y el segundo tribunal suspende o se inhibe mientras que el primer tribunal acumula las demandas conexas en aras de garantizar un procedimiento efectivo y una correcta administración de justicia para que todas las partes estén sujetas a una sola resolución del asunto.⁷⁷

⁷⁴ J. BASEDOW: *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law*, en *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer law international, pp.230-252, p. 252

⁷⁵ Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y con el artículo 53 del Acuerdo EEE Asunto COMP/F/38.638 — BR/ESBR disponible en:

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38629

⁷⁶ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 361, Art. 28, apartado 2.

⁷⁷ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 362, Art. 28, apartado 5.

2. Inconciliabilidad a los efectos del artículo 28.3 del Reglamento 44/2001

44. El TJCE ha establecido que el término *inconciliables* recogido en el artículo 28.3 exige que en dos procedimientos exista el riesgo de resoluciones contradictorias, siendo este término distinto del recogido en el artículo 34.3 (reconocimiento de resoluciones contradictorias en diferentes Estados miembros), ya que no se exige consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes.⁷⁸

Demandas por daños y perjuicios juzgadas en distintos Estados miembros en relación a la misma infracción conllevan un elevado riesgo de inconciliabilidad, ya que mientras algunos Estados miembros incluso podrían imponer indemnizaciones muy elevadas en otros Estados miembros no existe apenas ejemplos y casuística que sirva para reconocer el criterio que podrían seguir los tribunales.⁷⁹ Por ello, estos litigios podrán considerarse como conexos de acuerdo con lo establecido en el artículo 28. En el asunto *Cooper Tire* el Juez *Teare* siguiendo las conclusiones del Abogado General *Lenz* ha determinado a este respecto que a la hora de determinar si suspende o no el procedimiento habrá que analizar los siguientes aspectos: (a) grado de relación y riesgo de resoluciones irreconciliables entre sí, (b) situación procesal de cada procedimiento y (c) relación del tribunal y el objeto del litigio.⁸⁰

Así las cosas, el riesgo de resoluciones inconciliables en el asunto *Cooper Tire* resultaba muy elevado puesto que mientras que un tribunal podía concluir que el cártel no había provocado ningún daño, en el otro procedimiento se podría determinar que sí había causado daños de gran magnitud. Aunque la demanda en primera instancia ante el Tribunal de Milán haya sido rechazada íntegramente, se desconoce el resultado de la segunda instancia por lo que existe cierto riesgo de resoluciones divergentes e inconciliables. Por otro lado, dos de los demandados ante el tribunal inglés no habían solicitado la suspensión en virtud del artículo 28. Separar unas demandas de otras habría aumentado el riesgo de resoluciones inconciliables. Respecto a la proximidad de los tribunales, ambos tribunales se encuentran en una posición similar. De la decisión de la Comisión Europea se desprende que las distintas reuniones en las que se acordaron las medidas prohibidas tuvieron lugar en varios Estados miembros, entre los que se encontraban tanto Italia como Inglaterra. A mayor abundamiento, tanto los cartelistas como las víctimas tienen sus domicilios en distintos Estados miembros. Por lo tanto el cártel no tenía un *centro de gravedad* identificado claramente. El propio Juez *Teare* finaliza afirmando que en litigio delictual de alcance europeo habrá inevitablemente varias jurisdicciones alternativas.⁸¹

45. Es más, en el asunto *Provimi* la *High Court* ha hecho uso de la analogía para determinar que diferentes demandas por daños y perjuicios basadas en las mismas infracciones sustantivas, acuerdos horizontales de precios podrían llevar a resoluciones inconciliables o conflictivas alegando que la experiencia en países con Francia o Alemania en este tipo de asuntos era mínima por lo que el riesgo de resoluciones contradictorias era considerable.⁸²

46. Finalmente, en este caso el segundo tribunal sí podrá tener en cuenta la celeridad del primer tribunal y una posible violación del artículo 6 CEDH para decidir si suspende o no.⁸³

⁷⁸ STJCE de 6 de diciembre de 1994, *-Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartados 57 y 58.

⁷⁹ Véase por ejemplo el asunto *Provimi*: Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 en *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

⁸⁰ STJCE, 20 de enero de 1994 *Owens Bank Ltd contra F. Bracco y otros.*, Rec 1994 pp.117-157.

⁸¹ Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 116.

⁸² Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 en *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

⁸³ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008 p. 118, apartado 111. Véase punto IV 3, apartados 32 y siguientes del presente estudio; M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p. 193 apartado 439.

3. Consecuencias del artículo 28 del Reglamento 44/2001

47. El artículo 28 ofrece tres soluciones alternativas:

A) El segundo tribunal podrá suspender el procedimiento, pudiendo valorar la competencia judicial internacional del primer tribunal para conocer de la demanda ante esta presentada, el tiempo que pueda tardar en dictar sentencia y la celeridad del proceso. Esta opción podrá ser solicitada por las partes o acordada de oficio. El segundo tribunal podrá incluso tener en cuenta las conclusiones del primer tribunal.⁸⁴

B) A instancia de una de las partes el segundo tribunal podrá inhibirse, si la ley del primer tribunal permite la acumulación de asuntos conexos y si el primer tribunal fuese competente para conocer de ambas cuestiones. Según el artículo 28.2 del Reglamento 44/2001 las demandas deberán estar pendientes en primera instancia. La acumulación se llevará a cabo según la normativa procesal del primer tribunal.⁸⁵

C) Por último el segundo tribunal podrá continuar con el procedimiento sin ni inhibirse ni suspender la causa si no concurren las circunstancias indicadas en los dos puntos anteriores. Aunque esta posibilidad no se encuentra en el Reglamento, el artículo 28 del Reglamento 44/2001 no impone al tribunal la obligación de elegir entre las dos posturas ofrecidas por esta norma.⁸⁶

VI. Conclusiones

48. Las dos opciones a día de hoy recogidas en el Reglamento 44/2001 para solucionar estos problemas consisten en la acumulación a través del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001 y el mecanismo de litispendencia establecido principalmente en el artículo 28. Ahora bien, estas dos opciones no son óptimas. El artículo 28 ofrece una solución temporal al demandado mientras se clarifica el procedimiento principal, para que luego el asunto vuelva al segundo tribunal, si éste ordenó la suspensión. Aunque el artículo 6.1 permita la acumulación de demandas relacionadas con la misma infracción, esta opción sólo es posible si el demandante así lo solicita.⁸⁷ Así, en aquellos casos en los que el procedimiento haya sido iniciado a instancias de una o varias víctimas de una infracción, la parte demandada no podrá solicitar la acumulación con otros posibles procedimientos que se hayan iniciado contra ella en otros Estados miembros y deberá esperar a que el tribunal haga uso de los artículos 28 y 27 si resulta posible. Mientras que si el procedimiento es iniciado por una infractora, por ejemplo una “demanda torpedo”, la infractora podrá solicitar la acumulación y arrastrar todas las reclamaciones por daños y perjuicios a este tribunal siguiendo las normas de litispendencia.

49. Aunque la acumulación sirva de ayuda, no debemos olvidar que si el ordenamiento procesal de un Estado miembro ofrece un sistema más ventajoso, la mayoría de las demandas acumuladas acabarán teniendo lugar en ese Estado miembro. Por tanto la situación procesal no es ningún caso equiparable a la material, puesto que en este segundo caso los derechos de las partes sí son prácticamente los mismos a lo largo de la Unión Europea, con independencia del ejercicio que se haga de estos derechos o no.⁸⁸

50. Del artículo 6 del Reglamento 44/2001 no se desprende el porqué el derecho de acumulación sólo le corresponde al demandante y no a ambas partes.⁸⁹ Es más, los infractores tienen que poder ac-

⁸⁴ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008 p. 118, apartado 111.

⁸⁵ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 365, Art. 28, apartado 8.

⁸⁶ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2008 118, apartado 111.

⁸⁷ D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27 p. 26.

⁸⁸ D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27 p. 27.

⁸⁹ D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27, p. 27.

ceder a la acumulación para tratar de centrar los procedimientos contra ellos ante el menor número de tribunales posibles, para así obtener la resolución de las disputas dentro de un marco temporal y legal estimable. Por otra parte a los demandantes también les puede interesar la acumulación con el fin de aumentar su capacidad negociadora durante el procedimiento o repartir los gastos del mismo. Incluso se podrían beneficiar de la información y pruebas que aporten otros demandantes y así mejorar su posición procesal.

51. La dependencia del Derecho Comunitario antitrust de mecanismos de aplicación existentes pone en peligro su aplicación uniforme. A día de hoy la situación parece favorecer más al que vigila siguiendo el principio de *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*. *Ahora bien, en estos casos los vigilantes, es decir los infractores que saben que podrán ser demandados, no merecen una protección especial sino más bien aquellos que desconocen la situación, es decir las víctimas.*⁹⁰ Tal y como resalta MÄSCH, para que la aplicación privada del Derecho de la Competencia sea efectiva es necesario que el derecho subjetivo tenga el necesario (*Durchsetzungsmacht*) poder de imposición: *Ubi ius ibi remedium.*⁹¹ Esto incluye unas normas procesales que garanticen una aplicación correcta de la norma y un remedio justo o equitativo para las víctimas de infracciones del Derecho antitrust y procedimiento justo y razonable para los infractores que como todos los demás también tienen derecho a un procedimiento en el que se respeten sus derechos y que sea proporcional.

52. De lo anterior se desprende que este tipo de disputas debido a sus características merecen una regulación especial que tenga en cuenta todas sus particularidades. Si la opción de acumulación estuviese abierta a ambas partes del procedimiento podríamos dar un gran paso. También se deberían permitir las excepciones al artículo 27 en aquellos casos en los que el abuso sea palmario y especialmente perjudicial. Así, la demandada podrá, una vez ha sido demandada aceptar rápidamente el foro ante el que el demandante presentó la demanda y atraer a dicho foro el resto de demandas que pudiesen plantearse ante otros tribunales. Con esto se delimitarían posibles procedimientos excesivos o abusivos y se alcanzaría la paz jurídica o *Rechtsfrieden* respetando los intereses de ambas partes en un marco temporal estimable y procesalmente económico.

⁹⁰ J. BASEDOW concluye que quizás no habría que permitir la misma libertad de elección a las empresas infractoras que a las propias víctimas.: J. BASEDOW: *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law*, en *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, pp.230-252, p. 252.

⁹¹ G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstossen gegen das europäische Kartellverbot*, en *EuR Heft 5*, 2003 pp 825-846, p. 845.

SOBRE *CDT*

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).