

ESTUDIOS	Principios sobre conflictos de leyes en materia de Propiedad Intelectual DÁRIO MOURA VICENTE	5
	El impacto del Reglamento «Roma I» en el contrato internacional de agencia HILDA AGUILAR GRIEDER	24
	El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	47
	La «supresión» del exequátur en el R 2201/2003 CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	63
	El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos SERGIO CÁMARA LAPUENTE	84
	Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari MARIA ERSILIA CORRAO	118
	La garanzia dell' osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del Regolamento «Bruxelles I» PIETRO FRANZINA	144
	Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales MIGUEL GÓMEZ JENE	155
	El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	179
	Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	195
	La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales STEFAN LEIBLE	214
	Sottrazione internazionale di minori nell'Unione Europea: il coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja del 1980 CLELIA PESCE	234

VARIA	Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, JAVIER CARRASCOSA	247
	Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (<i>Car Trim</i> : asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001 MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA	263
	La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre el Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE FEDERICO F. GARAU SOBRINO	270
	Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño FEDERICO F. GARAU SOBRINO	282
	La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009 NATIVIDAD GOÑI URRIZA	290
	Denial of justice to foreign investors CARLOS ANDRÉS HECKER PADILLA	296
	El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto <i>Intercontainer Interfrigo</i> y su repercusión en el Reglamento Roma I AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	302
	Nota sobre la sentencia del TJCE <i>Akzo Nobel</i> y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes JULIA SUDEROW	316

SOBRE CDT	Normas de publicación	
-----------	-----------------------	--

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 internationale
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
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationale
Privatrecht, Hamburg)

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

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

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

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

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Tallergraficoyeditorial.com - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

PRINCIPIOS SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL*

DÁRIO MOURA VICENTE

*Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Lisboa*

Recibido: 15.12.2010 / Aceptado: 30.12.2010

Resumen: Aunque desde el siglo XIX los Estados y las organizaciones internacionales han intentado armonizar y unificar el Derecho de la Propiedad Intelectual, persisten diferencias significativas entre los sistemas jurídicos nacionales en esta materia. El ideal de una protección universal de contenido uniforme para la propiedad intelectual no se ha alcanzado todavía. El problema de los conflictos de leyes en materia de derechos sobre obras literarias y artísticas y de derechos privativos de la propiedad industrial asume, por lo tanto, gran relevancia en situaciones internacionales. Dos textos recientes, elaborados bajo los auspicios del *American Law Institute* y del *European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*, se han ocupado de este problema y han buscado para éste, aunque en moldes distintos, soluciones susceptibles de aceptación internacional basadas en un compromiso entre los principios de la universalidad y de la territorialidad.

Palabras clave: Derecho de Propiedad Intelectual, conflictos de leyes, principios jurídicos.

Abstract: Although States and international organizations have attempted to harmonize and unify the law on intellectual property since the 19th century, significant divergences between national legal systems remain in this field. The ideal of a universal protection with a uniform content is thus still largely unachieved. This why conflicts of laws in matters pertaining to copyright and industrial property are of great relevance in international situations. Two recent texts, drawn up under the auspices of the *American Law Institute* and the *European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property*, have dealt with this problem and endeavoured to achieve, although in different ways, internationally acceptable solutions based on a compromise between the principles of universality and territoriality.

Key words: Intellectual property, conflict of laws, legal principles.

Sumario: I. Introducción. II. Unidad y diversidad de los Derechos nacionales en materia de propiedad intelectual. 1. La concepción utilitarista del derecho de autor. 2. La concepción personalista del derecho de autor. 3. El binomio *droit d'auteur* - *copyright*. 4. Principales dominios en los que sobresale la actual diversidad de regímenes autorales. 5. Las diferentes tradiciones jurídicas nacionales en materia de patentes. 6. La diversidad de los regímenes nacionales en materia de marcas. III. Intentos de unificación y sus límites. 1. Derecho de autor: del Convenio de Berna al ACTA. 2. La armonización del derecho de autor en la Unión Europea. 3. El *Código Europeo de Derecho de Autor*. 4. La armonización y la unificación internacional del Derecho de la Propiedad Industrial. 5. Límites de la armonización y de la unificación emprendidas. IV. Los conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual. 1. Actualidad del problema; su ejemplificación. 2. La competencia de la lex originis y las dificultades que le están asociadas. 3. El principio de la territorialidad y las cuestiones que suscita. V. La unificación internacional de los principios reguladores de los conflictos de leyes

* Ponencia pronunciada el 12 de noviembre de 2010 en el Seminario sobre *Cuestiones actuales del Derecho internacional privado* organizado por la Universidad Carlos III de Madrid.

en materia de propiedad intelectual. 1. Los Principios del AMERICAN LAW INSTITUTE. 2. Los Principios del EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY. 3. Ensayo de una comparación. VI. Balance y conclusiones.

I. Introducción

1. La apertura de los mercados proporcionada por los movimientos contemporáneos de integración económica, así como el advenimiento de las redes electrónicas mundiales, han facilitado y aumentado enormemente la utilización de bienes intelectuales a través de las fronteras.

Por ello, hoy asume gran relevancia, en situaciones internacionales, el problema de los conflictos de leyes en materia de derechos sobre obras literarias y artísticas y de derechos privativos de la propiedad industrial.

Dos textos recientes, resultantes de la colaboración de juristas de diferentes nacionalidades, se ocuparon de estos problemas y buscaron para ellos soluciones susceptibles de aceptación internacional.

Nos referimos a los *Principios sobre el tribunal competente, la ley aplicable y el reconocimiento de sentencias en litigios transnacionales relativos a la propiedad intelectual*, publicados en 2008 por el AMERICAN LAW INSTITUTE (de ahora en adelante *Principios ALI*)¹; y a los *Principios para los conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual*, de los que se divulgó un *Third Preliminary Draft*, el 1 de septiembre 2010, por el EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (de ahora en adelante *Principios CLIP*)².

Se busca en ambos casos, aunque en moldes distintos, un compromiso entre los principios fundamentales de la *universalidad* y de la *territorialidad* en la regulación de los derechos de propiedad intelectual en situaciones internacionales.

Nos proponemos averiguar en este estudio cuáles son los términos en los que se ha buscado este compromiso. Antes, no obstante, cabe señalar las raíces del problema arriba sumariamente delineado y de las soluciones planteadas para este en los principales instrumentos internacionales y supranacionales sobre la materia. Es lo que haremos a continuación.

II. Unidad y diversidad de los Derechos nacionales en materia de propiedad intelectual

1. La concepción utilitarista del derecho de autor

2. En el origen de los conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual se encuentran las diferentes concepciones que subyacen a los sistemas jurídicos nacionales en este dominio.

Estas se remontan a la propia fundación del moderno Derecho de Autor. En su génesis se encuentra, como se sabe, el *Estatuto de la Reina Ana*, del 10 de abril de 1710, que en Inglaterra atribuyó a los autores o a sus cesionarios, por un período de catorce años renovable, contado desde la primera publicación, un derecho exclusivo de reproducción (*copyright*) sobre sus obras literarias.

Esta ley ponía el énfasis en la explotación comercial de las obras; y hacía depender la concesión de protección de un registro previo a su publicación³. Por otro lado, según se extrae del respectivo preámbulo, su objetivo consistía en:

«incentivar a los hombres cultos a componer y escribir libros útiles.»⁴

¹ Cfr. *Intellectual Property. Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2008.

² Cfr. *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property*, disponible en <http://www.cl-ip.eu>.

³ Cfr. P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 4.^a ed., Oxford, 2005, p. 9.

⁴ «[T]he encouragement of learned men to compose and write useful books».

El derecho consagrado en esta ley era, así, concebido como un incentivo a los autores para que creasen obras literarias, con el fin de que el público pudiese disfrutar de estas. Hay, por consiguiente, un claro *sentido utilitario* en su reconocimiento.

También se acogió a esta concepción del Derecho de Autor la Constitución de Estados Unidos de América, al proclamar, en su art. 1.º, n.º 8, que el Congreso tendría el poder de:

«Promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando a los autores e inventores, por períodos de tiempo limitados, derechos de exclusividad sobre los respectivos escritos y descubrimientos.»⁵

En este orden de ideas, el derecho de autor no consiste en un derecho natural, sino en uno *exclusivo* concedido por la ley, cuyo goce y ejercicio sólo pueden tener lugar en los términos establecidos por esta. Por ello, además, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos de América el régimen del derecho de autor no se encuentra fijado en el *Common Law*, sino que se refleja únicamente en el *Statute Law*⁶.

2. La concepción personalista del derecho de autor

3. Otra, muy diferente de esta, es la concepción que prevaleció en Europa continental a finales del siglo XVIII.

Las leyes francesas de 1791 y 1793, que abolieron los privilegios, consagraron por primera vez en Francia los derechos derivados de la creación intelectual (la primera de estas leyes sólo en lo que respecta a las obras de teatro; la segunda, con relación a todas las restantes categorías de obras). Para ello, el relator de aquella primera ley, ISAAC LE CHAPELIER proclamó que:

«La más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si así puedo hablar, la más personal de todas las propiedades, es la obra fruto del pensamiento de un escritor.»⁷

De aquí procede la *concepción iusnaturalista, o personalista*, del derecho de autor. Esta concepción es la que el actual Código de la Propiedad Intelectual francés también acoge, al disponer en el art. L. 111-1:

«El autor de una obra del espíritu goza sobre esta, por el simple hecho de su creación, de un derecho de propiedad inmaterial exclusivo y oponible a todos.»⁸

Sobre la obra intelectual incide, de acuerdo con esta concepción, un *derecho de propiedad intelectual*. Este nace de un *hecho* –la creación de la obra– y no de la *ley*, la cual se limita, de acuerdo con esta concepción, a reconocerlo como una derivación de la *naturaleza de las cosas*.

Más tarde, esta concepción dio origen al reconocimiento a los autores, además de derechos patrimoniales, de los *derechos morales* sobre sus obras, que durante largo tiempo la ley inglesa ignoró, en la medida en que, como hemos visto, entendía el derecho de autor, esencialmente, como un derecho de copia.

Por influencia francesa, la idea de propiedad literaria y artística se extendió después a otros países del continente europeo y del resto del mundo, entre los cuales Portugal, que en 1851 estableció una ley denominada de la *propiedad literaria y artística*, iniciativa del escritor ALMEIDA GARRETT.

3. El binomio *droit d'auteur* - *copyright*

4. Lo que hemos dicho hasta aquí nos permite comprender la existencia de dos grandes tradiciones jurídicas en lo que respecta a la protección de las obras literarias y artísticas: la de *droit d'auteur*,

⁵ «The Congress shall have power: [...] 8. To promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive rights to their respective writings and discoveries».

⁶ Conforme lo admitió la Cámara de los Lores en el caso *Donaldson v. Beckett*, 1 Eng. Rep. 837.

⁷ «La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain»: cfr. *Moniteur Universel*, vol. VII, 15 de enero de 1791, pp. 210 ss.

⁸ «L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous».

integrada por el Derecho francés y por los sistemas jurídicos por él influenciados; y la de *copyright*, compuesta por el Derecho inglés, por el Derecho norteamericano y por todos los otros sistemas jurídicos que con ellos comparten la concepción arriba citada en primer lugar⁹.

Las diferencias entre el régimen del derecho de autor en estas dos familias jurídicas son, en parte, susceptibles de explicarse en virtud de las premisas filosóficas en las que estas se basan¹⁰.

El sistema de *copyright* es, como hemos subrayado, fundamentalmente utilitario, orientado a estimular la producción de obras intelectuales al precio más bajo posible.

Por su parte, el sistema de *droit d'auteur* se basa en una perspectiva de Derecho Natural: la protección del autor no se dicta por consideraciones de utilidad social, sino por aquello que abstractamente se considera justo.

Como consecuencia de esto, en el primer sistema, el derecho de autor es esencialmente un *monopolio*, de la misma forma que, en el segundo, se considera predominantemente como un *derecho de propiedad intelectual*.

En los sistemas de *copyright*, el énfasis se pone tradicionalmente en el interés público en la utilización de la obra; en los de *droit d'auteur*, en la protección del autor. Así, a los primeros se les llama *society-oriented*; a los segundos, *author-oriented*¹¹.

4. Principales dominios en los que sobresale la actual diversidad de regímenes autorales

5. Esta diversidad de concepciones se ha traducido en una pluralidad de diferencias de régimen entre estos sistemas jurídicos en lo que se refiere a la utilización de obras literarias y artísticas.

La primera de ellas se liga a la *titularidad del derecho de autor* sobre las obras realizadas por encargo o en ejecución de un contrato de trabajo.

El problema tiene la mayor importancia social, pues, en su gran mayoría, las obras protegidas son fruto de la actividad de empresas, que se auxilian forzosamente de la colaboración de diversas personas con el fin de producirlas.

Para los sistemas de *droit d'auteur*, el derecho de exclusivo pertenece en estas circunstancias al creador de la obra, salvo convención en contrario. La obra cinematográfica se considera como una obra en colaboración, cuyos lucros pertenecen, consecuentemente, al director y a los restantes coautores.

Para los sistemas de *copyright*, este derecho es de la empresa que promovió la obra. La obra cinematográfica se califica en estos sistemas como una obra colectiva, por consiguiente de la titularidad del productor¹².

El incentivo económico a la producción empresarial de este tipo de obras es, por lo tanto, sustancialmente diferente en estos sistemas.

Otra de las marcas distintivas del derecho de autor de matriz francesa –el *derecho moral*– tiene un alcance mucho más limitado en Estados Unidos y en el Reino Unido que en los países de Europa continental. Los primeros no reconocen, por ejemplo, un derecho de arrepentimiento al autor; y el derecho a la integridad de la obra se interpreta con mucha mayor amplitud en Francia que en los países anglosajones.

Hay que añadir que en los sistemas de *droit d'auteur* se reservan generalmente al creador de la obra todas las formas de utilización y explotación económica de ésta y, como declara el Código portugués del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos:

«por cualquiera de los modos actualmente conocidos o que en el futuro lo sean.»¹³

⁹ Véase, sobre el tema, D. MOURA VICENTE, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008, pp. 37 ss., y *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden/Boston, 2009, pp. 31 ss., y la restante bibliografía ahí citada.

¹⁰ Cfr. P. GOLDSTEIN, *International Copyright*, Oxford, 2001, pp. 3 ss.

¹¹ Cfr. J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America», *Tulane Law Review*, 1990, pp. 991 ss.

¹² Cfr. S. STROMHÖLM, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIV, *Copyright and Industrial Property*, Tubinga, s.d., capítulo 3, *Copyright - Comparison of Laws*, pp. 36 ss.

¹³ Art. 68.º, n.º 1.

Los enunciados legales sobre la materia constituyen en esta óptica *meras ejemplificaciones* de esas formas de utilización y explotación¹⁴. Por el contrario, en los sistemas de *copyright* se enuncian taxativamente en la ley los «actos restringidos por el *copyright*», considerándose este último infringido por todo aquel que los practique sin licencia del respectivo titular¹⁵. De ahí la necesidad, que no raramente se suscita en estos sistemas, de alterar la ley siempre que surgen nuevas formas de utilización de las obras intelectuales, no contempladas por las disposiciones legales vigentes. Esta es la consecuencia del *carácter excepcional* aquí imputado al derecho de autor.

Señálese también que la *autonomía privada* es más laxa en materia de contratos referentes a la utilización y explotación de las obras en los sistemas anglosajones que en los continentales, donde predomina la preocupación de proteger al autor, considerado como la parte más débil del contrato. En Alemania, por ejemplo, se excluye en principio la transmisión del derecho de autor, permitiéndose únicamente el licenciamiento de derechos de explotación de la obra.

Por último, corresponde mencionar que, en los Derechos continentales, las excepciones a los derechos de autor y conexos se encuentran tipificadas en la ley a través de una enumeración exhaustiva¹⁶; al mismo tiempo que en Inglaterra y en Estados Unidos de América estas resultan de cláusulas generales (denominadas *fair dealing* en el Derecho inglés¹⁷ y *fair use* en el estadounidense¹⁸), más flexibles y potencialmente más amplias que las reglas continentales – luego, más favorables al libre acceso del público a los bienes culturales y a la creación de nuevos bienes intelectuales (especialmente de obras derivadas) a partir de obras protegidas¹⁹.

5. Las diferentes tradiciones jurídicas nacionales en materia de patentes

6. También en lo que respecta a los derechos de propiedad industrial se registran diferencias significativas entre las tradiciones jurídicas nacionales²⁰.

Así sucede, especialmente, en lo que respecta a las patentes. En principio, el derecho a la patente de invención pertenece, en la generalidad de los sistemas jurídicos, al inventor o a sus sucesores por cualquier título. Difieren, sin embargo, las reglas sobre el modo de determinar su titular en el caso de que varias personas realicen la invención independientemente unas de las otras o de que la invención tenga lugar durante la ejecución de un contrato individual de trabajo.

En Europa se optó, en cuanto a la primera hipótesis, por el sistema designado *first-to-file*, de acuerdo con el cual el derecho se atribuye a aquel que deposite en primer lugar la solicitud de patente²¹; lo que, en teoría, favorece la seguridad jurídica y la rápida revelación pública de las invenciones, de la cual depende en cierta medida el progreso técnico²².

En Estados Unidos de América, al contrario, prevalece a este respecto el sistema denominado *first-to-invent*, según el cual el derecho a la patente pertenece al primer inventor, es decir, a quien demuestre que ha sido el primero en concebir el invento y a hacer de este una aplicación práctica («reduction to practice»), en la medida en que no se haya producido abandono, supresión u ocultación del invento por ese sujeto²³. Se trata de una solución que podrá implicar mayor gasto de tiempo y recursos en la determinación del primer inventor; pero que tutela mejor a los pequeños inventores y a las instituciones de

¹⁴ Cfr. el § 15 de la *Urheberrechtsgesetz* alemana y el art. 68.º, n.º 2, del Código portugués.

¹⁵ Véase la sección 16 (1) del *Copyright, Designs and Patents Act 1988* inglés y el § 106 del *Copyright Act* norteamericano.

¹⁶ Cfr., v.g., la *Urheberrechtsgesetz* alemana, §§ 45 ss.; el *Code de la propriété intellectuelle* francés, arts. L. 122-5 e 211-3; y el *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos* portugués, arts. 75.º e 189.º.

¹⁷ *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, secciones 29 y 30.

¹⁸ *Copyright Act*, § 107.

¹⁹ Ver H. POSTER, «The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law», *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 2006, pp. 142 ss.

²⁰ Seguimos aquí de cerca lo que escribimos en nuestros estudios, ya citados, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, pp. 63 ss., y *La propriété intellectuelle en droit international privé*, pp. 61 ss.

²¹ *Patentgesetz*, § 6 (3); *Code de la Propriété Intellectuelle*, art. L-611-6, 2.º §; *Patents Act 1977* inglés, sección 5 (1).

²² Cfr. T. R. NICOLAI, «First-to-File vs. First-to-Invent: A Comparative Study Based on German and United States Patent Law», *IIC*, 1972, pp. 103 ss.

²³ *Patent Act* (United States Code, Title 35), § 102.

investigación sin fines lucrativos, como las universidades, que generalmente disponen de menores recursos con el fin de patentar sus inventos. Incluso para las empresas de mayor dimensión, el sistema tiene la ventaja de eximirlos de solicitar patentes para sus inventos antes de que se haya tenido la oportunidad de comprobar si estos tienen valor comercial, siempre que documenten adecuadamente el proceso inventivo. Por encima de todo, esta solución protege más eficazmente la posición de los inventores que, a pesar de no patentar sus inventos, los explotan comercialmente, beneficiándose la sociedad, de esta forma, de su actividad inventiva. A estos inventores, se dice, no se les debe impedir seguir haciéndolo en virtud de la concesión a un tercero de una patente sobre el mismo invento; incluso porque, a sus competidores, no les está prohibido determinar, a través del denominado *reverse engineering*, las bases científicas de las invenciones en cuestión y explotarlas comercialmente. La solución norteamericana en cuanto a esta materia está, así, de acuerdo con la política de favorecer la competencia y la oposición a conceder monopolios que se manifiestan en otros aspectos del régimen estadounidense de la propiedad intelectual.

7. Igualmente significativas son las diferencias que separan los sistemas jurídicos nacionales con respecto al ámbito de la protección concedida por las patentes. Este se determina, tanto en Europa como en Estados Unidos, por el contenido de las *reivindicaciones* que deben acompañar la solicitud de patente, a través de las cuales el solicitante, indicando lo que considera nuevo y caracterizando la invención, define el objeto de la protección solicitada.

De acuerdo con la denominada *doctrina de los equivalentes*, acogida en los sistemas jurídicos europeos y norteamericano, con el fin de determinar la extensión de la protección concedida por una patente, también deben tenerse en consideración los productos o procesos equivalentes a los especificados en las reivindicaciones: el alcance de estas no se ciñe, así, a su contenido literal²⁴. Existirá, por consiguiente, violación de la exclusividad concedida por la patente, aunque el infractor sustituya un elemento de la invención patentada por una variante, que constituya un equivalente suyo técnico y funcional.

Sin embargo, sobre el modo de determinar la equivalencia de esta variante no existe unanimidad de posiciones.

Así, en Alemania, el Tribunal Federal entendió que hay equivalencia si existe *identidad del problema técnico* en causa e *identidad de los efectos* de la utilización, con el fin de resolverlo, de medios técnicos modificados, siempre que un *perito en la materia* pudiese determinar esta identidad; por consiguiente, hay equivalencia aunque el principio de solución (*Lösungsprinzip*) que subyace en los medios técnicos utilizados no sea el mismo²⁵.

Más lejos va la jurisprudencia francesa, que considera equivalentes medios técnicos con una forma diferente, pero que ejerzan la misma *función* y persigan un *resultado idéntico o semejante*; no hay que averiguar si la equivalencia de los medios sería evidente para un perito²⁶.

En Estados Unidos y en Inglaterra, el concepto de equivalencia es objeto de una interpretación más restrictiva.

Así, para el Tribunal Supremo de Estados Unidos, un elemento reivindicado será equivalente a otro si desempeña sustancialmente la misma función, del mismo modo sustancial y con la obtención del mismo resultado substancial (*function-way-result test*)²⁷; de forma que la apreciación del cumplimiento de estos requisitos se realiza en virtud de cada elemento de las reivindicaciones (*element by element*)²⁸. Por consiguiente, esta orientación atiende más bien a los elementos reivindicados que a la invención en su conjunto.

Una interpretación aún más restrictiva es la realizada por los tribunales ingleses²⁹. Para estos, la equivalencia presupone la verificación acumulativa de tres condiciones: 1.º, que la variante del invento

²⁴ Ver J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes», *Direito Industrial*, vol. IV, Coimbra, 2005, pp. 41 ss.

²⁵ Cfr. la decisión de 29 de abril de 1986 en el caso *Formstein*, *GRUR*, 1986, pp. 804 ss.

²⁶ En el sentido de que esta es la «más amplia concepción de equivalencia del mundo», vide PIERRE VÉRON, «Doctrine of Equivalents: France v. The Rest of the World», *Patent World*, noviembre de 2001, pp. 1 ss. (p. 3).

²⁷ Cfr. la decisión emitida en 1950 en el caso *Graver Tank & MFG Co., Inc. et al. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605.

²⁸ En este sentido la decisión emitida en 1997 en el caso *Warner-Jenkinson c. Hilton Davis*, 520 U.S. 17.

²⁹ Para comparar en esta materia los sistemas alemán e inglés, vide T. ADAM, *Der sachliche Schutzbereich des Patents in Grossbritannien und Deutschland*, Berlín, etc., 2003.

en cuestión no tenga un efecto sustancial (*material effect*) sobre el funcionamiento del evento; 2.º, que esta circunstancia sea obvia para un perito en la materia (*a reader skilled in the art*) en el momento de la publicación de la patente; y 3.º, que un perito hubiese podido inferir de las reivindicaciones que el titular de la patente consideraba como un requisito esencial de la invención la estricta observancia del «significado primitivo» (*primary meaning*) de esta³⁰. De acuerdo con este criterio, no hay equivalencia, a pesar de la identidad funcional del invento en cuestión y de su variante, si el medio técnico utilizado en la patente se puede considerar, en la base de una interpretación objetiva de las reivindicaciones, como esencial a la invención. En esto difiere la orientación inglesa de la que siguen los tribunales alemanes.

La complejidad de los procedimientos tendentes a la obtención de una patente y los costes que esta implica, han llevado a algunos sistemas jurídicos a prever la protección de las invenciones mediante un procedimiento administrativo más simple y rápido, aunque por un plazo más corto. Este es el objetivo fundamental perseguido por los llamados modelos de utilidad (*Gebrauchsmuster*, *certificats d'utilité*), que los Derechos alemán, francés y portugués actualmente consagran³¹.

Sin embargo, los modelos de utilidad no son reconocidos por otros sistemas jurídicos, como el de Estados Unidos y el del Reino Unido. En este último país, la necesidad de estos nuevos títulos de propiedad industrial se ha cuestionado; y se expresan recelos con respecto a su impacto sobre la actividad inventiva, en la medida en que (se dice) hay riesgo de que, en ausencia de un examen apropiado, ciertos agentes económicos obtengan modelos de utilidad de validez dudosa, que les permitirán después impedir a cualquier competidor desarrollar autónomamente los productos disponibles en el mercado³². De nuevo nos deparamos aquí con la preocupación de los sistemas de *Common Law* por preservar la libertad de competencia que potencialmente refrena la concesión de derechos de exclusivo sobre bienes intelectuales.

6. La diversidad de los regímenes nacionales en materia de marcas

8. No menos significativas son las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales en materia de marcas.

En Estados Unidos, el uso de la marca para identificar bienes o servicios confiere, por sí solo, derecho a la respectiva protección contra su utilización por terceros, siempre que la señal en cuestión goce de carácter distintivo (*distinctiveness*), ya sea este intrínseco (*inherent*), como sucede en los casos de marcas de fantasía, ya resulte del significado secundario (*secondary meaning*) atribuido por el público a una marca descriptiva. Por eso, se dice que el sistema estadounidense se basa en el uso (*use-based*)³³. Por el contrario, en la generalidad de los sistemas jurídicos de Europa continental, el derecho a la marca se adquiere normalmente, en virtud de consideraciones de certeza y seguridad jurídica³⁴, a través del registro, que tiene, de esta forma, eficacia constitutiva³⁵. Tales sistemas se denominan, por ello, *registration-based*.

Difieren igualmente en los sistemas jurídicos en aprecio los supuestos de la violación del derecho a la marca. En Estados Unidos, la cualificación como tal de determinado acto supone, en principio,

³⁰ Véase la decisión emitida por la *Court of Appeal* en 1990 en el caso *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.* («*Epilady*»), [1990] F.S.R. 181.

³¹ Ver, sobre esta figura, U. SUTHERSANEN, «A Brief Tour of «Utility Model» Law», *EIPR*, 1998, pp. 44 ss.; Association Internationale Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, *Harmonization of the Existing Utility Model Protection Systems*, 1999.

³² Ver P. TORREMANS, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, cit., p. 163; L. BENTLEY/B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 2.ª ed., Oxford, 2004, pp. 339 s. Expresan también reservas en cuanto al modelo de utilidad W. CORNISH/D. LLEWELYN, *Intellectual Property*, 6.ª ed., 2007, pp. 130 ss.

³³ La protección así concedida se restringe, no obstante, al mercado o mercados donde la marca se utiliza efectivamente o en los que es probable su uso futuro. Una protección de ámbito nacional sólo se concede si se efectúa el registro de la marca ante el *Patent and Trademark Office* del *United States Department of Commerce*.

³⁴ Ver L. COUTO GONÇALVES, *Função distintiva da marca*, Coimbra, 1999, pp. 184 ss. (n. 358); *idem*, *Manual de Direito Industrial. Patentes, desenhos ou modelos, marcas, concorrência desleal*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, p. 210; J. AZÉMA/J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6.ª ed., Paris, 2006, p. 803.

³⁵ Cfr., en el Derecho alemán, el § 4 (1) de la *Markengesetz*; en el Derecho francés, el art. L. 712-1 del *Code de la propriété intellectuelle*; y, en el Derecho portugués, el art. 224.º, n.º 1, del *Código da Propriedade Industrial*.

la «probabilidad de confusión» (*likelihood of confusion*)³⁶. En Europa, este requisito se dispensa siempre que el ilícito en cuestión consista en la reproducción de una marca registrada para distinguir productos o servicios idénticos a los que ésta tiene por objeto: la protección de la marca se designa, en ese caso, *absoluta*³⁷.

Finalmente, subráyese la diversidad de regímenes vigentes en lo que respecta al agotamiento del derecho a la marca. En Estados Unidos, se permite la importación de un producto manufacturado en el extranjero, aunque comercializado con una marca válida en territorio estadounidense (llamado *gray-market good*), sin el consentimiento del titular de esta, siempre que, por un lado, la marca extranjera y la marca nacional pertenezcan a la misma entidad o a entidades sujetas a un «control común» (*common control*) y, por otro, el producto sea físicamente idéntico a los que se comercializan en Estados Unidos bajo la misma marca³⁸. Al contrario, en la Unión Europea el agotamiento abarca únicamente los actos de puesta en el mercado practicados en el Espacio Económico Europeo, pudiendo impedir, por consiguiente, los titulares de marcas, las denominadas *importaciones paralelas* de productos originarios de terceros países³⁹. En esta medida, se puede afirmar que los derechos concedidos al titular de la marca por los sistemas jurídicos europeos son más vastos que los que le atribuye el sistema estadounidense.

III. Intentos de unificación y sus límites

1. Derecho de autor: del Convenio de Berna al ACTA

9. A lo largo del último siglo, no han faltado intentos de minimizar, o incluso de suprimir, estas diferencias de régimen.

La primera de ellas, y hasta hoy la más significativa, se llevó a cabo a través del *Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, concluido en 1886.

Para ello, este Convenio establece un *estándar mínimo de protección* de las obras intelectuales en los respectivos Estados miembros. En este sentido, consagra en beneficio de los autores, derechos de traducción, reproducción, radiodifusión, recitación, adaptación y distribución de las obras adaptadas o reproducidas para fines cinematográficos; les reconoce los derechos morales de paternidad y de integridad; regula la duración mínima de los derechos patrimoniales y morales, los cuales están vigentes al menos durante cincuenta años *post mortem auctoris*; acoge un principio de protección automática de los derechos de autor, cuyo gozo y ejercicio no está sujeto al cumplimiento de cualquier formalidad; e instituye un principio de trato nacional o de asimilación de los autores nacionales de los Estados miembros.

Sin embargo, la mayor parte de los países americanos, incluyendo Estados Unidos, donde estaba en vigor en el siglo XIX una protección más limitada del derecho de autor, no firmó este Convenio.

10. Con el fin de asegurar la protección del derecho de autor en el mayor número posible de países, se celebró, impulsada por la UNESCO, la *Convención Universal Sobre Derecho de Autor*, firmada en Ginebra en 1952.

Esta convención se orientó a objetivos, al mismo tiempo, más modestos y más ambiciosos que los del Convenio de Berna.

Más modestos porque la protección por ella instituida obedece a un *approach* minimalista. Al contrario del Convenio de Berna, no se consagra ni regula en la Convención Universal el derecho moral

³⁶ Cfr. *Restatement 3rd of Unfair Competition*, § 20, y *Lanham Act*, sección 32.

³⁷ *Markengesetz*, § 14 (2), n.º 1; *Code de la propriété intellectuelle*, art. L. 713-2, apartado a); *Código da Propriedade Industrial português*, art. 323.º; *Trademarks Act 1994*, sección 10, n.º 1.

³⁸ En este sentido se ha interpretado la sección 42 del *Lanham Act*. Véanse las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *K-Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 108 S.Ct. 1811 (1988) y por *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* en el caso *Lever Brothers Co. v. United States*, 981 F. 2d. 1330 (1993).

³⁹ Cfr. La decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas emitida el 16 de julio de 1998 en el caso *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1998-I, pp. 4799 ss.

sobre estas obras. Por otro lado, la protección en ella establecida no es automática. Además, la duración de esta protección sólo comprende, en principio, la vida del autor y los veinticinco años posteriores a su muerte.

En esta medida, se puede afirmar que la Convención Universal refleja, en lo esencial, la concepción del derecho de autor propia de los sistemas de *copyright* – a lo que no será ajena la circunstancia de que Estados Unidos haya desempeñado un papel esencial en su elaboración.

Pero la Convención Universal se orientaba al mismo tiempo a objetivos más ambiciosos que los del Convenio de Berna porque, a través de ésta, se pretendía (como, por otra parte, su designación indica) ampliar la protección de los autores a un conjunto más vasto de países, incluyendo en el sistema internacional del Derecho de Autor a los Estados que, en el momento de su conclusión, no formaban parte de este segundo convenio.

En 1961, se firmó en Roma la *Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y de los Organismos de Radiodifusión*, en la cual se reconocieron a estas categorías de sujetos ciertos derechos conexos con el derecho de autor.

11. Más recientemente, otro instrumento internacional ha venido a regular el derecho de autor en una perspectiva muy diferente de la que subyace a las convenciones hasta aquí citadas.

Nos referimos al *Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (Acuerdo TRIPS o ADPIC), anexo al Acuerdo que instituyó la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech en 1994, que intentó integrar el régimen de la propiedad intelectual en el Derecho del Comercio Internacional.

Entre las razones determinantes de su celebración (la cual se debe esencialmente a una iniciativa de los Estados Unidos de América) sobresalen las divergencias existentes en aquel momento entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OMC, resultantes de la escasa protección concedida en algunos de ellos a los derechos intelectuales.

De estas divergencias, asociadas a la independencia de la protección concedida al derecho de autor, consagrada en el Convenio de Berna, resultaban distorsiones en el comercio internacional en beneficio de las empresas establecidas en los países con sistemas menos exigentes, que interesaba eliminar o reducir.

Sin embargo, la exigencia de unanimidad, formulada en el Convenio de Berna, hacía muy difícil su revisión. La inclusión de la propiedad intelectual en las negociaciones multilaterales relativas al comercio internacional, llevadas a cabo entre 1986 y 1994 en el ámbito del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), permitió superar esa dificultad. De tal modo, se pudo establecer un *estándar* mínimo de protección de los bienes intelectuales, al que todos los Estados miembros de la OMC quedaron vinculados.

El Acuerdo TRIPS estableció que sus miembros quedarían obligados a observar lo dispuesto en los arts. 1.º a 21.º del Convenio de Berna, el cual de este modo se incorporó por referencia en el Acuerdo. Así, de este resultó una extensión del ámbito geográfico de aplicación de los preceptos del Convenio de Berna a todos los Estados miembros de la OMC.

La conclusión del Acuerdo TRIPS también estuvo dictada por la circunstancia de que no estaban previstos en las convenciones internacionales en vigor a la época mecanismos aptos para garantizar la «aplicación efectiva» (*enforcement*) de los derechos de propiedad intelectual. Por ello, se consagró en este la obligación de que los Estados miembros previesen en sus legislaciones diversos mecanismos destinados a sancionar eficazmente las infracciones a estos derechos.

Con la excepción de las reglas concernientes a los derechos morales, la violación del Convenio de Berna por un Estado parte del Acuerdo TRIPS implica, desde la entrada en vigor de este, también la violación del Acuerdo de la OMC, sometiendo al infractor a las sanciones correspondientes. Es por eso que, en los términos del art. 64.º del Acuerdo TRIPS, las reglas sobre el proceso de resolución de litigios instituido entre los Estados miembros de aquella organización son aplicables al incumplimiento por estos Estados de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo. En esta medida, puede decirse que la *efectividad* de la protección de la propiedad intelectual se reforzó significativamente en el Acuerdo TRIPS.

12. En 1996, se celebraron en Ginebra bajo el amparo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) los llamados *Tratados Internet*: el Tratado Sobre Derecho de Autor y el Tratado Sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.

En el primero, se consagró como derecho de exclusivo del autor la autorización de puesta a disposición del público de sus obras. Se reconoció así una nueva facultad del autor, que se distingue de la facultad de comunicación de la obra al público por no existir, en la situación por ella contemplada, la simultaneidad entre la emisión y la recepción de la obra que es característica de esta forma de utilización; y también porque aquí se trata de una transmisión interactiva.

En el segundo, se concedieron a los artistas derechos análogos a los que se reconocen en el Tratado de Derecho de Autor a los creadores de obras intelectuales, *máxime* el de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas; y se ampliaron los derechos de los artistas a los productores de fonogramas, mediante la creación de un nuevo derecho de poner fonogramas a disposición del público.

Se ampliaron, así, los exclusivos derechos de autor a las nuevas formas de utilización de obras protegidas proporcionadas por la evolución tecnológica.

13. El último paso en esta evolución se encuentra en este momento en preparación. Es el denominado *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), del que se ha divulgado un proyecto consolidado en octubre de 2010.

Se trata de un acuerdo a celebrar entre la Unión Europea y otros países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que busca combatir, como su denominación indica, la contrafacción y la piratería de bienes intelectuales (siendo la primera considerada en este como la violación de marcas y la segunda como la violación de derechos de autor y conexos)⁴⁰.

Tal y como en el TRIPS, el énfasis se pone aquí en la *aplicación efectiva* de los derechos sobre estos bienes. No se crean en el ACTA, por lo tanto, nuevos derechos. Pero se persigue intensificar la prevención y la represión de la reproducción ilegal, particularmente en lo que respecta a los medicamentos genéricos y a las obras disponibles en Internet. Por eso, el ACTA se ha denominado como un acuerdo *TRIPS-plus*. Se pretende, especialmente, promover la tutela de la propiedad intelectual en las economías emergentes, tales como las de Brasil, China y Rusia.

Para este efecto, se prevé en este proyecto de acuerdo internacional, la instauración de medidas de diversos tipos, incluyendo: procesos y sanciones civiles (en los que se comprenden indemnizaciones preestablecidas y daños presuntos); medidas aduaneras (como, por ejemplo, la aprehensión de bienes para importación o exportación, aunque los mismos se encuentren en tránsito); sanciones penales (incluso de prisión); la tutela civil y penal de las medidas tecnológicas de protección en el ambiente digital contra su neutralización; y la celebración de acuerdos de cooperación entre autoridades nacionales, concretamente en el dominio de la investigación y persecución penal de la contrafacción y de la piratería.

2. La armonización del derecho de autor en la Unión Europea

14. La armonización y la unificación internacional del Derecho de Autor también ha tenido importantes expresiones en el ámbito de procesos de integración económica regional. Destacaremos aquí el caso de la Unión Europea.

En los Estados Miembros de esta, el Derecho de Autor ha sido objeto de una vasta armonización de legislaciones, que refleja la preocupación por evitar que las divergencias entre los Derechos nacionales sobre esta materia repercutan negativamente sobre el funcionamiento del mercado interno europeo y, en particular, sobre la libre circulación de mercancías y servicios.

⁴⁰ De acuerdo con un estudio publicado por la OCDE, en 2005 el valor de los productos reproducidos ilegalmente y pirateados en el comercio internacional ascendía a 200 mil millones de dólares: cfr. *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, disponible en <http://www.oecd.org>.

Esta preocupación es la que está en el origen del art. 118.º del Tratado Sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo § 1.º dispone:

«En el ámbito del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento con el proceso legislativo ordinario, las medidas relativas a la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión y al establecimiento de regímenes de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión.»⁴¹

15. La armonización europea del Derecho de Autor se llevó a cabo en fases distintas.

En la primera, que se inició en 1991 y duró hasta 2001, se acometió una armonización del régimen sustantivo de los derechos de autor y conexos. Para ese efecto, se adoptaron siete Directivas, que se destinaron a instituir un nivel de protección equivalente de estos derechos en todo el territorio de la Unión Europea.

Las primeras seis de estas Directivas tienen carácter sectorial. En ellas se disciplinaron: la protección jurídica de los programas de ordenador⁴²; el derecho de alquiler, el derecho de préstamo y ciertos derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual⁴³; la radiodifusión por satélite y la retransmisión por cable de obras protegidas por el derecho de autor⁴⁴; el plazo de protección de los derechos de autor y derechos afines⁴⁵; la protección jurídica de las bases de datos⁴⁶; y el derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original que sea objeto de enajenaciones sucesivas⁴⁷.

Esta fase culminó en la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de información. En virtud de esta, la *puesta en red a disposición del público* de obras y prestaciones protegidas en la Unión Europea se convirtió en objeto de una previsión legal específica, que la califica como un derecho de exclusivo. Pero la Directiva va mucho más allá de eso, pues –contrariamente a lo que su título indica– no se limita a regular los problemas del derecho de autor en el ambiente digital, sino que también regula la utilización de obras y prestaciones protegidas por otros medios. Además, se contempla expresamente en ella el principio del *agotamiento comunitario* del derecho de distribución. Y, también, se establece en sus disposiciones un minucioso catálogo de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines. Se procedió, de este modo, a una importante modernización del Derecho de Autor, que lo adapta simultáneamente a las exigencias de la sociedad de la información y de la integración europea. El alcance de esta Directiva es, así, muy vasto: en ella encontramos el embrión de un nuevo *Derecho Europeo de Autor*.

En una segunda fase, se intentó armonizar en la Unión Europea el régimen de la tutela de los derechos de autor y conexos (así como de los restantes derechos intelectuales). Para este efecto, se aprobó la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Esta prevé la obligatoriedad de que los Estados Miembros adopten ciertas medidas, procedimientos y recursos considerados necesarios con el fin de asegurar la observancia de los derechos derivados, *inter alia*, de la transposición de las Directivas precedentes.

16. Se pregunta: ¿cuál es la concepción de derecho de autor que se desprende de las Directivas mencionadas?

Más concretamente: ¿estas reflejarán la perspectiva que de esta materia tienen los sistemas de *droit d'auteur* o más bien la que es característica de los sistemas de *copyright*?

Suponemos que ninguna de estas respuestas sería completamente exacta.

En efecto, se contemplan en los mencionados actos europeos regímenes inspirados en ambos grupos de sistemas jurídicos.

⁴¹ Ver, sobre esta disposición, D. MATTHEWS, «The Lisbon Treaty, Trade Agreements and the Enforcement of Intellectual Property Rights», *European Intellectual Property Review*, 2010, pp. 104 ss..

⁴² Directiva 91/250/CEE.

⁴³ Directiva 92/100/CEE, codificada por la Directiva 2006/115/CE.

⁴⁴ Directiva 93/83/CEE.

⁴⁵ Directiva 93/98/CEE, codificada por la Directiva 2006/116/CE.

⁴⁶ Directiva 96/9/CE.

⁴⁷ Directiva 2001/84/CE.

Así, por ejemplo, las reglas que establecen que se considere al director principal de una obra cinematográfica o audiovisual como autor o coautor de ésta⁴⁸, así como las que prescriben la consagración de un derecho de participación en beneficio de los autores de obras de arte originales⁴⁹, proceden manifiestamente de los sistemas de *droit d'auteur*.

Por otra parte, las que consideran original cualquier programa de ordenador que sea «una creación intelectual de su autor»⁵⁰ y las que atribuyen al empleador el derecho patrimonial de autor sobre programas de ordenador creados por asalariado en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas siguiendo las instrucciones de su empresario⁵¹, se revelan más cercanas a los sistemas de *copyright*.

Sea como fuere, es inequívoco que de estas Directivas ha resultado una considerable extensión del ámbito de protección del derecho de autor en los Estados Miembros de la Unión Europea, tanto en lo que respecta a los tipos de bienes protegidos, como en lo que se refiere a las facultades reconocidas a los titulares de derechos.

Además, toda la armonización europea del Derecho de Autor se ha procesado bajo el signo de la consagración de un «elevado nivel de protección», que las aludidas Directivas enunciaron como su objetivo principal⁵².

3. El Código Europeo de Derecho de Autor

17. En otra línea de orientación se sitúa el *Código Europeo de Derecho de Autor (European Copyright Code)*, publicado en 2010⁵³.

Este es un texto de fuente privada, elaborado por un grupo de peritos que incluye profesores de diferentes universidades europeas. Persigue, esencialmente, servir de modelo a la armonización y a la unificación futuras del Derecho de Autor europeo, buscando establecer un equilibrio entre los intereses públicos y privados en presencia en este dominio.

Aunque tenga en consideración el acervo comunitario sobre la materia, el Código no es un mero *restatement* de las reglas recogidas en las Directivas europeas antes citadas, pues va mucho más allá de éstas. La reglamentación en él contenida no es, en cualquier caso, exhaustiva, sino que se concentra en cinco puntos fundamentales: el objeto del derecho de autor, la titularidad del derecho, los derechos morales, los derechos patrimoniales y los límites al derecho.

De esta forma, el Código omite lo relativo a diversas cuestiones particularmente sensibles, como los derechos de alquiler y de participación, las medidas tecnológicas de protección, la aplicación efectiva de los derechos de autor y los derechos afines. A esto no serán ajenas, sin duda, una vez más, las diferentes tradiciones europeas en materia de derecho de autor.

4. La armonización y la unificación internacional del Derecho de la Propiedad Industrial

18. En el ámbito de la propiedad industrial, se registró una evolución hasta cierto punto paralela a la del derecho de autor.

También, en cuanto a esta materia, una importante convención internacional, el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, concluida en 1883, intentó armonizar ciertos aspectos de los regímenes jurídicos nacionales, así como asegurar algún grado de eficacia internacional a los derechos privativos en ella previstos, a través del reconocimiento a los nacionales de los respectivos Estados miembros de un *derecho de prioridad* en lo que respecta a la presentación de solicitudes sucesivas de patente y de registro de marcas en los restantes Estados miembros. Esa Convención, tal como la

⁴⁸ Cfr. el art. 2.º, n.º 1, de la Directiva 93/98/CEE.

⁴⁹ Cfr. el art. 1.º, n.º 1, de la Directiva 2001/84/CE.

⁵⁰ Cfr. el art. 1.º, n.º 3, de la Directiva 91/250/CE.

⁵¹ Cfr. el art. 2.º, n.º 3, de la Directiva 91/250/CE.

⁵² Cfr., concretamente, el considerando 9 de la Directiva 2001/29/CE.

⁵³ Disponible en <http://www.copyrightcode.eu>.

de Berna, vio ampliado posteriormente su ámbito geográfico de aplicación a todos los Estados miembros de la OMC, mediante la respectiva incorporación en el Acuerdo TRIPS.

19. Más lejos fueron, posteriormente a la Convención de París:

- Los Acuerdos Relativos al Registro Internacional de Marcas (Madrid, 1891), al Deposito Internacional de Diseños Industriales (La Haya, 1925) y a la Protección de las Denominaciones de Origen (Lisboa, 1958) y el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (Washington, 1970), al prever la posibilidad de presentación de solicitudes únicas, tendentes a la concesión, en los respectivos Estados partes, de una pluralidad de derechos privativos independientes sobre marcas, diseños industriales, denominaciones de origen y patentes, respectivamente;
- La Convención sobre la Patente Europea (1973/2000), al admitir la posibilidad de la presentación de una solicitud única tendente a la concesión por una autoridad única de una pluralidad de derechos independientes en los Estados partes, regidos por otros sistemas jurídicos nacionales; y
- Los Reglamentos sobre la marca comunitaria (1994) y los diseños o modelos comunitarios (2002), bien como el proyecto de Reglamento relativo a la patente de la Unión Europea (2010), que previeron la posibilidad de presentación, ante una instancia supranacional, de una solicitud única, conducente a la concesión por una autoridad única de un derecho privativo unitario, abarcando una pluralidad de países y sujeto a un régimen uniforme.

5. Límites de la armonización y de la unificación emprendidas

20. El análisis hasta aquí emprendido revela una tendencia histórica a la armonización y la unificación internacional del régimen jurídico de la propiedad intelectual⁵⁴. Este es, en realidad, uno de los dominios del Derecho Privado en los que esta armonización y unificación han evolucionado más hasta hoy.

No obstante, los sistemas jurídicos nacionales mantienen su relevancia en este dominio. Por varios órdenes de razones.

En principio, porque en materia de derecho de autor tanto los Convenios de Berna y de París como el Acuerdo TRIPS establecen esencialmente *reglas mínimas* de protección, las cuales no obstaculizan una protección más amplia por el Derecho interno de los Estados que son partes de ellos, en la medida en que esta no contraría los instrumentos internacionales en cuestión. Pues bien, en la medida en que varios países han establecido, en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, reglas que exceden la protección instituida por estos acuerdos internacionales (v.g. en cuanto a la duración de la protección y a las facultades atribuidas a los autores), no existe, de momento, una verdadera unificación de los Derechos nacionales en esta materia.

Después, porque ciertas reglas convencionales no son *auto-ejecutorias*, sino que se limitan a formular un comando dirigido a los legisladores nacionales, que estos deben observar en la reglamentación de las materias en causa, sin perjuicio de su libertad en lo que respecta al modo de ejecutarlos en el orden interno. Este es el caso de la «regla de los tres pasos», que reservó a las legislaciones nacionales la facultad de permitir la reproducción de obras literarias y artísticas, en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (artículo 9, número 2, del Convenio de Berna)⁵⁵.

Finalmente, porque tanto el Convenio de Berna como el Acuerdo TRIPS no se manifiestan con respecto a ciertas cuestiones fundamentales en la regulación del derecho de autor, como por ejemplo la titularidad del derecho patrimonial de autor sobre las obras realizadas por cuenta ajena, la gestión colectiva

⁵⁴ Sobre esta tendencia, véase también el estudio de J. P. REMÉDIO MARQUES, «Propriedade intelectual. Tendências globais», en el *Boletim da Faculdade de Direito*, 2008, pp. 251 ss.

⁵⁵ Cfr., sobre el tema, D. MOURA VICENTE, «Cópia privada e sociedade da informação», in AAVV, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Lisboa, 2006, vol. I, pp. 709 ss., con más referencias.

de derechos y el agotamiento de estos en virtud de la entrada en circulación de los soportes materiales de las obras. Del mismo modo, el Convenio de París no dispone nada sobre cuestiones como la definición de los bienes susceptibles de patentarse, los criterios de patentabilidad, la duración de las patentes y el agotamiento de los derechos sobre las mismas. Estos problemas han quedado así, implícitamente, sometidos a los sistemas jurídicos de los Estados miembros o de las organizaciones de integración regional de las que los mismos forman parte, los cuales son libres de regularlos como entiendan.

IV. Los conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual

1. Actualidad del problema; su ejemplificación

21. Constatamos, en virtud de lo expuesto, que la armonización y la unificación internacionales del Derecho de la Propiedad Intelectual aún son muy fragmentarias; y que entre los sistemas jurídicos nacionales subsisten, en esta materia, importantes diferencias de régimen.

De aquí, por consiguiente, la relevancia de los conflictos de leyes en esta materia.

Supongamos, con el fin de ejemplificarlos, que alguien edita en España un CD con canciones del compositor brasileño Tom Jobim, fijadas en fonogramas en Brasil en 1960, que aún están protegidas en este país (donde la duración de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas es de 70 años⁵⁶), pero no en España (donde estos derechos caducan 50 años después de la interpretación, ejecución o grabación⁵⁷).

Se pregunta: ¿el editor comete una infracción a la ley brasileña, en virtud de la cual puede ser demandado por los titulares de derechos? ¿O puede invocar en su beneficio el plazo más corto de protección de la ley española? ¿Cuál es, en definitiva, la ley aplicable?

2. La competencia de la *lex originis* y las dificultades que le están asociadas

22. Una primera solución posible para el problema así planteado viene dada por el ya citado *principio de la universalidad*⁵⁸.

De acuerdo con este, debe aplicarse al derecho de autor la ley del país donde la obra fue publicada por primera vez o mediante cualquier otra forma puesta a disposición del público; tratándose de una obra inédita, se aplica la ley de la nacionalidad del respectivo autor. El derecho de autor se somete, así, a su *lex originis*, debiéndosele reconocer eficacia universal.

Se trata de la solución más armoniosa con la *concepción personalista*, o *iusnaturalista*, del derecho de autor, a la que nos hemos referido. Esta corresponde, por otro lado, al interés de los autores en la previsibilidad y en la continuidad de sus derechos a través de las fronteras. También es la solución más favorable a la libre circulación de los bienes intelectuales.

Sin embargo, contra ella se pueden alegar diversas objeciones relevantes.

Sin duda, desde el punto de vista de la legitimidad de la *lex originis* para regular el derecho de autor. En la medida en que constituye un exclusivo de utilización y explotación económica de una obra literaria o artística, el derecho de autor es necesariamente una creación de determinado sistema jurídico. A esta creación subyace cierto juicio de valoración de intereses, llevado a cabo por el legislador o por los tribunales en armonía con la concepción predominante en determinada sociedad sobre la forma preferible de ordenar las relaciones entre sus miembros. Ahora bien, este juicio no puede aspirar a tener valor universal. Por ello, es muy dudoso que se deban extender las reglas basadas en este a la definición de las condiciones de atribución, ejercicio y extinción de derechos de exclusivo sobre creaciones intelectuales en el territorio de otros países; ¿por qué motivo, por ejemplo, las grabaciones de obras musicales rea-

⁵⁶ Art. 96 de la Ley n.º 9.610, de 19 de febrero de 1998.

⁵⁷ Arts. 112 y 119, de la *Ley de Propiedad Intelectual*.

⁵⁸ Cfr. nuestros trabajos *A tutela internacional da propriedade intelectual*, cit., pp. 208 ss., y *La propriété intellectuelle en droit international privé*, cit., pp. 210 ss., así como la restante bibliografía en ellos citada.

lizadas originariamente en Brasil se deben beneficiar en Europa del plazo de protección de 70 años del que disfrutaban en aquel país, cuando la protección de la que gozan tales prestaciones en la Unión Europea no excede los 50 años?

La orientación en aprecio puede, además, cuestionarse en la óptica de su practicabilidad. De esta resultaría, en efecto, la aplicación de diferentes leyes a los actos de utilización y explotación de obras literarias y artísticas practicadas en el Estado del foro. Lo que, además de quebrar la unidad del régimen jurídico al que se subordinan estas obras, es susceptible de dificultar su utilización y explotación por terceros.

3. El principio de la territorialidad y las cuestiones que suscita

23. Otro principio hace mucho tiempo radicado en el Derecho de la Propiedad Intelectual es el de la *territorialidad*, o de la aplicación de la ley del país para cuyo territorio se solicita la protección de un bien intelectual (la *lex loci protectionis*)⁵⁹.

Lo consagra, especialmente, en materia de derecho de autor el art. 5, n.º 2, del Convenio de Berna. Este precepto, después de proclamar que el goce y el ejercicio de los derechos de los autores son *independientes* de la existencia de protección en el país de origen de la obra, establece:

«Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.»

No es otra solución la que establece el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que consagra en los arts. 4.º-*bis*, n.º 1, y 6.º, n.ºs 2 y 3, el *principio de la independencia* de las patentes y de las marcas en los países de la Unión de París; esto implica, en efecto, que la protección concedida a un derecho privativo en determinado país sea definida por el Derecho local, y no por cualquier otro.

La misma regla se encuentra ahora instituida, por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual emergente de la violación de los derechos de propiedad intelectual, en el art. 8.º, n.º 1, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), en los términos del cual:

«La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección.»⁶⁰

De acuerdo con estas normas, a la determinación de la licitud y de las consecuencias jurídicas de la reproducción y distribución en España, sin el consentimiento del titular de los derechos conexos, de un CD con canciones inicialmente fijadas en un fonograma en Brasil, será aplicable el Derecho español.

24. Esta solución es la más armoniosa con la naturaleza de los derechos de autor y conexos y los intereses que dominan su régimen.

Se trata, en efecto, de derechos subjetivos complejos, que integran el exclusivo temporal de utilizar y explotar económicamente una obra intelectual o una prestación asociada a ella.

⁵⁹ Ver sobre el tema, en la literatura posterior a nuestros estudios citados en la nota anterior, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 2.ª ed., Madrid, 2009, pp. 106 ss. e 137 ss.; J. Basedow, «Foundations of Private International Law in Intellectual Property», in J. BASEDOW/T. KONO/A. MEZGER, *Intellectual property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tübingen, 2010, pp. 3 ss. (pp. 12 ss.); y E. TREPPOZ, «Contrefaçon», *Rép. Internat. Dalloz*, junio 2010.

⁶⁰ Ver, sobre esta disposición, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, 2008, pp. 166 ss.; H. SCHACK, «Das auf (formlose) Immaterialgüterrechte anwendbare Recht nach Rom II», in *Festschrift für Jan Kropholler*, Tübingen, 2008, pp. 651 ss.; G. PALAO MORENO, «La protección de los derechos de propiedad intelectual en Europa: el artículo 8 del Reglamento Roma II», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, 2008, pp. 557 ss.; S.J. SCHAAF SMA, «Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie», *Weekblad voor Privaatrecht*, Notariaat en Registratie, 2008, pp. 993 ss.; y T. AZZI, «Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois. De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II», *Propriétés Intellectuelles*, octubre 2009, n.º 33, pp. 324 ss.

Pues bien, este exclusivo restringe la libertad de comercio, limita el acceso del público a los bienes culturales y a la información y encarece, normalmente, el precio de estos bienes. El ordenamiento jurídico de cada Estado únicamente lo concede si y en la medida en que esto se muestre conforme con el interés público.

Es correcto, por consiguiente, que cada Estado tenga la prerrogativa de definir en qué términos se constituyen, ejercen y extinguen los derechos de autor y afines en el territorio sobre el que ejerce poderes de soberanía; y también que le corresponda a este Estado determinar concretamente el contenido y el objeto de los derechos en cuestión y las sanciones aplicables a las respectivas violaciones producidas en su territorio.

25. El principio de la territorialidad no está, no obstante, exento de dificultades.

En las economías contemporáneas, en que la explotación de los bienes intelectuales se realiza crecientemente a escala mundial, una estricta compartimentación territorial de los derechos de propiedad intelectual necesariamente dificulta los intercambios internacionales.

Esto es particularmente nítido en los casos en los que la explotación de creaciones intelectuales se realiza simultáneamente en diversos países, tanto por su titular, como por terceros con su autorización.

En estos casos, deriva del principio de la territorialidad la aplicabilidad de múltiples leyes a la utilización de las mismas obras; lo que dificulta potencialmente la explotación de estas creaciones a escala internacional.

Esta reclama, idealmente, la aplicación de la ley de un único país (v.g. el del establecimiento del titular de los derechos).

El problema asumió su aspecto más agudo en lo que respecta a las utilidades de obras y prestaciones protegidas realizadas a través de medios de comunicación ubicuos, como la radiodifusión por satélite e Internet.

Es lo que sucede, por ejemplo, cuando alguien pone en línea, en *YouTube*, una película protegida o distribuye ficheros informáticos conteniendo obras musicales a través de un sistema de intercambio de contenidos digitalizados *peer-to-peer*.

Con respecto a estas situaciones, un entendimiento demasiado estricto del principio de la territorialidad puede conducir a la aplicación de la ley de diversos países a los mismos actos, inhibiendo fuertemente la utilización de Internet como vehículo de divulgación de obras y prestaciones.

Se diría, en efecto, que en estos casos el titular de derechos sobre la obra o prestación protegida debe beneficiarse de la protección concedida por las leyes de cualquiera de los países en los que las mismas quedan disponibles; lo que lleva a la *aplicación distributiva* de diferentes leyes a las utilidades de la misma obra o prestación producidas en diversos países.

Sólo que, de ser así, todo aquel que se proponga utilizar una obra o prestación en Internet tendrá que conformar su actividad con una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales, v.g. los de todos los países donde este bien esté accesible a partir de un terminal de ordenador. En el caso de que cualquiera de estas leyes prohíba la utilización pretendida –y no siendo técnicamente posible restringir o impedir el acceso a la obra a partir del territorio donde rige esa ley–, la prohibición en cuestión adquiere así *alcance universal*, quedando el usuario privado de la protección que le confieren las excepciones y los límites consignados en la ley del país a partir del que desarrolla su actividad.

La *ley más restrictiva* definirá así, en definitiva, los límites de la utilización posible de obras y prestaciones protegidas en toda la red. Lo que dificulta considerablemente la divulgación y la explotación de bienes intelectuales a través de este medio de comunicación.

A su vez, el titular de derechos se verá obligado a demostrar la existencia de una violación ante una pluralidad de leyes con el fin de obtener el resarcimiento integral de los daños sufridos; lo que también puede revelarse excesivamente dispendioso.

De aquí deriva la preocupación contemporánea por someter las utilidades de obras y prestaciones protegidas, que tengan lugar a través de Internet, a una sola o a un número restringido de leyes.

Veremos a continuación en qué medida se ha reflejado esta preocupación en los *Principios del American Law Institute y del European Max-Planck Group* a que nos hemos referido atrás.

V. La unificación internacional de los principios reguladores de los conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual

1. Los Principios del AMERICAN LAW INSTITUTE

26. Los *Principios ALI* empiezan por consagrar el principio de la territorialidad.

Así, la ley aplicable a la existencia, validez, duración, atributos y violación de derechos de propiedad intelectual y a las sanciones por su violación es, por lo que respecta a los derechos no registrados, la ley de cada Estado para el que se pretende protección (§ 301).

Sin embargo, se introducen en ese texto significativas excepciones a este principio⁶¹.

Por un lado, porque, en los términos del § 302, las partes pueden escoger, en cualquier momento, la ley que regula todo o parte de su litigio, con excepción de la validez y preservación de derechos registrados, de la existencia, atributos, susceptibilidad de cesión y duración de los derechos y de los requisitos formales de la cesión y de las licencias.

Por otro, porque, según el § 313, la titularidad inicial de derechos de propiedad intelectual no sujetos a registro se regula, en el caso de que sólo exista un creador, por la ley de la residencia del creador en el momento en el que se creó el bien protegido o, existiendo más de un creador, por la ley de uno de ellos, escogida por contrato o, a falta de esta elección, por la ley del Estado en el que la mayoría de los creadores residía en el momento de la creación del bien en cuestión.

Finalmente, porque, de acuerdo con el § 315, la cesión de derechos y la concesión de licencias se regulan por la ley elegida por las partes. A falta de elección, se aplica la ley del Estado que tenga la conexión más estrecha con el contrato, presumiéndose que esta conexión existe con el Estado en el que el cedente o el licenciante tenía su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato.

Por lo que respecta a las violaciones de derechos intelectuales a través de medios de comunicación con carácter ubicuo (*ubiquitous infringement*), como Internet, se admite en el § 321 (1), de los *Principios ALI* que los tribunales apliquen, en lo que respecta a la existencia, validez, duración, atributos y violación de estos derechos, así como a las sanciones por su violación, la ley del Estado que posea la *conexión más estrecha*, o más *significativa*, con el litigio. Con el fin de determinar esta ley, se establece en el mismo precepto que se tendrán en cuenta, por ejemplo, el lugar de residencia de las partes, el lugar donde la relación entre estas (caso exista) se encuentra centrada, el ámbito de las actividades y de la inversión de las partes y los principales mercados a los cuales dirigen sus actividades las mismas.

2. Los Principios del EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY

27. Según los *Principios CLIP*, la ley aplicable a la existencia, validez, registro, alcance y duración de un derecho de propiedad intelectual, y todas las cuestiones restantes referentes al derecho como tal, es la ley del Estado para el que se pretende protección (art. 3:102). La misma regla figura en el art. 3:601 en lo que respecta a las infracciones a los derechos intelectuales.

Los *Principios CLIP* admiten, sin embargo, la aplicación en determinadas circunstancias de leyes diversas de la *lex protectionis*.

Así, se prevé en ellos que la titularidad inicial de un derecho de propiedad intelectual se rige por la ley del país para el que se pretende la protección (art. 3:201 (1)).

Si, no obstante, la situación tiene una conexión estrecha con otro Estado que contenga una disposición especial referente a obras realizadas por encargo o que presuma la transferencia de los derechos patrimoniales sobre una obra o la celebración de una licencia exclusiva con respecto a estos,

⁶¹ Para una fundamentación de estas excepciones, véase, por último, F. DESSEMONTET, «The ALI Principles: Intellectual Property in Transborder Litigation», in J. BASEDOW/T. KONO/A. MEZGER, *Intellectual property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tübingen, 2010, pp. 157 ss.

en virtud de la relación contractual entre las partes, se podrán reconocer efectos a esta disposición (art. 3:201 (2)).

Además, la cesión, el licenciamiento y otros contratos referentes a derechos de propiedad intelectual se regularán por la ley elegida por las partes. A falta de elección, el contrato se rige por la ley del Estado con el que tenga la *conexión más estrecha*, a determinar en base a diversos factores que los Principios enuncian (arts. 3:501 y 3:502).

En el caso de que la alegada violación de derechos intelectuales se haya producido en diversos países, los tribunales sólo aplicarán la ley del país o de los países en los que la misma haya tenido un *efecto sustancial* o en los que el infractor haya *actuado substancialmente* («*de minimis rule*»), establecida en el art. 3:602).

Finalmente, las partes pueden escoger la ley aplicable a la compensación de los daños causados por la infracción de derechos intelectuales, mediante un acuerdo concluido antes o después de que el litigio surgiese (art. 3:605).

En los litigios referentes a infracciones cometidas a través de medios de comunicación ubicuos, el art. 3:603 (1) de los *Principios CLIP* establece que el tribunal puede aplicar una sola ley: la del Estado que tenga la *conexión más estrecha* con la infracción, si se puede considerar que esta última tuvo lugar en todos los Estados donde las señales se recibieron.

En orden a determinar esta ley, los tribunales deberán tener en consideración, de acuerdo con el n.º 2 del mismo precepto, todos los factores relevantes, en particular la residencia habitual y el establecimiento principal del infractor, el lugar donde se hayan llevado a cabo actividades considerables en ejecución de la infracción y el lugar donde el daño causado por la infracción se haya estimado como considerable.

3. Ensayo de una comparación

28. La semejanza entre los *Principios ALI* y los *Principios CLIP* es manifiesta.

No obstante, los primeros van más lejos en la superación del principio de la territorialidad y en la admisión de la posibilidad de aplicar una sola ley a los litigios emergentes de la utilización de bienes intelectuales.

En realidad, mientras los *Principios CLIP* sólo admiten la atribución de efectos a la *lex originis*, en lo que respecta a la titularidad inicial de los derechos sobre estos bienes, dentro de límites muy estrechos, los *Principios ALI* consagran esta solución como regla general por lo que respecta a los derechos no registrados.

Por otro lado, al mismo tiempo que los *Principios ALI* admiten expresamente que se atienda, en la determinación de la ley aplicable a las violaciones de derechos intelectuales a través de medios de comunicación con carácter ubicuo, a la residencia habitual del titular de derechos, los *Principios CLIP* sólo se refieren, a este propósito, a la ley de la residencia habitual o del establecimiento principal del infractor, y no del titular de derechos.

Así, en los *Principios ALI* existe, al menos aparentemente, una preocupación más acentuada por la protección del titular de derechos ante el presunto infractor, posibilitándosele la interposición de una acción contra este con base en su propia ley, donde quiera que el acto haya producido sus efectos, siempre que la misma tenga una *conexión estrecha* con el litigio; lo que inevitablemente implica el reconocimiento de *eficacia extraterritorial* a esta ley.

Como contrapartida, los *Principios CLIP* pueden defender mejor la posición del presunto infractor, permitiéndole beneficiarse con mayor amplitud de la aplicación de la ley de su propio país y, por consiguiente, de las disposiciones de esta ley que eventualmente establezcan excepciones y límites a los derechos de autor de terceros⁶².

⁶² Ver, sobre el punto, A. MEZGER, «Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality», in J. BASEDOW/T. KONO/A. MEZGER, *Intellectual property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, cit., pp. 157 ss. (p. 176).

VI. Balance y conclusiones

29. Se constata en ambas compilaciones de principios jurídicos atrás citadas la tendencia a una cierta *atenuación del principio de la territorialidad*, *maxime* por vía de la *cláusula de excepción* que remite, en lo que respecta a infracciones cometidas a través de medios de comunicación ubicuos, a la ley que, a juicio del tribunal, tenga la conexión más estrecha⁶³.

Se pretende así, como resulta de lo que hemos dicho anteriormente, evitar la aplicación (aunque distributiva) de una pluralidad de leyes a las mismas situaciones, a las que aquel principio potencialmente conduce en las hipótesis de puesta a disposición del público en la red de obras y prestaciones.

30. Corresponde, sin embargo, reconocer los límites de esta evolución.

Los derechos de autor constituyen excepciones a un principio general de libertad de utilización de los bienes intelectuales⁶⁴.

Están implicados al más alto grado en su disciplina jurídica *intereses sociales*, concretamente los que protegen el acceso del público a la información y al conocimiento⁶⁵.

Su regulación corresponde, por ello, fundamentalmente a los Estados, que se reservan la prerrogativa de disciplinar su adquisición, ejercicio y extinción en el territorio sobre el cual ejercen poderes de soberanía, así como los límites y las excepciones a los que los mismos se subordinan, en conformidad con su propia ponderación de los intereses en juego.

Esto es por lo que, de un modo general, los poderes de exclusión en los que se traducen los derechos sobre bienes intelectuales sólo se pueden ejercer con relación a actos practicados en el territorio del Estado que los concedió.

La tutela civil de estos derechos hoy en día, es cierto, puede solicitarse a los tribunales de un Estado diferente de aquel⁶⁶. Pero a estos les corresponderá entonces aplicar la ley del Estado en conformidad con la que tales derechos se adquirieron y para cuyo territorio se reivindica la respectiva protección.

Como mucho, se exceptúan de esta regla la cuestión de la titularidad inicial de los derechos y ciertas formas particulares de utilización de los bienes en causa, como las que tienen lugar a través de medios de comunicación ubicuos.

Lo que se comprende bien. Con respecto a la primera, porque los intereses que justifican la competencia de la *lex loci protectionis* no se dejan sentir del mismo modo en cuanto a esta cuestión, en la medida en que, una vez reconocido un derecho de exclusivo sobre un bien intelectual, es fundamentalmente indiferente, bajo el prisma de estos intereses, que el mismo se atribuya al creador del bien, a su comitente o a cualquier otra persona; mientras que la aplicación de la *lex originis* a esta cuestión favorece la seguridad jurídica en cuanto a la titularidad del derecho y, por lo tanto, la explotación de los bienes en cuestión a través de las fronteras. En cuanto a las segundas, porque la aplicación de la *lex protectionis* puede llevar, como se ha visto, a la aplicación de múltiples leyes, restringiéndose de este modo la puesta en línea de bienes intelectuales.

La tutela internacional del Derecho de Autor se subordina hoy, en esta medida, a una *territorialidad mitigada*.

⁶³ En el sentido de que se trata aquí de una cláusula de excepción, *vide* J. BASEDOW, «Foundations of Private International Law in Intellectual Property», in J. BASEDOW/T. KONO/A. MEZGER, *Intellectual property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, cit., p. 27.

⁶⁴ Véase, sobre el punto, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direito intelectual, exclusivo e liberdade», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, pp. 1195 ss.; e T. HOEREN, «Access Right as Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra, 2006, pp. 9 ss. (p. 26).

⁶⁵ Ver sobre el tema, más ampliamente, D. MOURA VICENTE, «O equilíbrio de interesses no Direito de Autor», in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IX (2010) (en curso de publicación), y la bibliografía ahí citada. Véase también el estudio de P. AKESTER, «The New Challenges of Striking the Right Balance Between Copyright Protection and Access to Knowledge, Information and Culture», *European Intellectual Property Review*, 2010, pp. 372 ss.

⁶⁶ Teniendo en cuenta, concretamente, el art. 2.º, n.º 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 referente a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial («Bruselas I»), en los términos del que «las personas domiciliadas en el territorio de un Estado Miembro deben ser demandadas, independientemente de su nacionalidad, ante los tribunales de ese Estado». La regla *actor sequitur forum rei* se encuentra igualmente establecida en el § 201 (1) de los *Principios ALI* y en el art. 2:101 de los *Principios CLIP*.

EL IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA I» EN EL CONTRATO INTERNACIONAL DE AGENCIA

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Recibido: 28.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ha introducido modificaciones sustanciales relevantes con respecto a su antecesor: el Convenio de Roma. Algunas de las novedades del Reglamento «Roma I» afectan al régimen general de determinación de la *lex contractus*, dentro del cual queda encuadrado uno de los contratos más habituales en la práctica comercial internacional de nuestros días: el contrato internacional de agencia comercial. El presente estudio analiza el impacto de las modificaciones incorporadas por el Reglamento «Roma I» en la problemática relativa a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» y «extracomunitario». Detrás del problema objeto de estudio subyace, como telón de fondo, la necesidad de alcanzar una coherencia valorativa o armonía en el seno del ordenamiento jurídico comunitario.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho Internacional Privado, cooperación judicial en materia civil, Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, normas materiales internacionalmente imperativas, contrato internacional de agencia.

Abstract: The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations has introduced new and substantial changes with respect to the previous law: The Rome Agreement. Some of the new aspects of the Rome I Regulation affect the general regimen of the *lex contractus* resolution, which includes one of the most common agreements in the current international and commercial practice: the international commercial agency agreement. This study analyzes the impact of the modifications in the Rome I Regulation, particularly the thorny issue of the law applicable to the international commercial agency agreements, be they «EC contracts» or «non-EC contracts». The crux of the matter is the need to produce coherent, harmonious Community law on the subject..

Key words: European Union, Private International Law, European judicial cooperation on civil cases, «Rome I» Regulation on the law applicable to contractual obligations, mandatory rules, international agency agreements.

Sumario: I. Introducción. II. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «intracomunitarios». 1. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos de agencia «intracomunitarios». 2. Ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «intracomunitarios». III. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «extracomunitarios». 1. Alcance de la autonomía conflictual y ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «extracomunitarios». 2. Eventual intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas del foro en los contratos de agencia «extracomunitarios». A) Primer enigma: el impacto de la nueva definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I». B) Segundo enigma: disposiciones de la Directiva de agencia susceptibles de dicha consideración. C) Tercer enigma: alcance espacial de la Directiva de agencia.

I. Introducción

1. La ingente cantidad de normativa comunitaria elaborada en los últimos tiempos, unido a la pluralidad de técnicas legislativas utilizadas como cauces de elaboración del Derecho internacional privado comunitario, es el caldo de cultivo de uno de los problemas más complejos y actuales del Derecho internacional privado de nuestro días: el de la necesaria conciliación o armonía que ha de existir en el seno del ordenamiento jurídico comunitario¹. Y, más en concreto, el Derecho internacional privado contemporáneo ha de encontrar vías o mecanismos para conciliar o coordinar los textos generales de Derecho internacional privado comunitario (en sede de Derecho aplicable, el llamado Reglamento «Roma I», esto es, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)² y, en la esfera procesal, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [denominado comúnmente como Reglamento «Bruselas I»])³ con las disposiciones materiales de las Directivas comunitarias sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual (las cuales tienden a proliferar en el marco comunitario), esto es, con las normas materiales de carácter imperativo contenidas en las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias con el objetivo de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación (consumo, trabajo, seguros y agencia comercial). De este modo, toda la referida normativa comunitaria ha de concebirse, no como textos individualmente considerados, sino como un todo unitario, como un conjunto normativo coherente, en definitiva, como instrumentos complementarios.

2. La abstracción inherente a la referida problemática, de indudable relevancia práctica, la he tratado de mitigar eligiendo como objeto del estudio uno de los contratos más habituales en el ámbito del comercio internacional debido a su extraordinaria eficacia en el marco de las técnicas de distribución indirecta de comercialización de bienes y servicios: el contrato internacional de agencia comercial. De hecho, en el marco de la mundialización, cada vez es más frecuente que las empresas recurran, para

¹ En relación con el principio de conciliación del Derecho internacional privado comunitario con el Derecho comunitario material, preconizado por los profesores E. JAYME Y C. KOHLER, *vid.* E. JAYME / C. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40. Dichos autores propugnan resolver los eventuales conflictos, entre las disposiciones del Derecho comunitario derivado y las de los Convenios internacionales comunitarios (Convenio de Roma y Convenio de Bruselas), partiendo del principio de conciliación. La problemática relativa a la coordinación, entre el Convenio de Roma y las «normas con incidencia en la ley aplicable» contenidas en las Directivas comunitarias relativas a sectores concretos de la contratación, ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales: *vid.*, muy especialmente, S. LEIBLÉ, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NÖLKE / R. SCHULZE (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Europäisches Privatrecht*, Band 9, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392; así como J. BASEDOW, «Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea», *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.

² *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. *Vid.*, igualmente, el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (pp. 13-18), presentado por la Comisión el 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el referido Libro Verde, pp. 1-3 (*DOUE*, de 30 de abril de 2004, núm. C 108/1); la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (pp. 2-3), presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la mencionada Propuesta, pp. 56 y 57 (*DOUE*, de 23 de diciembre de 2006, núm. C 318/56). La elaboración por las instituciones comunitarias del Reglamento «Roma I» ha estado motivada por una doble necesidad. Por un lado, la de transformar un Convenio internacional comunitario, el Convenio de Roma, en Reglamento comunitario; lo cual se llevó a cabo con arreglo a las bases jurídicas competenciales existentes antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esto es, en base a los arts. 61 c) y 65 b) del TCE. Y, por otro lado, la de modernizar o actualizar algunas de sus disposiciones, adaptándolas a la actual realidad, al comercio electrónico.

³ *DOCE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12. *Vid.*, asimismo, la Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Acuerdo que tiene por objeto extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento núm. 44/2001 (*DOUE*, de 5 de mayo de 2006, núm. L 120/22).

comercializar sus productos o servicios, a agentes comerciales independientes. Y, más específicamente, la aludida problemática de conciliación, del ordenamiento jurídico comunitario, está presente en la relación jurídica existente entre el principal o empresario (que necesariamente ha de ser una persona jurídica) y el agente comercial independiente (que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica); que es la que se deriva del contrato de agencia comercial. La problemática relativa a la coordinación o conciliación de los instrumentos legales del Derecho internacional privado comunitario, de alcance general, que regulan los contratos internacionales con el Derecho comunitario de agencia, es decir, con la controvertida Directiva 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 (Directiva 86/653/CE)⁴ ya fue objeto de un riguroso análisis en un estudio monográfico⁵ que elaboré cuando aún estaba vigente el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶.

Como consecuencia de haber sido el señalado Convenio internacional comunitario sustituido, desde el 17 de diciembre de 2009, por un Reglamento comunitario que ha introducido algunas modificaciones sustanciales relevantes con respecto al mismo (el anteriormente mentado Reglamento «Roma I»), se hace necesario analizar el impacto del referido instrumento comunitario en lo concerniente a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial⁷. De este modo, en el presente trabajo vamos a abordar los mecanismos o vías que existen, en el ámbito del Reglamento «Roma I», para armonizar o conciliar las normas de conflicto, aplicables al contrato internacional de agencia comercial, que en el mismo aparecen contenidas con las disposiciones materiales de la Directiva comunitaria relativa a los agentes comerciales independientes; problemática detrás de la cual subyace, como telón de fondo, la necesidad de alcanzar una coherencia valorativa o armonía en el seno del ordenamiento jurídico comunitario y, en última instancia, de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior⁸.

II. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «intra-comunitarios»

1. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos de agencia «intra-comunitarios»

3. El proceso legislativo de la Directiva 86/653/CE se extendió durante más de veinte años debido a la oposición que manifestaron algunos Estados miembros al texto original, especialmente el Reino Unido, por considerar que el mismo limitaba excesivamente el ámbito de la libertad contractual. Dicha oposición, unida a la necesidad de llegar a un compromiso político entre los Estados miembros para que la susodicha Directiva viese la luz, ha motivado, en última instancia, que la Directiva de agencia sea una

⁴ DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

⁵ H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 14, Madrid, 2007.

⁶ DOCE, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; BOE, de 19 de julio de 1993, núm. 171; corrección de errores: BOE, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La adhesión al Convenio de Roma, el 14 de abril de 2005, por los diez Estados miembros incorporados a la UE el 1 de mayo de 2004, hizo necesario elaborar una versión consolidada del mismo (DOUE, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334). *Vid.*, igualmente, el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de los susodichos diez Estados miembros de la UE al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el TJCE, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (BOE, de 13 de agosto de 2007, núm. 193); así como la Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DOUE, de 29 de diciembre de 2007, núm. L 347/1).

⁷ En relación con el impacto del Reglamento «Roma I» sobre otros dos contratos también muy habituales en la práctica comercial internacional, como es el contrato de concesión mercantil y el contrato de franquicia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento ‘Roma I’», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35. En cualquier caso, dichos contratos no son tan complejos desde el punto de vista del Derecho internacional privado, ya que los mismos, al menos por el momento, no son objeto de regulación por ninguna Directiva comunitaria, a diferencia de lo que acontece con el contrato de agencia comercial.

⁸ Por lo que a dicha necesidad de conciliación se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53.

Directiva «de mínimos» y que, por consiguiente, conceda a los Estados miembros, en relación con determinados aspectos, un amplio margen de maniobra para elegir entre las distintas soluciones propuestas, así como para establecer un régimen más gravoso para el principal⁹.

La referida Directiva comunitaria sólo se ocupa de la relación jurídica interna, esto es, de la relación jurídica existente entre el agente comercial y el principal o empresario. Y, más en concreto, la Directiva de agencia abarca las cuestiones de la señalada relación jurídica que mayor litigiosidad suscitan: los derechos y obligaciones del principal y del agente comercial derivados del contrato que han concluido (cuya regulación en la Directiva se caracteriza por su carácter minimalista), la remuneración del agente, la celebración del contrato de agencia y, muy especialmente, los aspectos relacionados con su terminación tales como el preaviso, las indemnizaciones debidas al agente comercial tras la rescisión unilateral del contrato por el principal, la cláusula de no competencia, etc. (siendo estas cuestiones las que constituyen la parte central de la Directiva).

De los Considerandos de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes se desprende que la misma ha consagrado un estatuto tutelar del agente en aras de la consecución de un doble objetivo, uno mediato y otro inmediato, los cuales están estrechamente interrelacionados entre sí.

Por un lado, la Directiva de agencia está encaminada a homogeneizar las condiciones de competencia dentro del mercado interior, favoreciendo, de este modo, la consecución del objetivo comunitario de un mercado único. La Directiva persigue, en última instancia, evitar un eventual falseamiento o distorsión de la libre competencia por parte de los principales, ya sean comunitarios o no, en el área comunitaria, y una barrera al desenvolvimiento por los agentes comerciales independientes de su actividad profesional en el seno de la UE y, por consiguiente, a la libertad comunitaria de establecimiento. Por lo tanto, la idea que late detrás del primer objetivo de la susodicha Directiva es eliminar disparidades significativas, entre las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros, por lo que al coste económico del contrato de agencia comercial se refiere; de tal modo que no se infrinja el principio de igualdad en la competencia en el seno del mercado común, ya que ello puede tener nefastas consecuencias para la red de distribución en dicho ámbito. Ello explica que dentro de la Directiva de agencia ocupen un papel central las normas relativas a la remuneración y, muy especialmente, las que regulan la indemnización del agente comercial por la ruptura unilateral del contrato por parte del principal. Este objetivo político-económico está, pues, al servicio de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior.

Pero la Directiva de agencia, además de perseguir fines político-económicos, presenta un acusado «carácter social», una clara finalidad tuitiva, ya que garantiza al agente comercial, en todo el área comunitaria, un nivel mínimo uniforme de protección jurídica frente al principal.

Con independencia del grado de cumplimiento por la aludida Directiva de las finalidades por la misma perseguidas, es innegable que la misma ha contribuido a reducir, en gran medida, la elevada inseguridad jurídica existente hasta el momento de su entrada en vigor, ya que, antes de la transposición de los mandatos contenidos en la misma a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, algunos de dichos países (como era el caso de España) carecían de una regulación específica para el contrato de agencia.

4. La Directiva de agencia ha conseguido el logro de armonizar las legislaciones nacionales, sobre el contrato de agencia, de los Estados miembros de la UE. De hecho, todos los Estados comunitarios han transpuesto correctamente, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la referida Directiva comunitaria. En nuestro país, su transposición se ha llevado a cabo por la ya citada Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, la cual, al igual que otras legislaciones nacionales de los Estados miembros, ha regulado muchas cuestiones no previstas por la Directiva; aspectos éstos que quedan excluidos del alcance del principio de primacía comunitario¹⁰. De este modo, todas las legislaciones estatales de los países comunitarios respetan el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente

⁹ Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad concedida por el apartado 2 c) del art. 17 de la Directiva a los Estados miembros de reconocer, además de la indemnización por clientela, la indemnización de daños y perjuicios; la cual aparece contemplada en el art. 29 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129).

¹⁰ Por lo que a este principio se refiere, *vid.* M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, p. 489, núm. 14.

comercial, por la Directiva de 18 de diciembre de 1986 y, por consiguiente, la dualidad de objetivos por la misma perseguidos. Sin embargo, existe una acusada diversidad legislativa en relación con las legislaciones de agencia de los Estados no comunitarios, ya que no en todas ellas está presente el principio tuitivo del agente en el que se ampara la referida Directiva comunitaria (tal es el caso, por ejemplo, de las legislaciones norteamericanas de agencia). De hecho, muchas de las legislaciones no comunitarias no consagran un estatuto tutelar del agente comercial e incluso, entre las que lo establecen, varía en gran medida el grado de protección que el correspondiente legislador estatal quiere otorgar al agente comercial frente al principal.

En cualquier caso, las diferencias entre las señaladas regulaciones nacionales se hacen más acusadas en relación con la terminación del contrato de agencia comercial de duración indefinida, ya que las respuestas ofrecidas por cada legislación frente a determinados aspectos con ella relacionados van a depender, de un modo directo, del principio inspirador de dicha legislación, esto es, de si ésta se ampara o no en el principio tuitivo del agente comercial y, en caso afirmativo, del grado de protección que a éste se le quiera otorgar frente al principal. De hecho, entre dichas reglamentaciones estatales existe una acentuada diversidad en torno a cuestiones tales como la posibilidad del agente de reclamar comisiones devengadas por actividades que haya desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y que serán efectivamente realizadas una vez finalizado el mismo; los plazos de preaviso por finalización del contrato de duración indefinida por la voluntad unilateral del principal (que suelen determinarse en función del período de vigencia del contrato); los límites impuestos a las «cláusulas de no competencia»; y, muy especialmente, el derecho del agente comercial, bajo determinadas condiciones, al cobro de una indemnización o reparación del perjuicio por la extinción del contrato de agencia, de carácter indefinido, por causa no imputable al mismo. Dichas indemnizaciones, que son las que constituyen el núcleo duro o central de la Directiva de agencia y las que ocasionan una mayor litigiosidad en el ámbito del comercio internacional, únicamente las contemplan las legislaciones nacionales que establecen un estatuto tutelar del agente comercial. Pero, incluso dentro de las legislaciones estatales tuitivas del agente, se aprecian amplias divergencias por lo que a estas indemnizaciones se refiere. De hecho, dentro de estas últimas legislaciones, la cuantía de las indemnizaciones a percibir por el agente comercial varía en gran medida, y ello como consecuencia de la existencia de diferentes tipos de indemnización y, en última instancia, de distintos sistemas de cálculo del montante a satisfacer por el principal al agente. No es de extrañar que la disparidad de reglamentaciones nacionales, del contrato de agencia, se manifieste con mayor intensidad por lo que a las cuestiones relativas a su extinción se refiere, que son precisamente las que mayor litigiosidad suscitan en la práctica, ya que es en este momento en el cual mayor necesidad de protección merece el agente comercial frente a los posibles abusos del principal.

5. Una de las peculiaridades más llamativas de los contratos de agencia comercial es la situación de desequilibrio existente, con carácter general, en la posición negocial de las partes; siendo común que el agente comercial sea la parte débil de la relación contractual. De hecho, pese a que existen ciertos casos en los cuales el agente comercial tiene un gran poder negociador, lo habitual es que el principal le imponga los términos del contrato. El principal, consciente de esta amplia variedad legislativa, en aras de obtener mayores beneficios económicos y de resultar más competitivo en el correspondiente mercado, va a tender a valerse de su ventajosa posición negocial para eludir las legislaciones nacionales protectoras del agente. De este modo, es habitual que el principal, por medio de una cláusula de elección de ley, elija como ley rectora del contrato de agencia que le vincula a la ley de un Estado no comunitario que no se ampare en el principio tuitivo del agente comercial y que, por consiguiente, no respete el umbral de protección mínimo consagrado a favor del mismo por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

Dicha actuación del principal ha de ser evitada, ya que conlleva importantes efectos negativos. Por un lado, para el mercado comunitario, ya que propicia una competencia falseada en el mismo. Por otro lado, también acarrea consecuencias negativas para los agentes comerciales, ya que éstos van a quedar desprotegidos frente a eventuales abusos del principal y en clara inferioridad de condiciones con respecto a los agentes cuyo poder económico sea superior al de sus respectivos principales. Y, por último, la referida actuación también va a resultar perjudicial para los principales que no gocen de la aludida

situación de predominio negociador, ya que los mismos van a operar en el correspondiente mercado en clara inferioridad de condiciones con respecto a los principales más potentes.

6. Al margen de lo señalado, de un análisis del Derecho internacional privado de producción internacional y del Derecho internacional privado comparado se desprende que la autonomía de la voluntad de las partes es un principio generalmente admitido en materia de contratos internacionales¹¹. Ello no significa, sin embargo, que la misma no esté sujeta a ciertos límites. Una importante limitación a la autonomía de la voluntad, en materia de obligaciones contractuales, aparece impuesta por la necesidad de proteger al contratante económicamente débil, y ello en aras de que la debilidad de su posición contractual no le reporte perjuicios¹². En palabras del profesor P.H. NEUHAUS, la autonomía de la voluntad conflictual pierde su sentido cuando conduce a la dominación de la parte débil por la parte fuerte de la relación litigiosa¹³.

En el marco del Reglamento «Roma I», al igual que acontecía con el Convenio de Roma, el contrato internacional de agencia comercial, como consecuencia de no existir ninguna norma de conflicto especial para esta categoría normativa en el régimen especial de determinación de la *lex contractus*, está sujeto a las reglas generales de determinación de la ley aplicable previstas en dicho cuerpo legal (arts. 3 y 4). Dichas reglas parten implícitamente de la base, aunque de un modo más atenuado que en el ámbito del Convenio de Roma, de que no existe una necesidad especial de protección, esto es, de una situación de equilibrio en la posición contractual de las partes. De este modo, el Reglamento «Roma I» sigue manteniendo una descoordinación, al menos aparente, con la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, que es preciso resolver.

7. Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, la amplia autonomía de la voluntad conflictual, consagrada por el apartado 1º del art. 3 del Reglamento «Roma I», unido a la situación de desequilibrio negocial habitualmente existente en este tipo de contratos, conlleva un importante riesgo, ya que puede esconder una elección de ley unilateral por el principal, es decir, puede ser utilizada por este último para imponer al agente comercial, cuya posición contractual sea más débil, una cláusula de elección de una ley estatal no comunitaria que no respete el nivel mínimo de protección del agente comercial, impuesto por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, en un supuesto litigioso que quede incluido dentro de su ámbito de aplicación espacial¹⁴. No obstante, el propio art. 3 del Reglamento «Roma I» prevé, en su apartado 4º, un mecanismo o cauce para evitar que esta situación se produzca en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», que son aquellos cuyos elementos se encuentran localizados en el territorio comunitario. Por virtud de dicho apartado, «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo»¹⁵. Dicho

¹¹ *Vid.* el Considerando 11 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual la «libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales».

¹² *Vid.* el Considerando 23 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual en cuanto a «los contratos celebrados con partes consideradas más débiles es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales».

¹³ P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1976, p. 257. No obstante, en opinión del profesor P. MAYER, es necesario velar por «no extender excesivamente la noción de parte débil, so pena de cambiar drásticamente el funcionamiento de la ley de autonomía», por lo que es preciso «distinguir según que la debilidad se manifieste en el momento de la conclusión del contrato, o posteriormente (durante la ejecución o la ruptura del mismo)». Según dicho autor, «sólo en el primer caso se puede temer un uso abusivo del principio de autonomía que conviene mitigar» (P. MAYER, «Lois de police», *Répertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, Paris, 2001, pp. 1-9, p. 4, núm. 21).

¹⁴ Como posteriormente veremos, dicho objetivo también lo puede conseguir el principal por medio de una cláusula de elección de foro. En relación con el ámbito de aplicación territorial de la Directiva comunitaria de agencia, *vid.* el núm. 2C) del apartado III del presente trabajo.

¹⁵ La cláusula de protección del Derecho comunitario fue incorporada, por vez primera, en el apartado 5º del art. 3 de la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). De conformidad con el señalado apartado de la Propuesta de Reglamento «Roma I», «la elección por las partes de la ley

mecanismo, cuyo objetivo es prevenir el fraude al Derecho comunitario¹⁶, recibe la denominación de cláusula general de protección del Derecho comunitario o, incluso, de «cláusula del Mercado Interior»¹⁷.

La cláusula de protección del Derecho comunitario, al igual que las normas de conflicto especiales contempladas en el apartado 1º del art. 4 del Reglamento «Roma I», contribuye a imprimir cierta especialización en el régimen general de determinación de la ley aplicable contenido en el señalado Reglamento comunitario. Al margen de lo señalado, detrás de la cláusula de protección del Derecho comunitario también está latente una tímida tendencia a la materialización de las reglas generales de determinación de la *lex contractus*, ya que la misma constituye un eficaz instrumento para garantizar el respeto de los objetivos perseguidos, tanto por la Directiva de agencia, como por las restantes Directivas que atienden a las peculiaridades propias de determinados sectores de la contratación en los cuales también existe una parte débil (contratos de consumo, de trabajo y de seguro)¹⁸.

8. En el marco del Convenio de Roma, que no contemplaba una cláusula de protección del Derecho comunitario, tan sólo cabía aplicar analógicamente el apartado 3º del art. 3, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», para impedir la operatividad de las cláusulas de elección de una ley estatal no comunitaria que no respetase el Derecho comunitario de agencia, esto es, el nivel mínimo de protección conferido al agente comercial por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia¹⁹. En base a una aplicación analógica del susodicho apartado del Convenio de Roma, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debían de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional de agencia comercial, que necesariamente había de ser, en las relaciones de agencia «intracomunitarias», la ley de un Estado comunitario. A nuestro modo de ver, dicha interpretación era consecuente con el funcionamiento general del Convenio de Roma, así como con el propio sentido y tenor literal del apartado 3º del art. 3 del señalado cuerpo convencional, ya que, como consecuencia de no estimar el susodicho apartado válida tal elección del Derecho aplicable, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros habrían de recurrir, para determinar la *lex contractus*, al art. 4 del Convenio de Roma²⁰.

En cualquier caso, en el ámbito del Reglamento «Roma I», debido a la existencia de una cláusula de protección del Derecho comunitario, no es necesario recurrir a la aludida aplicación analógica; lo cual implica un importante avance en la prevención del fraude al Derecho comunitario, ya que la referida cláusula constituye un mecanismo mucho más seguro y uniforme que el que permitía la aplicación, por la vía analógica, del apartado 3º del art. 3 del Convenio de Roma. Por esta razón, el legislador comunitario, en lugar de extender expresamente el ámbito de aplicación del señalado apartado a las si-

de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular». Por lo que se refiere al origen y a las implicaciones del referido apartado de la Propuesta de Reglamento «Roma I», *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

¹⁶ P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10, el cual se muestra muy crítico con la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I».

¹⁷ De este último modo la ha denominado S. LEIBLE, «La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)», *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

¹⁸ Un análisis de la presencia de la señalada dualidad de intereses, tuitivos y económico-políticos, en las Directivas comunitarias sectoriales puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 48-53.

¹⁹ De conformidad con el art. 3.3 del Convenio de Roma, «la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’». En relación con la imperiosa necesidad de aplicar analógicamente el art. 3.3 del Convenio de Roma, para hacer inoperativas las cláusulas de elección de ley, en las situaciones privadas internacionales «intracomunitarias» en las que la ley elegida por las partes del contrato fuese la de un país no comunitario que no respetase el nivel de protección mínimo fijado por el Derecho comunitario material, *vid.*, muy especialmente, O. LANDO, «The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», *CMLRev*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99.

²⁰ Para un exhaustivo análisis de esta cuestión, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 96-101.

tuaciones privadas intracomunitarias, ha optado por regular de un modo separado, en el art. 3 del Reglamento, ambos tipos de situaciones jurídico-privadas: las internas (en su apartado 3º [cuyo contenido no difiere sustancialmente del art. 3.3 del Convenio de Roma])²¹ y las intracomunitarias (en su apartado 4º).

9. Como anteriormente hemos adelantado, desde una perspectiva *de lege lata*, la cláusula general de protección del Derecho comunitario únicamente es susceptible de aplicación a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios», es decir, a aquellos contratos internacionales de agencia comercial cuyos elementos estén vinculados, en el momento de la elección, al espacio comunitario, esto es, a Estados miembros de la UE. Y, en el supuesto de entender que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que utiliza la cláusula general que aparece consagrada en el art. 3.4 del Reglamento, se refiere a «elementos relevantes»²², también podrían verse afectadas por esta cláusula algunas situaciones privadas internacionales «extracomunitarias», en concreto, aquellas cuyos elementos no conectados con el territorio comunitario fuesen «no relevantes» (las cuales podrían considerarse como situaciones privadas «relativamente intracomunitarias»). En relación con los contratos internacionales de agencia comercial, tienen la consideración, en cualquier caso, de «elementos relevantes» los siguientes: el establecimiento profesional del empresario o principal, la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, así como el mercado afectado, esto es, el mercado en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal. A nuestro modo de ver, si estos elementos esenciales del contrato internacional de agencia comercial están vinculados al ámbito comunitario, resultaría de aplicación la cláusula general de protección del Derecho comunitario que el art. 3 del Reglamento contempla. Así, por ejemplo, sería aplicable la referida cláusula, por los tribunales españoles ante los cuales el agente comercial presentase su demanda frente al principal, en el supuesto en que el principal tuviese su establecimiento profesional en Italia, el agente comercial estuviese establecido en Portugal, el mercado afectado fuese el español y el contrato internacional de agencia comercial contuviese una cláusula de elección de ley a favor de la ley material canadiense (siempre y cuando ésta no respetase el nivel de protección mínimo fijado por la Directiva de agencia en lo referente a la petición jurídica objeto de la demanda en cuestión). Sin embargo, dicha cláusula no resultaría operativa si la elección de ley jugase a favor de la ley de agencia italiana (la cual ha transpuesto correctamente la Directiva 86/653/CE) y ésta fuera menos favorable para el agente comercial, en relación con el objeto de la demanda, que la ley española (ley del foro) y que la ley portuguesa (ley objetivamente aplicable al señalado contrato internacional de agencia comercial). De ello se desprende que la mencionada cláusula, más que tratar de amparar a la parte débil de la relación litigiosa (que en nuestro caso es el agente comercial), trata de proteger los intereses públicos perseguidos por las Directivas comunitarias sectoriales.

Al margen de lo señalado, la cláusula general de protección del Derecho comunitario del Reglamento «Roma I» señala que la elección, por las partes de la relación jurídico-privada internacional, de la ley de un Estado no comunitario no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo. Por lo tanto, el legislador comunitario ha querido extender la protección conferida por la señalada cláusula general al conjunto del Derecho comunitario y, por consiguiente, a todos los sectores de la contratación que sean o lleguen a ser objeto de regulación por Directivas comunitarias sectoriales y a todas sus disposiciones imperativas. Ello está en sintonía con la dualidad de intereses latente en las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación. Ello supone un importante avance con respecto a la cláusula de protección del Derecho comunitario que aparecía prevista en el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», la cual no abarcaba a todas las disposiciones imperativas del Derecho comunitario.

²¹ Por virtud de dicho apartado, «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo». *Vid.* el Considerando 15 del Reglamento «Roma I». El art. 3.3 del susodicho Reglamento comunitario, al igual que acontecía con el art. 3.3 del Convenio de Roma, no se refiere sólo a las normas materiales internacionalmente imperativas, sino también a todas las normas del correspondiente ordenamiento jurídico que gocen de carácter imperativo, esto es, a las normas materiales interna o simplemente imperativas.

²² De hecho, en la cláusula consagrada en el art. 3.3 del Reglamento «Roma I» el legislador comunitario ha utilizado el término «elementos pertinentes», mientras que el Considerando 15 del mencionado texto internacional, que se refiere a la señalada cláusula, emplea el de «elementos relevantes» de la situación; lo cual induce a pensar que se trata de conceptos equivalentes.

rio derivado, sino únicamente a las que fuesen «aplicables al caso particular»; sin especificar qué disposiciones imperativas de las Directivas comunitarias sectoriales son susceptibles de dicha consideración. En suma, en el marco del Reglamento «Roma I», todas las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, tanto las expresa como las implícitamente imperativas, quedan bajo el amparo o protección de la mentada cláusula general; siempre y cuando la relación de agencia comercial «intracomunitaria» de que se trate quede incluida dentro del ámbito de aplicación territorial de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes²³.

Y, por último, señalar que, de conformidad con el art. 3.4 del Reglamento «Roma I», las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia se aplicarán, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro. Así, por ejemplo, si es un tribunal español el que conoce de una controversia jurídica suscitada con motivo de un contrato de agencia comercial «intracomunitario», éste habría de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley española de agencia, y no las de la ley objetivamente aplicable al susodicho contrato. Dicha postura del legislador comunitario, si bien es cierto que es la más cómoda para el órgano jurisdiccional y que respeta el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por la Directiva de agencia a favor del agente comercial (y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos), fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* «residual» a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro²⁴, ya que puede inducir al principal a incluir, en el contrato de agencia comercial «intracomunitario» que celebre, una cláusula de elección de ley a favor de un país no comunitario con la mera intención de que, por la vía de la cláusula de protección del Derecho comunitario, resulten aplicables las normas internas de agencia del ordenamiento jurídico del foro. A nuestro modo de ver, esta actitud, que favorece, aunque con un alcance meramente parcial, el *forum shopping*, podría evitarse si el legislador comunitario considerase aplicables, en estos casos, las normas de *ius cogens* (esto es, las normas internas imperativas) de la ley de agencia objetivamente aplicable en ese supuesto concreto al contrato internacional de agencia comercial (que habrá de ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la UE). De este modo, se privaría de toda operatividad, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», a la elección «unilateral» por el principal de la ley de un Estado no comunitario que no respetase las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia; lo cual implicaría que éste no pudiese abusar de su ventajosa posición negocial (que no olvidemos que es uno de los objetivos perseguidos por la susodicha Directiva comunitaria). Además, dicha interpretación, que ya defendimos en relación con la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma, nos parece que está en clara sintonía con el funcionamiento general del Reglamento «Roma I», así como con el propio sentido de la cláusula de protección del Derecho comunitario.

2. Ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «intracomunitarios»

10. En defecto de elección de ley, por las partes del contrato internacional de agencia «intracomunitario», o de ser la misma inválida con arreglo a lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», habrá de estarse, para determinar la ley aplicable al contrato internacional de agencia comercial, a lo previsto en el art. 4 del susodicho Reglamento comunitario, el cual forma parte del régimen general de determinación de la *lex contractus*. Como es sabido, el art. 4 del señalado Reglamento ha modificado sustancialmente el contenido del art. 4 del Convenio de Roma²⁵, por lo que es preciso analizar en qué

²³ El alcance espacial de la mentada Directiva será objeto de análisis en el último apartado del presente trabajo.

²⁴ Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, según el cual al «legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)»; así como A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2010, 11ª ed., pp. 457-617, p. 519, núm. 128, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, «es muy limitado y de escaso alcance».

²⁵ En relación con las novedades introducidas por el art. 4 del Reglamento «Roma I», *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 527-587, núms. 149-233; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 169-212, núms. 132-170; así como F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones

medida dichas alteraciones o cambios, introducidos por el legislador comunitario en el referido precepto, afectan al contrato internacional de agencia comercial.

A diferencia de lo que acontecía con el art. 4 del Convenio de Roma, el art. 4 del Reglamento «Roma I», en aras de fomentar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo y de potenciar la especialización en las soluciones, incorpora en su apartado 1º diversas normas de conflicto especiales que regulan contratos internacionales muy extendidos en la práctica internacional. Pese a la amplia utilización del contrato de agencia en el ámbito del comercio internacional, el legislador comunitario no ha previsto una norma de conflicto específica para los contratos de agencia, aunque sí para los contratos «de franquicia» (que se regulan, a falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en su art. 3, por la ley del país en el cual el franquiciado tenga su residencia habitual [art. 4.1.e]) y para los contratos «de distribución» (que se rigen, en defecto de elección, por la ley del país en el cual el distribuidor resida habitualmente [art. 4.1.f])²⁶. A nuestro modo de ver, detrás de dichas normas conflictuales subyace, aunque tímidamente, el principio tuitivo (aunque más en términos de justicia conflictual que de justicia material)²⁷. Al margen de lo señalado, otra de las normas de conflicto específicas contempladas por el legislador comunitario tiene por objeto regular los contratos «de prestación de servicios», los cuales se rigen por la ley del país en el cual el prestador del servicio tenga su residencia habitual (art. 4.1.b). Por lo tanto, es preciso determinar si el contrato internacional de agencia comercial es susceptible de quedar subsumido dentro del supuesto de hecho de cualquiera de las referidas normas de conflicto especiales.

11. Por un lado, tal como se desprende del Considerando 17 del Reglamento «Roma I», los contratos de prestación de servicios a los que hace referencia el apartado 1º del art. 4 del Reglamento «Roma I» han de interpretarse del mismo modo que el apartado 1º del art. 5 del Reglamento «Bruselas I» (el cual contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual y señala cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales: los contratos de «compraventa de mercaderías» y los contratos de «prestación de servicios»)²⁸. Dicha previsión es lógica, ya que, en aras de alcanzar la propugnada coherencia valorativa en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, el Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento «Bruselas I» han de ser concebidos como instrumentos complementarios. Y, como es sabido, en el marco del art. 5.1 del Reglamento «Bruselas I», los contratos de agencia comercial quedan incluidos dentro de la categoría de contratos «de prestación de servicios»²⁹.

contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *La Ley (Unión Europea)*, de 30 de mayo de 2008, núm. 6957, pp. 1-10, pp. 5-6; *id.*, «Obligaciones contractuales», en *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 607-634, pp. 615-619.

²⁶ En contra de la solución de ambas normas de conflicto se ha mostrado P. LAGARDE, *loc. cit.*, 2006, pp. 339. En opinión de P. BERLIOZ, «si se admite que es el concesionario quien, distribuyendo los productos del concedente, suministra un servicio a este último, el artículo 4 f) que dispone que el contrato de distribución se rige por la ley del país en el cual el distribuidor tiene su residencia habitual no constituye más que una aplicación puntual del principio fijado en el artículo 4 b)» (P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement 'Bruxelles I'», *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717, p. 713, núm. 149).

²⁷ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 33-35.

²⁸ De conformidad con el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», por «lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de 'prestación de servicios' y de 'venta de mercaderías' deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento». Con un alcance menos sectorial, *vid.* el Considerando 7 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual las disposiciones del susodicho instrumento comunitario han de interpretarse de un modo coherente con el Reglamento «Bruselas I». En opinión del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el concepto de contrato de «prestación de servicios», utilizado por el art. 4.1 del Reglamento «Roma I», es un concepto autónomo que «debe interpretarse en un sentido muy amplio», ya que «sólo de ese modo se logra un auténtico efecto útil del art. 4.1.b Reg. Roma I y se evita entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato» (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 181, núm. 139).

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, p. 468, núm. 17; así como M.E. ANCEL, «Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 3, pp. 561-579, p. 579, núm. 22. Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del Reglamento «Bruselas I», que recurre a un concepto autónomo de contrato de «prestación de servicios», puede encontrarse en P. BERLIOZ, *loc. cit.*, 2008, pp. 675-717; así como en J.M. JACQUET, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 2, pp. 521-531, el cual estudia diversas sentencias de la Corte de casación francesa bajo las cuales subyace la problemática relativa a la aplicación de dicho concepto a los contratos de distribución.

Teniendo en cuenta lo señalado y que en los contratos de agencia comercial el «prestador del servicio» es el agente comercial, los mismos se regirán por la ley del país en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual.

Pero, por otro lado, hay que tener en cuenta que el legislador comunitario prevé normas de conflicto especiales para determinados contratos «de prestación de servicios», en concreto, para los contratos «de distribución» y para los contratos «de franquicia»³⁰. Teniendo en cuenta que existe una conocida máxima en Derecho por virtud de la cual la regla especial prevalece sobre la regla general, en el supuesto en que los contratos de agencia comercial sean susceptibles de ser subsumidos dentro de la norma de conflicto relativa a los contratos «de distribución», resultaría aplicable a los mismos, en lugar de la norma de conflicto concerniente a los contratos «de prestación de servicios», la norma de conflicto más específica, esto es, la que regula los contratos «de distribución».

Como es sabido, en algunos ordenamientos jurídicos estatales tienen la consideración de contratos de distribución los siguientes contratos: los de concesión mercantil, los de franquicia y los de agencia comercial. No obstante, los conceptos jurídicos utilizados por las normas de conflicto del Reglamento «Roma I» son conceptos autónomos y que, por consiguiente, no se interpretan conforme a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE³¹, sino en base, fundamentalmente, a la finalidad de la norma conflictual en cuestión. La razón por la cual el legislador comunitario ha previsto una norma de conflicto especial para los contratos «de distribución», al igual que ocurre con los contratos «de franquicia», es para evitar la ausencia de uniformidad de soluciones que existía en el marco del Convenio de Roma, entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE (e incluso, en ocasiones, en el seno de un mismo Estado miembro), en relación con la determinación de la prestación característica en los contratos de concesión comercial (denominados, igualmente, como contratos de distribución en exclusiva); problemática que no existía, sin embargo, con respecto a los contratos de agencia comercial. Ello había suscitado, en el marco del art. 4 del Convenio de Roma, una viva discusión doctrinal motivada por la imprecisión de la presunción general contenida en su apartado 2º en relación con el referido concepto de prestación característica. De hecho, en el ámbito del art. 4 del Convenio de Roma, cabía distinguir, básicamente, tres posturas por lo que a esta polémica cuestión se refiere: una que propugnaba que la prestación característica la realizaba el concedente³²; otra que defendía que era el concesionario o distribuidor el que la llevaba a cabo³³ (esta posición doctrinal, al igual que la anterior, estaba indirectamente mediatizada por consideraciones de índole material); y una última que preconizaba que en este tipo de contratos, al igual que en los de franquicia, no existía prestación característica, por lo que no podía operar la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma³⁴. A

³⁰ Tal como ha puesto de manifiesto el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», aunque «los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas».

³¹ En un sentido similar, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 177, según el cual los conceptos utilizados por el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» son propios de este Reglamento comunitario, debiéndose de concretar exclusivamente en base a criterios interpretativos propios del referido Reglamento y no «con arreglo al Derecho de ningún país o Estado miembro en concreto». Tal como ha señalado el susodicho autor, «sea cual sea la Ley que rijan el contrato, la primera ‘calificación’ de dicho contrato debe realizarse a partir de ‘conceptos comunitarios’ de tales contratos».

³² *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de la Corte de casación francesa siguientes: la de 15 de mayo de 2001 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1121-1123, con la nota de A. HUET, pp. 1123-1130; *RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 1, pp. 86-88, con la nota de P. LAGARDE, pp. 88-93); la de 25 de noviembre de 2003 (*RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 1, pp. 102-103, con la nota de P. LAGARDE, pp. 103-105; *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1179-1180, con la nota de M.E. ANCEL, pp. 1180-1187); así como la de 26 de septiembre de 2007 (*The European Legal Forum*, 1-2008, pp. 54-55).

³³ *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 28 de abril de 2000, con la nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AEDIPr*, 2002, Tomo II, pp. 679-682, el cual considera razonable la postura propugnada por la referida sentencia y por la doctrina mayoritaria (tanto española como extranjera), consistente en defender que es el concesionario o distribuidor exclusivo la parte que realiza la prestación característica en el contrato de distribución en exclusiva, y ello lo justifica en la necesaria coherencia valorativa que ha de existir entre el DIPr y el Derecho comunitario material, el cual, en su opinión, tiene por objeto, al igual que acontece con el agente en el contrato de agencia comercial, proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles de la relación litigiosa.

³⁴ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución», en A.L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (Dir.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, pp. 358-360, núms. 21-23.

diferencia de lo que acontece con el contrato de franquicia y con el de concesión comercial³⁵ (que es, básicamente, la categoría contractual que queda incluida dentro de la norma de conflicto especial prevista por el Reglamento «Roma I» para los contratos «de distribución»³⁶), en que tanto el concesionario (denominado comúnmente como distribuidor) como el franquiciado actúan en nombre y por cuenta propia, esto es, compran y revenden el producto o servicio de que se trate en el territorio que les haya sido atribuido; en el contrato de agencia comercial, el agente actúa en nombre y por cuenta ajena, en concreto, del fabricante o exportador.

En suma, a nuestro modo de ver, dentro de la norma de conflicto especial prevista por el legislador comunitario para los contratos «de distribución» no tienen cabida los contratos de agencia comercial; por lo que a los mismos les será aplicable la norma de conflicto relativa a los contratos «de prestación de servicios». En cualquier caso, el resultado hubiese sido idéntico de haber sido aplicable a los contratos de agencia comercial la norma de conflicto referente a los contratos «de distribución», ya que, con arreglo a ambas normas conflictuales, la ley rectora es la ley del país donde el agente comercial tenga su residencia habitual³⁷.

12. En otro orden de cosas, es preciso tener presente que, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», el agente comercial va a tener necesariamente su residencia habitual en un Estado miembro de la UE. Por lo tanto, en dichos contratos no van a intervenir las normas materiales internacionalmente imperativas, ni ningún otro mecanismo del Reglamento «Roma I», para la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva de agencia, ya que todas las legislaciones nacionales de agencia de los países comunitarios, en la medida en que han transpuesto la misma a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, respetan el nivel de protección mínimo impuesto por la referida Directiva a favor del agente comercial y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos.

13. De lo señalado se desprende que, en relación con el contrato internacional de agencia comercial, no va a intervenir la regla subsidiaria que aparece consagrada en el apartado 2º del art. 4 del Reglamento «Roma I». Dicha regla subsidiaria únicamente interviene en los supuestos en los cuales el contrato internacional de que se trate no esté cubierto por ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el apartado 1º del precepto, así como en aquellos en los cuales los elementos del contrato internacional en cuestión correspondan a más de una de las letras a) a h) del art. 4.1 del Reglamento (es decir, cuando se trate de «contratos mixtos o complejos, contratos formados por elementos procedentes de tipos contractuales diferentes»³⁸). En cualquiera de estos dos casos, el legislador comunitario ha previsto que al contrato internacional le sea aplicable la ley del país en el cual tenga su residencia habitual el prestador característico, es decir, la parte que haya de realizar la prestación característica del correspondiente contrato. En suma, en el supuesto de que el legislador comunitario no hubiese previsto ninguna norma de conflicto especial en la cual pudiera tener cabida el contrato de agencia comercial y de haber tenido que entrar en juego la referida regla subsidiaria, el resultado no hubiese sido diferente al anteriormente señalado, ya que, en esta categoría contractual, es el agente comercial la parte que debe realizar la prestación característica, es decir, aquella prestación por la cual se debe el pago.

En efecto, la actividad de promoción, que es la obligación principal del agente, constituye el eje central del contrato de agencia comercial, la esencia misma del objeto de dicho contrato³⁹. La promo-

³⁵ El contrato de concesión puede presentarse bajo dos modalidades diferentes, en función de si el mismo incorpora o no en su seno una cláusula de exclusividad: concesión en exclusiva y concesión selectiva.

³⁶ *Vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 560-561.

³⁷ Dada la importancia que tiene el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento «Roma I», es lógico que dicho instrumento comunitario lo defina en su art. 19. Al margen de lo señalado, dicha definición está en sintonía con el objetivo básico del Reglamento «Roma I», que es la consecución de la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo. Tal como pone de manifiesto el Considerando 39 del susodicho Reglamento, la «seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrán prever la ley aplicable a su situación».

³⁸ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 192.

³⁹ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 106-107.

ción consiste en colocar el producto o, en su caso, el servicio del principal en un determinado mercado o mercados, es decir, en captar clientela y entablar las negociaciones oportunas en el correspondiente mercado. La actividad de promoción llevada a cabo por el agente comercial, siempre por cuenta ajena, consiste en poner en contacto al fabricante o exportador con el cliente o importador. Con carácter general, el agente comercial únicamente está facultado para llevar a cabo la referida actividad de promoción; pudiéndose hablar, en estos casos, de «agente negociador». No obstante, en ciertos casos aislados, el principal habilita al agente comercial, por medio del correspondiente poder de representación, a concluir con el cliente, que el agente haya captado en el mercado que le haya sido atribuido, los contratos de venta de los referidos productos o servicios en nombre y por cuenta del principal (recibiendo el agente, en este caso, la denominación de «agente contratante»). Por lo tanto, el agente sólo podrá contratar, y siempre en nombre y por cuenta del principal, cuando se le haya otorgado el correspondiente poder para ello. En estos casos, la actividad de conclusión de operaciones comerciales, al igual que la de promoción, constituirán las obligaciones principales del agente comercial. Sin embargo, la obligación básica o fundamental del principal consiste en satisfacer al agente comercial la remuneración pactada; derivándose dicha obligación específica del deber genérico del principal de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente.

Únicamente en los contratos internacionales que no puedan quedar subsumidos dentro de las normas de conflicto especiales consagradas por el legislador comunitario en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» y en los cuales no pueda determinarse su prestación característica (como ocurre con el contrato de permuta), que como hemos señalado no es el caso del contrato de agencia comercial, entraría en juego la segunda regla subsidiaria o cláusula de cierre del sistema, la cual aparece prevista en el apartado 4º del art. 4 del Reglamento (que recurre al criterio de conexión de los vínculos más estrechos).

14. Y, por último, señalar que el art. 4 del Reglamento «Roma I» consagra en su apartado 3º una cláusula de excepción, la cual es susceptible de intervenir en relación con la generalidad de los contratos internacionales, y no únicamente con respecto a un determinado tipo contractual. El legislador comunitario ha recalcado la intervención particularmente excepcional de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 del Reglamento; la cual interviene aun más excepcionalmente que lo que lo hacía la cláusula de excepción que aparecía contenida en el apartado 5º del art. 4 del Convenio de Roma⁴⁰. A nuestro modo de ver, la intervención de la cláusula de excepción que aparece consagrada en el art. 4.3 del Reglamento «Roma I» únicamente tendría sentido, en materia de contratos internacionales de agencia comercial, en el hipotético supuesto en que coincidiesen en el mismo país el establecimiento profesional del principal y el mercado afectado (esto es, el lugar en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal). Y esta circunstancia es muy difícil que se produzca en la práctica, ya que los fabricantes o exportadores recurren a esta modalidad contractual con el objeto de colocar sus productos o servicios en mercados ajenos a aquel en el cual están establecidos, para así hacerse más competitivos. Como consecuencia de lo señalado, la referida cláusula de excepción va a ser muy poco habitual que intervenga en relación con los contratos internacionales de agencia comercial. No obstante, en el hipotético supuesto en que se produjese la mencionada coincidencia, tratándose de un contrato de agencia comercial «intracomunitario», dicha ley sería necesariamente la de un Estado comunitario, por lo que se respetaría la regulación imperativa comunitaria de agencia.

15. En los apartados anteriores hemos estudiado la problemática relativa a la ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» desde un plano o enfoque *de lege lata*. Desde nuestro punto de vista, desde una perspectiva *de lege ferenda*, en defecto de elección por las partes de conformidad con lo previsto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», el

⁴⁰ Por virtud del art. 4.3 del Reglamento, si «del conjunto de circunstancias *se desprende claramente* que el contrato presenta vínculos *manifestamente más estrechos* con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». Sin embargo, de conformidad con el art. 4.5 del Convenio de Roma, las «presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos *más estrechos* con otro país» (como puede observarse, dicho apartado recalca mucho menos que el anterior su excepcionalidad). Las cursivas no son originales de los preceptos transcritos.

contrato internacional de agencia comercial, tanto el «intracomunitario» como el «extracomunitario» y, por consiguiente, las relaciones internas entre principal y agente que de éste se deriven, habría de regirse por la ley del país en el cual el agente comercial ejerza su actividad profesional para el principal y, más en concreto, la actividad de promoción de los bienes o servicios del principal, ya que es, precisamente, dicha actividad la que constituye el eje central de todo contrato de agencia. Este criterio de conexión, al igual que el de la residencia habitual del agente (designado de conformidad con el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» y, en el marco del Convenio de Roma, por la presunción general contemplada en el apartado 2º de su art. 4), presenta el acierto de su previsibilidad y de centrarse en la persona, no del principal, sino en la del agente comercial, que es, además de la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato de agencia comercial, la parte supuestamente débil de la relación litigiosa⁴¹. Al margen de lo señalado, el criterio de conexión, propugnado desde una perspectiva *de lege ferenda*, conllevaría la aplicación de la ley del mercado afectado, esto es, de la ley del país que tiene interés en evitar el juego de una competencia falseada en su propio mercado. De este modo, se conseguiría dar un trato común a todos los agentes comerciales que operasen en un mismo mercado. En cualquier caso, en la práctica es muy habitual que el lugar en el cual el agente comercial ejerce su actividad profesional para el principal coincida con el país en el cual se encuentra situado su establecimiento profesional o su residencia habitual.

III. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «extracomunitarios»

1. Alcance de la autonomía conflictual y ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «extracomunitarios»

16. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, tienen la consideración de contratos de agencia comercial «extracomunitarios» aquellos que tienen al menos uno de sus elementos desvinculado del área comunitaria (el establecimiento profesional del principal, la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial y/o el mercado afectado). Así, por ejemplo, tiene dicha consideración un contrato en el cual el principal tenga su establecimiento profesional en California, el agente comercial resida habitualmente en Francia y se haya obligado a promocionar los productos del empresario en el mercado español.

Desde una perspectiva *de lege lata*, en el marco del Reglamento «Roma I», dichos contratos internacionales de agencia comercial quedan excluidos del amparo de la cláusula general de protección del Derecho comunitario que aparece consagrada en su art. 3.4. No obstante, si entendemos que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que dicho apartado utiliza, equivale al de «elementos relevantes», quedarían amparados por la referida cláusula de protección del Derecho comunitario, además de los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», los que hemos denominado como contratos de agencia comercial «relativamente intracomunitarios», es decir, aquellos contratos internacionales de agencia comercial cuyos elementos relevantes (esto es, el establecimiento profesional del principal, el mercado afectado y la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial) se encuentren conectados al territorio comunitario⁴².

17. Teniendo en cuenta los importantes objetivos, tanto públicos como privados, perseguidos por las Directivas elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, hubiese sido deseable, desde una perspectiva *de lege ferenda*, que el Reglamento «Roma I» incluyese dentro de la esfera o ámbito de aplicación, de su cláusula general de protección del Derecho comunitario, tanto a los contratos «intracomunitarios» (es decir, aquellos cuyos elementos se encuentran localizados en el territorio comunitario) como a los «extracomunitarios». A nuestro modo de ver,

⁴¹ Si bien es cierto que ninguna de ambas leyes tiene que ser necesariamente la más favorable al agente comercial, también lo es que tanto una como otra ley son muy próximas al agente comercial, ya que están estrechamente vinculadas a su círculo de intereses, por lo que son las que mejor conoce, las que menos costes de información conllevan.

⁴² *Vid.* el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

lo contrario puede ocasionar que las condiciones de acceso al mercado único sean tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior; perjudicando gravemente, de este modo, su adecuado funcionamiento. De hecho, la propugnada solución fue acogida por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», el cual consagraba una cláusula de protección del Derecho comunitario que no se limitaba exclusivamente a las situaciones contractuales «intracomunitarias».

Desde un enfoque *de lege ferenda*, otra vía que tenía el legislador comunitario, esta última más específica, para conseguir el respeto del umbral de protección mínimo fijado a favor del agente comercial por la Directiva de agencia y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos, consistía en elaborar en el Reglamento «Roma I» una norma de conflicto materialmente orientada específica, para los contratos internacionales de agencia comercial, que incorporase la necesidad de protección del agente comercial, en cuanto presumible parte económicamente débil de la relación litigiosa, de un modo coherente con los valores materiales subyacentes a la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes⁴³. De este modo, el propugnado régimen conflictual especial cumpliría una función protectora paralela a la dispensada por la Directiva de agencia; dando cumplimiento, con ello, a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, que ha de existir entre el Derecho material y el Derecho internacional privado⁴⁴. En suma, por esta vía se conseguiría una mayor sintonía entre el Reglamento «Roma I», que ha de tender a la consecución de los objetivos de la UE, y la política de protección otorgada a los agentes comerciales independientes por la Directiva de 18 de diciembre de 1986; y, consiguientemente, se lograría que, en el área comunitaria, el Derecho internacional privado, relativo al régimen de las relaciones internas entre el principal y el agente, actuase como un aliado de las soluciones materiales consagradas por las instituciones comunitarias para este sector de la contratación, dando con ello cumplimiento al principio de la armonía material. Al margen de lo señalado, los textos generales de Derecho internacional privado comunitario han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos; siendo un importante objetivo comunitario el de homogeneizar las condiciones de competencia (el cual, como es sabido, late detrás de la Directiva de agencia).

A nuestro modo de ver, la referida norma conflictual propuesta *de lege ferenda* debiera de figurar incluida dentro del régimen especial de determinación de la *lex contractus*, ya que en esta categoría contractual, aunque el contrato se celebre entre profesionales (a diferencia de lo que ocurre con los contratos de consumo y con los contratos de trabajo), existe claramente un desequilibrio en la posición negocial de las partes, siendo habitualmente el agente comercial la parte débil de la relación contractual. Desde nuestro punto de vista, la propugnada norma de conflicto debiera consagrar, en aras de la consecución del anteriormente mencionado paralelismo y de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior, una autonomía conflictual de efectos limitados, para así proteger al agente comercial frente a elecciones de ley que le pudiesen perjudicar. En concreto, la referida norma conflictual debiera limitar la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, de tal modo que el principal no pudiese elegir como ley aplicable una ley estatal que no respetase el nivel de protección mínimo, fijado por la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, cuando el supuesto litigioso entrase dentro de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, estimamos que en los contratos de agencia comercial el límite a la autonomía conflictual no debiera venir impuesto, como acontece con los contratos de consumo y con los contratos individuales de trabajo⁴⁵ (en los que la necesidad de protección, por no celebrarse entre profesionales, es mucho mayor), por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable (esto es, por las normas de *ius cogens* de la ley de la residencia habitual del agente comercial), sino por la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial, ya que, de este modo, se consigue salvaguardar la dualidad de intereses perseguidos por la Directiva de agencia.

⁴³ Vid. el ya mentado Considerando 23 del Reglamento «Roma I», el cual aconseja establecer normas de conflicto más favorables que las normas generales para aquellas categorías contractuales en las cuales exista una parte más débil.

⁴⁴ Por lo que a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, en el Derecho material y en el Derecho internacional privado se refiere, vid. F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357.

⁴⁵ Como es sabido, en el marco de dichas categorías contractuales, el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes: vid. el art. 6.2 del Reglamento «Roma I» (en relación con los contratos celebrados por los consumidores), así como el art. 8.1 del Reglamento «Roma I» (con respecto a los contratos individuales de trabajo).

18. Desde nuestro punto de vista, cualquiera de las dos medidas propuestas desde una perspectiva *de lege ferenda*, en el ámbito del Derecho aplicable, debieran de venir acompañadas de otra en la esfera procesal. Es decir, en aras del cumplimiento de los objetivos perseguidos por la Directiva 86/653/CE y en última instancia de la plena consecución del ansiado principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, se impone la necesidad de alcanzar una correlación *forum-ius* en relación con la proyección del nivel de protección mínimo previsto imperativamente, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia. Ello es debido a que la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial puede eludirla el principal, tanto de un modo directo en el ámbito del Derecho aplicable por medio de las cláusulas de elección de ley, como indirectamente en sede de competencia judicial internacional a través de la vía de las cláusulas de elección de foro.

Desde un enfoque *de lege ferenda*, pese a reconocer que los convenios atributivos de competencia constituyen un elemento clave para el buen funcionamiento del tráfico comercial internacional y que en esta categoría contractual, como consecuencia de celebrarse entre profesionales, el desequilibrio en la posición negocial de las partes no es el mismo que el existente en otros tipos contractuales (como es el caso de los contratos de consumo y de los contratos de trabajo), estimo que en los contratos internacionales de agencia comercial no debieran de resultar operativas las cláusulas de elección de foro cuando por medio de las mismas se atribuya competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado no comunitario y ello conlleve la inaplicación de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia; siempre y cuando ésta resulte aplicable al caso concreto de que se trate⁴⁶. A nuestro modo de ver, en el supuesto de cumplirse las referidas condiciones, en aras del respeto del ordenamiento jurídico comunitario y del correcto funcionamiento del mercado interior (que presupone un cierto grado de uniformidad en las condiciones de competencia de la UE), la propugnada limitación, a la operatividad de los convenios atributivos de competencia, debiera de jugar tanto en los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» como en los «extracomunitarios». Por otro lado, consideramos conveniente que sea el legislador comunitario, y no la normativa autónoma de los Estados miembros de la UE, el que imponga como límite, a la operatividad de las cláusulas de elección de foro a favor de órganos jurisdiccionales de países no comunitarios, el respeto de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes cuando ésta resulte aplicable, ya que ello sintoniza mejor con el principio de conciliación y, además, permite obtener un cierto grado de uniformidad en las soluciones (lo cual es requerido para el correcto funcionamiento del mercado interior).

19. En defecto de elección de ley por las partes del contrato internacional de agencia comercial «extracomunitario», o de ser la misma inválida con arreglo a lo previsto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», entra en juego el art. 4 del susodicho cuerpo legal⁴⁷. Dichos supuestos no quedan amparados por la cláusula general de protección del Derecho comunitario, ya que ésta únicamente es susceptible de intervenir en los supuestos de elección de ley (esto es, en el marco del art. 3 del Reglamento «Roma I») y en relación con las situaciones contractuales «intracomunitarias».

En el caso de tratarse de un contrato de agencia comercial «extracomunitario» en el que el agente comercial tenga su residencia habitual o su establecimiento profesional en el área comunitaria, no habría necesidad de buscar mecanismos para conciliar el Reglamento «Roma I» con la Directiva de agencia, ya que, en tal caso, la ley objetivamente aplicable del contrato sería la ley de un país comunitario, y todos los Estados miembros de la UE han transpuesto, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las disposiciones expresa e implícitamente imperativas de la referida Directiva comunitaria.

Mayor problemática plantearán aquellos supuestos de contratos de agencia comercial «extracomunitarios» en los cuales el agente comercial tenga su residencia habitual o su sede en un Estado no

⁴⁶ Sobre la necesidad de proyección, del principio tuitivo del agente comercial en que se basa la Directiva de agencia, en sede de competencia judicial internacional, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 137-157, monografía en la cual llevo a cabo un análisis del problema tanto desde una perspectiva *de lege ferenda* como *de lege lata*.

⁴⁷ En relación con la problemática relativa a la determinación de la *lex contractus*, en los contratos internacionales de agencia comercial, en defecto de elección de ley en el marco del Reglamento «Roma I», *vid.* el apartado II núm. 2 del presente trabajo.

comunitario, ya que, en tal caso, la *lex contractus*, en tanto que procede de un Estado que no ha transpuesto la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, puede no respetar el estándar de protección mínimo por ésta fijado y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos (tanto públicos como privados). En el supuesto de no respetar dicha ley la regulación imperativa comunitaria de agencia, habrá que buscar, en el seno del Reglamento «Roma I», mecanismos para coordinar sus normas de conflicto con la Directiva de agencia.

20. A nuestro modo de ver, en los contratos de agencia comercial «extracomunitarios», ya haya habido o no elección de ley por las partes, cuando la *lex contractus* sea la de un Estado no comunitario, el Reglamento «Roma I» cuenta, al menos *a priori*, con un medio o instrumento eficaz para conseguir que se respete la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial cuando ésta resulte aplicable, y es a través de la intervención del orden público internacional (el cual engloba al orden público comunitario y, por tanto, el umbral de protección mínimo del agente comercial fijado por la Directiva de 18 de diciembre de 1986) y, muy especialmente, de las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro (las cuales aparecen consagradas en el apartado 2º del art. 9 del Reglamento⁴⁸). En efecto, las normas de aplicación inmediata, de los Estados miembros de la U.E., debieran de constituir una salvaguardia del respeto del nivel de protección mínimo del agente comercial conferido por las disposiciones imperativas de la Directiva comunitaria de agencia.

Tal como se desprende del art. 9.2 del Reglamento «Roma I», la aplicación de las normas de aplicación necesaria del foro, que es obligatoria, no está condicionada a la existencia de una estrecha vinculación entre la situación litigiosa y el Estado del foro. Por otro lado, dichos mecanismos son susceptibles de operar cuando la ley rectora del contrato internacional de agencia comercial haya de determinarse, tanto con arreglo al art. 3 del Reglamento «Roma I» (actuando, en estos casos, como límites a la autonomía conflictual), como en base al art. 4 del señalado cuerpo legal (en defecto de válida elección de ley por las partes). Por lo tanto, en el supuesto de cumplirse las condiciones anteriormente mencionadas y de conocer un órgano jurisdiccional español, éste habría de aplicar, al menos *a priori*, las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes en la forma en la que hayan sido transpuestas por la legislación española sobre el contrato de agencia.

En el apartado siguiente vamos a analizar si, desde una perspectiva *de lege lata*, las normas de aplicación inmediata, del ordenamiento jurídico del foro, son susceptibles de intervenir, en los contratos de agencia comercial «extracomunitarios», cuando la *lex contractus* sea la ley de un Estado no comunitario y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

2. Eventual intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas del foro en los contratos de agencia «extracomunitarios»

A) Primer enigma: el impacto de la nueva definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I»

21. Desde una perspectiva *de lege lata*, en el ámbito del Convenio de Roma, las normas internas de agencia del Estado del foro, dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, eran susceptibles de intervenir, en relación con los contratos de agencia comercial «extracomunitarios» en los cuales resultaba aplicable como *lex contractus* la ley de un Estado no comunitario que no respetaba la Directiva de agencia cuando el supuesto quedaba incluido dentro de su ámbito de aplicación, por la vía de las normas de aplicación inmediata (que el propio Convenio denominaba como «leyes de policía»)⁴⁹. En el marco del Reglamento «Roma I», la cuestión es más controvertida, ya que el susodicho instrumento comunitario, a diferencia de lo que acontecía con el Convenio de Roma, define

⁴⁸ Por virtud de dicho apartado, las «disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro», en nuestro caso, de las normas internas del Estado del foro dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia. En relación con el referido apartado, *vid.*, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 597-599, núms. 256-259.

⁴⁹ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 112-130.

qué ha de entenderse por «leyes de policía» a los efectos de la aplicación del art. 9 del Reglamento. Y, además, dicha definición es, desde nuestro punto de vista, excesivamente restrictiva. Ésta es una manifestación más de la voluntad del legislador comunitario, a la hora de elaborar este cuerpo legal, de reforzar la seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo.

De conformidad con el apartado 1º del art. 9 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»⁵⁰. De lo señalado parece desprenderse que el legislador comunitario ha querido limitar, en gran medida, la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas en el marco del Reglamento «Roma I»; de tal modo que únicamente sean susceptibles de aplicarse por esta vía las denominadas normas «de dirección» u «ordopolíticas», pero no las llamadas normas «de protección»⁵¹.

22. Llegados a este punto se nos plantea el dilema de si las normas internas de los Estados miembros de la UE, dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia (y de otras Directivas comunitarias sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual), gozan de la consideración de normas «de dirección» o de normas «de protección». Desde nuestro punto de vista, las referidas normas ponen claramente de manifiesto la debilidad o carácter artificial de la delimitación, dentro de las normas de aplicación necesaria, entre las normas «de dirección» y las normas «de protección», ya que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, entre las que se encuentra la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, subyacen tanto intereses públicos como privados. De hecho, las disposiciones imperativas de las susodichas Directivas responden a razones no sólo tuitivas, sino también económico-políticas.

En efecto, como en su momento pusimos de manifiesto, la Directiva de agencia persigue, básicamente, dos objetivos. Por un lado, propiciar la consecución del principio de una competencia no falseada en el seno de la UE; favoreciendo, de este modo, el buen funcionamiento del mercado común. La consecución de unas condiciones de competencia homogéneas en el mercado interior y, en última instancia, el respeto del juego de una competencia no falseada en el área comunitaria, constituye un presupuesto indispensable para la consecución del objetivo comunitario de un mercado único. Y, por otro lado, la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes también pretende asegurar, dentro del espacio comunitario, una protección mínima uniforme al agente comercial, en tanto que parte presuntamente débil de la relación contractual, en sus relaciones con el principal o empresario. Y, a nuestro modo de ver, no existe ninguna base científica para considerar que uno de los señalados objetivos o intereses haya de primar sobre el otro.

En definitiva, teniendo en cuenta lo señalado, consideramos que las normas internas de los países comunitarios, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico interno las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de «leyes de policía» que aparece contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I»⁵². De hecho, en última instancia, la consideración de dichas normas como internacionalmente imperativas es un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho comunitario, de las necesidades del mercado interior; las cuales han propiciado, al igual que las mentadas razones tuitivas, la elaboración de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes.

⁵⁰ En relación con el concepto de «leyes de policía» utilizado por el señalado apartado y con su origen jurisprudencial, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191; así como A.A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 595-597, núms. 254 y 255.

⁵¹ *Vid.*, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

⁵² *Vid.*, sin embargo, la opinión manifestada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual encuadra dentro de la categoría de normas «de protección» a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentran en una «posición contractual débil».

23. No obstante, a nuestro modo de ver, el art. 9 del Reglamento «Roma I» no debiera de haber definido de un modo tan restrictivo lo que ha de entenderse por «leyes de policía» a los efectos del art. 9 del Reglamento, ya que resulta conveniente que esta categoría normativa sea susceptible de operar igualmente como un mecanismo potencialmente protector, esto es, como un instrumento susceptible de ser utilizado exclusivamente al servicio de la protección de la parte débil de la relación contractual⁵³.

Además, no creemos que el legislador comunitario, por medio de la referida definición de «leyes de policía», vaya a eliminar el excesivo margen de discrecionalidad que existía en el ámbito del Convenio de Roma en lo referente a la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas y que, por consiguiente, vaya a favorecer la consecución del ansiado objetivo de la seguridad jurídica, ya que, muy probablemente, no va a existir unanimidad, entre los órganos jurisdiccionales de los Estados comunitarios, en relación con la cuestión relativa a si las normas de los Estados miembros, dictadas en ejecución de las Directivas comunitarias sectoriales, son o no susceptibles de tener cabida dentro del ámbito de la definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento. En nuestra opinión, esta situación, que genera una elevada inseguridad jurídica (que es precisamente lo que se pretendía evitar por medio de la señalada definición), podría haberse evitado por medio de una alusión del legislador comunitario, en el marco del art. 9.1 del Reglamento «Roma I», a la consideración o no de las disposiciones imperativas de las Directivas, elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, como «leyes de policía».

B) Segundo enigma: disposiciones de la Directiva de agencia susceptibles de dicha consideración

24. Una vez superado el anterior obstáculo, la siguiente cuestión a resolver es el alcance de la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial. Es necesario, pues, identificar las disposiciones de la Directiva, relativa a los agentes comerciales independientes, que gozan de la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas, así como determinar su carácter y su ámbito de aplicación espacial.

En palabras del profesor A. BONOMI, el órgano jurisdiccional u operador jurídico, para identificar las normas materiales internacionalmente imperativas que no manifiesten expresamente dicho carácter, y para determinar su ámbito de aplicación espacial, ha de partir necesariamente del contenido y de los fines de la norma en cuestión. Según dicho autor, las normas internas, dictadas en ejecución de una Directiva comunitaria, en aras de asegurar la plena realización de los principios del Derecho comunitario, deben gozar del carácter de normas de aplicación inmediata o necesaria, siempre que el objeto y la *ratio* de la Directiva en cuestión así lo justifique (como ocurre a título ejemplificativo, a su modo de ver, con la Directiva de 18 de diciembre de 1986); y ello con absoluta independencia de que la norma en cuestión (o incluso la propia ley nacional de transposición) contenga o no una disposición expresa en este sentido⁵⁴.

25. La Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, aunque no contempla ni normas de competencia judicial internacional ni normas «con incidencia en la ley aplicable», contiene diferentes tipos de disposiciones materiales. En cualquier caso, no todas las disposiciones materiales de la Directiva de agencia presentan el mismo carácter. En concreto, en el seno de la susodicha Directiva comunitaria cabe distinguir entre las disposiciones expresamente imperativas, las implícitamente imperativas y las dispositivas.

Por un lado, están las normas expresamente imperativas que tienen el carácter de normas materiales «bilateral o absolutamente imperativas», por no admitir pacto en contrario de las partes, con

⁵³ Aunque en un contexto diferente, resulta muy interesante la opinión manifestada por los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, según los cuales existen sectores, entre los cuales encuadran al contrato de agencia comercial, en los que «es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles», como es el caso del agente (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93).

⁵⁴ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, pp. 120-136, especialmente p. 125.

independencia de que dicho pacto sea en beneficio o en detrimento del agente. Por consiguiente, dichas disposiciones, en la forma en la que hayan sido transpuestas por la correspondiente legislación nacional de un Estado miembro de la UE, rigen el aspecto en cuestión con independencia de cuál sea el umbral de protección del agente consagrado por la correspondiente ley rectora del contrato internacional de agencia comercial. Tienen tal consideración, por ejemplo, los arts. 3 y 4 de la Directiva, los cuales regulan las obligaciones del agente y del principal. No obstante, como consecuencia de haber regulado la Directiva de un modo excesivamente genérico o minimalista dichas obligaciones, el carácter internacionalmente imperativo de dichas disposiciones es más bien simbólico.

Y, por otro lado, dentro de la Directiva de agencia también cabe distinguir normas expresamente imperativas que tienen el carácter de normas materiales «unilateral o relativamente imperativas», cuya identificación tampoco resulta excesivamente compleja, ya que las mismas no admiten estipulaciones de las partes por virtud de las cuales se otorgue al agente comercial un grado de protección menor que el que le ofrece la disposición en cuestión, pero sí mayor. Las normas internas de los Estados miembros, que hayan transpuesto tales disposiciones, únicamente impedirán que el aspecto de que se trate quede sometido a la correspondiente ley rectora del contrato internacional de agencia cuando ésta no respete el nivel de protección mínimo que haya sido fijado por la norma en cuestión. Así, por ejemplo, tienen la consideración de normas materiales «relativamente imperativas» los arts. 17 y 18 de la Directiva, los cuales regulan las condiciones a las que se subordina el derecho del agente, a la indemnización por clientela o a la reparación del perjuicio, tras la terminación del contrato de agencia, ya que el art. 19 no permite a las partes pactar (antes del vencimiento del correspondiente contrato), en perjuicio del agente, condiciones distintas de las previstas en los referidos preceptos.

La Directiva relativa a los agentes comerciales independientes contiene, junto a las normas expresamente imperativas, otras disposiciones que, pese a no indicarlo de un modo expreso, también gozan de carácter imperativo y que, por lo tanto, otorgan a las normas internas de los Estados miembros que las hayan transpuesto la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. A los efectos de la identificación de las normas implícitamente imperativas de la Directiva, es preciso tener presente que puede ser imperativa una norma de la misma que ofrezca a los Estados miembros la posibilidad de elegir una de las soluciones propuestas. Tal es el caso, por ejemplo, del apartado 2º del art. 7 de la Directiva, relativo al derecho a la comisión del agente por operaciones concluidas durante la duración del contrato de agencia, cuyo inciso final obliga a los Estados miembros a adoptar alguna de las posibilidades en el mismo previstas.

La Directiva de agencia contiene, junto a normas expresa e implícitamente imperativas, otras dispositivas, que son aquellas que otorgan, o bien, a las partes contratantes, o bien, a los Estados miembros, la posibilidad de excepcionarlas; y que, por consiguiente, no llevan aparejado que las normas internas que las transponen tengan la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. Tal es el caso, por ejemplo, del apartado 2º del art. 13 de la Directiva, el cual concede a los Estados miembros la posibilidad de condicionar la validez del contrato de agencia a su celebración por escrito.

En cualquier caso, la distinción entre las normas implícitamente imperativas y las normas dispositivas de la Directiva no es siempre clara, lo cual genera un elevado grado de inseguridad jurídica, ya que, como hemos puesto de manifiesto más arriba, las normas internas, que transponen las disposiciones imperativas de la Directiva, tienen la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimamos que hubiese resultado más conveniente que el legislador comunitario hubiese evitado normas implícitamente imperativas; disminuyendo, de este modo, confusiones en una materia en la que están presentes importantes intereses públicos y privados.

Al margen de lo señalado, es preciso tener presente que existen ciertas normas nacionales de los Estados miembros, sobre el contrato de agencia, que, debido a los objetivos por las mismas perseguidos, merecen la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas (eso sí, de origen interno), pese a versar sobre aspectos en relación con los cuales, o bien, no se ha pronunciado la Directiva de agencia, o bien, regulados en la misma por una norma de carácter dispositivo. A nuestro modo de ver, tal es el caso, por ejemplo, del art. 29 de la legislación española sobre el contrato de agencia, que regula la llamada indemnización de daños y perjuicios del agente, cuya finalidad es cubrir, bajo determinadas

condiciones, los gastos no amortizados de capital en que eventualmente haya incurrido el agente, instruido por el principal, para la ejecución del correspondiente contrato de agencia⁵⁵.

26. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, detrás de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes laten no sólo relevantes intereses privados, de protección de la parte débil de la relación jurídica, sino también importantes intereses públicos, político-económicos, en concreto, de protección del mercado comunitario⁵⁶. La referida dualidad de intereses, públicos y privados, subyace detrás de todas y cada una las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, tanto de las expresamente imperativas como de las implícitamente imperativas; sin que pueda primarse a ninguno de los señalados intereses sobre el otro. Como consecuencia de lo señalado, no creemos que, dentro de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, sea posible distinguir entre normas «de dirección» y normas «de protección».

Por lo tanto, consideramos que las normas internas de las legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros de la UE, dictadas en ejecución de cualquier disposición expresa o implícitamente imperativa de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, tienen la consideración de normas de aplicación inmediata o necesaria a los efectos de la aplicación del art. 9 del Reglamento «Roma I»; siempre y cuando el supuesto litigioso de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. En concreto, las referidas normas internas de los Estados miembros de la UE tienen la consideración de normas de aplicación inmediata de origen comunitario.

C) Tercer enigma: alcance espacial de la Directiva de agencia

27. En cualquier caso, como ya hemos señalado, la aplicación como normas materiales internacionalmente imperativas de las normas internas de los países comunitarios, que hayan transpuesto disposiciones expresa o implícitamente imperativas de la Directiva de agencia, está condicionada a que el supuesto litigioso planteado, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE, entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva comunitaria.

El silencio de la Directiva, en relación con su ámbito territorial⁵⁷, ha propiciado distintas actitudes en los legisladores nacionales que la han transpuesto a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo cual ha generado un elevado grado de inseguridad jurídica. De hecho, algunas legislaciones nacionales de los Estados miembros (como es el caso, por ejemplo, de la inglesa y de la belga) han previsto una norma de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones en las situaciones de tráfico jurídico externo, existiendo notables disparidades entre los criterios de delimitación espacial por ellas acogidos. En cualquier caso, dichas normas de delimitación, que adoptan los Estados miembros de la UE en beneficio de su propio ordenamiento jurídico, quedan fuera del alcance del efecto del principio de primacía comunitario. No obstante, la mayor parte de las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros han mantenido el silencio de su fuente de inspiración por lo que al ámbito de aplicación territorial de sus normas se refiere. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación francesa, de la italiana, así como de la española, ya que el art. 3 de esta última, que consagra la imperatividad de sus disposiciones salvo expresa previsión en contrario, tan sólo hace referencia a la imperatividad interna, es decir, a su indisponibilidad por las partes en las situaciones privadas meramente internas.

Ambas actitudes de los legisladores nacionales de los Estados miembros llevan a un mismo resultado: la falta de uniformidad existente por lo que al ámbito de aplicación territorial del Derecho comunitario de agencia se refiere, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, especialmente en las relaciones de agencia comercial «extracomunitarias». De este modo, el Derecho comunitario derivado, relativo a esta materia, recibirá o no aplicación en función de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en cuestión. Sin duda alguna, ello afecta negativamente a las transacciones comerciales internacionales realizadas en el seno del mercado interior y, consiguientemente, a su correcto funcionamiento.

⁵⁵ Un exhaustivo análisis del carácter de las distintas disposiciones materiales de la Directiva de agencia, así como de su concreto alcance internacional, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 47-67.

⁵⁶ *Vid.* el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

⁵⁷ Probablemente, la justificación de dicho silencio puede encontrarse en el temprano momento en el cual la referida Directiva fue adoptada.

28. El TJUE ha tratado de mitigar dicha situación caótica y poco uniforme, propiciada por la laguna de la Directiva de agencia comercial, en su célebre y controvertida sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*)⁵⁸. Pese a reconocer las virtudes de dicha sentencia, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica de las operaciones comerciales desenvueltas en el seno del mercado interior a través de la intermediación de un agente, estimamos que es el legislador comunitario, y no el TJUE, el que hubiese tenido que determinar, por medio de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance territorial de las disposiciones imperativas de la referida Directiva comunitaria.

La enorme repercusión que ha tenido dicha sentencia es debida a haber sido ésta la única vez en que el TJUE se ha pronunciado en relación con la consideración y el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes. Y, más en concreto, en la sentencia *Ingmar* el TJUE ha tomado partido en relación con la problemática relativa a la consideración y al ámbito de aplicación espacial, en las relaciones de agencia «extracomunitarias», de los arts. 17 a 19 de la referida Directiva. Dichos preceptos, que regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la finalización del contrato de agencia, constituyen el núcleo central de la misma y de las relaciones internas entre el principal y el agente comercial⁵⁹.

El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que, en aras del objetivo perseguido por los arts. 17-19 de la Directiva («proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior»), «es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable». El TJUE añade que la función que desempeñan los arts. 17 y 18 de la Directiva exige que éstos «se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, (...), aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas». Ello ocurría en el caso de autos, en que el agente comercial, que ejercía su actividad profesional en el área comunitaria, estaba establecido en el Reino Unido y el principal en California, y se había pactado una cláusula de elección de ley a favor de la ley californiana.

El criterio de delimitación espacial acogido por el TJUE, el del mercado afectado (esto es, actuación del agente comercial para el principal en el mercado comunitario), fue propuesto por el abogado general (Philippe Léger), por medio de sus Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000 en relación

⁵⁸ Dicha sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios tanto en la doctrina patria como en la extranjera: *vid.*, por ejemplo, A. FONT I SEGURA, «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)», *RDCE*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; R. FREITAG / S. LEIBL, „Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?«, *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich«, *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; R. MICHAELS / H.G. KAMANN, „Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - ‚Amerikanisierung‘ des Gemeinschafts-IPR?«, *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7, pp. 301-311; A. STAUDINGER, „Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungs-richtlinie«, *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, „The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents«, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, «The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*», *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154. La sentencia *Ingmar* no se pronunció, por no ser ello objeto de la cuestión prejudicial planteada, sobre si las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes, en la forma en la que han sido transpuestas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, eran susceptibles de tener cabida dentro del art. 7 del Convenio de Roma (relativo a las leyes de policía) cuando el supuesto litigioso en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. Un exhaustivo análisis de las virtudes, deficiencias, silencios y trascendentales consecuencias de la polémica sentencia, fallada por el TJUE en el asunto *Ingmar*, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80.

⁵⁹ *Vid.* la reciente sentencia del TJUE de 28 de octubre de 2010 (asunto C-203/09), según la cual el art. 18 a) de la Directiva de agencia «se opone a que se prive a un agente comercial independiente de su indemnización por clientela cuando el empresario descubre la existencia de un incumplimiento del agente comercial, que se ha producido después de la notificación de la resolución del contrato mediando preaviso y antes de la expiración de éste, que podía justificar una resolución del contrato sin preaviso» (*DOUE*, de 18 de diciembre de 2010, núm. 364/14).

con el asunto *Ingmar*. Según el mismo, la «elección por las partes de una ley que no contemple la obligación de indemnización o que la relegue mediante el establecimiento de un régimen menos favorable reduciría la protección del agente. Al hacerlo, *le colocaría en una situación desfavorable con respecto a sus competidores, a la vez que favorecería a su empresario con respecto a los demás empresarios*»⁶⁰.

29. Por otro lado, aunque el TJUE sólo se refiera, en su sentencia de 9 de noviembre de 2000, a aquellos supuestos en los cuales las partes hayan hecho uso de su autonomía conflictual, los fines perseguidos por los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia justifican que los mismos también resulten aplicables, condicionado a que el agente ejerza su actividad profesional dentro de la Comunidad, cuando, en defecto de haber elegido las partes la ley rectora del correspondiente contrato internacional de agencia, el mismo se rija por la ley de un Estado no miembro de la UE.

Al margen de lo señalado, la sentencia *Ingmar* parece admitir implícitamente que la consideración y el propugnado criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia es extensible, igualmente, a las restantes disposiciones imperativas de la misma, ya que de sus Fundamentos Jurídicos se desprende, por un lado, que el criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria se deduce de sus objetivos y, por otro lado, que los intereses latentes detrás de los referidos preceptos subyacen detrás de las restantes disposiciones imperativas de la Directiva.

30. A nuestro modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, el mecanismo más efectivo para alcanzar la ansiada coordinación, entre las normas de conflicto generales contenidas en el Reglamento «Roma I» y las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, es por medio de la consagración por parte de las instituciones comunitarias, en base a la posibilidad ofrecida por el art. 23 del Reglamento «Roma I», de una norma de delimitación expresa que determine el concreto ámbito de aplicación espacial de la referida Directiva comunitaria en los mismos términos que la sentencia *Ingmar*.⁶¹

⁶⁰ *Vid.* el apartado 68 de dichas Conclusiones. La cursiva no es original.

⁶¹ Por virtud del art. 23 del Reglamento «Roma I», relativo a las relaciones de dicho cuerpo legal con otras disposiciones del Derecho comunitario, con excepción del art. 7 (que se refiere a los contratos de seguro), el «presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales». En relación con dicha propuesta *de lege ferenda*, aunque en el marco del art. 20 del Convenio de Roma (que se manifiesta en los mismos términos que el art. 23 del Reglamento «Roma I»), *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 131-133.

EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: SOLUCIONES ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 10.01.2011 / Aceptado: 25.01.2011

Resumen: El presente trabajo estudia el secuestro internacional de menores en el ámbito del Convenio hispano-marroquí de 1997. El Convenio trata de garantizar la rápida restitución de los menores que han sido ilegalmente desplazados. Como regla general, el Estado requerido debe ordenar el retorno del menor. Sin embargo, tal Estado no está obligado a ordenar tal retorno en cuatro casos, dependiendo del período de tiempo transcurrido desde la fecha del desplazamiento.

Palabras clave: secuestro internacional de menores, Convenio hispano-marroquí de 1997, Convenio de La Haya de 1980, restitución del menor.

Abstract: This study deals with cases of international child abduction in the field of the 1997 Agreement between Spain and Morocco. The Agreement tries to secure the prompt return of children wrongfully removed. As a general rule, the requested State shall order the return of the child. Nevertheless, the requested State is not bound to order that return in four cases, depending on the period elapsed from the date of the wrongful removal.

Key words: international child abduction, 1997 Agreement between Spain and Morocco, 1980 Hague Convention, return of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación. 1. Introducción. 2. Concepto de menor. 3. Concepto de desplazamiento ilegal. A) Infracción de un derecho de custodia atribuido por resolución judicial. B) Infracción de un derecho de custodia atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor. C) Infracción de un acuerdo entre las partes. III. Procedimiento de restitución. 1. Plazo inferior a seis meses. 2. Plazo superior a seis meses. IV. La STEDH de 22 diciembre 2009. V. Valoración de la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980.

I. Introducción

1. Una de las causas del secuestro internacional de menores que ha sido tradicionalmente apuntada por la doctrina es la quiebra de un matrimonio mixto, cuyos miembros tienen por lo tanto una nacionalidad y cultura distinta¹.

2. Para hacer frente a los supuestos de secuestro internacional de menores cuando son España y Marruecos los Estados implicados, se elaboró el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia*

* Texto de la comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Islámico e Interculturalidad, celebrado en la Universidad de Zaragoza los días 23 y 24 de septiembre de 2010.

¹ 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. 292.

de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (en adelante, Convenio hispano-marroquí)².

El Convenio hispano-marroquí fue elaborado con base en la necesidad de proteger el interés del menor y constituyó un refuerzo de las relaciones de cooperación entre España y Marruecos³. Al respecto, ya en el Preámbulo se indica que se pretende «reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores». El mencionado texto se inspira a su vez en el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980* (en adelante, Convenio de Luxemburgo de 1980) y en el *Convenio 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)⁴.

3. En este sentido, ya el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 disponía que «1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes»⁵.

4. En el art. 1 del Convenio hispano-marroquí se observa que el mismo tiene por objeto: a) garantizar la devolución de los menores que han sido víctimas de una sustracción; b) hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita; c) favorecer el libre ejercicio del derecho de visita⁶.

5. De los aspectos mencionados, nuestro estudio se centra en el análisis del mecanismo de *devolución inmediata* de los menores que han sido objeto de un traslado o retención ilícitos, regulado fundamentalmente en los arts. 7 a 10 del Convenio hispano-marroquí. Así, por lo que respecta a la materia objeto de nuestro estudio, en el art. 1.a) se señala que el Convenio persigue «Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes»⁷.

Como es habitual en los instrumentos que luchan contra el secuestro internacional de menores, se señala en el Convenio hispano-marroquí que la restitución del mismo no prejuzga la atribución del derecho de custodia (art. 10.2 Convenio hispano-marroquí de 1997). También se contempla la obliga-

² BOE núm. 150, de 24 junio 1997, pp. 19348 y ss. Sobre el Convenio hispano-marroquí de 1997, 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, pp. 312-313; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 293-295; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, pp. 217-227; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, pp. 145-172; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 347-356; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 493-521.

³ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 349; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 146; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 218; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 146.

⁴ Respectivamente, BOE núm. 210, de 1 septiembre 1984; y 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. S. GARCÍA CANO, «Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 22.

⁵ Ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990, BOE núm. 313, de 31 diciembre 1990, pp. 38897 y ss. Vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 217.

⁶ Sobre estos aspectos, vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 497-498.

⁷ Con respecto al tratamiento penal de la obstaculización del ejercicio del derecho de visita, con base en amenazas de traslado ilícito de un menor a Marruecos, vid. SAP Murcia (Sección 5ª) 20 mayo 2008, JUR/2009/96238.

ción de los tribunales del Estado requerido de resolver sobre la solicitud de devolución inmediata con prioridad sobre cualquier otra solicitud referida al menor (art. 10.3 Convenio hispano-marroquí).

6. A lo largo de nuestro análisis compararemos además el Convenio hispano-marroquí con el Convenio de Luxemburgo de 1980 y, en especial, con el Convenio de La Haya de 1980, dada la reciente adhesión de Marruecos al mismo⁸. Con respecto a la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980, ya en su momento apuntó la doctrina que, en lugar de elaborar convenios bilaterales, sería más adecuado que Marruecos ratificase aquél⁹.

7. En esta línea, en la Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, celebrada en marzo de 2009, se señaló que, dados los beneficios de un marco legal común de solución para los litigios relativos a la custodia y contacto entre menores, así como para la protección de los mismos en situación de riesgo en casos internacionales, los participantes recomendaban que los Estados entrasen a formar parte de la Convención de La Haya de 1996 y de la Convención de La Haya de 1980¹⁰.

8. La circunstancia de que Marruecos no fuera Estado parte del Convenio de La Haya de 1980 fue tomada en cuenta por los tribunales españoles en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de octubre 2006¹¹.

En el marco de un proceso de divorcio, la Audiencia consideró que no debía concederse una autorización de salida de la hija del territorio nacional ante la amenaza de sustracción, señalando que «no basta con la prohibición de salida del territorio nacional de la hija habida cuenta que no consta que Marruecos tenga suscrito el Convenio Internacional de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. A juicio de este Tribunal dadas las características del control fronterizo y su permeabilidad hacia Europa, donde también existen familiares de..., es necesario al menos un protocolo preordenado de actuación, conjugado con la autoridad policial, y especialmente previsto para evitar el caso en que el padre desapareciera con su hija, que garantizara el máximo de eficacia»¹².

En el caso en cuestión, se consideró que era insuficiente la simple prohibición de que el progenitor –de origen marroquí, que había adquirido la nacionalidad española por residencia y que tenía familia en Marruecos–, pudiera sacar a la hija del país sin autorización judicial, ya que podría no resultar eficaz. Así, se consideró preciso comunicar tal circunstancia a las autoridades policiales para que impidieran que el padre expidiera pasaporte para la hija, que provisionalmente se lo retirasen en caso de tenerlo ya, y que evitasen su salida sin la mencionada autorización¹³.

9. La existencia de un Convenio bilateral entre España y Marruecos fue valorada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 marzo 2003¹⁴. Se trataba de un caso de separación de un matrimonio compuesto por un varón de nacionalidad marroquí con residencia habitual en España, y una mujer de nacionalidad española.

En primera instancia, entre otras medidas, se prohibió la salida de España de la hija común.

La Audiencia Provincial consideró que dicha medida suponía una severa limitación al derecho de la menor a relacionarse con el entorno familiar del padre, dadas las dificultades legales y económicas

⁸ Fecha de la adhesión: 9 marzo 2010. Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24

⁹ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 496. La doctrina señalaba así que el Convenio hispano-marroquí tenía una evidente importancia práctica al no haber ratificado Marruecos los convenios multilaterales en materia de secuestro internacional de menores (vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 218).

¹⁰ Apartado tercero, Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, marzo 2009, vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161. Vid. 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), p. 266.

¹¹ SAP Cádiz (Sección 5ª) de 6 octubre 2006 (*JUR*\2007\123741).

¹² *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

¹³ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

¹⁴ SAP Málaga (Sección 7ª) de 10 marzo 2003 (*JUR*\2003\209618).

con las que dichos familiares se encontraban para entrar en España. Se consideró, además, que no existía indicio o sospecha de que la salida a Marruecos fuera a ser empleada para llevar a cabo una sustracción de la menor, añadiendo a ello que, desde el punto de vista legal, los progenitores compartían la custodia y «el reconocimiento y ejecución de los derechos de custodia, visita y devolución de menores entre España y Marruecos, tiene expresa previsión legal en el Convenio suscrito por ambos países y publicado en el BOE de 24 de junio de 1997»¹⁵.

II. Ámbito de aplicación

1. Introducción

10. El Convenio de aplica, desde un punto de vista material, a los casos de desplazamiento o retención ilícita de un menor siempre que sean España y Marruecos los Estados implicados.

Como veremos, el art. 1, apartado 1 del Convenio, se refiere a la devolución de los menores «desplazados o retenidos, ilegalmente...». Aunque el resto de sus preceptos sólo hacen alusión expresa a los «desplazamientos», cabe entender que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación las retenciones ilícitas, como indica su art. 1.1¹⁶.

El Convenio resulta aplicable en caso de que el desplazamiento del menor haya tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del mismo (art. 21 Convenio hispano-marroquí). En caso de que el desplazamiento mencionado se hubiera producido con carácter previo a su entrada en vigor, la norma remite a la concertación en el marco de una Comisión consultiva en materia civil (arts. 21.2 y 5 Convenio hispano-marroquí).

2. Concepto de menor

11. Se entiende por «menor» aquél que reúne, cumulativamente, tres condiciones: a) edad inferior a los dieciséis años; b) no encontrarse emancipado; c) ser nacional de España o de Marruecos (art. 2 Convenio hispano-marroquí).

12. Por lo que respecta a la edad, el Convenio mantiene la misma solución que el Convenio de la Haya de 1980 (art. 4) y el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 1)¹⁷.

13. Incorpora en cambio el requisito de no encontrarse emancipado el menor, aspecto sobre el que parte de la doctrina ha apuntado que, si bien la mencionada exclusión puede encontrarse jus-

¹⁵ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Primero.

¹⁶ M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ apunta que, si bien se entiende incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, no habría estado de más una referencia explícita a los casos de retención ilícita (Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 501).

¹⁷ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502. Art. 1 Convenio de La Haya de 1980: «El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años». Art. 1 Convenio de Luxemburgo de 1980: «A los efectos del presente Convenio se entenderá: a) Por «menor»: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido».

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. 297; A. DURÁN AYA-GO, «La fragilidad del estatuto personal en la protección de menores y adultos», en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 327; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 135-138; 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 (dirs.), *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 733.

tificada cuando se trata de adoptar medidas de protección con respecto a los bienes del mismo, no lo estaría cuando lo necesario es adoptar medidas de protección de su persona¹⁸. Así, con base en el fin del Convenio hispano-marroquí de proteger el interés del menor, se ha afirmado que la exclusión de los menores emancipados debe interpretarse restrictivamente¹⁹. Dados los problemas que puede plantear la interpretación del concepto en cuestión, se ha apuntado que otra opción habría sido, en la línea del Convenio de La Haya de 1980, sustituir la exclusión de los menores emancipados por una referencia a la necesidad de tener en cuenta la opinión del menor cuando su edad y grado de madurez lo hicieran aconsejable²⁰.

14. Por último, también se aparta del Convenio de la Haya de 1980 y del Convenio de Luxemburgo de 1980, al contemplar el requisito de la nacionalidad para su aplicación, aspecto carente de relevancia en los textos mencionados²¹. Así, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Convenio los supuestos relativos a menores nacionales de Estados que no sean España ni Marruecos²². Por lo tanto, si un menor que reside habitualmente en España es trasladado ilícitamente a Marruecos, no cabrá acudir al mecanismo del Convenio en caso de que la nacionalidad del menor no sea española ni marroquí²³. Al respecto, se ha apuntado que, para lograr la protección del menor, se precisa la adopción de criterios flexibles²⁴. Además, la nacionalidad también plantea problemas de interpretación en el caso de menores con doble nacionalidad²⁵.

3. Concepto de desplazamiento ilegal

15. El tribunal competente del Estado requerido, como regla general, tiene que ordenar el retorno del menor al Estado requirente (arts. 7 y 8.1 Convenio hispano-marroquí) en caso de que su desplazamiento de un Estado a otro haya sido ilegal. Se distinguen tres casos de *desplazamiento ilegal*:

A) Infracción de un derecho de custodia atribuido por resolución judicial

16. El desplazamiento se produce infringiendo —«haciendo caso omiso», en los términos del Convenio— una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y que tiene carácter ejecutivo en el Estado requirente. Se trata, por lo tanto, del supuesto en que existe una resolución judicial en el Estado requirente con anterioridad al traslado del menor, resolución que es vulnerada al llevar a cabo el desplazamiento del mismo. Del tenor literal del precepto se desprende que no cabe entender incluido en el mismo el supuesto en que la resolución infringida es una resolución administrativa²⁶. En cambio,

¹⁸ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350. Sobre la emancipación en Derecho Internacional Privado español, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Persona física», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 37.

¹⁹ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 350.

²⁰ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502.

²¹ 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. 297; E. PÍAS GARCÍA, «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 80; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 350-351; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 502.

²² Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 351.

²³ *Ibidem*, p. 351.

²⁴ *Ibidem*, p. 351.

²⁵ Vid., entre otros, M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 148.

²⁶ Vid., M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L.

el Convenio de La Haya de 1980, cuando define el concepto de traslado o retención ilícitos, se señala que el derecho de custodia vulnerado puede resultar, entre otras opciones, de una decisión judicial o administrativa (art. 3 Convenio de la Haya de 1980)²⁷. Por su parte, el Convenio de Luxemburgo de 1980 se refiere al traslado que infringe una resolución, sin concretar que deba ser judicial (art. 1.d) y art. 12). A pesar del tenor literal del Convenio hispano-marroquí, consideramos que deberían entenderse cubiertos por este supuesto de desplazamiento ilícito, tanto los casos de resoluciones judiciales como administrativas.

Cabría apreciar además un carácter en exceso restrictivo con respecto a su ámbito de aplicación por lo que se refiere a la exigencia, para considerar el traslado ilícito, de que se haya infringido una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y con carácter ejecutivo. Si se atiende al tenor literal del Convenio hispano-marroquí, no cabría incluir, en el concepto de desplazamiento ilegal, los supuestos en que dicha ilegalidad viene determinada por una resolución judicial con posterioridad al traslado –a salvo de los casos, como veremos, en que el derecho de custodia infringido viene atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad, o por un acuerdo de las partes refrendado por los tribunales de uno de los Estados contratantes–²⁸. Por ello, parte de la doctrina considera que debería haberse contemplado el supuesto de la resolución posterior al traslado²⁹. Así, por ejemplo, en el ámbito del Convenio de Luxemburgo de 1980, cuando el art. 1.d) se refiere al concepto de «traslado ilícito», contempla también el que «ulteriormente se declare ilícito en el sentido del artículo 12», precepto este último que se refiere a los casos en que, en la fecha del traslado no existe resolución, sino que ésta se dicta posteriormente³⁰. No obstante, debemos tener presente la interpretación que se sostiene del Convenio de La Haya de 1980 que, en su art. 3, dispone que el traslado o retención se consideran ilícitos: «a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención..., El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado». La doctrina apunta que el Convenio de La Haya de 1980 resulta aplicable tanto a las sustracciones que se producen con posterioridad a una decisión judicial de atribución de la custodia, como a los producidos antes de dictarse la misma³¹. Consideramos que la misma interpretación debe realizarse del Convenio hispano-marroquí y, por lo tanto, dicha norma debe aplicarse también cuando la resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio y que tiene carácter ejecutivo en el Estado requirente, se ha dictado con posterioridad al traslado del menor.

17. Junto a los requisitos exigidos a la resolución judicial, también contempla el Convenio condiciones adicionales relativas al menor y a sus progenitores (art. 7.1.a) Convenio hispano-marroquí):

- a) Con respecto al menor, se exige que, en el momento de presentarse la solicitud de devolución, tuviera su residencia habitual en el Estado requirente.
- b) Con respecto al menor y a sus progenitores, es preciso que, en el momento del desplazamiento, fueran únicamente nacionales del Estado requirente.

CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 353.

²⁷ *Ibidem*, pp. 352-353.

²⁸ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499.

²⁹ *Ibidem*, p. 501.

³⁰ Art. 12 Convenio de Luxemburgo de 1980: «Cuando en la fecha en la que se traslade al menor a través de una frontera internacional, no exista resolución ejecutoria dictada en un Estado contratante, en cuanto a su custodia lo dispuesto en el presente Convenio se aplicará a cualquier resolución ulterior, que se refiera a la custodia de dicho menor y que declare ilícito dicho traslado, dictado en un Estado contratante a petición de cualquier persona interesada».

³¹ 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. 298-299.

Se ha criticado que estas condiciones suponen un importante límite a la hora de incluir un supuesto en el ámbito de aplicación del Convenio³².

18. En este supuesto de devolución inmediata se observa cierta similitud con el Convenio de Luxemburgo de 1980, en el que nos encontramos ante un caso de «internacionalización ficticia»³³. Como, tanto los progenitores como el menor tenían la nacionalidad del Estado requirente y el menor residía habitualmente en tal Estado, es el traslado del menor el que introduce en la situación que al mismo se refiere el componente internacional.

Al respecto se ha apuntado que la exigencia de las condiciones expuestas suscita problemas de interpretación en el ámbito del Convenio hispano-marroquí, dado que cabe cuestionar si las mencionadas condiciones han de darse cumulativamente³⁴. Con base en la similitud de las mismas con los mencionados casos de «internacionalización ficticia» y en tenor literal del Convenio hispano-marroquí, cabría sostener una aplicación cumulativa de ambas condiciones.

Cabe puntualizar, no obstante, que se observa una importante diferencia entre ambos textos, ya que el supuesto de «internacionalización ficticia» se contempla en el Convenio de Luxemburgo de 1980 como un caso de restitución inmediata –sin que quepa alegar motivos para su denegación–³⁵. Por ello, nos parece que, emplearlo en el ámbito del Convenio hispano-marroquí como definición del desplazamiento ilícito –y, como veremos, siendo posible alegar motivos de denegación a pesar de concurrir todas las condiciones expuestas–, nos parece que restringe excesivamente su ámbito de aplicación. Así, consideramos que, para considerar que el desplazamiento es ilícito en virtud del art. 7.1.a) del Convenio hispano-marroquí de 1997, no deberían haberse exigido tales condiciones.

19. Con respecto a la condición expuesta en la letra a), consideramos que la residencia habitual del menor en el Estado requirente no debería referirse al momento en que se presenta la solicitud de devolución, sino a la fecha del traslado³⁶. Tal como se encuentra redactado el Convenio, si se aprecia que el menor reside habitualmente en el Estado requerido en el momento de solicitarse la devolución, se considera que el desplazamiento del mismo no ha sido ilegal.

20. Por lo que se refiere a la condición expuesta en la letra b), de nuevo se aprecia el carácter restrictivo del Convenio, ya que no cubre, por ejemplo, los supuestos de distinta nacionalidad –uno español y otro marroquí–, ni los casos de doble nacionalidad³⁷.

B) Infracción de un derecho de custodia atribuido por el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor

21. El desplazamiento infringe un derecho de custodia que el Derecho del Estado de la nacionalidad del menor atribuye en exclusiva a uno de los progenitores (art. 7.1.b) Convenio hispano-marroquí de 1997).

³² Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 353.

³³ BOE núm. 210, de 1 septiembre 1984. 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. 294.

³⁴ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 498-499.

³⁵ 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. 294.

³⁶ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499. De hecho, en el art. 15.4 del Convenio hispano-marroquí, al referirse a la documentación a presentar para apoyar la solicitud de devolución inmediata, se alude a «Cualquier documento que pueda demostrar que el menor tenía su residencia habitual en el territorio del Estado requirente, en el momento del desplazamiento ilegal».

³⁷ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499; M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 163.

C) Infracción de un acuerdo entre las partes

22. El desplazamiento infringe un acuerdo entre las partes que ha sido homologado –refrendado– por los tribunales españoles o marroquíes (art. 7.1.c) Convenio hispano-marroquí)³⁸.

23. No exige expresamente el Convenio un ejercicio efectivo del derecho de custodia vulnerado por el desplazamiento³⁹. No obstante, en la línea de otros instrumentos convencionales en materia de sustracción de menores, consideramos que deber ser así interpretado.

III. Procedimiento de restitución

24. El Convenio distingue, a la hora de valorar si procede el retorno del menor al Estado requirente, según hayan transcurrido más o menos de seis meses entre el desplazamiento ilegal y la presentación de la solicitud de devolución⁴⁰.

25. Según dispone el art. 14.1 del Convenio hispano-marroquí, el Estado requerido debe emplear un procedimiento «sencillo y rápido»⁴¹.

1. Plazo inferior a seis meses

26. Cuando la solicitud de devolución ha sido presentada no habiendo transcurrido un plazo de seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor, el art. 8.2 del Convenio hispano-marroquí establece dos casos en los que no es obligatorio ordenar el retorno del menor.

27. a) Tratándose de un menor que ostenta únicamente la nacionalidad del Estado requerido, la Ley interna de tal Estado atribuye en exclusiva la patria potestad al progenitor que ha protagonizado el desplazamiento del menor (art. 8.2a) Convenio hispano-marroquí).

28. b) En el Estado requerido existe una resolución ejecutiva relativa al derecho de custodia, anterior al desplazamiento (art. 8.2.b) Convenio hispano-marroquí).

29. Con respecto al motivo de la letra b), a diferencia del art. 7 del Convenio hispano-marroquí, se observa que éste alude a que ha sido infringida una resolución judicial del Estado requirente, el Derecho, o un acuerdo de las partes; circunstancias «existentes» con anterioridad al desplazamiento del menor. En cambio, en el ámbito del art. 8b) del Convenio, la resolución que existe con anterioridad al desplazamiento del menor es la del Estado requerido. La doctrina ha apuntado que este segundo motivo de denegación resulta coherente si tenemos en cuenta que el Convenio contempla mecanismos para lograr que se dé efectos a las resoluciones en materia de derecho de custodia dictadas por uno de los Estados contratantes en el otro Estado contratante⁴².

Parte de la doctrina ha apuntado al respecto que el motivo de denegación del art. 8.2 b) del Convenio hispano-marroquí se opone a la previsión del art. 17 del Convenio de La Haya de 1980 ya que, mientras la mencionada resolución constituye un motivo de denegación del retorno en el ámbito del

³⁸ M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ señala que el precepto no alude a que el acuerdo sea conforme al Derecho de uno de los Estados contratantes, sino que sólo se exige que sea refrendado por los tribunales de uno de los Estados parte (vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 499).

³⁹ *Ibidem*, pp. 500-501.

⁴⁰ Con respecto a la solicitud de devolución inmediata, vid. el art. 15 del Convenio hispano-marroquí de 1997.

⁴¹ Vid. arts. 1901 y ss. LEC 1881.

⁴² Vid. 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, Colex, 2004, p. 734.

Convenio hispano-marroquí, para el Convenio de La Haya de 1980 no puede basarse la denegación de la restitución en el sólo hecho de la existencia de la resolución, si bien cabe tener en cuenta los motivos de la misma⁴³.

30. Un sector doctrinal ha criticado que no parece que la previsión del art. 8.2 del Convenio hispano-marroquí se encuentre presidida por la finalidad de proteger el interés del menor, que sí se observa en cambio en el art. 9, al que nos referiremos a continuación⁴⁴.

31. Por lo que respecta al plazo que determina el juego de más o menos motivos de denegación del retorno —seis meses—, se observa la similitud entre el Convenio hispano-marroquí y el Convenio de Luxemburgo de 1980.

2. Plazo superior a seis meses

32. En caso de que hayan transcurrido más de seis meses entre el desplazamiento del menor y la solicitud de devolución, el Convenio contempla dos motivos de denegación en su art. 9: a) Integración del menor en su nuevo entorno; y b) Exposición del menor a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

33. Superado el plazo de seis meses, no sólo cabe denegar el retorno del menor con base en los motivos del art. 9 que acabamos de mencionar, sino también en virtud de los ya comentados del art. 8 Convenio hispano-marroquí⁴⁵. Consideramos que ello se desprende del tenor literal del art. 9 del Convenio hispano-marroquí, dado que dispone que «Cuando se presente la solicitud de devolución después de transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial ordenará la devolución del menor, en las mismas condiciones, a menos que quede demostrado que el menor se ha integrado en su nuevo entorno o que su devolución le puede exponer a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable». Como la devolución será ordenada «en las mismas condiciones», cabe entender que se refiere a las condiciones del art. 8 y, entre ellas, tal precepto contempla las ya mencionadas de las letras a) y b) de su apartado 2. Además, tal interpretación resulta acorde con el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya de 1980 en los que, en caso de que la solicitud de retorno haya sido presentada una vez transcurrido el plazo que usan como referencia —seis meses y un año, respectivamente—, se contemplan motivos de denegación del retorno que se añaden a los previstos para los casos en que tal plazo no ha sido superado⁴⁶.

34. Para valorar si procede denegar el retorno del menor, el art. 9 establece que el tribunal del Estado requerido debe tener en cuenta el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su Derecho interno, así como la información proporcionada por las autoridades del lugar de residencia anterior del menor, es decir, del Estado requirente (art. 9).

35. La doctrina ha subrayado el carácter subjetivo de los datos que están previstos específicamente para denegar el retorno en caso de haber transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución —es decir, la integración del menor en su nuevo entorno y la exposición del menor a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable—⁴⁷.

⁴³ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 510.

⁴⁴ Vid. M. SABIDO RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 354.

⁴⁵ En este sentido, M. MONTÓN GARCÍA señala que las excepciones del art. 8 son «aducibles con independencia del momento en que se promoviera la solicitud de restitución ante la Autoridad Central; es decir, sería indiferente que ésta se promoviera habiendo o no transcurrido los seis meses desde que se produjo el desplazamiento del menor, dada la naturaleza esencialmente objetiva de las mismas» (vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 165).

⁴⁶ Vid. el art. 9 del Convenio de Luxemburgo de 1980 y el art. 12.2 del Convenio de La Haya de 1980.

⁴⁷ Vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 165.

36. No se contemplan en el Convenio hispano-marroquí otros motivos de denegación que sí existen en el Convenio de La Haya de 1980, como el hecho de que la custodia no fuera ejercida de hecho por quien la tenía atribuida, el consentimiento de dicho titular al traslado, la oposición del menor a la restitución, y la vulneración de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales –excepción de orden público internacional– (arts. 13 y 20 Convenio de La Haya de 1980)⁴⁸.

37. Con respecto a la opinión del menor, la doctrina ha apuntado que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el menor debe ser oído cuando lo permitan sus condiciones de madurez⁴⁹.

38. Parte de la doctrina ha planteado que la no inclusión de la excepción de orden público internacional puede resultar problemática⁵⁰.

La doctrina ha apuntado al respecto que puede producirse un choque de culturas: por un lado, en un Estado islámico nos encontramos con el derecho del padre a que el menor sea educado en tal religión y, por otro, en el Estado no islámico, ante la libertad religiosa⁵¹. También se ha planteado este choque por la doctrina como choque entre «obligaciones jurídicas»: la del progenitor del país islámico y de los tribunales del mismo de asegurarse de que el menor es educado en la religión islámica; y la de los tribunales del país no islámico de proteger la libertad religiosa del menor⁵². Al respecto, como ha sido también puesto de manifiesto por la doctrina, desde que Estados como Egipto, Israel o Marruecos entraron a formar parte de la Conferencia de La Haya, se ha hecho necesario encontrar una vía para tomar en consideración la circunstancia de que tales Estados cuentan con Ordenamientos de base personal⁵³.

39. En este sentido, en la Declaración de la Primera Conferencia Judicial de Malta, celebrada en marzo de 2004, se señala que en las medidas para garantizar el ejercicio eficaz del derecho de contacto e impedir su abuso deben emplearse «métodos apropiados de acuerdo con las tradiciones culturales, religiosas y jurídicas de las partes»⁵⁴.

Al respecto, parte de la doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que, en el marco de la citada Conferencia, en la que participaron jueces de países occidentales y no occidentales, se observó que a menudo coincidían las soluciones de los mismos ante hipotéticos casos de sustracción de menores que se les plantearon⁵⁵. Por ello, se considera que en los casos de secuestro internacional de menores y de relaciones entre padres e hijos, el sentido de justicia es más similar en lo que respecta a los derechos de los menores y sus familias de lo que cabría esperar⁵⁶. En esta línea, se ha afirmado también que

⁴⁸ Vid. J. A. PÉREZ BEVIÁ, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 153-154; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 63.

⁴⁹ Vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 221.

⁵⁰ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 294-295; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 224.

⁵¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Secuestro internacional de menores y protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 5ª ed., Granada, 2004, pp. 330.

⁵² Vid. B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 64.

⁵³ Vid. 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), p. 262.

⁵⁴ Apartado cuarto de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultado en http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf

⁵⁵ Vid. 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), p. 266.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 266.

las decisiones que las autoridades de un Estado competente hayan tomado en materia de derechos de custodia y derecho a mantener contacto «deben ser respetadas en los demás Estados, con reserva de las consideraciones fundamentales de orden público y teniendo en cuenta el interés superior del menor»⁵⁷.

40. Por lo que se refiere a los motivos de denegación previstos específicamente para el caso de que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución, el Convenio hispano-marroquí acoge en cambio parcialmente los motivos de denegación del Convenio de La Haya de 1980. Con respecto al peligro físico, psíquico o situación intolerable, la diferencia se encuentra en que el Convenio hispano-marroquí exige que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución⁵⁸. En cambio, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, se permite alegar tal motivo con independencia del tiempo transcurrido. Por lo tanto, en un caso en que hubieran transcurrido menos de seis meses entre el traslado y la solicitud de devolución, el motivo de peligro podría permitir la denegación del retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, pero no según el Convenio hispano-marroquí. Así, el motivo de exposición del menor a un peligro físico, psíquico o situación intolerable, es de aplicación más restrictiva en el Convenio hispano-marroquí. La doctrina ha apuntado al respecto que no existe justificación para supeditar la alegación del peligro físico, psíquico o situación intolerable, a la condición de que hayan transcurrido más de seis meses entre el traslado ilícito y la solicitud de devolución⁵⁹.

41. Por el contrario, el motivo de integración del menor en el nuevo medio puede ser aplicado con más frecuencia en el ámbito del Convenio hispano-marroquí que en el del Convenio de La Haya de 1980, ya que en el primero basta el transcurso de un plazo de seis meses entre el traslado ilícito y la solicitud de devolución.

IV. La STEDH de 22 diciembre 2009

42. El TEDH, en su Sentencia de 22 diciembre 2009, se pronunció sobre el caso de traslado ilícito de una menor a Marruecos por el padre de la misma⁶⁰. Ante el TEDH, la madre de la menor alegó que habían sido infringidos los arts. 6, 8 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), dada la inactividad e ineficacia de la actuación de las autoridades españolas.

43. La menor era fruto de una relación entre una mujer de nacionalidad española y un varón de nacionalidad marroquí. Cuando dicha relación finalizó, la madre de la menor solicitó la adopción de medidas preventivas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, siendo ordenado el 15 de junio de 1996 que la Dirección General de la Guardia Civil adoptase las medidas precisas para evitar la salida de España de la menor.

En su Sentencia de 24 de febrero de 1997, el Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de la menor a la madre, la patria potestad a ambos progenitores, el derecho de visita al padre en presencia de la madre o de persona de su confianza; y se prohibió la salida de la menor de España sin autorización judicial. En la Sentencia se hizo constar el maltrato físico del padre a la madre, y que aquél había amenazado con sustraer a la menor. La petición de la madre de retirar el pasaporte a la menor fue rechazada.

⁵⁷ Apartado sexto de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultada en http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf

⁵⁸ Vid. J. A. PÉREZ BEVIÁ, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 153-154; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2003, p. 63.

⁵⁹ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 511.

⁶⁰ STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145.

El 20 de abril de 1997 la menor no fue devuelta a la madre tras el ejercicio del derecho de visita por el padre, por lo que la madre acudió esa noche a los tribunales para comunicar tal circunstancia. El 21 de abril de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza ordenó el registro del domicilio del padre, reiteró la prohibición de salida de España de la menor y se alertó a diversos puestos fronterizos y a INTERPOL.

Con fecha 1 de diciembre de 1999, el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia atribuyendo íntegramente la patria potestad a la madre de la menor.

A continuación procede distinguir diversos procedimientos:

Por un lado, la Audiencia Nacional concedió a la madre, en su Sentencia de 17 enero 2001, una indemnización de unos 72.000 euros que debía serle pagada por el Ministerio del Interior, con base en la no ejecución en tiempo debido de la orden de cierre de fronteras. En la Sentencia se hacía constar que la orden se había trasladado en 1996 sólo al aeropuerto de Zaragoza. Se presuponía que la menor había salido por la frontera de Ceuta, donde la orden de retención fue registrada el 21 de abril de 1997, por lo que la menor podría haber salido sin dificultades.

Por otro, la madre inició acciones contra el padre de la menor y ciertos familiares del mismo por desobediencia a la autoridad judicial. Como consecuencia de las mismas, entre 1997 y 1999 se llevaron a cabo diversas actuaciones, como la expedición de órdenes de busca y captura contra el padre de la menor que fueron trasladadas a INTERPOL en Francia, Marruecos, Argelia, Noruega y Finlandia.

El 26 de junio de 1997, el Ministerio de Justicia español se dirigió a su homólogo marroquí, como Autoridad Central responsable de la aplicación del Convenio bilateral, solicitando la restitución inmediata de la menor. En Marruecos fueron reconocidas las resoluciones que atribuían la custodia de la menor a la madre, -en virtud del Convenio bilateral-, si bien no desplegaron efectos al no localizarse al padre y a la menor.

Con fecha 23 de junio de 1998, en Marruecos se dictó una Resolución en la que se accedía, en respuesta a la solicitud realizada en virtud del art. 7 del Convenio hispano-marroquí, a la restitución en cuanto se encontrara a la menor. Como la menor había nacido fuera del matrimonio, se consideraba que no tenía nacionalidad marroquí sino española exclusivamente, y que el sujeto que había protagonizado la sustracción no tenía derecho sobre la menor.

A continuación, siguieron llevándose a cabo actuaciones comunes entre España y Marruecos a través de la Comisión mixta hispano-marroquí a la que se refiere el Convenio bilateral.

En España se fueron sustanciando actuaciones en el marco de un procedimiento contra el padre por un presunto delito de desobediencia grave que fue sobreseído y reabierto en varias ocasiones.

Con fecha 26 de julio de 2000, se condenó en Marruecos a diversos sujetos por falsificación de un acta de matrimonio para modificar el apellido y filiación de la menor, y se intentó negociar con uno de sus familiares para reducir la pena de prisión a cambio del retorno de la menor.

En 2001, la madre presentó nuevas denuncias, siendo desarrolladas nuevas actuaciones sin éxito⁶¹.

En enero de 2003, con base en el nuevo delito de sustracción de menores del art. 225 bis del Código Penal, se entablaron nuevas acciones. Las investigaciones se dirigieron en esta ocasión a Bélgica, ya que, al parecer, una mujer belga de origen marroquí se habría alojado en Agadir con una menor no registrada. De nuevo, no se obtuvieron novedades sobre la menor.

La madre solicitó órdenes de detención internacional contra diversos familiares del padre, que fueron desestimadas. A continuación presentó quejas contra la actuación del Juez de Instrucción y contra la que consideraba inactividad del Ministerio Fiscal.

A continuación se desarrollaron una serie de actuaciones para interrogar a un hermano del padre de la menor residente en Finlandia. Ante la falta de pruebas de su implicación en la sustracción de la menor, se dictó auto de sobreseimiento definitivo.

Con respecto al padre de la menor, se dictó auto de sobreseimiento provisional en 2006, al encontrarse en paradero desconocido, si bien se mantuvo la orden de búsqueda internacional.

Interpuesto recurso de casación por la madre, con fecha 17 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo lo declaró inadmisibile.

⁶¹ En octubre de 2002, la madre solicitó que se comprobara si la menor había fallecido, para lo cual se envió una comisión rogatoria a los tribunales marroquíes, aspecto sobre el que no se aportó información en el procedimiento.

44. Ante el TEDH, la madre de la menor alegó que el Estado español había infringido, entre otros, el art. 8 CEDH.

Como punto de partida, el TEDH recuerda que el art. 8 CEDH tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar⁶². En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello «comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas»⁶³.

45. En lo que respecta a las obligaciones positivas que impone el art. 8 CEDH en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo, el TEDH señala que debe interpretarse, como ha puesto de manifiesto en diversas sentencias, entre otros, a la luz de la Convención de 1989 y el Convenio de La Haya de 1980⁶⁴. Señala el TEDH que, en casos como el planteado, es preciso actuar con rapidez, dadas las irremediables consecuencias que se pueden derivar para la relación entre el menor y el progenitor con el que no convive⁶⁵.

46. La demandante considera que las autoridades españolas no actuaron de forma diligente en dos aspectos fundamentales: a) Medidas para evitar la sustracción ilícita de la menor; y b) Medidas para lograr la restitución de la menor.

47. El TEDH señala que las actuaciones de las autoridades españolas deben ser examinadas a la luz de la legislación interna e internacional⁶⁶. Se precisa que, si bien Marruecos no era parte del Convenio de La Haya de 1980, en la línea de la Convención de 1989, que recomienda la conclusión o adhesión a acuerdos bilaterales o multilaterales para luchar contra las sustracciones de menores, existe el Convenio hispano-marroquí⁶⁷.

a) Medidas para evitar la sustracción ilícita de la menor

48. El TEDH considera que hubo un traslado ilícito que se encuadra en el ámbito de aplicación del Convenio hispano-marroquí⁶⁸.

Con respecto a las medidas tomadas por las autoridades españolas para evitar la sustracción de la menor, el TEDH admite que hubo falta de diligencia al no haber sido ejecutada en su debido tiempo la orden de cierre de fronteras del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza⁶⁹. Como hemos comentado, la vigencia de la citada orden derivaba de la resolución del Juzgado de Primera Instancia de 15 de junio de 1996, en la que se adoptaban medidas cautelares, si bien no fue registrada en el puesto fronterizo de Ceuta hasta el 21 de abril de 1997⁷⁰. No obstante, el TEDH precisa que la mencionada falta de diligencia fue reparada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2001, al serle concedida a la demandante una indemnización, pronunciamiento que no fue por ella recurrido⁷¹.

b) Medidas para lograr la restitución del menor

⁶² STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 88.

⁶³ *Ibidem*, apartado 89. Vid. al respecto *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I (apartado 94); *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15 (apartado 49); *Bianchi c. Suiza*, Sentencia de 22 junio 2006, JUR 2006\176932, apartado 78.

⁶⁴ STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 90. Vid., entre otras, *Maire c. Portugal*, JUR\2004\73133, apartado 72; *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I, apartado 95; STEDH (Sección 4ª), 29 abril 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15, apartado 51.

⁶⁵ STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 92. Vid., entre otras, *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, TEDH 2000-I, apartado 102; *Maire c. Portugal*, JUR\2004\73133; STEDH (Sección 4ª), 29 abril 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, TEDH\2003\15.

⁶⁶ STEDH (Sección 3ª) 22 diciembre 2009, caso *Tapia Gasca y D. contra España*, TEDH\2009\145, apartado 95.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 95.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 97.

⁶⁹ *Ibidem*, apartado 101.

⁷⁰ *Ibidem*, apartado 101.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 102.

49. En virtud del Convenio hispano-marroquí, el TEDH recuerda que las autoridades de ambos Estados deben cooperar para garantizar el retorno inmediato de los menores⁷². Ello se traduce en la adopción de las medidas que sean precisas para localizar al menor que ha sido objeto de sustracción y garantizar que regrese con el progenitor que tiene atribuido el derecho de custodia⁷³.

El TEDH repasa las diversas medidas adoptadas por las autoridades españolas y marroquíes⁷⁴. En el primer caso, entre otras medidas a las que ya nos hemos referido, se hace alusión a las providencias dirigidas a la INTERPOL en diversos Estados, la orden de registro del domicilio del padre de la menor, y las actuaciones con motivo de la introducción del delito de sustracción de menores en el Código Penal español, la orden de detención del padre de la menor y los interrogatorios del tío de la misma. Por lo que se refiere a las autoridades marroquíes, cabe recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca-Anfa de 23 de junio de 1998 que, en virtud del Convenio hispano-marroquí, ordenaba que la menor debía regresar con su madre⁷⁵.

50. Si bien es cierto que la demandante solicitó además otras medidas que fueron rechazadas y que se dictaron diversos autos de sobreseimiento, el TEDH considera que tales decisiones estaban suficientemente motivadas⁷⁶. Así que, aunque ni las actuaciones realizadas ni el resultado obtenido sea el deseado por la demandante, no cabe apreciar, según el TEDH, inactividad por parte de las autoridades⁷⁷.

51. Por lo que respecta a las autoridades marroquíes, se recuerda que fue ordenado el retorno de la menor en virtud del Convenio hispano-marroquí y que se condenó a varios sujetos por falsificación documental⁷⁸.

52. Así, el TEDH no apreció violación del art. 8 CEDH por parte de las autoridades⁷⁹.

V. Valoración de la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980

53. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en gran parte de los casos en los que se ha solicitado la restitución de un menor en virtud del Convenio hispano-marroquí de 1997, no se ha conseguido localizar al menor⁸⁰. En este sentido, en la Declaración de la Tercera Conferencia de Malta de marzo de 2009 se señala que cuando no se puede localizar a los menores, no son posibles medidas para garantizar o proteger sus intereses, por lo que es fundamental el papel de las autoridades a la hora de prestar asistencia para la pronta localización de los mismos⁸¹.

54. Además, con carácter general, la doctrina ha apuntado que los convenios bilaterales celebrados en esta materia entre países occidentales y Estados como Egipto, Argelia o Marruecos, han tenido

⁷² *Ibidem*, apartado 103.

⁷³ *Ibidem*, apartado 103.

⁷⁴ *Ibidem*, apartado 105.

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 105.

⁷⁶ *Ibidem*, apartados 106 y 107.

⁷⁷ *Ibidem*, apartado 107.

⁷⁸ *Ibidem*, apartado 109.

⁷⁹ *Ibidem*, apartado 110. Aunque también se alegó por la demandante la violación de los arts. 6 y 13 CEDH, el TEDH consideró que no se planteaban cuestiones diferentes de las examinadas en el ámbito del art. 8 CEDH (vid. apartados 111 a 118).

⁸⁰ Vid., entre otros, E. PÍAS GARCÍA, «Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 80, J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 226.

⁸¹ Apartado tercero, Declaración de la Tercera Conferencia de Malta, marzo 2009, en http://www.hcch.net/index_es.php?act=events.details&year=2009&varevent=161. Vid. 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), p. 266.

un éxito bastante limitado⁸². Entre otros aspectos, se ha criticado que dichos convenios no definen claramente las obligaciones mutuas de los Estados contratantes, así como que carecen de unos principios legales claros como los que se observan por ejemplo en el Convenio de La Haya de 1980⁸³. Así, la doctrina ha señalado que la ambigüedad es una de las principales características del Convenio bilateral⁸⁴. De hecho, como es sabido, esta carencia de unos principios legales firmes inspiró los trabajos que se realizan en el ámbito del «Proceso de Malta» para lograr una mayor protección de las relaciones entre padres e hijos en las situaciones transfronterizas, así como para hacer frente a los problemas que suscitan las sustracciones internacionales de menores⁸⁵.

55. Así, en la Declaración de Malta, los Estados participantes –entre los que se encuentran España y Marruecos– afirmaron que los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 constituyen los elementos de acción, estando los Estados obligados a tomar las medidas necesarias para combatir el traslado o retención ilícitos de menores⁸⁶. Entre otros aspectos, se remarca la necesidad de que cada Estado establezca Autoridades Centrales eficaces para cooperar para combatir el traslado y la retención ilícita de menores⁸⁷.

56. Con la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 –que se encuentra sometida a un proceso de aceptación–, cabe plantearse el futuro del Convenio hispano-marroquí.

El art. 3.3 del Convenio hispano-marroquí de 1997 establece que el mismo no impide que toda persona interesada decida acudir directamente a los tribunales de los Estados contratantes en cualquier momento del procedimiento. Por lo tanto, el mecanismo del Convenio no es imperativo⁸⁸. Por otro lado, tal como dispone el art. 34 del Convenio de La Haya de 1980, el mismo no impide la aplicación de otros instrumentos internacionales para lograr la restitución de un menor⁸⁹. Cabe sostener que, cuando ambos instrumentos sean aplicables, cabe aplicar la norma más favorable para lograr el retorno del menor⁹⁰.

⁸² Vid. 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), pp. 265. M. HERRANZ BALLESTEROS señala así que se trata de un instrumento que ha sido muy poco empleado (vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, «Autoridad central y protección de menores: algunas funciones a examen»; en F. ALDECOA LUZÁRRAGA / J. J. FORNER 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, p. 107).

⁸³ Vid. 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), p. 265.

⁸⁴ Vid. M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, p. 517.

⁸⁵ Vid. 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), p. 265; en especial, sobre el «Proceso de Malta», vid. pp. 265-267.

⁸⁶ Apartado primero de la Declaración. El texto de la Declaración puede ser consultada en http://www.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf. Vid. 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), p. 266.

⁸⁷ Apartado segundo de la Declaración. Vid. 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), p. 266.

⁸⁸ Vid. M. MONTÓN GARCÍA, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, 2003, p. 147.

⁸⁹ Artículo 34 Convenio de La Haya de 1980: «El presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio del 5 de octubre de 1961, relativo a la competencia de las autoridades y a la Ley aplicable en materia de protección de menores, entre los Estados Partes en ambos Convenios.

Por lo demás, el presente Convenio no restringirá que se aplique un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni que se invoquen otras normas jurídicas del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita».

Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 292.

⁹⁰ Sobre las relaciones de complementariedad entre Convenios aplicables en materia de secuestro internacional de menores, 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. 312.

No obstante, si tenemos presentes las Declaraciones de las diversas Conferencias Judiciales celebradas en el marco del «Proceso de Malta», cabe esperar que, una vez aceptada la adhesión de Marruecos por España, los casos de sustracción de menores que impliquen a ambos países sean resueltos en un futuro en virtud del Convenio de La Haya de 1980⁹¹.

⁹¹ Con respecto a una valoración negativa del Convenio hispano-marroquí, vid., entre otros, S. GARCÍA CANO, «Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 22; M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 517-520.

LA «SUPRESIÓN» DEL EXEQUÁTUR EN EL R 2201/2003*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 27.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: Este estudio se centra en los arts. 11.8 y 42 del Reglamento 2201/2003 que disponen que, aun cuando haya sido dictada una orden de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, un pronunciamiento posterior que implique el retorno del menor debe ser reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. El objetivo del presente artículo consiste en determinar las condiciones que debe reunir la resolución de retorno del menor.

Palabras clave: Reglamento 2201/2003, Convenio de La Haya de 1980, restitución del menor, derecho de custodia.

Abstract: This study is focused on Articles 11(8) and 42 Council Regulation (EC) No 2201/2003, which establish that, notwithstanding a judgment of non-return according to the 1980 Hague Convention, a subsequent judgment which requires the return of the child shall be recognised and enforceable in another Member State without the need for a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition. This article is aimed at studying the requirements that must be fulfilled by the resolution which requires the return of the child.

Key words: Council Regulation (EC) No 2201/2003, 1980 Hague Convention, return of the child, rights of custody.

Sumario: I. Introducción. II. Las resoluciones de restitución de menores. 1. El presupuesto previo: la resolución de no restitución dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980. A) Introducción. B) Supuesto de hecho: el traslado o retención ilícitos de un menor. C) Condiciones para dictar en el ámbito comunitario una resolución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. a) Audiencia del menor. b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución. c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor. d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas. 2. Condiciones de la resolución de restitución del menor. A) Resolución posterior a una resolución de no restitución. B) Llevar implícito el retorno del menor. C) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

I. Introducción

1. El presente estudio tiene por objeto examinar, ante un caso de sustracción intracomunitaria de menores, qué condiciones deben darse para que una resolución judicial, que implique el retorno del menor al Estado miembro de origen, despliegue efectos en otro Estado miembro sin necesidad de decla-

* Texto de la ponencia presentada en el Seminario de Otoño de Derecho Internacional Privado, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el 12 de noviembre de 2010, actualizado con recientes pronunciamientos del TJUE.

ración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, conforme al *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. El art. 42 R 2201/2003 establece que «La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2»². El mencionado art. 40.1.b) R 2201/2003 se refiere a la restitución de un menor que sea consecuencia de una resolución judicial dictada en virtud del art. 11.8 R 2201/2003.

3. En la Sección 4 del Capítulo III, el R 2201/2003 se refiere a las resoluciones en materia de restitución de menores a las que hemos hecho alusión, así como a las resoluciones en materia de derecho de visita. La doctrina ha apuntado que este mecanismo puede constituir la primera etapa del proceso de supresión del exequátur de todas las decisiones³. El hecho de que las mencionadas resoluciones sean reconocidas y tengan fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, se encuentra justificado, fundamentalmente, en la protección del interés del menor⁴.

II. Las resoluciones de restitución de menores

4. Según hemos mencionado, las resoluciones de restitución de menores objeto de nuestro estudio son las dictadas en virtud del art. 11.8 R 2201/2003. Dicho precepto dispone 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 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».

Por lo tanto, es preciso que se den las siguientes condiciones: a) en primer lugar, que se haya dictado una resolución de no restitución en virtud del *Convenio 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)⁵; b) en segundo lugar que, con posterioridad, se haya dictado un resolución judicial que ordene la restitución del menor. Comenzaremos examinando el presupuesto previo, es decir, la resolución en la que, en virtud del Convenio de La Haya de 1980, se deniega el retorno del menor, para luego centrarnos en la resolución que es realmente objeto de nuestro estudio, es decir, la resolución posterior que será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de

¹ DOCE núm. L 338, de 23 diciembre 2003, pp. 1 y ss., modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo de 2 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 Vid. H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 1 (marzo 2010), pp. 321-322. Con respecto a la supresión del exequátur en la Unión Europea, vid. F. PAULINO PEREIRA, «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives», *RCDIP*, 2010, vol. 99, núm. 1, pp. 18 y ss.

³ 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. 46.

⁴ Vid. 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, pp. 569-605; 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*, Madrid, 2008, pp. 219-242.

⁵ *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).

ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Por ello, cabe distinguir entre los preceptos del R 2201/2003 que regulan el procedimiento sustanciado ante los tribunales del Estado miembro requerido para decidir sobre el retorno del menor; y las normas cuya aplicación procede en caso de que el procedimiento mencionado finalice con una decisión de no retorno del menor al Estado miembro requirente⁶.

1. El presupuesto previo: la resolución de no restitución dictada en virtud del Convenio de La Haya de 1980

A) Introducción

5. Para regular la sustracción intracomunitaria de menores, el R 2201/2003 sigue la *tesis de la alteración del Convenio de La Haya de 1980*⁷. Podía haber sido diseñada una regulación comunitaria específica para lograr el retorno de los menores sustraídos a su Estado miembro de origen, o reforzar los mecanismos entre los Estados comunitarios, tomando como base el Convenio de La Haya de 1980⁸.

6. Así, en un caso de sustracción intracomunitaria de menores, el Convenio de La Haya de 1980 será aplicado con las correcciones que al mismo realiza el R 2201/2003. Por ello se ha dicho que el Convenio de La Haya de 1980 ha sido *comunitarizado*⁹.

B) Supuesto de hecho: el traslado o retención ilícitos de un menor

7. Ante la ausencia en el Reglamento 2201/2003 de una definición de «menor», la doctrina ha planteado diversas tesis, como sostener una interpretación autónoma del Reglamento, según la cual se consideraría menor al que no ha alcanzado la edad de dieciocho años; remitir a la legislación de los Estados miembros; o emplear el concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980¹⁰. Como el Reglamento toma como base el Convenio de La Haya de 1980, nos inclinamos por mantener el concepto de menor de dicho Convenio ya que, como apunta la doctrina que sostiene esta interpretación, esta solución permite evitar las incoherencias que conllevaría emplear un concepto de menor más amplio que el del Convenio¹¹.

⁶ Vid. R. BARATTA, «Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», en P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padua, 2004, p. 179.

⁷ 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. 308.

⁸ 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. 231.

⁹ 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.

¹⁰ Con respecto a la falta de precisión de una edad máxima del menor en el R 2201/2003, vid., entre otros, R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 116-119; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 28-33. Sobre la remisión a la legislación de los Estados miembros con carácter general en materia de responsabilidad parental, vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 10. Sobre el empleo del concepto de menor del Convenio de La Haya de 1980, 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, pp. 35-36; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 158-159; P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 511; 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, p. 106; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 196. Se ha apuntado que es esencial un pronunciamiento del Tribunal de Justicia con respecto a esta cuestión (vid. 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. 5).

¹¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 159; 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. 36.

8. El R 2201/2003 sí define en cambio el concepto de *traslado o retención ilícitos*, concepto que es tomado del Convenio de La Haya de 1980¹². En el art. 2, apartado 11, se considera que se produce un traslado o retención ilícitos 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». Cabe señalar que existen cuatro condiciones para apreciar la ilicitud de un traslado o retención: a) El traslado o la retención ha de suponer una infracción de un derecho de custodia; b) Tal derecho de custodia debía ejercerse de manera efectiva; c) El menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro con anterioridad al traslado o retención ilícitos; d) El menor se encuentra en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual como consecuencia del traslado o retención¹³.

9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la primera condición, en una cuestión prejudicial planteada con motivo del traslado a Inglaterra de una mujer con los tres hijos que tenía en común con un varón de nacionalidad irlandesa¹⁴.

Tras una relación no matrimonial que duró unos diez años, fruto de la cual nacieron los menores mencionados, la madre se trasladó en diversas ocasiones con los menores a una casa de acogida, alejando un comportamiento agresivo de su pareja. En abril de 2009 tuvo lugar una reconciliación de la pareja, que planificó contraer matrimonio en octubre de ese mismo año. El 11 de julio de 2009, el padre de los menores descubrió al llegar al domicilio familiar que su pareja e hijos habían regresado a la casa de acogida.

El 15 de julio de 2009, el padre toma la decisión de interponer una demanda ante los tribunales irlandeses para solicitar la custodia de los menores. Días después, el 25 de julio, la madre y los menores se trasladan a Inglaterra. Como la demanda mencionada no había sido notificada a la madre, en virtud del Derecho irlandés se consideró que no se había llevado a cabo un adecuado ejercicio de la acción, de tal manera que los tribunales irlandeses no conocían del litigio.

El padre acudió entonces a los tribunales ingleses para solicitar la restitución de los menores, en virtud del R 2201/2003. En un auto de 20 de noviembre de 2009, los tribunales ingleses hicieron uso de la previsión del art. 15 del Convenio de La Haya de 1980, de tal manera que requirieron que el padre aportase una decisión o certificación en virtud de la cual fuera declarado ilícito el traslado por los tribunales irlandeses¹⁵.

¹² 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. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 101 y ss.

Art. 3 Convenio de La Haya de 1980: «El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado».

¹³ Para un análisis de las mencionadas condiciones, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 34-48.

¹⁴ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*

¹⁵ Art. 15 Convenio de La Haya de 1980: «Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de expedir una orden para la restitución del menor podrán exigir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acrediten que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que pueda obtenerse en dicho Estado esa decisión o certificación.

Las Autoridades centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase».

Por ello, el padre acudió a continuación a los tribunales irlandeses, quienes, con fecha 28 de abril de 2010, negaron la ilicitud del traslado, con base en que el padre no era titular del derecho de custodia de los menores cuando se produjo el traslado en cuestión. Tal decisión fue recurrida por el padre, momento en que se planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

La cuestión consiste en determinar si, teniendo en cuenta que el R 2201/2003, en su art. 2, apartado 11, define el traslado o retención ilícitos como 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; es incompatible con el Reglamento el Derecho de un Estado miembro que supedita la adquisición del derecho de custodia del padre no casado con la madre, a la obtención de una resolución del tribunal nacional competente.

Tras señalar el Tribunal de Justicia que el R 2201/2003 contempla un concepto autónomo de «derechos de custodia», precisa que no se establece quién es el sujeto que debe tener tal derecho, con base en el cual cabe calificar como ilícito un traslado¹⁶. Sin embargo, en el art. 2, apartado 11, el Reglamento se remite a «la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos», de tal manera que tal legislación es la que dispone los requisitos para que un padre biológico sea titular de derechos de custodia¹⁷.

Por lo tanto, como primera conclusión, afirma el Tribunal de Justicia que, a los efectos del R 2201/2003, la ilicitud del traslado de un menor «depende exclusivamente de la existencia de un derecho de custodia, conferido por el ordenamiento jurídico nacional aplicable, en violación del cual tuvo lugar dicho traslado»¹⁸.

Una segunda cuestión que se suscita es si en el caso concreto tal conclusión es compatible con el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, dado que la Ley irlandesa atribuye de oficio a la madre el derecho de custodia, mientras que dispone que el padre biológico no es titular de tal derecho salvo en el supuesto de que le sea otorgado por un acuerdo de los progenitores o por resolución judicial.

Con base, a su vez, en pronunciamientos previos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹⁹, señala el Tribunal de Justicia que el derecho a la vida privada y familiar no se ve afectado en su contenido esencial por el hecho de que el padre no goce automáticamente del derecho de custodia conforme al Derecho irlandés, mientras que ello sí ocurre con respecto a la madre; si bien la legislación del Estado miembro debe permitir al padre dirigirse al tribunal nacional competente, antes del traslado, para solicitar el derecho de custodia²⁰.

Las conclusiones expuestas no se ven afectadas por la circunstancia de que, no habiendo llevado el padre a cabo las actuaciones para lograr el derecho de custodia en el momento oportuno, no pueda lograr la restitución del menor, dado que el traslado supuso el lícito ejercicio por parte de la madre de su derecho a la libre circulación y a determinar el lugar de residencia del menor²¹. Por ello, no se admite que se pueda reconocer al padre un derecho de custodia, a los efectos del art. 2, apartado 11 del Reglamento, cuando no se lo otorga el Derecho nacional²².

Por último, se señala que el art. 7 de la Carta debe relacionarse con las previsiones del art 24 de la citada norma, que obligan a tener en cuenta el interés superior del menor y su derecho fundamental a mantener contacto con ambos progenitores²³. El Tribunal de Justicia entiende que la diversidad de relaciones que puede existir entre los progenitores, así como entre éstos y sus hijos, se traduce en un reconocimiento diferenciado de la extensión y reparto de responsabilidades parentales en los diferentes

¹⁶ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*, apartados 41, 42 y 43.

¹⁷ *Ibidem*, apartado 43.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 45.

¹⁹ Vid., entre otras, STEDH de 3 diciembre 2009, *Zaunegger c. Alemania*, JUR 2009\473440.

²⁰ STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*, apartados 54 a 57.

²¹ *Ibidem*, apartado 58.

²² *Ibidem*, apartado 59.

²³ *Ibidem*, apartado 60.

Estados miembros²⁴. Por ello, considera que el art. 24 de la Carta no es incompatible con supeditar el derecho de custodia del padre a una resolución judicial. Así, tal requisito permite al tribunal competente tomar en consideración todos los datos pertinentes para decidir al respecto, y esa toma en consideración permite proteger el interés del menor al que se refiere el art. 24 de la Carta²⁵.

10. Sobre las condiciones mencionadas en tercer y cuarto lugar, cabe referirse a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010²⁶.

El caso se refiere a una menor de nacionalidad francesa, nacida en agosto de 2009 en el seno de una pareja no casada, constituida por un varón de nacionalidad británica y una mujer de nacionalidad francesa.

Los progenitores se separan a la semana siguiente del nacimiento de la menor y, cuando la menor tiene dos meses, ésta es trasladada por su madre desde Inglaterra a Isla Reunión (Francia), el 7 de octubre de 2009. El padre de la menor no es informado del traslado hasta el 10 de octubre mediante correspondencia.

El padre ejercita una acción por teléfono ante los tribunales ingleses, cuya resolución ordena realizar averiguaciones sobre el paradero de la menor y fija una vista para el 12 de octubre de 2009. Tal día, los tribunales ingleses dictan una resolución en la que se ordena a la madre de la menor que regrese a Inglaterra, si bien no se exige la entrega de la misma al padre ni el contacto con él, lo cual se señala que será decidido con posterioridad.

Durante los meses siguientes se sustancian procedimientos en paralelo ante los tribunales ingleses y franceses.

El 18 de diciembre de 2009, el padre ejercita ante los tribunales franceses una acción de restitución de la menor conforme al Convenio de La Haya de 1980, demanda que es desestimada con fecha de 15 de marzo de 2010, al carecer el padre de derechos de custodia en el momento del traslado.

En abril de 2010, las actuaciones continúan ante los tribunales ingleses, quienes basan su competencia judicial internacional en la residencia habitual de la menor en Inglaterra. Por su parte, la madre considera que dichos tribunales carecen de competencia judicial internacional al tener la menor su residencia habitual en Francia desde su traslado a Isla Reunión. Los tribunales ingleses afirman que, desde la llamada telefónica del padre, son ellos titulares de un derecho de custodia sobre la menor, como también lo es el padre; y que la residencia habitual de la menor continúa fijada en Inglaterra.

El 23 de junio de 2010, en el marco de un procedimiento relativo a la responsabilidad parental, los tribunales franceses atribuyen la responsabilidad parental exclusiva a la madre en una sentencia carente de firmeza.

Se consulta al Tribunal de Justicia cuál es el concepto de residencia habitual en el ámbito de los arts. 8 y 10 del R 2201/2003. Señala el Tribunal que, ante la ausencia de una definición en el Reglamento, del adjetivo «habitual», «sólo puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia»²⁷. Con base, a su vez, en su Sentencia de 2 de abril de 2009, el Tribunal recuerda que debe considerarse como residencia el lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar²⁸.

Si bien señala el Tribunal de Justicia que debe tratarse de una residencia de cierta duración para que revele una estabilidad suficiente, recuerda al respecto que no se exige en el R 2201/2003 una duración mínima, por lo que la duración sólo es un indicio, debiendo valorarse la estabilidad de la residencia a la luz de todas las circunstancias del caso²⁹. Afirma además el Tribunal que «importa ante todo

²⁴ *Ibidem*, apartado 62.

²⁵ *Ibidem*, apartado 62.

²⁶ STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, *B. Mercredi y. R. Chaffe*.

²⁷ *Ibidem*, apartado 44.

²⁸ *Ibidem*, apartado 44. Se refiera a la STJCE 2 abril 2009, asunto C-523/07, «A», *Rec.* 2009, p. I-02805. Sobre esta Sentencia, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, p. 38 y pp. 45 y ss.; C. CAMPIGLIO, «Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), p. 244.

²⁹ STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, *B. Mercredi y. R. Chaffe*, apartado 51.

la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable»³⁰.

Como el entorno social y familiar del menor se compone de diversos factores, apunta el Tribunal de Justicia que éstos varían según la edad del menor, debiendo establecerse diferencias entre lactantes, menores en edad escolar, o que han finalizado sus estudios³¹.

En el caso de menores de corta edad, se considera que su entorno es esencialmente familiar, «determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él»³². Al tratarse de un lactante, concluye el Tribunal de Justicia que su residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración en un entorno social y familiar y que, al encontrarse con su madre, hay que valorar la integración de ésta en su entorno³³. Así, deben tenerse en cuenta, en especial, los siguientes factores: por un lado, duración, regularidad, condiciones y razones del traslado y estancia en el Estado miembro; por otro, debido en particular a la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el Estado miembro³⁴.

C) Condiciones para dictar en el ámbito comunitario una resolución en virtud del Convenio de La Haya de 1980

11. Cuando un menor ha sido objeto de una sustracción intracomunitaria, cabe solicitar su restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, si bien aplicando las reglas puntuales que el R 2201/2003 contempla en los apartados 2 a 8 de su art. 11³⁵. Las condiciones que el R 2201/2003 contempla con respecto al procedimiento para solicitar la restitución de un menor que ha sido objeto de sustracción intracomunitaria son las siguientes: a) Audiencia del menor; b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución; c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor; d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas.

a) Audiencia del menor

12. Según dispone el art. 11.2 R 2201/2003, debe velarse porque se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el procedimiento en el que, con base en los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se decide si procede su restitución, a menos que no se considere conveniente por su edad o grado de madurez³⁶. En el Convenio de La Haya de 1980, la oposición del menor se configura como uno de los motivos que, en virtud de su art. 13, permiten denegar la restitución del menor³⁷.

El R 2201/2003 precisa en su Considerando decimonoveno que «La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia». Cabe así afirmar que será el Derecho del Estado miembro correspondiente el que concrete, en caso de que proceda dar audiencia al menor, cuál es la autoridad ante la que la misma debe llevarse a cabo³⁸. En la *Guía Práctica* se dispone que debe ser

³⁰ *Ibidem*, apartado 51.

³¹ *Ibidem*, apartado 53.

³² *Ibidem*, apartado 54.

³³ *Ibidem*, apartados 55 y 56.

³⁴ *Ibidem*, apartado 56.

³⁵ 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. 40.

³⁶ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53.

³⁷ Vid. P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 528.

³⁸ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53. Vid. A. GOUTTENNOIRE, «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, p. 206; que señala que no es necesario que la autoridad ante la que tenga lugar la audiencia del menor sea concretamente el tribunal.

objeto de una interpretación restrictiva la posibilidad de no darle audiencia, con base en su edad o grado de madurez³⁹. Por ello, la doctrina afirma que, en caso de que el tribunal del Estado miembro requerido no considere procedente en el supuesto concreto dar audiencia al menor, debe motivar su decisión⁴⁰.

b) Audiencia de la persona que solicitó la restitución

13. El art. 11.5 R 2201/2003 dispone que «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución»⁴¹. Se considera que el R 2201/2003 contempla el derecho a ser oída la petición del demandante por el tribunal, no sólo su derecho a que la Autoridad Central lo represente⁴².

Parte de la doctrina afirma que la previsión del art. 11.5 R 2201/2003 responde a la necesidad de respetar los principios fundamentales de ciertos Estados miembros, garantizando así que no se planteen problemas para que la resolución despliegue efectos en tales Estados miembros con base en la excepción de orden público internacional⁴³.

c) Inaplicabilidad del motivo de denegación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 en caso de adopción de medidas adecuadas de protección del menor

14. El R 2201/2003 sólo contempla una corrección al Convenio de La Haya de 1980 en lo que respecta a los motivos que permiten denegar el retorno del menor al Estado miembro de origen. Por lo tanto, los motivos que prevé tal Convenio continúan siendo de aplicación⁴⁴.

En su Considerando vigésimo, el R 2201/2003 dispone que «La audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) no 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil». Vid. R 1206/2001 en *DOCE* núm. L 174, de 27 junio 2001, pp. 1-24; modificado por R 1103/2008, del Parlamento europeo y del Consejo de 22 octubre 2008, *DOCE* núm. L 304, de 14 noviembre 2008, p. 80 y ss. Vid. versión consolidada en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R1206:20081204:ES:PDF>

Con respecto al Reglamento mencionado, vid., entre otros, M. D. ADAM MUÑOZ, «El Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil», en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Sevilla, 2005, pp. 121-137; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 68-70; COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41; M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, 2003, pp. 49 y ss.; F. J. MARTÍN MAZUELOS, «Problemas de lengua y traducción en los Reglamentos 1348/2000 y 1206/2001», en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Sevilla, 2005, pp. 151-154; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 215.

³⁹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 53; 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41. Al igual que en el caso de la audiencia del menor, cabe emplear los mecanismos del R 1206/2001, por lo que nos remitimos a la bibliografía al respecto citada.

⁴² 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. 44.

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. 235.

⁴⁴ Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 113; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 144-146. Con respecto a los motivos de denegación que contemplaba en cambio la *Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos*, presentada por la Comisión, de 17 mayo 2002, COM (2002) 222 final/2; vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 159.

15. Si ha transcurrido menos de un año entre el traslado –o, en el caso de retención ilícita, desde que se supera el período de tiempo durante el que el sujeto que protagoniza la retención ilícita tenía asignado al menor– y la presentación de la solicitud de restitución, cabe alegar los siguientes motivos de denegación del retorno⁴⁵: a) El derecho de custodia no era ejercido de forma efectiva por el titular o éste había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) Grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable; c) Oposición del menor a la restitución; d) Incompatibilidad con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁴⁶.

Si ha transcurrido más de un año entre el traslado o retención ilícitos y la presentación de la solicitud de restitución, a los motivos de denegación del retorno que acabamos de mencionar se une el contemplado en el art. 12, apartado segundo, del Convenio de La Haya de 1980, que consiste en que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio⁴⁷.

16. Vamos a centrarnos en el motivo de denegación de grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable (art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980), debido a las novedades que al respecto contempla el R 2201/2003⁴⁸.

17. El art. 11.4 R 2201/2003 dispone que «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 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». Por lo tanto, el art. 11.4 R 2201/2003 constituye una excepción al art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980⁴⁹. Se le pone freno al mencionado precepto en virtud del principio de confianza legítima⁵⁰. Por lo tanto, se restringe la operatividad de tal precepto⁵¹. Parte de la doctrina considera que las medidas a las que se refiere el artículo no sólo deberían haberse exigido en el ámbito del mismo, sino con carácter general⁵².

El precepto exige la adopción de medidas de protección concretas –entendidas como una protección jurídica, psicológica y material–, de tal manera que no basta la existencia en el Estado miembro

⁴⁵ 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. 301.

⁴⁶ Con respecto a los distintos motivos de denegación del retorno del menor, vid., entre otros, P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 19-103; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tomo II, Parte especial, 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. 301-305; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, en especial, pp. 87-95, pp. 103-112 y pp. 159-164; P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (COORD.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, pp. 524-525; P. P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989, pp. 169-208.

⁴⁷ 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, pp. 305 y ss.; 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*, Madrid, 2008, p. 271; *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, elaborado por E. PÉREZ VERA, § 108 (Vid. texto del informe en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128s.pdf>); A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, 1995, p. 82.

⁴⁸ Con respecto al empleo del término «daño» en lugar de «peligro», 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. 302-305.

⁴⁹ 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. 235.

⁵⁰ 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. 44.

⁵¹ 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. 234.

⁵² Vid., entre otros, J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 201.

de origen de procedimientos de protección del menor en un plano teórico⁵³. Con respecto al seguimiento que las autoridades deberán hacer al menor que regresa al Estado miembro de origen, la doctrina plantea que, si bien puede ser protegido uno de los intereses del menor, como es su integridad física o psíquica, puede no verse protegido su equilibrio emocional, dado el constante control que las autoridades tendrán que ejercer sobre el menor⁵⁴.

18. Por lo tanto, con la previsión del art. 11.4 R 2201/2003, se introducen en el mismo los *undertakings* o *engagements*⁵⁵. El Reglamento 2201/2003 impone así la obligación de valorar la adopción de medidas de protección por el Estado miembro de origen, aspecto que ya venía siendo tomado en cuenta por ciertos tribunales cuando, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, se aplicaba el art. 13.b)⁵⁶. El objetivo es llevar a cabo la denominada «restitución sin peligro»⁵⁷.

19. El motivo de denegación del retorno que el sujeto que se opone a la restitución debe acreditar, continúa siendo que el menor se vería expuesto a un daño físico, psíquico o situación intolerable; de tal manera que no cabe que alegue la inexistencia de medidas protectoras en el Estado miembro de origen, como motivo de denegación del retorno⁵⁸.

20. La corrección que el art. 11.4 R 2201/2003 hace al Convenio de La Haya de 1980 precisa la cooperación entre autoridades⁵⁹. Parte de la doctrina ha apuntado al respecto que la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 se encuadra en una «lógica de cooperación reforzada»⁶⁰. La regla general en el ámbito del R 2201/2003 es que, en caso de sustracción intracomunitaria de un menor, la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental corresponde a los tribunales del Estado miembro de origen⁶¹. Al igual que mantienen tal competencia, son competentes para adoptar las medidas de protección que sean precisas para que el menor se vea protegido una vez que su retorno al Estado miembro de origen ha tenido lugar⁶².

⁵³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 40; 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. 234.

⁵⁴ Vid. P. MAESTRE CASAS, «Sustracción y restitución internacional de menores», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, p. 530.

⁵⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 160 y pp. 87-95.

⁵⁶ 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. 304.

⁵⁷ Vid. 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. Por lo que se refiere al período posterior al retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «International Child Abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 15, 2001, pp. 340-342.

⁵⁸ 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. 235.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 235. En materia de comunicación directa entre tribunales, vid. S. ARMSTRONG, «L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye», en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 117; así como «Mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales internacionales directas en el contexto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», Informe preliminar preparado por PHILIPPE LORTIE, Documento preliminar No 6 de agosto de 2002, en <http://www.hcch.net>.

⁶⁰ Vid. 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, p. 128.

⁶¹ Con respecto a las excepciones a esta regla, vid. el art. 10 R 2201/2003. Vid. también C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 102-112, así como la bibliografía allí citada.

⁶² Vid. 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, p. 128.

Otro sector doctrinal observa en cambio en la previsión en cuestión cierta desconfianza en las autoridades y en el sistema de protección del Estado miembro de origen, entendiéndose que el retorno del menor a dicho Estado sólo se produce habiendo sido previamente demostrado que las autoridades del mismo han adoptado las medidas correctas⁶³.

Consideramos que la valoración que podemos hacer de la previsión del art. 11.4 R 2201/2003 depende de si se parte de una comparación con el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 o si se lleva a cabo aquélla en un ámbito comunitario⁶⁴.

- a) En el primer caso, la conclusión es que se ha avanzado en la confianza comunitaria: mientras que una aplicación en sentido estricto del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 llevaría a denegar la restitución del menor; la adopción de las medidas de protección permite que aquélla se lleve a cabo⁶⁵. Así, el principio de confianza comunitaria y la protección del interés del menor implican que no cabe recurrir al art. 13b) cuando son adoptadas medidas para protegerlo tras su retorno⁶⁶.
- b) En el segundo, el avance en la confianza comunitaria habría sido mucho mayor si se hubiera optado por impedir la operatividad del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, entendiéndose que no existen casos de grave riesgo físico, psíquico o situación intolerable porque se da por supuesto que las autoridades del Estado miembro de origen se encargarán de garantizar la protección del menor⁶⁷.

d) Resolución en un plazo general máximo de seis semanas

21. En su art. 11.3, el Reglamento dispone que «El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor... 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. Sin perjuicio del párrafo primero, y 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»⁶⁸.

⁶³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 141-142.

⁶⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 78-79.

⁶⁵ Debemos resaltar el «sentido estricto» al que nos referimos ya que, como hemos señalado, existen ejemplos en los que se ha dado protagonismo a los *undertakings* en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 (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. 304. Vid., entre otras, CA Versailles, 20 junio 2006, No 354, HC/E/FR 949; 5Ob17/08y, Oberster Gerichtshof, 1 abril 2008, HC/E/AT 981).

⁶⁶ 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. 234; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 13.

⁶⁷ Como el art. 11.4 R 2201/2003 exige que se demuestre la adopción de las medidas en cuestión, uno de los sectores doctrinales anteriormente mencionados observa la mencionada desconfianza (vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 141-142).

⁶⁸ La necesidad de resolver con celeridad los casos de sustracción intracomunitaria de menores se ha traducido, a su vez, en la resolución por el procedimiento de urgencia de las cuestiones prejudiciales planteadas en esta materia ante el TJUE. Vid. STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271; STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010; STJUE 5 octubre 2010, asunto C-400/10 PPU, *J. McB. v. L.E.*; y el art. 104 ter del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia*. Vid., entre otros, los comentarios de la STJCE 11 julio 2008 realizados por P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 222-235; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; 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; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 211-231.

22. No cabe duda, como apunta la doctrina, de que el tiempo es un aliado incondicional del sujeto que protagoniza el traslado o retención ilícitos del menor⁶⁹. Ahora bien, no cabe deducir del art. 11.3 R 2201/2003 que el Estado miembro requerido deba crear procedimientos de urgencia para resolver las solicitudes de restitución intracomunitaria de menores; el Reglamento se limita a señalar que los tribunales del Estado mencionado deben emplear el procedimiento que, de los que contempla su legislación, permite resolver con mayor rapidez la sustracción del menor⁷⁰.

23. El plazo se inicia con la interposición de la demanda y finaliza con la resolución, ya sea para denegar la restitución o para ordenar la misma⁷¹. Este último aspecto lleva a precisar si en el mencionado plazo de seis semanas tienen los tribunales del Estado miembro requerido que resolver también el hipotético recurso que se haya interpuesto contra la resolución que resuelve si procede o no el retorno del menor. En la *Guía práctica* se apunta que si el Derecho del Estado miembro requerido contempla la posibilidad de recurrir, y el recurso tiene efecto suspensivo, los Estados miembros deberían establecer procedimientos para respetar el plazo de seis semanas⁷². Por lo tanto, se propone que en el plazo de seis semanas la resolución tendría que ser ejecutiva⁷³.

24. Procede examinar en este punto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008⁷⁴. Tres son los hechos de la misma que resultan relevantes para la cuestión que nos ocupa⁷⁵:

- 1º) Con fecha 22 de diciembre de 2006, los tribunales lituanos dictaron una resolución de denegación de la restitución de una menor a Alemania, resolución dictada en un plazo superior a siete semanas⁷⁶.
- 2º) El 15 de marzo de 2007, los tribunales lituanos anularon la resolución anteriormente mencionada, disponiendo la restitución de la menor a Alemania.
- 3º) La menor permanece en Lituania al ser suspendida la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 en diversas ocasiones.

25. El Tribunal de Justicia considera que no cabe subordinar la restitución del menor al agotamiento de las vías procesales admitidas por el Derecho del Estado miembro requerido⁷⁷. Como ha sido

⁶⁹ 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.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 240. Vid. los comentarios de la Sentencia realizados por M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 228-229; 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.

⁷¹ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 42.

⁷² Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 42; 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, pp. 46-47.

⁷³ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 41; 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, pp. 46-47.

⁷⁴ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁷⁵ Sólo vamos a referirnos brevemente a las circunstancias en las que reside la clave para resolver la cuestión que nos ocupa, de tal manera que nos remitimos para lo demás, entre otros, a P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 223 y ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; 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; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 217 y ss.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 81.

apuntado por la doctrina, cabe entender 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 2201/2003⁷⁸.

En el caso concreto, señala el Tribunal que las diversas suspensiones de la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 demuestran que los plazos en los que se había actuado –la menor permanecía en Lituania tras casi dos años si se tiene en cuenta cuándo fue retenida, y tras más de quince meses si se atiende a la fecha de la resolución que disponía su retorno– iban en contra de las exigencias del Reglamento⁷⁹.

26. No obstante, dado que sobre las órdenes de no restitución del Estado miembro requerido, prevalecen las resoluciones posteriores del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que lleven implícito el retorno del menor; como apunta la doctrina, el impacto de los recursos que puedan ser interpuestos ante aquéllos tribunales se ve limitado⁸⁰. Por ello, nos inclinamos, en la línea de las Conclusiones de la Abogado General en el caso mencionado que, quien ha solicitado el retorno de un menor y ha obtenido un pronunciamiento negativo del Estado miembro requerido en primera instancia, debería prescindir del recurso y dirigirse por lo tanto a continuación a los tribunales del Estado competente en materia de responsabilidad parental para que se inicie el proceso que finalice con una resolución que pueda beneficiarse de la previsión del art. 11.8 R 2201/2003⁸¹.

27. Según dispone el art. 11.3 R 2201/2003, los tribunales del Estado miembro requerido pueden dictar la resolución que resuelve si procede o no el retorno del menor transcurrido un plazo superior al ya mencionado de las seis semanas en caso de «circunstancias excepcionales que lo hagan imposible». El Convenio de La Haya de 1980, en su art. 11, contempla también el plazo de seis semanas para los procedimientos en materia de restitución de menores, teniendo derecho el demandante o la Autoridad central a solicitar una declaración sobre las razones de la demora que pueda producirse. Desde nuestro punto de vista, al haberse introducido en el art. 11.3 R 2201/2003 el inciso de las «circunstancias excepcionales que lo hagan imposible», el objetivo del Reglamento puede verse frustrado, ya que puede ser empleado con carácter abusivo, de tal manera que en este punto puede no haber grandes avances con respecto al régimen que ya contemplaba el Convenio de La Haya de 1980.

2. Condiciones de la resolución de restitución del menor

28. Una vez que ha sido dictada una resolución sobre la procedencia o no de la restitución de un menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, con las correcciones del art. 11 del Reglamento que acabamos de exponer, procede examinar cuál es el siguiente paso para obtener una resolución sea reconocida y tenga fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Si atendemos a los arts. 11.8, 40.1 y 42 R 2201/2003, cabe sostener que la resolución debe reunir las siguientes condiciones: a) Ser una resolución posterior a una resolución de no restitución; b) Llevar implícito el retorno del menor; c) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003.

⁷⁸ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, p. 602.

⁷⁹ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 87; y Opinión de la Abogado General Sharpston de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, *Rec.* 2008, p. I-05271, apartado 40.

⁸⁰ Vid. el comentario de la Sentencia realizado por H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886. Al respecto, 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. 363: «...the possibilities of appeal that Spanish law offers are going to be less effective».

⁸¹ Al respecto, 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; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), p. 231; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, 2010, p. 216.

A) Resolución posterior a una resolución de no restitución

29. Como hemos indicado, el art. 11.8 R 2201/2003 dispone 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 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». Por lo tanto, el precepto se encuentra pensado para el caso de que, habiendo dictado los tribunales del Estado miembro requerido una orden de no restitución, los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental dictan posteriormente una resolución que implica el retorno del menor⁸².

30. Como, literalmente, el precepto señalado indica «Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución...», cabe plantearse qué ocurre si los tribunales del Estado miembro requerido han dictado una orden de restitución del menor. Ello nos lleva a retomar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008⁸³.

A los hechos que hemos expuesto previamente –resolución de 22 de diciembre de 2006 que deniega la restitución del menor, seguida de una resolución de 15 de marzo de 2007 que ordena el retorno pero no llega a ser ejecutada– cabe añadir los siguientes:

- a) La resolución de 22 de diciembre de 2006 que denegó el retorno de la menor fue comunicada a los tribunales alemanes por conducto a la Autoridad Central alemana.
- b) La madre de la menor acudió a los tribunales lituanos para que se reabriera el procedimiento sobre la restitución de la menor. En cambio, en Alemania, se sustanció el procedimiento de divorcio de los progenitores de la menor. Así, con fecha 20 de junio de 2007, los tribunales alemanes concedieron el divorcio de los progenitores y atribuyeron al padre de la menor la custodia definitiva de la misma, por lo que fue ordenado su retorno a Alemania.
- c) Los tribunales lituanos, al recibir la resolución alemana, plantearon ante el Tribunal de Justicia si tal resolución podía ser certificada conforme al art. 42 R 2201/2003, teniendo en cuenta que los tribunales lituanos habían decidido el retorno del menor con fecha 15 de marzo de 2007.

31. El Tribunal de Justicia señala que la expedición del certificado del art. 42 R 2201/2003 exige una resolución previa de no restitución⁸⁴. Esta conclusión se ve justificada por los arts. 11.8 y 42 R 2201/2003.

Con respecto al primero, como se alude a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor», entiende el Tribunal de Justicia que en el mismo se observa una relación crono-

⁸² Como la orden de no restitución puede ser sustituida por una resolución posterior del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que implica el retorno del menor, parte de la doctrina afirma que las resoluciones de no restitución dictadas por la autoridad competente del Estado requerido devienen por lo tanto provisionales (Vid., entre otros, 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*, Madrid, 2008, p. 273; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 147; 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; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *InDret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 13; 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. 47; y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», en M. D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, p. 114, que precisa que «...La eventual decisión de no retorno tomada por las autoridades del Estado miembro al que el niño ha sido sustraído puede no calificarse abiertamente de provisional, pero cederá frente a una eventual orden de retorno que además habrá de ejecutarse sin posibilidad de denegación...».

⁸³ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271.

⁸⁴ *Ibidem*, 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 de H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, p. 886.

lógica, de tal manera que en primer lugar debe ser dictada una resolución de no restitución y, en segundo lugar, una resolución de restitución⁸⁵.

Como veremos, el art. 42 R 2201/2003 contempla una serie de condiciones para la emisión del certificado que debe acompañar a la resolución de restitución. En su apartado segundo, letra c), se indica que el juez de origen tiene que haber tenido en cuenta las razones y pruebas que, en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, llevaron al juez del Estado miembro requerido a dictar su resolución. Sólo resulta posible que el juez del Estado miembro de origen valore los motivos que justificaron la denegación del retorno por el Estado miembro requerido si la resolución denegatoria de la restitución es previa a la del Estado miembro de origen que dispone el retorno⁸⁶.

32. Cabe hacer no obstante hacer una precisión en el concreto caso de la Sentencia 11 de julio de 2008⁸⁷. Si tomamos como referencia la resolución de 15 de marzo de 2007 –resolución de los tribunales lituanos que ordena el retorno de la menor– podría alegarse que, siendo la resolución alemana –que implica el retorno de la menor– posterior a una orden de restitución, no cabe que le sea aplicado el art. 42 R 2201/2003. No obstante, deben tenerse presentes dos datos ya comentados, como son que el 22 de diciembre de 2006 los tribunales lituanos dictaron una resolución de no restitución que fue comunicada por conducto de la Autoridad Central alemana a los tribunales alemanes; y que la resolución de retorno de 15 de marzo de 2007 no llegó a ser ejecutada.

En el caso concreto, el Tribunal de Justicia valora que el número de resoluciones dictadas y la diversidad de las mismas demuestran que los plazos de actuación iban en contra de las previsiones del Reglamento⁸⁸.

Entre otros argumentos, el Tribunal de Justicia señala, por un lado que, cuando el art. 11.8 R 2201/2003 alude a «cualquier resolución judicial posterior que ordene el retorno del menor», se entiende que, tras la resolución de no restitución, puede el tribunal de origen tener que dictar una o varias resoluciones para lograr el retorno del menor, «lo que incluye los supuestos en los que existe un estancamiento procedimental o fáctico»; por otro, que el Reglamento permite que la resolución dictada en virtud de la Sección 4 del Capítulo III pueda ser declarada ejecutiva con independencia de que el Estado miembro de origen o el requerido contemplen la posibilidad de recurso, no encontrándose contemplado recurso alguno ni contra dichas resoluciones ni contra el certificado del art. 42 R 2201/2003⁸⁹.

También cabe destacar, según indica en sus Conclusiones la Abogado General, que, si bien se dictó una resolución de retorno por los tribunales lituanos que anulaba la previa resolución de no restitución, los «elementos esenciales» no se han visto alterados, como por ejemplo que seguía transcurriendo el tiempo mientras la menor continuaba sin regresar al Estado miembro de origen⁹⁰.

⁸⁵ 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». Vid. también Considerando décimo séptimo del Reglamento 2201/2003.

⁸⁶ 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».

⁸⁷ *Ibidem*, apartado 75.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 87.

⁸⁹ *Ibidem*, apartados 84 y 85. Sobre los argumentos empleados en esta Sentencia vid., entre otros, P. R. BEAUMONT, «The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, vol. 335, 2008, pp. 85 y ss.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, núm. 2 (octubre 2010), pp. 229 y ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; H. MUIR WATT, *RCDIP*, vol. 97, octubre-diciembre, 2008, pp. 881-886; 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; M. I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 220 y ss.

⁹⁰ Opinión de la Abogado General Sharpston de 1 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 78. Sobre estos «elementos esenciales», vid. también, entre otros, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, p. 230.

B) Llevar implícito el retorno del menor

33. La segunda condición que debe reunir la resolución de restitución es que lleve implícito el retorno del menor.

Procede a continuación relacionar tres preceptos: el art. 42, el art. 40.1.b) y el art. 11.8 R 2201/2003. El art. 42.1 R 2201/2003 dispone que «La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2». Por su parte, el art. 40.1.b) R 2201/2003, dispone que la Sección 4 del Capítulo III se aplica «a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha resolución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11». Como ya hemos expuesto, el art. 11.8 R 2201/2003 se refiere a «...cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento...»⁹¹. Por lo tanto, nos encontramos ante el siguiente supuesto: 1º) el tribunal del Estado miembro requerido dicta una resolución de no restitución; 2º) a continuación se acude al tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental, que dicta una resolución sobre tal materia; 3º) en caso de que la resolución del tribunal del Estado miembro competente materia de responsabilidad parental implique el retorno del menor, el pronunciamiento de retorno será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. Cabe deducir por lo tanto, como ha apuntado la doctrina, que lo que va a desplegar efectos sin necesidad de exequátur es la restitución del menor, mientras que no se benefician de esta previsión otros pronunciamientos que se incluyan en la resolución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental⁹².

El Reglamento contempla así en la Sección 4 del Capítulo III un régimen para lograr la concreta restitución del menor, no para que tenga plena eficacia en el Estado miembro requerido la resolución sobre su custodia⁹³. Así, en nuestro caso, como apunta la doctrina, la resolución sobre la custodia es el «mero fundamento para la ejecución del retorno»⁹⁴.

34. Una segunda cuestión que cabe plantearse con respecto a la resolución que, en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003, lleva implícito el retorno del menor, es si debe ésta ser definitiva. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 1 de julio de 2010⁹⁵.

35. Se trata del traslado ilícito de una menor de Italia a Austria en febrero de 2008, que se llevó a cabo infringiendo una prohibición de traslado de los tribunales italianos. El padre de la menor solicitó su retorno a Italia ante los tribunales austriacos en abril de 2008.

Paralelamente, los tribunales italianos dictaron el 23 de mayo de 2008 una resolución en la que se atribuía provisionalmente la custodia a ambos progenitores. Si bien se autorizaba que la menor permaneciera con la madre en Austria a la espera de resolverse el fondo del asunto, se establecía que debía permitir las visitas del padre.

Con respecto a la solicitud de retorno de la menor, hubo varios pronunciamientos de los tribunales austriacos en el marco del procedimiento de solicitud de restitución: en un primer momento, en julio

⁹¹ Como apunta la doctrina, para que pueda existir la resolución de retorno a la que nos referimos, el presupuesto es que el tribunal que la dicta goce de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (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*, Madrid, 2008, p. 274).

⁹² 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. 360.

⁹³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 144.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁵ STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpago*, *Rec.* 2010, apartados 51 y ss.

de 2008, se denegó el retorno; en un segundo momento, se anuló tal decisión por falta de audiencia del solicitante; con posterioridad recayeron dos nuevas resoluciones de denegación del retorno, una basada en la resolución provisional de los tribunales italianos y la última, de 7 de enero de 2009, en el art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980.

A continuación, en mayo de 2009, los tribunales austriacos pasaron a conocer de la responsabilidad parental de la menor, con base en el art. 15.5 R 2201/2003, e instaron a los tribunales italianos a que se declarasen incompetentes en lo que se refería al fondo del asunto.

Mientras tanto, ante los tribunales italianos se seguía sustanciando, en el mes de abril, el procedimiento sobre la responsabilidad parental de la menor. En el marco del mismo, tuvo lugar en mayo de 2009 la audiencia en la que compareció la madre de la menor, que no mencionó el estado en que se encontraban las actuaciones en Austria.

El 10 de julio de 2009, los tribunales italianos ordenaron la restitución de la menor a Italia, certificando dicha resolución conforme al art. 42 R 2201/2003. A continuación, el padre de la menor solicitó, en septiembre de 2009, la ejecución de la orden de retorno ante los tribunales austriacos quienes, en agosto de 2009, habían otorgado la custodia provisional a la madre y habían dotado a dicha decisión de fuerza ejecutiva el 23 de septiembre de 2009.

La primera reacción de los tribunales austriacos fue alegar el grave riesgo de daño psíquico de la menor en caso de restitución, si bien admitieron posteriormente el recurso del padre, para a continuación plantear, con motivo del recurso de la madre, las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

36. Vamos a examinar únicamente la cuestión prejudicial referida a si es preciso el carácter definitivo de la resolución en materia de responsabilidad parental, dictada en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003⁹⁶. El Tribunal de Justicia emplea los siguientes argumentos:

- a) Analizando el art. 11.8 R 2201/2003, que hace alusión a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor...», el Tribunal de Justicia considera que, con base en el tenor literal del precepto, no cabe sostener que la decisión en materia de responsabilidad parental tenga que ser definitiva⁹⁷.
- b) Por su parte, el art. 11.7 R 2201/2003, establece que, una vez que los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental hayan recibido la información que debe remitirle el tribunal del Estado miembro requerido –copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista–, deben ser invitadas las partes a plantear la cuestión de la custodia del menor. El Tribunal de Justicia considera que tal previsión no impone, como condición previa para ordenar la restitución del menor, que exista una decisión del tribunal competente en materia de responsabilidad parental relativa a la custodia del menor, sino que tal decisión es el «objetivo final» del procedimiento⁹⁸. Así, entiende el Tribunal de Justicia que la decisión de restitución es una decisión «intermedia», siendo el objetivo final el pronunciamiento sobre la custodia⁹⁹.

El Tribunal de Justicia considera reforzado tal argumento por el hecho de que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental, a la hora de disponer el retorno del menor, tiene que haber tenido en cuenta las razones y pruebas que llevaron al tribunal del Estado miembro requerido a pronunciarse en contra de la restitución del menor; de tal manera que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental lleva a cabo un segundo examen de la cuestión relativa al retorno del menor¹⁰⁰.

⁹⁶ Para la cuestión prejudicial referida al art. 10.b.iv) R 2201/2003, vid. STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010, apartados 37 y ss.; y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 108 y ss.

⁹⁷ STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpage*, Rec. 2010, apartado 52.

⁹⁸ *Ibidem*, apartados 53 y 54.

⁹⁹ *Ibidem*, apartado 53.

¹⁰⁰ *Ibidem*, apartados 59 y 60.

- c) Como tercer argumento, cabe aludir a la necesaria celeridad del procedimiento, a la que contribuye el régimen que el R 2201/2003 contempla para el pronunciamiento de restitución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental. Considera el Tribunal de Justicia que la exigencia de una decisión definitiva sobre la custodia del menor, constituiría un obstáculo al mismo¹⁰¹. Además, la celeridad mencionada llevaría al tribunal competente en materia de responsabilidad parental a emitir un pronunciamiento sobre la custodia a pesar de no disponer del tiempo e información necesarios¹⁰². Por ello se entiende, en la línea de la postura mantenida por la Comisión europea, que el tribunal competente en materia de responsabilidad parental puede adoptar las medidas intermedias que se necesiten, como el caso de la orden de retorno del menor¹⁰³.

37. Cabe plantearse no obstante la siguiente hipótesis: habiendo sido ejecutada la mencionada decisión «intermedia» de retorno del menor, supongamos que en la decisión definitiva en materia de responsabilidad parental, se atribuye la custodia al progenitor que protagonizó la sustracción del menor. Si bien el menor debe ahora regresar al Estado miembro del que a su vez retornó en virtud de la decisión «intermedia», el Tribunal de Justicia considera que, a pesar de este resultado, existen diversos argumentos que apoyan las actuaciones llevadas a cabo¹⁰⁴. Por un lado, se logra el objetivo de que se dicte una resolución en materia de responsabilidad parental fundamentada; por otro, las actuaciones llevadas a cabo desincentivan el traslado o retención ilícitos como mecanismo para lograr la custodia de un menor; sin olvidar que el objetivo perseguido por las actuaciones llevadas a cabo es mantener el contacto con ambos progenitores, lo que constituye un derecho del menor¹⁰⁵.

C) Ser certificada conforme al art. 42.2 R 2201/2003

38. La resolución de restitución del menor dictada por el tribunal competente en materia de responsabilidad parental «...será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2» (art. 42.1 R 2201/2003). Se observa por lo tanto que el Reglamento 2201/2003 contempla el que ha sido denominado como «sistema de certificación» o de «declaración de ejecutividad automática»¹⁰⁶.

39. Tal como indica el precepto y como también se refleja en el art. 45.1.b) R 2201/2003, corresponde emitir el certificado al Estado miembro de origen de la misma. El certificado despliega efectos dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia (art. 44 R 2201/2003), de tal manera que, si la resolución del tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental que lleva implícito el retorno del menor es modificada o anulada por los tribunales de dicho Estado, el certificado dejará de desplegar efectos¹⁰⁷.

40. El art. 43 R 2201/2003 contempla la posibilidad de rectificación del certificado, aspecto que se regirá por el Derecho del Estado miembro de origen; sin que quepa por lo demás interponer recurso contra la expedición del mismo. La rectificación debe ser entendida, conforme al Considerando vigé-

¹⁰¹ *Ibidem*, apartado 62.

¹⁰² *Ibidem*, apartado 62.

¹⁰³ *Ibidem*, apartado 61.

¹⁰⁴ *Ibidem*, apartado 63. Por lo que se refiere al mantenimiento del contacto del menor con sus progenitores, vid. apartado 64.

¹⁰⁵ *Ibidem*, apartado 63.

¹⁰⁶ Por lo que se refiere al «sistema de certificación», vid. 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; y a la «declaración de ejecutividad automática», vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, pp. 95 y ss.

¹⁰⁷ Vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, p. 115.

simo cuarto del R 2201/2003, como mecanismo en caso de error material, lo que se traduce en que el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial. Por ello, el Tribunal de Justicia, en la ya comentada Sentencia de 11 de julio de 2008, señala que, siendo el certificado auténtico y conteniendo todos los elementos a los que hace alusión el art. 42 R 2201/2003, deben ser desestimados un hipotético recurso, conforme al art. 43.2 R 2201/2003¹⁰⁸.

41. Antes de referirnos a los requisitos para la emisión del certificado que contempla el art. 42.2 R 2201/2003, cabe realizar dos precisiones.

En primer lugar, si bien la resolución que lleva implícito el retorno del menor tiene que ser ejecutiva en el Estado miembro que la dicta, el tribunal del mismo puede declararla ejecutiva a pesar de que su Ordenamiento no le atribuya fuerza ejecutiva por ministerio de la ley –sin perjuicio de eventuales recursos– (art. 42.1 R2201/2003)¹⁰⁹. Esta previsión se ve justificada en la necesidad de evitar que sean interpuestos recursos con el único objetivo de retrasar la ejecución de la resolución¹¹⁰.

En segundo lugar, si se han dispuesto medidas para garantizar la protección del menor al regresar al Estado miembro de origen, el contenido de aquéllas debe ser concretado en el certificado¹¹¹.

42. Los requisitos para la emisión del certificado se contienen en el apartado 2 del art. 42 del Reglamento: a) Audiencia del menor; b) Audiencia de las partes; c) Haber tenido en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Como los requisitos mencionados se centran en el procedimiento del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental, la doctrina apunta que el precepto contempla garantías mínimas que debe reunir el procedimiento en cuestión¹¹².

43. Con respecto a la condición mencionada en la letra a), cabe referirse a otra Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010¹¹³. Se trata de un asunto relativo a una menor nacida en el año 2000 en el seno de un matrimonio compuesto por un varón de nacionalidad española y una mujer de nacionalidad alemana.

Años después, al iniciarse un procedimiento de divorcio de los padres ante los tribunales españoles, en mayo de 2008 aquéllos le atribuyen un derecho de custodia provisional al padre y un derecho de visita a la madre.

En junio de 2008, la madre fija su residencia en Alemania. La menor pasa unas vacaciones en tal país, sin regresar a España una vez finalizadas las mismas.

Los tribunales españoles dictan un nuevo auto de medidas provisionales en octubre de 2008, prohibiendo la salida de la menor del territorio español en compañía de su madre o personas de su entorno, y suspendiendo provisionalmente el derecho de visita.

Ante los tribunales alemanes, el padre de la menor solicita en primer lugar el retorno de la misma a España, en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Si bien en un primer momento se dispuso la restitución de la menor, como consecuencia de un recurso interpuesto por la madre se denegó posteriormente el retorno con base en la oposición de la menor (art. 13.2 Convenio de La Haya de 1980).

¹⁰⁸ STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartados 88 y 89.

¹⁰⁹ Vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva Teoría General del Exequátur?», *AEDIPr.*, tomo IV, 2004, pp.110-111.

¹¹⁰ Vid. COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005, p. 47; 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. 250.

¹¹¹ 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. 253.

¹¹² Vid. A. QUINONES ESCÁMEZ, «Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003]», *Indret*, noviembre 2004, núm. 250, p. 15. Como señala el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 11 de julio 2008, tienen que haberse dado estas condiciones para lograr la «fuerza ejecutiva directa» de la orden de restitución (Vid. STJCE 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271, apartado 67).

¹¹³ STJUE 22 diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *J. A. Aguirre Zarraga v. S. Pelz*.

Ante el tribunal español, en el marco del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ni la menor ni la madre comparecen para proceder al trámite de audiencia. Según afirman los tribunales alemanes, el tribunal español rechazó la petición de la madre de que se permitiese libremente la salida de España de la menor tras dicho trámite, así como también la petición de realizar la audiencia mediante videoconferencia. El 16 de diciembre de 2009, los tribunales españoles atribuyen al padre el derecho de custodia con carácter exclusivo. Dicha resolución fue recurrida en apelación por la madre.

Habiendo sido dictada por los tribunales españoles la resolución en materia de responsabilidad parental el 16 de diciembre de 2009, ésta se presenta ante los tribunales alemanes acompañada del certificado del art. 42 R 2201/2003.

Con base en el Derecho alemán, el Ministerio de Justicia alemán manifiesta a los tribunales alemanes que la resolución debe ser ejecutada. No obstante, el 28 de abril de 2010, los tribunales alemanes señalan que no procede la ejecución de la resolución española, debido a la falta de audiencia de la menor en el procedimiento que dio origen a la misma. Recurrida esta decisión por el padre, los tribunales alemanes señalan que no deberían carecer de la facultad de controlar el certificado cuando, como en el caso en cuestión, se ha producido una violación grave de un derecho fundamental.

Tras recordar que el régimen contemplado en los arts. 40 a 45 del R 2201/2003 tiene como finalidad lograr una ejecución rápida de las resoluciones dictadas en el ámbito del art. 11.8 R 2201/2003, el Tribunal de Justicia señala que la finalidad del art. 42 R 2201/2003 consiste en indicar al tribunal del Estado miembro de origen el contenido mínimo de la resolución que va a ser objeto de certificación¹¹⁴. Ello sin que el tribunal del Estado miembro de ejecución se encuentre facultado para ejercer un control sobre las condiciones que en el precepto se contemplan para emitir el certificado, puesto que ello supondría un riesgo para la eficacia del sistema contemplado en el Reglamento¹¹⁵.

Frente a lo que ocurre en el ámbito de los arts. 23 y 31 R 2201/2003, en el que se contemplan como motivos de denegación del reconocimiento y exequátur el menoscabo del orden público internacional y la vulneración de los principios fundamentales de procedimiento, éstos no aparecen contemplados en la Sección 4 del Capítulo III¹¹⁶. No obstante, apunta el Tribunal de Justicia que el reparto de competencias entre los tribunales del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución, parte de la premisa del respeto de las obligaciones que el Reglamento impone conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹⁷. Así, el art. 42 R 2201/2003 debe interpretarse a la luz del art. 24 de la Carta¹¹⁸.

Si bien la audiencia del menor constituye un derecho del mismo, «no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales»¹¹⁹. Así, conforme al art. 24 de la Carta y al art. 42.2 R 2201/2003, no significa que haya de tener lugar la audiencia del menor necesariamente ante el juez del Estado miembro de origen, sino que se exige que se ponga a disposición del menor los procedimientos y condiciones legales para que pueda expresar su opinión libremente y sea considerada por el tribunal¹²⁰. Por lo tanto, el juez no está obligado a oír siempre al menor en el marco de una audiencia¹²¹. En esta línea, para emitir el certificado del art. 42 R 2201/2003, afirma el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro de origen tiene que haber comprobado que la resolución objeto de certificación ha sido adoptada «respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a este una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional», todo ello con base en el interés del menor y las circunstancias del caso¹²².

¹¹⁴ *Ibidem*, apartados 47 y 53.

¹¹⁵ *Ibidem*, apartados 54 y 55.

¹¹⁶ *Ibidem*, apartado 57.

¹¹⁷ *Ibidem*, apartado 59.

¹¹⁸ *Ibidem*, apartado 60.

¹¹⁹ *Ibidem*, apartado 64.

¹²⁰ *Ibidem*, apartado 65.

¹²¹ *Ibidem*, apartado 66.

¹²² *Ibidem*, apartado 68.

No obstante, como es el tribunal del Estado miembro de origen el que dispone de competencia para examinar la legalidad de tal resolución, considera el Tribunal de Justicia, tal como plantea el Abogado General, que las partes interesadas tendrían que acudir a las vías de recurso del Derecho del Estado miembro de origen si desean impugnar la mencionada resolución¹²³.

Por lo tanto, concluye el Tribunal de Justicia que el tribunal del Estado miembro requerido no puede oponerse a la ejecución de una resolución con base en la vulneración del art. 42.2 R 2201/2003 interpretado conforme al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, dado que sólo puede el tribunal del Estado miembro de origen valorar si ha existido la mencionada vulneración¹²⁴.

44. Cabe hacer una observación también con respecto al requisito mencionado en la letra c). El art. 11.8 R 2201/2003 señala, literalmente, que el tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental tiene que haber tenido en cuenta «las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980»¹²⁵. Según hemos expuesto con anterioridad, los motivos de denegación contemplados en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 son a) El derecho de custodia no era ejercido de forma efectiva por el titular o éste había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) Grave riesgo de exposición del menor a un daño físico, psíquico o situación intolerable; c) Oposición del menor a la restitución. Según expusimos en su momento, existen otros motivos de denegación del retorno del menor, previstos en el art. 20 (incompatibilidad con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales) y en el art. 12, apartado segundo (integración del menor en su nuevo entorno).

Ello nos lleva a plantearnos si la resolución que lleva implícito el retorno del menor y que es dictada por el tribunal del Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución, y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, en caso de que el tribunal del Estado miembro requerido hubiera denegado el retorno previamente con base en el art. 20 o en el art. 12, apartado segundo, del Convenio de La Haya de 1980. Parte de la doctrina se inclina por dar una respuesta negativa, entendiendo que sólo se valoran las circunstancias del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980¹²⁶. Consideramos por ello que habría sido más adecuado que la letra c) del art. 42.2 R 2201/2003 se hubiera referido a «las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del Convenio de La Haya de 1980», sin aludir a un precepto concreto, para así entender incluidos los motivos de denegación del art. 12, apartado segundo, y del art. 20 del citado Convenio¹²⁷.

¹²³ *Ibidem*, apartados 69 y 71.

¹²⁴ *Ibidem*, apartado 75.

¹²⁵ 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*, Madrid, 2008, pp. 289-290. Vid. el art. 11.2 R 2201/2003, en el que sí se menciona el art. 12 Convenio de La Haya 1980.

¹²⁶ 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*, Madrid, 2008, p. 288; quien apunta, además, que sería mucho más complejo para el tribunal del Estado miembro de origen dictar una resolución de retorno en caso de que hubiera transcurrido un año desde el secuestro y el menor estuviera integrado en su nuevo medio (vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 224 y 290).

¹²⁷ Vid. las reflexiones que sobre el art. 42.2.c) R 2201/2003 realizan, entre otros, 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. 245; y P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 161-164.

EL CONCEPTO LEGAL DE «CONSUMIDOR» EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS O NO RESUELTOS*

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recibido: 21.09.2010 / Aceptado: 05.10.2010

Resumen: La existencia de una definición bastante uniforme de «consumidor» en diversas Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, así como en el borrador del llamado «Marco Común de Referencia» (DCFR de 2009) y en otros textos de revisión del acervo comunitario (Propuesta de Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2008, *Acquis Principles* de 2007), así como en el nuevo concepto legal que ofrece el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), ajustado a esos precedentes comunitarios, permite realizar un examen crítico de las carencias de la noción legal a la luz de la práctica y la jurisprudencia tanto europea como española. Así, se examinan aspectos controvertidos o no resueltos, como los «actos mixtos», el problema de las personas jurídicas, el requisito de la falta de ánimo de lucro o la carga de la prueba de la condición de consumidor.

Palabras clave: consumidor, empresario, Derecho privado europeo, Marco Común de Referencia, Directivas de consumo, contrato de consumo.

Abstract: There is a quite uniform definition of «consumer» in some EU Directives and Regulations, in the so called «Draft Common Frame of Reference» (2009 DCFR), in other texts to revise the *acquis communautaire* (2007 Acquis Principles, 2008 Proposal for a Directive on Consumer Rights) as well as in the new legal concept enshrined in article 3 of the Consolidated Text of the General Act on the Protection of Consumers and Users (Legislative Royal Decree 1/2007, of 16th November), which follows these European precedents. It is, therefore, feasible and necessary to face a critical analysis of the shortcomings of the legal notion according to both European and Spanish case law and practice. Different controversial or not solved issues are dealt with here under that approach, such as the «mixed acts», the problem of legal persons as consumers, the requisite of the lack of intention to make profit or the burden of proof on the consumer's capacity.

Key words: consumer, trader, business, European Private Law, Common Frame of Reference (DCFR), consumer protection Directives, consumer contract.

Sumario: I. Descripción del panorama normativo sobre la noción de «consumidor». 1. Normativa de la Unión Europea. 2. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. Textos con vocación armonizadora del Derecho privado europeo. 4. Normativa española. II. Valor actual de la noción española de «consumidor» previa al Texto Refundido de 2007: «destinatario final» e «integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros» (el art. 1 LGD

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación (I+D+I) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-02325/JUR1), «Hacia un Código de Consumo en España y en la Unión Europea: la revisión de las normas de protección de los consumidores», del que el autor es Investigador Principal.

CU y su actual plasmación en la E.M. del TR-LGDCU). 1. Novedades de la regularización/aclaración del concepto a través de la Exposición de Motivos. 2. Dos actitudes ante la discordancia de la LGDCU con las Directivas comunitarias. 3. Propuesta de interpretación del valor de la noción subsistente en la exposición de motivos. III. Elementos del concepto legal. 1. El sujeto: el problema de las personas jurídicas. A) El desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario. B) Consideraciones de política y técnica legislativa sobre la posibilidad de incluir a las personas jurídicas entre los consumidores protegidos. C) Delimitación de las personas jurídicas incluidas, «lege lata», en el art. 3 TR-LGDCU. 2. El acto de consumo: la amplitud del término «actuar» y los problemas de la actividad empresarial futura y el ánimo de lucro. 3. El (nuevo) criterio negativo: «actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»; su lectura jurisprudencial. IV. Criterios irrelevantes para el concepto legal. 1. Relación directa o indirecta del acto de consumo empresarial con el núcleo de la actividad empresarial. 2. Competencia técnica del empresario en el acto de consumo empresarial (el «empresario no experto»). 3. Competencia técnica del consumidor en el acto de consumo (las nociones de «consumidor medio» y «consumidor vulnerable»). 4. Conocimiento o desconocimiento del empresario de los fines perseguidos por el supuesto consumidor. 5. Volumen de la actividad empresarial de quien realiza un acto de consumo empresarial (las pequeñas empresas y los empresarios en situación de desigualdad). V. Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas. 1. «Actos mixtos» o adquisiciones para uso doble (personal y profesional). 2. Consumidor activo o pasivo: el problema del consumidor vendedor (C2B). 3. Consumidor representado por un profesional (C2C). 4. Carga de la prueba de la condición de consumidor. VI. A modo de conclusión.

I. Descripción del panorama normativo sobre la noción de «consumidor»

1. En este ensayo se pretende poner en relación el acervo normativo que, con el amplio término «Derecho privado europeo», comprende tanto el Derecho comunitario derivado (Directivas y Reglamentos que incluyen una noción de «consumidor» y la jurisprudencia que los interpreta) como las recientes propuestas académicas de armonización del Derecho patrimonial europeo (Marco Común de Referencia o DCFR en sus siglas inglesas)¹ o del Derecho de consumo europeo (*Acquis Principles*)² con la reciente transformación del concepto de «consumidor» operada en un plano general por el nuevo art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TR-LGDCU). Según este precepto, a los efectos de esta norma, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Dada la sustancial coincidencia que, en la actualidad, a salvo de algunos matices importantes que se abordarán, existe entre todas estas reglas, nacionales o europeas, resulta oportuno efectuar un análisis crítico de las cuestiones comunes más controvertidas que se desprenden de su tenor literal, así como de los problemas no resueltos por ellas, prestando especial atención a las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia comunitaria y española.

1. Normativa de la Unión Europea

2. El transcrito «concepto *general* de consumidor y de usuario» del art. 3 TR-LGDCU, procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TR-LGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado marginadas de este nuevo texto de 2007. De esta forma, según su Exposición de Motivos (III § 2), el concepto «se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas». En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refun-

¹ Existe una edición resumida y una edición completa con comentarios y notas (se citará al pie ésta última), cuyas referencias son, respectivamente: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, München, Sellier, 2009 e, *id.*, full edition, seis tomos, München, Sellier, 2009 (en lo sucesivo, *DCFR-Full edition*).

² RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*, München, Sellier, 2007 [en adelante, *Acquis Principles* y, en nota, ACQUIS GROUP, *Principles...*].

didada por el RDLeg. 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*», con ligeras variantes de redacción entre ellas: «un uso» (Directiva 85/577) *versus* «un propósito» (Directiva 93/13, Directiva 97/7) o «fines» (Directiva 99/44) ajenos a su «actividad profesional». En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TR-LGDCU, la idea se reitera, invariablemente aludiendo todas a la «persona física» –ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito– que con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a;) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a; Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f). Exactamente la misma directriz, con este último tenor legal más circunstanciado, se contiene en la *Propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores de 2008* (art. 2.1 PDDC, en adelante)³. Por su parte, la Directiva sobre viajes combinados (Directiva 90/314, art. 2.4) adopta un concepto propio de «consumidor» (cfr. art. 151.g TR-LGDCU) y la Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (Directiva 85/374) no pivota sobre el concepto de «consumidor», sino sobre el más amplio de «perjudicado» (cfr. art. 128 y ss. TR-LGDCU); el art. 3 TR-LGDCU respeta, correctamente, la autonomía de los conceptos propios de estos dos ámbitos («sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero [responsabilidad] y cuarto [viajes combinados]»), que abarcan también a los empresarios –en el caso de la Directiva 85/374, salvo por daños materiales que afecten a bienes o servicios de uso o consumo principalmente empresarial *ex art. 129*: cfr. STJCE 4 junio 2009, asunto *Moteurs Leroy Somer*⁴, en el caso de la Directiva 90/314, cualesquiera empresarios que contratan viajes combinados para fines profesionales–.

3. Por su conexión con las Directivas mencionadas, conviene hacer referencia a otras normas comunitarias –en la actualidad Derecho interno español– que adoptan una noción similar; más aún, el origen de estas otras normas constituyó en su día el germen de la noción comunitaria. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (el llamado Reglamento Bruselas I por su origen en el Convenio de Bruselas de 1968 de igual temática, en el cual, en 1978, se introdujo la definición de consumidor), introduce un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Y, por su parte, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, por transformación del Convenio de Roma de 1980) contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional». Un enfoque completamente distinto –criterio positivo– adopta el Convenio de Viena de 11 abril 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, que, por lo demás, excluye de su ámbito las relaciones de consumo (art. 2.a: no se aplica a compraventas «de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso»).

2. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

4. Hasta la fecha, el concepto existente el Derecho material comunitario ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo

³ COM(2008) 614/3, de 8 octubre 2008.

⁴ STJCE (Sala 1ª) 4 junio 2009, asunto C-285/08, caso *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France y Ace Europe*.

(actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación: según la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *di Pinto*)⁵, recaída en torno a la noción de consumidor en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en la que un empresario celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita a su domicilio, señaló que tales contratos con otros empresarios «constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son *las necesidades familiares o personales* del comerciante» (§ 16), por lo que dicho comerciante no merece la calificación de consumidor. Interpretando la misma Directiva, la STJCE 17 marzo 1998 (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para consumo empresarial ajeno)⁶ señaló que aquélla «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, *siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado*». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001), el cual, como se vio, contiene, en el plano del Derecho procesal comunitario, una definición de consumidor similar a la de las Directivas examinadas; amén de subrayar que el concepto del Convenio «debe interpretarse de forma autónoma», desligada del Derecho interno de los Estados contratantes (SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 3 julio 1997, 27 abril 1999, 11 julio 2002, 20 enero 2005 –asunto *Gruber*–, 20 enero 2005 –asunto *Engler*–)⁷, el TJCE ha enfatizado que esas disposiciones «sólo se refieren al *consumidor final privado* que no participe en actividades comerciales o profesionales» (STJCE 21 junio 1978, asunto *Bertrand*, § 21; STJCE 19 enero 1993, asunto *Shearson Lehman Hutton Inc.*, § 13 y 22; STJCE 11 julio 2002, asunto *Gabriel*, § 39; STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*, § 35; STJCE 20 enero 2005, asunto *Engler*, § 34)⁸, «sólo engloban los contratos celebrados *para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo*» y el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, §§ 16-17)⁹, «pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante» (STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*, § 40).

3. Textos con vocación armonizadora del Derecho privado europeo

5. En cuanto a los textos que proponen una síntesis del Derecho comunitario de consumo o unas reglas para un eventual Derecho contractual europeo, coinciden en la consabida definición de ser el consumidor cualquier persona física que actúa «principalmente con fines que no están relacionados con su comercio, empresa o profesión» [art. I.– 1:105(1) y Anexo DCFR de 2009] o «que están fuera de la actividad empresarial de esta persona» [art. 1:201 *Acquis Principles*]. También el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se atiene al concepto de las Directivas (art. 9.2: «persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales», sin el matiz de actuar «principalmente» con esos fines, genuino del DCFR y los *Acquis Principles*: *vid. infra*). Por lo demás, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea tienen una definición general de «consumidor» válida para diversos campos normativos, siendo pocos los ordenamientos que carecen de tal definición genérica para las materias cubiertas por las Directivas y optan por definiciones específicas (Chipre, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Reino Unido) o incluso carecen de cualquier definición legal de consumidor (Francia)¹⁰.

⁵ STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, (proceso penal) caso *Patrice di Pinto*.

⁶ STJCE (Sala 5ª) 17 marzo 1998, asunto C-45/96, caso *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgar Dietzinger*.

⁷ STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*.

⁸ Respectivamente, STJCE 21 junio 1978, asunto C-150/77, caso *Bertrand c. Ott*; STJCE (Pleno) 19 enero 1993, caso *Shearson Lehman Hutton Inc c. TVB*; STJCE (Sala 6ª) 11 julio 2002, asunto C-96/00, caso *Rudolf Gabriel*, STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*.

⁹ STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

¹⁰ *Vid.* H. SCHULTE-NÖLKE / C. TWIGG-FLESNER / M. EBERS, (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, München, Sellier, 2008, pp. 456-457 (también de libre acceso en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf). Y *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 95.

4. Normativa española

6. Las leyes españolas de transposición de las Directivas, ahora integradas en el TR-LGDCU, en lugar de adoptar el paradigma comunitario, optaron por remitirse al art. 1.2-3 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, en adelante), bien de forma expresa¹¹, bien implícitamente¹². De esta forma, la legislación española se basaba en el criterio positivo de tratarse el consumidor de un «destinatario final» (§ 1 del art. 1 LGDCU-1984, complementado o explicado en negativo por el § 2, que excluye de tal noción a quienes emplean los bienes o servicios «para integrarlos en procesos» relacionados con el mercado), en lugar de centrarse en el (otro) criterio puramente negativo comunitario de actuar con un propósito ajeno a su actividad empresarial. Consciente de la disparidad se mostró la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (LCGC, en adelante) en su intento (doctrinalmente contestado, por la técnica y el valor de las EM) de abrazar ambas perspectivas al señalar que «de conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (§ 9 del preámbulo de la EM de la LCGC).

7. En la vigente inserción del concepto comunitario dentro del texto legal del TR-LGDCU, cabe subrayar, no obstante, *dos diferencias trascendentales* respecto a las Directivas de referencia: por un lado, la notoria y consciente disparidad que supone admitir en el concepto legal de consumidor a las personas jurídicas (*vid. infra*); por otro lado, la más sutil –y desapercibida, pero importante– sustitución del pronombre «su» –en las Directivas– por el artículo indefinido «una» actividad empresarial o profesional (sobre las consecuencias de cara al controvertido supuesto del consumo empresarial sin relación directa con la actividad principal del empresario, *vid. infra*).

8. El contraste del art. 3 TR-LGDCU con las nociones de consumidor contenidas en otras normas permite distinguir los siguientes grupos normativos:

- a) *Leyes que concuerdan con el actual tenor del art. 3 TR-LGDCU*: coincide plenamente con éste el art. 1.1.b §3 Ley 2/2009 [préstamos hipotecarios, LCCPCH] –con la única diferencia de referirse a «su actividad empresarial», no a «una actividad empresarial»; con el mismo matiz, más la circunscripción del concepto sólo a las personas físicas se encuentran en esta línea otras dos leyes que transponen tal cual el concepto de sendas Directivas: antes del TR, el art. 1.2 Ley 7/1995 [crédito al consumo, LCC] y, después, el art. 5 §3 Ley 22/2007 [contratación a distancia de servicios financieros, LCDSF].
- b) *Leyes que mantienen la remisión expresa (y huérfana) al art. 1.2 LGDCU de 1984*: la letra E del Anexo a la Ley 34/2002 [LSSI] de comercio electrónico.
- c) *Leyes que reproducen el tenor literal del art. 1.2 y 1.3 LGDCU de 1984*: así sucede, llamativamente, con el art. 1.3 Ley 43/2007 sobre la contratación de bienes con oferta de restitución de precio, que es posterior (13 diciembre) al RD 1/2007.
- d) *Leyes que se refieren al «consumidor» sin definirlo ni remitirse al concepto del TR-LGDCU ni a la LGDCU*: i) *En general*: en este grupo pueden encuadrarse las referencias que obran en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³ o en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (arts. 2 y 9 LVPBM). ii) *Con el matiz de ser clientes potenciales*, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia pueden encontrarse varias referencias¹⁴. iii) *Leyes que emplean el término consumidor implícitamente en el sentido de la LGDCU*,

¹¹ Art. 1.1 de la Ley 26/1991 [LCCFEM]; art. 1 § 3 Ley 23/2003 [LGVBC]; art. 48 Ley 7/1996 [LOCM] y cfr. arts. 38-47 LOCM en relación con la mención a los «destinatarios finales» del art. 1.2 LOCM.

¹² Arts. 10, 10bis y DA 1ª LGDCU incluidos en esta ley mediante la transposición de la Directiva 93/13 por la Ley 7/1998 [LCGC].

¹³ Arts. 52.16º, 54.2, 78.4º, 221, 249.1.4º, 250.12º, 256.1.6º, 261.5º, 519, 711.2 y 728 LEC.

¹⁴ Las referencias en la Ley 15/2007 son: «consumidores» (arts. 1.3.a, 2.2.b, 10.1.d), «consumidores y usuarios» (64.1.e) y «consumidores intermedios y finales» (art. 10.1.h).

sin remisión expresa al art. 1.2 de la Ley 26/1984: cabe entender que se trata de una remisión dinámica y, por ende, el concepto de consumidor que se aplica es el nuevo del art. 3 TR-LGDCU tanto en la Ley 7/1998 [LCGC]¹⁵, como en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal [LCD] a raíz de su reforma y transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre¹⁶, como en la Ley 34/1988, General de Publicidad [LGP]¹⁷.

- e) *Leyes tuitivas sectoriales que se refieren al «usuario» en un sentido más amplio o distinto del del art. 3 TR-LGDCU*: la Ley 40/2002 sobre el contrato de *aparcamiento* de vehículos se refiere al «usuario» como sujeto de derechos y deberes sin definirlo. En cambio, en el sector de las *telecomunicaciones* se han acuñado definiciones propias, que incluso distinguen entre el «consumidor», el «usuario» y el «usuario final» (y el «abonado») ¹⁸. En cambio, en otro de los ámbitos de servicios liberalizados de interés general, como es el *sector eléctrico*, la legislación emplea, en lugar del término «usuario» (de un servicio), el vocablo «consumidor» desligado de requisitos finalistas positivos o negativos, con el matiz de que lo son «las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo», mientras que si adquieren energía directamente en el mercado de producción se denominan «consumidores directos en mercado» (art. 9 Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico). La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de *Hidrocarburos*, emplea incluso de forma más genérica y sin definición el término «consumidor» (aunque el art. 44 bis introducido por Ley 12/2007, de 2 de julio, en relación con gases licuados del petróleo, «entiende por ‘suministro al por menor’ la venta a consumidores o usuarios finales»). En cuanto a la noción finalista, conviene recordar también la siempre discutida referencia de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista [LOCM] a los «destinatarios finales» (art. 1.2) y la polémica doctrinal acerca de si coincide con el concepto de consumidor de la LGDCU o no¹⁹.
- f) *Normas tuitivas sectoriales que emplean conceptos distintos del de «consumidor o usuario»*: como fruto de transposición de Directivas comunitarias con virtualidad en la protección de los consumidores, cabe destacar la Ley 42/1998 [LDAT] cuyo sujeto protegido es el «adquirente» del derecho de aprovechamiento por turno, y la Ley 34/1988 [LGP], que alude a los «destinatarios» de la publicidad (art. 2). Otras normas adoptan también, en su entorno sectorial, conceptos más amplios que el de consumidor del TR-LGDCU, como el de «pasajero» que emplea el Reglamento (UE) 261/2004, de 11 de febrero, sobre *overbooking* en el transporte aéreo. Por su parte, el art. 2 LCGC contempla en su ámbito, más allá del consumidor, al «adherente».

9. El contraste de la nueva noción del art. 3 TR-LGDCU con las establecidas por las 16 leyes o estatutos del consumidor de las Comunidades Autónomas (todas menos La Rioja) arroja una conclusión

¹⁵ Art. 3 sobre el ámbito territorial; art. 6.2 sobre interpretación; y art. 8.2 sobre nulidad de cláusulas abusivas.

¹⁶ Arts. 4, 5, 6, 11, 16, 17, 19-31, 33, 35 y 37 LCD. La referencia implícita de estos artículos al art. 3 TR-LGDCU debe entenderse implícita, toda vez que, aunque la LCD no recoge la definición de consumidor del art. 2.a Directiva 2005/29 –Directiva de donde vienen las nuevas referencias al consumidor–, ésta, como se ha visto, coincide con la del art. 3 TR-LGDCU.

¹⁷ Arts. 25.2 y 29.1 y 32 LGP.

¹⁸ Según la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones [LGT], «consumidor» es «cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales» (Anexo II, nº 4), término que, en sustancia, viene a coincidir con el del art. 3 TR-LGDCU; en cambio, «usuario» se define igual pero sin la precisión «para fines no profesionales» (Anexo II, nº 34), introduciendo así una importante diferencia terminológica con la calificación bimembre y sinónima del TR-LGDCU; y, por último, según la LGT, «usuario final» es aquél «que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende» (Anexo II, nº 35); coincide en esta última definición de «usuario final» el art. 1.2.f) del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por lo demás, la LGT consagra algunos derechos específicos para los «consumidores que sean personas físicas» (arts. 22.1.e, 22.2) y otros «derechos de los consumidores y usuarios finales», para ambos, en el art. 38 LGT, cuyo apartado 3 prevé que su reglamento de desarrollo «podrá ampliar la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios».

¹⁹ Como obviamente ahora acontece con el art. 3 TR-LGDCU que prescinde de ese sintagma; cfr. SAP La Rioja, 29 mayo 2003.

clara en el momento actual²⁰: todas tienden a replicar el tenor del art. 1 LGDCU de 1984 (un efecto reflejo de la STC 30.11.1982), añadiendo algunos matices, clarificaciones o alteraciones, con excepción de dos: por una parte, el Estatuto de los consumidores de Murcia que, en su reforma por Ley 1/2008, de 21 de abril prescinde de su anterior definición de 1996 (en línea con la del art. 1 LGDCU) para reproducir ahora la definición del art. 3 TR-LGDCU, inaugurando así una tendencia que podrían seguir otras leyes autonómicas; y, por otra parte, la Ley 1/2006, de 7 marzo, de defensa de los consumidores de Cantabria, que, al reemplazar a la anterior Ley 6/1998, de 15 mayo, trató de aunar los criterios de la LGDCU con los de las Directivas comunitarias, a la par que introdujo algunos adverbios de enjundia y cuño doctrinal y comunitario, al disponer (art. 2) que «1. A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales *y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional*. 2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación *dirigido al mercado*, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo».

II. Valor actual de la noción española de «consumidor» previa al Texto Refundido de 2007: «Destinatario final» e «integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros» (el art. 1 LGDCU y su actual plasmación en la E.M. del TR-LGDCU)

10. Con carácter previo al examen de las concretas cuestiones problemáticas en la noción comunitaria de consumidor, que es la adoptada en el art. 3 TR-LGDCU, es necesario dilucidar un interrogante de gran trascendencia teórica y práctica, que apela directamente a la conformidad o disconformidad de nuestro ordenamiento con la normativa de la Unión Europea: ¿cuál es el valor de los parámetros vigentes antes de la refundición, descartados en el nuevo art. 3 TR-LGDCU, pero recuperados y reformulados en la Exposición de Motivos [EM] de dicho Texto Refundido?

1. Novedades de la regularización/aclaración del concepto a través de la Exposición de Motivos

11. El ahora derogado art. 1 LGDCU de 1984 contenía la noción de consumidor, en su aspecto positivo en el párrafo segundo y en su aspecto negativo en su párrafo tercero, en los siguientes términos: «2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan *como destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, *con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*». Los dos elementos centrales y finalistas, indicados en cursiva, han subsistido en la explicación con la que la Exposición de Motivos del TR-LGDCU ha pretendido clarificar el nuevo tenor literal (comunitario) del art. 3 TR-LGDCU, conforme a la habilitación conferida por la Ley 44/2006 para «regularizar, aclarar y armonizar» los textos legales refundidos, con las siguientes frases, que parecen querer cohonestar ambas definiciones: «El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. *Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*».

12. El *contraste del texto legal de 1984 y su simplificación/aclaración en la EM del RDLeg. 1/2007* arroja las siguientes *diferencias*: *primera*, una saludable simplificación en la redacción de los

²⁰ Para un estudio de detalle sobre las peculiaridades de las normas autonómicas en relación con el art. 3 TR-LGDCU, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», en ID. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Colex, Madrid, 2010 (en prensa).

rasgos que ha de revestir quien pretende la tutela como consumidor (se ha omitido la repetición del rasgo de ser «destinatario final», en positivo y en negativo, que en algún caso aislado ha presentado interpretaciones disfuncionales; y se ha sintetizado, de forma acertada, la concatenación de [cinco] sustantivos para definir los bienes y servicios objeto de la relación de consumo). *Segunda*, con el mismo objetivo de simplificación, se han sustituido los verbos que definían la actividad de los consumidores (adquirir, utilizar o disfrutar) por el más neutro y omnicomprensivo sintagma de «intervenir en relaciones de consumo», lo cual, en sintonía con el término «actuar» del art. 3 TR-LGDCU parece reivindicar la categoría más objetivada del «acto de consumo». *Tercera*, se ha introducido una *aclaración de lo que se considera por «destinatario final»* –ausente del art. 1 LGDCU, que no definía en qué estribaba ese destino–, al señalar la EM del TR-LGDCU que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser «*con fines privados*». Como ya se expuso, esta concreción de los fines del acto de consumo ya se había producido en la jurisprudencia comunitaria incluso de forma más restrictiva (SSTJCE 17 marzo 1998: «necesidades familiares o personales»; SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 11 julio 2002, 20 enero 2005 y 20 enero 2005: «para satisfacer las propias necesidades de *consumo privado* de un individuo»; *supra*, apartado 1.2) y también era un elemento incorporado en las diversas leyes o estatutos autonómicos al indicar que el consumidor destina el bien o servicio a un uso o consumo «personal, particular, familiar, doméstico o colectivo». En esta línea, la jurisprudencia española ya había tratado de interpretar y desarrollar la noción de «destinatario final» antes del RDLeg 1/2007: así, la STS 18 junio 1999 («si [...] tuviera por objeto restringido y exclusivo el consumo familiar o doméstico»), la STS 16 octubre 2000 («y no para un mero uso doméstico o personal»), o la STS 15 diciembre 2005 (servirse de las prestaciones «en un ámbito personal, familiar o doméstico»); en la misma línea, con ulteriores matices, la abundante doctrina de las Audiencias Provinciales²¹. *Cuarta*, se ha precisado en la EM que los bienes o servicios no deben ser incorporados «*ni directa, ni indirectamente*» en procesos de producción, comercialización o prestación de terceros (se ha suprimido el término «transformación»), aclaración que debe saludarse positivamente por permitir excluir sin ambages consumos empresariales en los que el bien o servicio no guarda relación directa con el proceso productivo, pero sí coadyuva a la organización empresarial o profesional o a los resultados comerciales de quien así actúa (*infra*).

2. Dos actitudes ante la discordancia de la LGDCU con las Directivas comunitarias

13. Antes de la vigencia del concepto «comunitario» de consumidor adoptado por el art. 3 TR-LGDCU de 2007, diversos autores, sentencias y textos habían puesto de relieve la disparidad de enfoques y ámbitos de aplicación de la definición del art. 1 LGDCU de 1984 y de la definición de las Directivas comunitarias, con conclusiones diversas (de rechazo o de refrendo) sobre esa discordancia. El punto de partida de tales declaraciones, sin embargo, no siempre era idéntico, ni la premisa enteramente certera: en múltiples ocasiones [a] se ha podido leer que el concepto de las Directivas es más «restrictivo» que el español (*v. gr.*, así, SAP A Coruña 25.3.2008; según el dictamen del Consejo Económico y Social de

²¹ En algunas ocasiones, las Audiencias provinciales aportan como referencia directa de apoyo la noción de la jurisprudencia comunitaria de «consumidor privado final que no ejerce actividades comerciales o profesionales» (SAP Valencia 23 mayo 1994, SAP Asturias 2 mayo 2006). Lo más frecuente ha sido verter estas alusiones para negar el carácter de consumidor cuando el bien o servicio no se utiliza «para cubrir las propias necesidades y las de su familia» o «para satisfacer necesidades domésticas, personales y familiares» o «para utilizarlo en su vida privada o para sus usos particulares» o expresiones similares (SAP Sevilla 30 octubre 1996) (SAP Lleida 4 abril 1994, SAP Granada 16 marzo 1999, SAP Toledo 16 marzo 2000, AAP Toledo 13 octubre 2000, SAP Granada 16 febrero 2002, SAP León 4 junio 2002, SAP A Coruña 25 abril 2005, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP Málaga 9 octubre 2006, SAP A Coruña 23 marzo 2007, SAP Madrid 3 mayo 2007, SAP Toledo 19 febrero 2008, SAP Alicante 18 diciembre 2008, SAP Barcelona 15 enero 2009. Para calificar al destinatario final, un creciente número de sentencias apela al *origen económico de la noción legal de consumidor*, formulado en una de estas dos variantes ya acuñadas por la doctrina: o bien concibiendo «al consumidor como el último eslabón de la cadena de producción, transformación o comercialización» (SJMerc Madrid 26 julio 2005), «a modo de estación final del *iter* económico del proceso productivo, en donde el curso de los bienes y servicios se agota, quedando excluidos de tal concepto los empresarios y profesionales que, aún adquiriendo e incluso consumiendo tales productos, lo hacen insertándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación a terceros» (SSAP A Coruña 25 abril 2005 y 23 marzo 2007) o bien cuando el acto de consumo «se proyecta sobre el valor en uso de la mercancía o servicio y no sobre el valor de cambio de los mismos –REICH–» (SSAP Granada 16 marzo 1999 y 16 febrero 2002).

21.2.2007 al anteproyecto del TR-LGDCU, la nueva definición «rebajaría el alcance de lo definido al acotarlo de manera difusa»; aunque este tipo de declaraciones genéricas sobre el carácter más estricto del nuevo concepto sólo resulta abonado en relación con la admisión de las personas físicas y jurídicas en la LGDCU y no en las Directivas, no respecto al binomio destinatario final/reintroducción en procesos productivos; también el *Compendium* del Derecho de consumo europeo y los *Acquis Principles* aluden a que la noción española de «destinatario final» es más amplia porque permite incluir «transacciones [empresariales] atípicas no vinculadas a una ulterior transmisión»²², lo cual, en la interpretación más correcta del art. 1 LGDCU no es exacto, como se vio en el epígrafe anterior y se explicará enseguida; en cambio, en otras ocasiones [b] se ha afirmado con más precisión que el concepto de las Directivas es más amplio en la comparativa entre «destinatario final» y «uso para fines ajenos a su actividad profesional» (v. gr., cfr. implícitamente el preámbulo de la Ley 7/1998, LCGC, § 9 y VIII § 2), pudiendo incluso encontrarse [c] opiniones defensoras de la similitud de los parámetros, que diferirían tan sólo en el enfoque, con definición de la finalidad o destino en positivo (destinatario final en el sentido de uso personal, familiar o doméstico) o en negativo (actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional).

14. En definitiva, frente a la discordancia entre el concepto de las Directivas (y del vigente art. 3 TR-LGDCU) y del art. 1 LGDCU (y de la actual EM del TR-LGDCU), se enjuicie esa discordancia como comprensiva de más, menos o similares supuestos de hecho –ámbito de aplicación más amplio, más estricto o similar según se ha explicado– caben dos actitudes: una, en clave negativa, que mantiene que el concepto basado en el destinatario final debe desaparecer y dar paso exclusivamente al concepto comunitario y otra, en clave, positiva, que patrocina la posibilidad de cohonestar ambas nociones para el Derecho español. Con los matices que ahora siguen y tras el examen del argumentario de ambas, resulta preferible la adoptar la solución positiva.

15. *La visión negativa del art. 1 LGDCU de 1984* –y, por ende, de su pervivencia a través de la EM del TR-LGDCU– se basa en cuatro argumentos²³: i) El concepto de «destinatario final» es singular de España en el contexto comparado. ii) Es un concepto que «no encaja en el Derecho comunitario». iii) Se ha demostrado su impropiedad al permitir la inclusión ciertos consumos empresariales y dejar fuera claras relaciones de consumo. iv) La noción comunitaria abarca más supuestos que la basada en la expresión «destinatario final», que no deberían quedar excluidos en la normativa nacional. De los cuatro argumentos, que ahora se desarrollarán, cabe compartir plenamente el cuarto, que es justo el que genera la necesidad de cohonestar (en positivo) ambas nociones.

En cuanto al primer argumento, [i] se trata de una idea tópicamente repetida desde hace años por parte de la doctrina, cuando los estudios de Derecho comparado muestran fehacientemente que dentro de la Unión Europea al menos otros tres países se basan también en la noción de destinatario final (Grecia, Hungría y Luxemburgo)²⁴. En cuanto al segundo argumento, [ii] pierde buena parte de su peso si se contrasta con dos datos de cuño comunitario: por una parte, la jurisprudencia del TJCE, que al interpretar Directivas de Derecho material y Reglamentos de Derecho procesal comunitario (*supra*, apartado 1.2) ha acercado ambas perspectivas al recurrir precisamente a ideas como el «consumidor final privado» o que atiende a sus «necesidades personales o familiares», tan vinculadas a la interpretación al uso del concepto de destinatario final; por otra parte, los recientes textos que han evaluado las desviaciones de las transposiciones nacionales respecto a las Directivas comunitarias han concluido que las definiciones nacionales, incluida la española del art. 1 LGDCU y su noción de destinatario final, «son acordes con los requisitos mínimos

²² SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 458; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 27.

²³ Algunos de ellos, recientemente expuestos, con firmeza, por L. ARNAU RAVENTÓS, «La noció de consumidor i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, 2008, pp. 9-46, esp. pp. 13 y 20-22; y por E. ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario», en E. BOSCH CAPDEVILA, (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 209-238, esp. p. 223.

²⁴ *Vid.* SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 457-458; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, pp. 26-27; *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 96.

del Derecho comunitario»²⁵ y, de hecho, la Comisión Europea no ha requerido en ningún momento a España por incorrecta transposición de las Directivas en este punto. El tercer argumento [iii] merece algunas precisiones. En contra de la definición del art. 1 LGDCU basada en la noción de destinatario final, durante años se han vertido algunas críticas justas por la técnica legislativa empleada –doble versión, sobre quién es y quién no es consumidor– y por su falta de claridad en algunos extremos; esas deficiencias técnicas han quedado superadas en la nueva versión que da la EM del TR-LGDCU. Sin embargo, las dos críticas de fondo sobre las disfunciones ocasionadas por tales defectos han podido quedar superadas desde hace años por la cabal interpretación de la doctrina y la jurisprudencia: en cuanto a la posibilidad de que ciertos consumos empresariales (puras relaciones mercantiles entre dos empresarios o profesionales) quedasen incluidos en la noción de consumidor por ser «destinatarios finales» de un bien que no transforman, revenden o reofertan a terceros –aunque sí lo utilizan en alguna medida en su labor empresarial o profesional: bienes de equipo, elementos para prestar servicios en sus instalaciones sin conexión directa con el producto final que ofertan, etc.– ha sido conjurada en múltiples ocasiones, fundamentalmente a partir de la refutación de una interpretación aislada del § 2º del art. 1 LGDCU (contemplar sólo la idea del «destinatario final»); en la interpretación más equilibrada de este precepto, los §§ 2º y 3º deben interpretarse de forma conjunta²⁶, de manera que el párrafo tercero no sólo es el negativo del párrafo segundo, sino la explicación de lo que se entiende por destinatario final: quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios *sin* el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización y prestación a terceros²⁷. Por lo demás, sí es lectura al uso del precepto ligar esos «procesos» con la idea del «mercado», de manera que cualquier uso relacionado con éste quedaría excluido de la noción de consumidor²⁸. Cabe constatar, en todo caso, que con la herramienta del art. 1 LGDCU, la jurisprudencia ha excluido en la mayoría de los casos cualesquiera consumos empresariales –la referencia a la incorporación, siquiera «indirecta», en esos procesos empresariales que ahora hace la EM del TR-LGDCU refrenda esta interpretación–, salvo unas pocas sentencias, que cabe catalogar como excepcionales, incongruentes con la jurisprudencia y carentes de auténtica argumentación²⁹. En cuanto a la supuesta deficiencia de la noción de los destinatarios finales

²⁵ SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 455; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26. A lo cual cabe contraobjetar algún matiz, relacionado con el argumento cuarto, como se expondrá.

²⁶ Ponen énfasis en esa interpretación conjunta las siguientes sentencias, SAP Baleares 23 enero 1995, SAP Madrid 22 enero 2000, SAP Valencia 10 octubre 2000 y 15 enero 2001, AAP Madrid 2 abril 2001 y SAP Asturias 7 noviembre 2002, que repiten esta afirmación: «conjugados ambos apartados es obvio que habrán de quedar excluidos de estas caracterizaciones jurídico-económicas los adquirentes de bienes o servicios que los emplearan o integraran en un proceso empresarial, comercial o profesional, en lugar de ser meros destinatarios o usuarios finales de los mismos»; y la SAP Alicante 8 enero 2002 subraya que la interpretación debe hacerse «cohonstando definición y exclusión»; numerosas sentencias reproducen y emplean los criterios de ambos párrafos: v. gr., SSTS 18 junio 1999, 29 diciembre 2003 y 15 diciembre 2005 y SAP Asturias 12 abril 2000, SAP Tarragona 28 marzo 2001, SAP Barcelona 15 abril 2002, SAP Girona 29 mayo 2002, SAP Girona 29 mayo 2002, SAP Barcelona 28 enero 2004, SAP Tarragona 15 julio 2004, SAP Madrid 20 julio 2005, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Madrid 5 junio 2006, SAP Barcelona 7 junio 2006, SAP Huesca 29 junio 2006, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP Cuenca 15 noviembre 2006, SAP Ourense 19 enero 2007, SAP Jaén 20 marzo 2007, SAP Valencia 4 febrero 2008.

²⁷ En este sentido, por todos, L. M. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en ID. *et al.*, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 179-221, esp. pp. 199-201: «parece más fiel y respetuoso con la letra de la ley y con su espíritu (art. 1.3 LGDCU) interpretar la situación jurídica de destinatario final en sentido negativo (esto es, no como integración de lo adquirido o contratado en procesos de mercado) y no tanto en sentido positivo (es decir, como destinación de lo adquirido o contratado a un uso familiar, personal o doméstico)».

²⁸ *V. gr.*, según la SAP Toledo 16 marzo 2000 y el AAP Toledo 13 octubre 2000, el uso ha de ser «ajeno al mercado».

²⁹ Es posible cuantificar aproximadamente en un 5% el porcentaje de resoluciones judiciales que se desmarca del *corpus* jurisprudencial que deniega la condición de consumidores a empresarios que actúan como tales. Un examen detallado de estos fallos (que puede verse en CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit.), permite distinguir cuatro grupos de sentencias: un *primer grupo*, de sentencias «no conscientes», en las que la resolución no llega a reparar en que el reclamante carece de la condición de consumidor y aplican directamente la normativa de consumo impetrada sin ninguna consideración expresa sobre por qué cabe encuadrar al alegante en esa categoría (SSTS 13 noviembre 1995, STS 31 julio 1997, SAP Lleida 21 enero 2000 y SAP Asturias 9 junio 2000). Un *segundo grupo*, de sentencias «conscientes inmotivadas», en las que el tribunal sí es consciente de este *prius* en la aplicación de la LGDCU, pero opta deliberadamente por entender que se cumplen los parámetros, sin especial esfuerzo reflexivo, acaso por falta de controversia de las partes sobre este extremo (STS 18 septiembre 1998 y SAP Valencia 26 enero 1999). El *tercer grupo*, de sentencias «conscientes motivadas», en línea con el anterior, pero con aportación de argumentos de dudosa valía y peso (STS 21 septiembre 2004, SAP Málaga 20 octubre 1992, SAP Barcelona 22 marzo 2000, SAP Las Palmas 16 febrero 2002 y SAP Madrid 26 abril 2004; cfr. STS 6 octubre 2004). Finalmente, un *cuarto*

del art. 1 LGDCU por poder dejar desprotegidos a los familiares o amigos que reciben el bien del consumidor contratante, o, a la inversa, la desprotección de éste por no ser el usuario final, hace tiempo que quedó corregida con la interpretación uniforme en favor de su inclusión como consumidores –en ambos casos–, con apoyo en las conocidas nociones de consumidor jurídico y consumidor material y en la desconexión de estos actos con la idea del mercado. En conclusión, más de dos décadas de interpretación doctrinal y jurisprudencial de los requisitos del art. 1 LGDCU habían depurado ya bastantes de las dificultades que su dicción ocasionaba; y en los últimos tiempos estaba también asentada en los tribunales la tendencia a interpretar sus términos de conformidad con la definición comunitaria³⁰.

Por lo que respecta al cuarto argumento de la visión crítica o negativa con los elementos del art. 1 LGDCU, [*iv*] debe convenirse que, en efecto, *existen supuestos de hecho que quedarían fuera –o al menos han suscitado dudas hasta la fecha– con las ideas de destinatario final y reintroducción en el mercado* (o incorporación, directa o indirecta, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros), *que, en cambio, sí quedarían incluidos en el ámbito de protección con el criterio comunitario* de actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así sucede tanto con quien vuelve a introducir bienes en el mercado al margen de una actividad profesional³¹ como con quien adquiere sin erigirse en destinatario final (para un uso colectivo ajeno, para arrendar) siempre que sus actos se ubiquen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional³². En este sentido, cabría catalogar como «consumidor» –de acuerdo con el art. 3 TR-LGDCU; no, *stricto sensu*, con el art. 1 LGDCU–:

- a) *al inversor no profesional, bien en valores mobiliarios³³ o bien en inmuebles, que adquiere para su reventa³⁴ o para su alquiler³⁵;*
- b) *al consumidor/destinatario intermedio* (cfr. art. 10.1.h Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia) o intermediario no profesional, incluido quien adquiere para un uso colectivo ajeno (fuera de un ámbito empresarial: asociaciones, etc.);
- c) *al cedente no profesional (consumidor) que vende, arrienda, permuta, etc. algún bien a un empresario o profesional.*

grupo, de sentencias sobre supuestos limítrofes o dudosos, con desviación respecto a la argumentación jurisprudencial mayoritaria (SAP Toledo 24 enero 1995, SAP Burgos 15 febrero 2001, SAP Granada 16 febrero 2002, SAP Girona 23 octubre 2006 y SAP Madrid 14 noviembre 2001). Para una crítica de los argumentos de cada una de estas sentencias y una réplica mediante casi dos centenares de sentencias de argumentación homogénea sobre quién debe ser considerado consumidor y quién no a la luz del art. 1 LGDCU, véase la obra citada en esta nota. Sin presentar ninguna duda ni fisura sobre la negativa a rechazar la aplicación de la normativa de consumidores a la relación entre empresarios, por ejemplo, entre las más recientes, STS 19 febrero 2010 (relación entre contratista y subcontratista de obra) o SAP Girona 22 enero 2010 (telefonía móvil contratada por un empresario).

³⁰ Aunque no se trata de una fórmula uniforme empleada por la jurisprudencia, sí existen diversas sentencias que, con el objeto de negar la condición de consumidor a un litigante, usan la cita de las Directivas bien como refuerzo argumental para confirmar que el mismo resultado se obtendría con el criterio de la Directiva –lo que confirma la idea, *infra*, de que en un amplio número de casos los criterios de la LGDCU y las Directivas son convergentes– (así, SSTS 13 marzo 1999, 26 abril 1999, 31 octubre 2000 y SAP Castellón 7 mayo 1992, SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004, SAP Cuenca 15 noviembre 2006, SAP Alicante 18 diciembre 2008, AAP Madrid 10 diciembre 2008); o bien como base directa para resolver el litigio, procurando la noción comunitaria al juzgador auxilio o comodidad, para evitar, en casos limítrofes, la literalidad de los criterios de «destinatario final» y «reintroducción en procesos productivos» de la anterior norma española (así, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Cádiz 30 diciembre 2004, SAP Madrid 3 mayo 2007 y SAP A Coruña 25 marzo 2008).

³¹ Cfr. SAP Madrid 3.5.2007.

³² Vid. ARNAU RAVENTÓS, «La noción...», cit. pp. 14-15, 17, 20-21 y 42-43; A. CARRASCO PERERA (dir.), *El Derecho de consumo en España; presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 24 y 399.

³³ No en la LGDCU según el AAP Madrid 11 mayo 1999 en un préstamo para adquirir acciones, sí según la SAP Madrid 10 enero 2007 en un caso de inversor particular que concertó un contrato de asesoría financiera con una empresa; favorable a su calificación de consumidor conforme a la LGDCU, con dudas, MIRANDA SERRANO, «La protección...», cit., pp. 202-203; en la actualidad, la inclusión del inversor mobiliario o, en general, del usuario de servicios financieros como «consumidor» en el sentido del art. 3 TR-LGDCU viene avalada por los arts. 4 y 5 Ley 22/2007 [LCDSF], incluidos, por ejemplo, los «servicios de inversión»; cfr. también art. 1.1.b §3 Ley 2/2009 [LCCPCH] respecto a préstamos o créditos «con cualquier finalidad».

³⁴ No como actividad habitual y organizada, profesional: cfr. SAP Cádiz 30 diciembre 2004 sobre un supuesto «subastero», con «actividad mercantil, no sabemos si profesional o no».

³⁵ Según A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentarios al artículo 1 LGDCU», en R. BERCOVITZ / J. SALAS, [coords.], *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 17-43, esp. p. 36), excluido de la LGDCU.

16. A la anterior actitud de censura frente a la noción del art. 1 LGDCU por su comparación con la noción comunitaria de consumidor cabría oponer una *visión positiva o integradora* que puede sintetizarse en expresiones como la empleada en la SAP Cuenca 15.11.2006: la definición del art. 1 LGDCU «se cohonestaba fácilmente con la proporcionada por la Directiva comunitaria 85/577, de 20 de diciembre» (en un supuesto en el que por ambas definiciones quedaba excluido como consumidor el comprador de un taladro destinado a un taller de carpintería metálica). De hecho, parte de la doctrina ya sugería que ese precepto admitía una lectura conforme a las Directivas³⁶, cosa que venían haciendo diversas sentencias (*infra*, 3.4), lo cual, llevado a cierto extremo, hace decir a la SAP Tenerife 4 abril 2008 que el art. 3 TR-LGDCU «puede servir, en su caso, como pauta interpretativa» para la noción de consumidor relativa a contratos concluidos antes de su entrada en vigor (en el caso, un supuesto claro de comprador-destinatario final y no profesional de un vehículo con faltas de conformidad). En el fondo, fue también el intento de la EM de la LCGC de 1998, la cual, al transponer la Directiva sobre cláusulas abusivas, señaló que «la Ley mantiene el concepto amplio [*sic*] de consumidor hasta ahora existente [...] si bien debe entenderse *incluida también* –según el criterio de la Directiva– a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional *aunque no fuera destinatario final* de los bienes o servicios objeto del contrato». Cuestión diversa es que una exposición de motivos no sea el cauce técnico idóneo para realizar un cambio en el concepto de consumidor y transponer la nueva noción, por lo que el legislador del TR de 2007, aleccionado por el estéril ensayo de 1998, ha preferido realizar el cambio directamente en el articulado (y dejar la explicación tradicional en la exposición de motivos, con el valor que a esto puede dársele, como a continuación se señalará).

En definitiva, como algunos autores han señalado –dentro de esta visión positiva que se comparte, con el matiz que sigue–, en ambas nociones (ser destinatario final sin reintroducir en el mercado y actuar fuera de un ámbito profesional) «se trata de delimitar con criterios convergentes lo que es un consumidor en sentido estricto»³⁷, por lo que «son en cierto modo complementarios»³⁸ y «en la mayoría de los casos ambas formas de describir el propósito conducirán al mismo resultado»³⁹. Sin embargo, en unos pocos casos esas descripciones dispares pueden conducir a resultados diversos⁴⁰. Precisamente esos supuestos, si comprendidos en la noción más amplia de la Directiva y del art. 3 TR-LGDCU (fundamentalmente, el consumidor-inversor, el consumidor intermedio o intermediario y el consumidor que vende a un empresario, antes expuestos) que quedarían fuera de los criterios del art. 1 TR-LGDCU, justifican el cambio legislativo en la definición de consumidor y fuerzan un pronunciamiento sobre el valor de su pervivencia en la EM del TR-LGDCU en línea con la visión positiva o integradora que parece preferible.

3. Propuesta de interpretación del valor de la noción subsistente en la exposición de motivos

17. Presupuesta la carencia de valor normativo directo de las Exposiciones de Motivos de las leyes, la inclusión –revisada, mejorada y sintetizada– de los elementos definitorios del consumidor oriundos de la LGDCU de 1984 en la EM del TR-LGDCU de 2007 podría merecer una de estas cuatro valoraciones sobre su eficacia: en primer lugar, entender que por su ubicación ese texto carece de cualquier eficacia y debe tenerse por no puesto; en segundo lugar, entender que contiene elementos más

³⁶ J. J. MARÍN LÓPEZ, «El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación», en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, pp. 108-217, esp. pp. 155-156.

³⁷ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., p. 32.

³⁸ G. BOTANA GARCÍA, «Comentarios al art. 1 LGDCU», en E. LLAMAS POMBO (dir.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 39-81, esp. p. 65. También R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», en Id. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 86-99, esp. pp. 90-91) lo entiende así, de forma que «ambas [definiciones] deberían conducir a un mismo resultado» y, de no ser los resultados equiparables, a lo que, añade, debe tenderse, el TR «podría incurrir en un supuesto de *ultra vires* con respecto a la legislación legislativa [*sic*] de la mencionada disposición final quinta de la Ley 44/2006».

³⁹ J. HERRE / E. HONDIUS / G. ALPA ('Task Force on Consumers and Professional' dentro del «Study Group on a European Civil Code»), *The Notions of Consumer and Professional and Some Related Questions*, presentado en Valencia, 2002, disponible en http://www.sgecc.net/pages/downloads/consumers_and_professionals.pdf.

⁴⁰ HERRE/HONDIUS/ALPA, *ibidem*.

restrictivos que la noción comunitaria –que versa sobre el ámbito de aplicación de las Directivas– y, por tanto, la asimilación de la EM es «errónea»⁴¹ y merece su eliminación; en tercer lugar, en sentido totalmente opuesto (en línea con la recomendación del Dictamen de 21 febrero 2007 del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto del TR, que sugería que se «debería mantener la definición de la LGDCU, evitando incorporar un nuevo concepto que quedaría delimitado únicamente por la exclusión de lo que no sea considerado actividad empresarial o profesional y que rebajaría el alcance de lo definido al acotarlo de manera difusa»), entender que pese al cambio legislativo siguen plenamente en vigor los elementos del art. 1 LGDCU en la dicción de la EM del TR-LGDCU, so pena de nulidad del art. 3 TR-LGDCU por exceder los límites de la refundición⁴².

En cuarto lugar, en mi opinión, *cabe patrocinar una interpretación integradora de ambos criterios* en buena medida convergentes, partiendo de la base de que la noción comunitaria del art. 3 TR-LGDCU es más amplia que la del art. 1 LGDCU incluso en su versión corregida de la EM del TR-LGDCU; en este sentido puede defenderse la validez de la explicación de la exposición de motivos como criterio de interpretación del art. 3 TR-LGDCU, siempre la aplicación de sus criterios (destinatario final para uso privado y falta de incorporación, directa o indirecta, del bien o servicio en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros) no deje fuera alguno de los supuestos de hecho que merecerían protección con el criterio más amplio de la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. O dicho en otros términos: *las expresiones de la EM no pueden limitar los supuestos cubiertos por el art. 3 TR-LGDCU*, pues dejarían desprotegidos a consumidores que sí lo estarían conforme a las Directivas de referencia, habiendo de interpretarse el Derecho español conforme al comunitario, *pero sí pueden servir como pauta hermenéutica para aclarar el núcleo común de casos que obtendrían la misma solución con uno u otro criterio*. Con esta solución, amén de salvaguardar la oportunidad y legalidad tanto de la EM como del art. 3 TR-LGDCU, no se desaprovecha el amplio bagaje doctrinal y jurisprudencial de decantación de supuestos que pueden cohonestarse con el criterio de la «actuación ajena a una actividad profesional» a partir de los criterios del «destinatario final» y la «incorporación al mercado». De casi dos centenares de sentencias centradas en dilucidar si una de las partes era o no consumidor (dejando aparte otras muchas sentencias en que esta cuestión no era objeto de debate), poco más de una docena se apartan –sin especial aportación argumental– de los sólidos criterios jurisprudenciales a la hora de examinar supuestos dudosos. Ese acervo jurisprudencial⁴³ puede seguir sirviendo de pauta a los tribunales a la hora de interpretar el art. 3 TR-LGDCU, siempre que se emplee como auxilio hermenéutico acorde con la noción comunitaria y no como fórmula para recortar

⁴¹ ARNAU RAVENTÓS, «La noción...», cit., pp. 14 y 22: «ya no tiene tanta explicación (y al fin y al cabo hace pensar que el legislador estatal no es del todo consciente de las implicaciones del nuevo concepto de consumidor que establece) la afirmación, del todo errónea que hace la EM del RDL 1/2007». Para E. ARROYO I AMAYUELAS («Comentarios al artículo 92 TR-LGDCU», en S. CÁMARA LAPUENTE [dir.], *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Madrid, Colex, 2010 [en prensa]) no puede servir para interpretar el art. 3

⁴² En esta línea, M. A. PARRA LUCÁN («Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos [Capítulo XI]», en L. F. REGLERO CAMPOS [coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2008, pp. 421-556, esp. p. 435) afirma: «para aclarar que no se ha pretendido (porque eso significaría la nulidad de la norma) introducir una modificación en el concepto de consumidor que se refunde» la EM parangona la definición del art. 1 LGDCU.

⁴³ Una síntesis de las directrices de estos dos centenares de sentencias, que no se recoge aquí por razones de espacio, puede consultarse en CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit. [en prensa], epígrafe 3.3.4, donde se abordan las sentencias que versan sobre a) la explicación de qué se entiende por «destinatario final» (con la reiterada idea de que supone usar el bien para un uso personal, primvado, familiar o doméstico), b) el uso de la cita de refuerzo de las Directivas, c) quiénes sí han sido declarados consumidores y d) quiénes no, e) la exclusión de los contratos típicamente mercantiles entre empresarios (como la franquicia, el arrendamiento de locales de negocio, el *leasing*, el *renting*, la concesión de explotación de máquinas recreativas, las compraventas mercantiles, los sistemas de pago mediante tarjetas de crédito en comercios, los préstamos mercantiles, la subcontratación de obra [STS 19 febrero 2010], etc.) y f) de los supuestos en que los bienes o servicios se integran en procesos de producción (por su explicación del criterio y las circunstancias del caso, cabe destacar entre éstas: STS 15 diciembre 2005, SAP Alicante 16 junio 2000, SAP Barcelona 21 diciembre 2000, SAP Asturias 8 abril 2002, SAP Cantabria 25 noviembre 2002, SAP Segovia 18 diciembre 2002, SAP Murcia 14 marzo 2003, SAP Huelva 17 septiembre 2003, SAP Barcelona 29 septiembre 2003, SAP Madrid 5 marzo 2004, SAP Málaga 17 febrero 2005, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Ciudad Real 4 abril 2006, AAP Barcelona 11 abril 2006, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP A Coruña 4 abril 2008), así como g) las sentencias (minoritarias e infundadas) que no han aplicado la interpretación jurisprudencial consolidada sobre el art. 1 LGDCU (*vid.* una escueta alusión a estas últimas, *supra*, apartado 2.2).

ésta. Debe tenerse presente que la nueva noción, con el carácter difuso de los términos «ámbito ajeno» y «actividad empresarial o profesional» (cfr. art. 4 TR-LGDCU), tampoco constituye la solución de todos los males del art. 1 LGDCU y puede entrañar dificultades de aplicación práctica para las que la citada jurisprudencia puede seguir siendo de valía.

III. Elementos del concepto legal

1. El sujeto: el problema de las personas jurídicas

18. El art. 3 TR-LGDCU menciona como posibles consumidores a las «personas físicas o jurídicas». Además de actuar conforme al parámetro del artículo, para recibir la calificación de consumidor, esa actuación debe constituir una relación jurídica con un empresario (definido en el art. 4), por imperativo del art. 2 TR-LGDCU. La mención sólo de personas físicas o jurídicas deja en la sombra ciertas *entidades sin personalidad jurídica* que actúan en el tráfico frecuentemente como consumidores, fuera del ámbito de una actividad profesional, y que vienen siendo protegidas como tales por la jurisprudencia: así sucede con ciertas colectividades de personas y comunidades de bienes, como por ejemplo las comunidades hereditarias o, muy especialmente, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (en los últimos años, con abundantes sentencias en su favor en la declaración como abusivas de determinadas cláusulas sobre duración de los contratos de mantenimiento de ascensores, cláusulas penales relacionadas y cláusulas de sumisión expresa a fuero)⁴⁴. Parece juicioso interpretar que su protección como consumidores debe mantenerse con el art. 3 TR-LGDCU lo mismo que ocurría con el art. 1 LGDCU por interpretación jurisprudencial; esto cuenta con el refrendo procesal del art. 6.1.5º LEC (y cfr. art. 6.1.7º sobre grupos de consumidores) y con la consideración última del presidente o representante de estas entidades sin personalidad jurídica (art. 7.1.6º LEC) como persona física. En definitiva, por su habitualidad, no es baladí la referencia a tales entidades en la definición de consumidor que realizan las Leyes de Andalucía (art. 3.b Ley 13/2003) y Aragón (art. 3.1 y 3.2.b Ley 16/2006), en ambos casos, con la formulación acaso demasiado restringida de «entidades asociativas sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro».

19. La posibilidad de que las *personas jurídicas* sean consumidoras, tal como reconoce el art. 3 TR-LGDCU, plantea, cuando menos, tres problemas de enjundia: [3.1.1] las consecuencias de su desajuste con el Derecho comunitario, [3.1.2] la consideración de pura política y técnica legislativa sobre si deberían o no considerarse consumidoras y [3.1.3] la delimitación de las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas, *lege lata*, en la noción del art. 3 en la actualidad.

A) El desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario

20. Es hecho cierto que *la legislación española se aparta de las Directivas comunitarias de consumo* en este punto, pues tanto las Directivas cuya transposición se refunde en el RD 1/2007 como otras Directivas de protección de los consumidores contemplan exclusivamente a las personas físicas. No es cierto, en cambio, que se trate de una singularidad española (como ha repetido la doctrina y ha llegado a calar en cierto modo en la ya transcrita EM del TR-LGDCU: III § 2), se dice, exclusiva de nuestro país; al menos otros ocho países comunitarios protegen en sus legislaciones –o jurisprudencias– como consumidoras a ciertas personas jurídicas (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia)⁴⁵. En su revisión de las normas comunitarias, la Comisión no está barajando

⁴⁴ Para un examen de esta jurisprudencia, S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentario al artículo 62 TR-LGDCU», en ID. (dir.), *Comentarios a las normas*, cit.

⁴⁵ Vid. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 457 y 460-461; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26. Sin que, al decir de estos textos de escrutinio de la legislación comunitaria, hayan supuesto una infracción de los requisitos mínimos comunitarios: pp. 455/464 y 26 respectivamente. Abunda en la referencia a esos ocho ordenamientos *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 98-99.

ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas (Libro Verde de 2007 y PDDC de 2008); es más, el escenario actual podría cambiar si la eventual Directiva de refundición (PDDC) consigue abrirse camino con su propuesta de Directiva de máximos, lo que obligaría necesariamente a modificar el art. 3 TR-LGDCU, eliminando el inciso relativo a las personas jurídicas. En relación con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas la STJCE 22 noviembre 2001 (asunto *Idealservice*, § 17) afirmó que el concepto de «consumidor» definido en el art. 2.b de esa Directiva «debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a personas físicas»⁴⁶.

21. Conforme al estadio legislativo actual del Derecho comunitario, es posible adoptar una de estas dos posiciones respecto a la discordancia del Derecho español (y otros Derechos nacionales): o bien entender que, dado el carácter de mínimos de las Directivas comunitarias el legislador nacional cuenta con margen para realizar una extensión de la tutela a otras personas⁴⁷, o bien concebir que la definición forma parte del ámbito de aplicación de las Directivas y, por ende, no puede ser alterado por los legisladores nacionales, aunque el carácter de mínimos sí permita extender derechos subjetivos de los consumidores a otras personas que no merezcan tal consideración⁴⁸. Sin desconocer la sutileza y mayor acierto técnico de esta segunda posición, lo cierto es que el resultado práctico podría ser el mismo, ya que, en este caso, las personas jurídicas se ubicarían fuera del ámbito de aplicación de las Directivas y por tanto éste es un espacio en el que los Estados miembros tienen total libertad legislativa⁴⁹ –como refrendo de esta idea por el propio TJCE cabe citar la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *Di Pinto*, § 22), que señala que la cláusula de mínimos del art. 8 Directiva 85/577 «no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a los Estados adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere, como es el de la protección a los comerciantes» o la STJCE 4 junio 2009 (asunto *Moteurs Leroy Somer*, §§ 26-28)⁵⁰, que permite el establecimiento de un régimen similar al de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos defectuosos respecto a daños no cubiertos por la Directiva, que, por ende, quedan fuera de su ámbito de aplicación—. Por lo tanto, de desear mantener la extensión de la protección a las personas jurídicas, acaso fuese técnicamente más afortunado respetar la definición comunitaria de consumidor como persona física y realizar una extensión de la protección de los estrictos consumidores a otros sujetos, como las personas jurídicas (así, v. gr., se plantea en el Proyecto de Código de consumo portugués). Resta por comprobar si esto es legalmente factible y conveniente [3.1.2] y si es preciso añadir algún parámetro adicional de delimitación [3.1.3].

B) Consideraciones de política y técnica legislativa sobre la posibilidad de incluir a las personas jurídicas entre los consumidores protegidos

22. La posibilidad técnica de incluir a las personas jurídicas como consumidores –dejando ahora al margen los problemas de su relación con las Directivas en vigor– parece incluso menos discutible en la actualidad con la noción del art. 3 TR-LGDCU, ajeno a los problemas del concepto de destinatario final entendido como usuario de ámbito familiar, personal o doméstico. Existen incluso voces que, vigente la LGDCU, sostenían que «la opción española es preferible y más realista que la comunitaria»⁵¹. En varios países se ha estado barajando o baraja la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en su

⁴⁶ STJCE (Sala 3ª) de 22 noviembre 2001, asuntos C-541/99 y C-542/99, caso *Cape c. Idealservice e Idealservice c. Omai*; en asunto –sobre posible extensión de la noción a una sociedad anónima– procedente de Italia, donde no existe definición ampliatoria a las personas jurídicas como España.

⁴⁷ V. gr., MARÍN LÓPEZ, «El ámbito...», cit., pp. 155-156; M. RUIZ MUÑOZ, «De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)», *Derecho de los Negocios*, nº 171, 2005 (versión de www.laley.net, 2585/2004), pp. 1-3, esp. p. 4, n. 22.

⁴⁸ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., p. 33; ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit. p. 219; Id., «Comentarios al artículo 92 TR-LGDCU», cit., epígrafe 2; J. CALAIS-AULOY, «La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire», en L. THÉVENOZ / N. REICH (dirs.), *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation. Konsumentenrecht. Consumer Law*, Genève/Zurich/Bâle, Nomos/Schulthess, 2006, pp. 65-75, pp. 69, 72-73.

⁴⁹ Así lo reconoce CALAIS-AULOY, *ibidem*

⁵⁰ Ambas citadas *supra*, para referencias completas.

⁵¹ CARRASCO PERERA, *El Derecho...*, cit., p. 24.

formulación de la noción comunitaria: así, en la propuesta de la Comisión francesa de reforma del Derecho del consumo de 1990 (y se admite, bajo el concepto de «no profesionales» por la Corte de casación francesa, sentencia 15 marzo 2005) o en el anteproyecto portugués de Código del consumidor (art. 11), aunque también existen países donde se estudia la reforma inversa (v. gr. Hungría). Más aún, el propio considerando 29º de la Directiva 2002/65 sobre servicios financieros a distancia expresamente señalaba que los Estados miembros podían ampliar su protección a «las organizaciones sin ánimo de lucro». En España, esta posibilidad técnica aparece refrendada por diversas leyes especiales sectoriales relacionadas con bienes o servicios de uso ordinario, donde también se protege como consumidores a las personas jurídicas en relación con préstamos o créditos hipotecarios (art. 1.1.b Ley 2/2009 LCCPCH similar en dicción en lo demás al art. 3 TR-LGDCU), telecomunicaciones (anexo II, nº 4 LGT y concordantes), electricidad (art. 9 Ley 54/1997), etc. (*vid. supra*); y lo mismo sucede en leyes que aún reproducen el tenor del art. 1.2-3 LGDCU, como el art. 1.3 Ley 43/2007 [LCBOP].

23. Cuestión distinta es que, desde un plano de política legislativa, esta extensión indiscriminada a las personas jurídicas, sin fijar parámetros *ad hoc*, pueda no ser pertinente. Existen razones que militan en contra de incluir a las personas jurídicas como consumidores: suelen o pueden contar con recursos técnicos, de organización y de defensa superiores a los de cualquier persona física; su poder de negociación (v. gr., ciertas fundaciones) puede ser incluso superior al de algunos empresarios; se crearía una división discriminatoria entre pequeñas y medianas empresas, siempre excluidas en sus consumos empresariales, y otras personas jurídicas como fundaciones, asociaciones o cooperativas⁵²; o, pensando en la noción de destinatario final, su falta de idoneidad para serlo salvo metafóricamente y tomando por consumidores finales y materiales a sus miembros⁵³. Consideraciones de ese tipo han hecho que, incluso defensores convencidos de las personas jurídicas como posibles consumidores rectifiquen recientemente su posición⁵⁴.

C) Delimitación de las personas jurídicas incluidas, «lege lata», en el art. 3 TR-LGDCU

24. Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas como consumidoras sigue luciendo en el art. 3 TR-LGDCU y cumple delimitar qué personas jurídicas merecen esta tutela. La respuesta obvia es: aquellas que cumplan los mismos requisitos del artículo para las personas físicas (así, SAP Guipúzcoa 12 junio 2000). Esta respuesta se daba también en relación con el art. 1 LGDCU –en palabras de las SSAP Cantabria 2 abril 2002 y 25 noviembre 2002, «aunque en dicha Ley se contemplan como posibles consumidores las personas jurídicas, tal mención se refiere a las que siéndolo no intervienen en el mercado de bienes y servicios»–, con el matiz de subrayar, de forma prácticamente unánime por la doctrina, que para merecer tal protección había de tratarse de personas jurídicas no lucrativas o sin ánimo de lucro (así también hoy, la Ley 26/2006 de Aragón) a lo que algunos autores añadían que la transmisión de los bienes o servicios que contrataban debían producirse a título lucrativo⁵⁵ o a precio de coste para sus miembros o personas vinculadas a ella⁵⁶.

⁵² Por todos, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., p. 227; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., pp. 32-34).

⁵³ RUIZ MUÑOZ, «De empresarios...», cit., § IV *et passim*.

⁵⁴ Contrátese CALAIS-AULAIS en 1984 y en 2006 (*Vers un nouveau droit de la consommation*, Paris, Collection des Rapports Officiels, 1984, p. 13; ID., «La notion», pp. 69-70 y 75); y A. BERCOVITZ en 1992 y en 2006 («Comentarios al art. 1 LGDCU», cit., pp. 40-41; ID., «El concepto de consumidor», en A. AZPARREN LUCAS [dir.], *Hacia un Código del consumidor*, Madrid, CGPJ, 2006, pp. 17-37, esp. pp. 32-34).

⁵⁵ V. gr., A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 41; BOTANA GARCÍA, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 77; RUIZ MUÑOZ, «De empresarios...», *ibidem*; y también la Ley 13/2003 andaluza, con dicción criticable –*vid.* A. BERCOVITZ, *ibidem*, pp. 34-35 y 41– al no exigir que la persona jurídica no tenga ánimo de lucro, sino sólo que transmita sin ese ánimo a sus trabajadores, socios o miembros: cfr. el apoyo de este criterio, *obiter dicta*, en la SAP Barcelona 15 enero 2009.

⁵⁶ R. LARA GONZÁLEZ / J. M. ECHAIDE IZQUIERDO, *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de Derecho del Consumo*, Madrid, Esic, 2006, p. 48.

25. Dejando de lado algunos fallos judiciales criticables que concedieron *contra legem* protección a sociedades anónimas o limitadas⁵⁷, pocas han sido las sentencias que han tratado directamente la cuestión⁵⁸ y también pocas las que han recurrido al expediente –cómodo pero insuficiente por el tenor literal del art. 1 LGDCU y hoy 3 TR– de citar la STJCE 22 noviembre 2001 (*Idealservice*) y las Directivas para negar el carácter de consumidor de una mercantil con personalidad jurídica⁵⁹. Según la SAP Madrid 5 junio 2006, «es indudable que no puede entenderse la *sociedad civil* que adquirió la furgoneta, y por lo tanto sus miembros que son los que actúan como parte en este proceso, como consumidores o usuarios a los efectos de la LGDCU». Merecen mención, por escasas, por ser cuestión principal del litigio y por reconocerse la calidad de consumidores a ciertas personas jurídicas, la SAP Teruel 31 octubre 2002 (sindicato) y la SAP Guipúzcoa 12 junio 2000 (Cruz Roja)⁶⁰.

26. En resumen, bajo la vigencia del art. 1.2 LGDCU y más como construcción doctrinal que por aplicación jurisprudencial, pues apenas ha sido cuestión litigiosa cuando versaba sobre auténticas personas jurídicas consumidoras, sólo se consideraban como tales las que carecían de ánimo de lucro y no reintroducían en el mercado los bienes o servicios. Así existía acuerdo en considerar posibles consumidoras a las *fundaciones*⁶¹ y a las *asociaciones*; y cierta discrepancia en cuanto a las *cooperativas*⁶².

27. Con la entrada en vigor del nuevo concepto del art. 3 TR-LGDCU acaso cabría entender que las personas jurídicas incluidas siguen siendo las mismas o quizás defender que es preciso que su objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial⁶³. A mi modo de ver, el *ámbito de personas jurídicas comprendidas ha cambiado en un doble sentido: por una parte*, siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dadas los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia)⁶⁴ *deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto las cooperativas como las fundaciones*, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (organización/permanencia/habitualidad por definición *ex art. 2 Ley 50/2002* y actividad económica *ex art. 24.1* de la misma ley) y, en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional. En este sentido, sólo quedarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios⁶⁵; así, por ejemplo, una asocia-

⁵⁷ Cfr. SAP Asturias 7 noviembre 2002 y SAP Girona 23 octubre 2006; en cambio, rechazo directo por ser compañías mercantiles, en la SAP Sevilla 4 junio 2003, SAP Madrid 20 julio 2005, AAP Barcelona 11 abril 2006 y SAP Jaén 20 marzo 2007. La SAP Asturias 2 mayo 2006 argumenta sobre la exclusión de las personas jurídicas de Derecho público como consumidores.

⁵⁸ Aparte de hacer consideraciones *obiter dicta* sobre la peculiaridad española respecto a las directivas en este punto: SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004.

⁵⁹ SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Madrid 11 abril 2007 y SAP Alicante 18 diciembre 2008.

⁶⁰ Según esta última, «esta condición de consumidor final del servicio telefónico es atribuible a Cruz Roja aun cuando ésta asuma la forma de persona jurídica. Dado que para que una persona jurídica pueda ser conceptuada como consumidora debe recurrir los mismos requisitos que el consumidor persona física y por ello, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado, deberá ser, por tanto, como en el supuesto que nos ocupa, una persona jurídica sin finalidad de lucro y que en su caso, transmita a título gratuito los bienes o servicios adquiridos».

⁶¹ No a las empresas de éstas: I. BARRAL VIÑALS, «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa», *Revista Catalana de Dret Privat*, n° 7, 2007, pp. 69-97, esp. p. 80.

⁶² A favor, v. gr., A. DE LEÓN ARCE, «La protección legal de consumidores y usuarios en España», en Id. (dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, I, pp. 107-155, esp. p. 140; cfr. cfr. SAP Lleida 21 enero 2000. En contra, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», p. 41, ni siquiera las cooperativas de consumidores; en el Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010), que incluye también a las personas jurídicas, se especifica que tendrán consideración de consumidores «los socios cooperativistas».

⁶³ Sostiene esto último A. CARRASCO PERERA, «Texto refundido de la Ley General para defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi Civil*, n° 5, 2008 (versión www.westlaw.es, BIB 2008, 540), pp. 1-10, esp. p. 3.

⁶⁴ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», en Id., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Colex, Madrid, 2010 [en prensa].

⁶⁵ Así, también, S. CAVANILLAS MÚGICA, «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil*, n° 1, 2008, pp. 15-48, esp. p. 20.

ción de deportistas sí estaría incluida en el ámbito del art. 3 TR-LGDCU, si sus miembros son deportistas aficionados o *amateurs*, pero no si son profesionales; en la misma línea, quedarían incluidas asociaciones de vecinos, de carácter festivo, de actividades de ocio, entidades humanitarias de base asociativa, etc. *Por otra parte, no parece que el requisito (negativo) de que la persona jurídica haya de carecer de ánimo de lucro pueda inferirse necesariamente del nuevo tenor legal* (ni del antiguo): en primer lugar, porque la definición de consumidor es única para personas físicas y jurídicas y el ánimo de lucro no es un elemento previsto en relación con el consumidor persona física, ni en Derecho español ni en Derecho comunitario (*vid.* epígrafe siguiente); en segundo lugar, porque no siendo requisito necesario el ánimo de lucro para cualificar a un empresario o profesional⁶⁶, *a fortiori*, no habría de serlo para perfilar a un consumidor; y en tercer lugar, porque despojado de elementos definitorios de la profesionalidad como la habitualidad o la organización, no se alcanza a ver por qué el ánimo de lucro como criterio en sí mismo habría de dejar desprotegidas a personas jurídicas (asociaciones) en auténticas relaciones de consumo conforme a los arts. 2 y 3 TR-LGDCU (por ejemplo, una asociación de vecinos compra una motocicleta que resulta defectuosa para realizar un sorteo/subasta con claro ánimo de lucro en busca de beneficios para destinarlos a las próximas fiestas vecinales, mejoras en el barrio o ayuda a los vecinos más desfavorecidos).

28. La interpretación propuesta llega a resultados restrictivos en relación con los consumidores personas jurídicas, limando algo las más aparentes diferencias con el Derecho comunitario. Ello no obsta a que en futuras reformas legislativas en España, por una parte se tome en consideración detraer de la noción de consumidor a las personas jurídicas (sin perjuicio de aplicarles *expressis verbis* algunas reglas de protección o de extenderles, aparte, la protección de los genuinos consumidores, según la opción legislativa que se estime más oportuna); y, por otra parte, en caso de mantener el estado actual, se incluya pronunciamiento legislativo sobre los requisitos específicos que, en su caso, habrían de cumplir las personas jurídicas (falta de ánimo de lucro, como expresamente hace la ley aragonesa), pues mientras tanto, no parecen exigibles con la ley en la mano a pesar de la tradición doctrinal y sin que, por supuesto, esto suponga abrir la puerta de la protección a personas jurídicas con ánimo de lucro como sociedades mercantiles, que tienen vetada esa protección por su propia actividad mercantil o profesional.

2. El acto de consumo: la amplitud del término «actuar» y los problemas de la actividad empresarial futura y el ánimo de lucro

29. La interpretación del término «actuar» en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional plantea dos cuestiones. En primer lugar, ¿puede considerarse consumidor a *quien contrata para realizar actividades empresariales o profesionales futuras*? Podría entenderse que existe un *acto* de consumo por quien, aún en *potencia* hoy, será mañana un empresario o profesional. La STJCE 3 julio 1997 (asunto *Benincasa*)⁶⁷ dejó muy claro –en relación con el art. 13 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial, sobre un franquiciado que adquirió productos de higiene dental para abrir un comercio del ramo– que quien «ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor», pues (§ 17) «aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional». Es una solución que parece razonable a falta de pronunciamiento legislativo en contra, como ocurre en Austria en general o podría haber ocurrido en España en relación con servicios financieros celebrados a distancia, según el considerando 29 de la Directiva Directiva 2002/65, pero el legislador de la Ley 22/2007 [LCDSF] no extendió la protección a «terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios». Aunque no pueda decirse que exista jurisprudencia española firme al respecto –o al menos, no es aparente–, existen diversas sentencias que, sin especial detenimiento en este punto, descartan que quien prepara una actividad empresarial pueda ser considerado consumidor

⁶⁶ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», cit. En el contexto de la definición de empresario del art. I.- 1:105(2) DCFR, también apuntan esa conclusión los comentarios oficiales (*DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 92, 93 y 101-102), incluso en relación con el consumidor.

⁶⁷ STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

respecto a esos actos: así, cfr. la STS 20 diciembre 2007, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, AAP León 27 enero 2000 y SAP Asturias 8 abril 2002. Seguramente desde otra perspectiva debería enjuiciarse el caso de quien se inscribe en unos cursos de formación profesional o empresarial sin certeza de emprender una tal actividad, pues se trata de un auténtico consumidor⁶⁸.

30. El segundo problema interpretativo lo plantea si es posible actuación en ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional *con ánimo de lucro*. Bajo el imperio del art. 1.2 LGDCU y en un entendimiento cerrado de qué había de entenderse por «destinatario final» y por «consumo», en ocasiones se negó que el consumidor que así actuase pudiese recibir esta tutela especial⁶⁹; también de forma generalizada, pero sólo en relación con las personas jurídicas, se aludía a que no habían de obrar con ánimo de lucro (*supra*). Con la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TR-LGDCU el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión⁷⁰; de hecho, cabe subrayar, no ha sido ningún impedimento en la consideración de particulares consumidores en operaciones con propósito especulativo en la jurisprudencia del TJCE: baste citar como ejemplo la STJCE 10 abril 2008 (asunto *Hamilton*)⁷¹, que versaba sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria (cfr. la STJCE 25 octubre 2005, asunto *Schulte*, sobre otra fórmula de inversión)⁷². Ahora bien, si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse⁷³, el límite estará los supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender inmuebles, acciones, etc.), pues de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo podría considerarse que realiza una actividad empresarial o profesional⁷⁴.

3. El (nuevo) criterio negativo: «actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»; su lectura jurisprudencial

31. Como ya se expuso, tanto con el criterio positivo del art. 1 LGDCU (hoy recogido y reformulado en la EM del TR-LGDCU) como con el criterio negativo (Directivas, DCFR) del art. 3 TR-LGDCU pueden alcanzarse resultados parecidos en un buen número de casos. Sin embargo, el nuevo criterio cubre además algunos supuestos –el consumidor-inversor, el consumidor intermedio o intermediario y el consumidor que vende a un empresario– no incluidos, o al menos no de forma indubitada, en la antigua definición (sobre todo ello, *supra*, 2.3). Conviene destacar que la dicción del art. 3 TR-LGDCU alude a actuar en un ámbito ajeno a *una* actividad empresarial, no a *su* actividad empresarial, como hacen las directivas, lo que, por una parte, amén de apartarse del literal comunitario, introduce una diferencia con la definición del empresario del art. 4 TR-LGDCU y, por otra parte, refuerza la interpretación más

⁶⁸ Así, en Italia, sentencia del Tribunal de Apelación de Turín 5 enero 2004, citada en F. LUCCHESI, «Commentario: art. 3», en G. VETTORI, (dir.), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 52. En España, un supuesto de hecho similar, puede verse en la SAP Zaragoza 20 diciembre 2008.

⁶⁹ V. gr., M. J. REYES LÓPEZ, *Manual de Derecho privado de consumo*, Madrid, La Ley, 2009, p. 91; en el AAP Madrid 11.5.1999, respecto a un préstamo para suscribir acciones cotizables en Bolsa; cfr. *obiter dicta* la SAP Granada 16.2.2002.

⁷⁰ Así, los comentarios del ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 27. Y es también la idea que subyace en la definición, concordante con las Directivas, del DCFR: *vid. DCFR-Full edition*, cit., I, p. 92; o también HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, p. 5; E. HONDIUS, «The Notion of Consumer: European Union versus Member States», *The Sydney Law Review*, nº 1, 2006, pp. 89-98, esp. p. 94 o BOURGOIGNIE, T, *Éléments...*, cit., p. 51, quienes aducen el ejemplo del particular que contrata valores en la bolsa; asimismo, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., pp. 222-223; aplicado al TR-LGDCU, ARNAU RAVENTÓS, «La noció...», cit., pp. 42-43, n. 78.

⁷¹ STJCE (Sala 1ª) 10 abril 2008, asunto C-412/06, caso *Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*.

⁷² STJCE (Gran Sala) 15 octubre 2005, asunto C-350/03, caso *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*

⁷³ Basta pensar en el sencillo ejemplo de quien abre una cuenta corriente bajo el reclamo de un interés remuneratorio alto: ¿no estará protegido frente a cláusulas abusivas pese a su ánimo de lucro en ésta o en otras inversiones más complejas? Bajo la LGDCU, se protegió como consumidor a un inversor particular que contrató asesoría sobre productos financieros de alto riesgo en la SAP Madrid 10 enero 2007.

⁷⁴ Así, *Acquis Principles*, HERRE *et al.* y ARROYO I AMAYUELAS, *ibidem* (citados antes) y la jurisprudencia del TS danés. Viene a confirmar este límite la SAP Cádiz 30.12.2004 sobre un subastero inmobiliario.

correcta sobre la exclusión de todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con el área principal o la especialización del empresario (*vid.* próximo epígrafe).

32. Pese a sus ventajas y mayor ámbito de supuestos incluidos, la nueva definición no es la panacea y no está exenta también de dificultades interpretativas y probatorias. En efecto, será preciso delimitar *ad casum* en qué consiste ese «ámbito *ajeno*» a actividades empresariales o profesionales. No cabe duda de que los actos de consumo en ámbitos puramente familiares, personales o domésticos en que el consumidor es el destinatario final quedarán fuera del ámbito profesional (*supra*); a tal efecto, si tales actos quedan desligados de ulteriores actividades económicas relacionadas, directa o indirectamente con el mercado, en el sentido en que la jurisprudencia ha ido perfilando esta idea (*ibidem*), también estarán fuera de ese ámbito y, por tanto, serán actos realizados por consumidores del art. 3 TR-LGDCU.

33. Lo difícil será especificar qué actos quedan *dentro* de ese ámbito empresarial o profesional y, en consecuencia, quedan excluidos de las normas de protección del TR-LGDCU (y del DCFR y las Directivas citadas). Para ello será de gran ayuda, dentro de la interpretación positiva o integradora que se patrocina con base en la EM del TR-LGDCU (*supra* 2.3), acudir a la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el art. 1 LGDCU (= § III.3 EM del TR) en busca de una lectura fácilmente congruente con el nuevo concepto legal. Es posible perfilar a grandes trazos tres grupos de supuestos de actividades eminentemente empresariales o profesionales: en primer lugar, los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales (*vid. supra*). En segundo lugar, los supuestos en que un empresario o profesional entabla relaciones jurídicas «disfrazado de empresario» cuando en realidad quiere el bien o servicio para usos enteramente privados; es elocuente la conocida sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 diciembre 2004, que declaró la validez de la exclusión de una garantía de conformidad firmada a mano por un demandante que adquirió un vehículo de segunda mano en su calidad de empresario porque el concesionario sólo quería vender a empresarios para excluir toda garantía⁷⁵. En la jurisprudencia española, un caso próximo, con idéntico rechazo de la condición de consumidor, en la SAP Barcelona 15 enero 2009 (compra de hidroducha por una sociedad mercantil); cfr. el AAP Madrid 10 diciembre 2008 sobre compra de teléfono móvil por un empresario.

En tercer lugar, también son actos realizados dentro de una actividad empresarial o profesional [a] los realizados *para garantizar una mejor «organización» profesional* (como uno de los rasgos, la organización, que define la actividad empresarial o profesional), los realizados para incorporar los bienes o servicios, directa o indirectamente, según resalta expresamente la EM del TR-LGDCU, *en [b] procesos de producción, [c] de comercialización o [d] de prestación a terceros*. Como se puede apreciar, el primero [a] se infiere de la nueva definición, aunque la jurisprudencia española ya venía descartando ese tipo de actos empresariales con los parámetros del art. 1 LGDCU, y los otros tres [b, c, d] traen causa de este precepto y han sido aplicados con toda corrección por los tribunales españoles incluso en los supuestos limítrofes a los que hoy apela la EM del TR como «incorporación indirecta» en esos procesos propios del mercado y la actividad económica.

- a) Entre los *actos que garantizan una mejor organización empresarial o profesional* y, por ende, excluyen a quien los realiza de la calidad de consumidor, pueden comprenderse la contratación de servicios financieros, como la apertura de cuentas en una entidad bancaria (SAP Málaga 23 abril 2002, SAP Guipúzcoa 19 marzo 2007), la concertación de seguros (STS 16 diciembre 1998), la contratación de hipotecas para garantizar préstamos para la construcción de viviendas o la adquisición de locales empresariales (STS 26 noviembre 1996, AAP Toledo 13 octubre 2000, SAP Albacete 24 noviembre 2000, SAP Ciudad Real 11 febrero 2004), la contratación de servicios de prevención de impagados o cobro de morosos (SAP Valencia 4 febrero 2008) o la contratación de servicios de consultoría para mejorar el rendimiento

⁷⁵ Sobre la sentencia, *vid.* M. EBERS, «Quién es consumidor?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2006, pp. 229-238, esp. p. 229 y ss. Cfr. también algunas afirmaciones de la STJCE 20 enero 2005 (asunto *Gruber*), *infra*.

empresarial, como, por ejemplo, la asesoría para implantación de protocolos de calidad ISO (SSAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002).

- b) Entre la *contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de producción*, pueden comprenderse la adquisición de bienes de equipo, fundamentalmente maquinaria (STS 12 diciembre 1991, STS 13 marzo 1999, STS 16 octubre 2000, SAP Alicante 16 junio 2000, SAP Cuenca 15 noviembre 2006; cfr., sobre tractores, v. gr., STS 9 mayo 2008, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005 y sobre bienes de equipo en general, SAP Huesca 30 septiembre 1994, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Jaén 15 abril 2005), productos para transformar o reelaborar, como materias primas, pertenencias, objetos que se ensamblan o integran en otros, etc. (SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004, SAP Huelva 17 septiembre 2003), productos accesorios pero necesarios para el proceso de fabricación o producción (SAP Barcelona 28 enero 2004, SAP Tarragona 15 julio 2004, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Barcelona 5 julio 2006), entre los que cabe comprender muy especialmente las energías (SAP Barcelona 29 septiembre 2003, SAP Burgos 28 febrero 2007), la electricidad (STS 15 diciembre 2005, SAP Alicante 8 enero 2002, SAP Murcia 14 marzo 2003, SAP Almería 26 marzo 2003, SAP Burgos 26 junio 2003, SAP Almería 22 enero 2004, SAP Asturias 2 mayo 2006), los herbicidas (STS 18 junio 1999), etc. Resulta indiferente el título o contrato por el que el empresario o profesional adquiera el dominio o el uso de esos bienes (compraventa mercantil, leasing, renting, suministro, préstamo para su adquisición, comodatos, etc.) así como si el bien resulta o no consumido en el sentido del art. 337.2 CC.
- c) Entre la contratación de bienes o servicios que se incorporan en *procesos de comercialización*, cabe incluir los *vehículos adquiridos para prestar servicios comerciales* (SAP Guadalajara 5 octubre 1995, SAP Madrid 5 junio 2006; incluidas furgonetas para transportar operarios y material: SAP Valencia 10 octubre 2000 y SAP A Coruña 25 marzo 2008; camiones de gran tonelaje para transporte: SAP La Rioja, 29 mayo 2003, SAP Lleida 4 abril 1994, SAP A Coruña 25 abril 2005, SAP Madrid 20 julio 2005, SAP Ciudad Real 4 abril 2006, SAP Alicante 3 mayo 2006, SAP A Coruña 23 marzo 2007; camiones frigoríficos: SAP Barcelona 16 abril 2002; taxis: SAP Málaga 17 febrero 2005 y SAP A Coruña 4 abril 2008; vehículos para construcción: SAP Toledo 19 febrero 2008), los *productos adquiridos para reventa* (STS 31 octubre 2000, joyas; STS 20 diciembre 2007; SAP Mallorca 9 julio 1990, radios para coches; SAP Madrid 22 enero 2000 y SAP Girona 29 mayo 2002, carburantes; SAP Murcia 2 julio 2004, arquetas; SAP Cádiz 30 diciembre 2004, reventa profesional de inmuebles; SAP Zaragoza 7 julio 2005, suministros), la contratación de *servicios de publicidad o marketing* (SAP Madrid 21 julio 2000 y SAP Murcia 11 julio 2006; cfr. SAP Barcelona 15 enero 2009) o la *maquinaria empleada para estrictas labores de comercialización de bienes* (AAP León 27 enero 2000, cámaras frigoríficas; SAP Jaén 31 enero 2002, balanzas; SAP Jaén 20 marzo 2007, aparatos para pago de los clientes)⁷⁶.
- d) Entre los bienes o servicios que se incorporan en *procesos de prestación de servicios a terceros*, pueden mencionarse la contratación de servicios de arquitectos por promotores o constructores (STS 28 febrero 2002 y 29 diciembre 2003; también SAP Granada 16 marzo 1999), consultoras (SAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002), abogados (SAP Barcelona 9 mayo 2006) y otros profesionales para emplear esos servicios en otros de cara a terceros o para mejorar el propio servicio o funcionamiento empresarial o profesional (es decir, el aspecto organizativo tratado antes *sub a*); también los servicios accesorios prestados para mejorar funcionamiento del transporte de viajeros (STS 3 octubre 2005). Asimismo, cabe incluir aquí el empleo no ya de servicios, sino de bienes para prestar servicios a terceros, como ocurre con máquinas recreativas, impresoras (STS 16 octubre 2000), fotocopadoras (SAP Asturias 12 abril 2000), ordenadores (SAP Madrid 5 marzo 2004), grupos electrógenos o transformadores

⁷⁶ De estas resoluciones merece la pena destacar las consideraciones del AAP León 27 enero 2000 y de las SSAP Ciudad Real 4 abril 2006, Murcia 11 julio 2006, SAP A Coruña 25 marzo 2008. Para mayores detalles sobre las sentencias citadas en este epígrafe, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit.

eléctricos (en negocios de hostelería, SAP Toledo 16 marzo 2000, o en recintos de acampada, SAP Barcelona 7 junio 2006), ascensores (en hoteles: SAP Cantabria 25 noviembre 2002, pues «es parte de su ciclo productivo y comercial»; y SAP Málaga 27 febrero 2003), teléfonos móviles para atender llamadas de empresa (SAP Madrid 15 abril 2004 y AAP Madrid 10 diciembre 2008), aspiradores industriales (SAP Tarragona 15 julio 2004) y, en general, cualesquiera aparatos que «contribuyen a que el actor preste sus servicios a terceros en las condiciones mejores» (SAP Barcelona 5 julio 2006); frase esta en la que puede apreciarse el que la incorporación de los bienes a tales procesos puede ser también «indirecta» (EM del TR). Sobre el uso de la electricidad en la prestación de servicios a terceros, lo que excluye ese consumo empresarial como acto de un consumidor, véanse las clarividentes afirmaciones de la STS 15 diciembre 2005.

IV. Criterios irrelevantes para el concepto legal

34. Existen una serie de parámetros que, en el contexto del nuevo art. 3 TR-LGDCU, así como de las Directivas citadas y el DCFR, carecen de todo peso para la calificación de algún acto como propio de un consumidor.

1. Relación directa o indirecta del acto de consumo empresarial con el núcleo de la actividad empresarial

35. ¿Merecerán protección como consumidores un notario que contrata un servicio de limpieza para su despacho o un farmacéutico que instala una alarma en su local? La respuesta debe ser negativa, pese a que dichos actos están alejados del núcleo de su actividad empresarial y guardan con ella una relación sólo indirecta, pero no son «ajenos a una actividad empresarial o profesional». Esta respuesta merece mayor desarrollo, toda vez que, aisladamente, en España alguna sentencia⁷⁷ y algún autor⁷⁸ han defendido una respuesta positiva a la cuestión.

36. Según la SAP Burgos 15 febrero 2001 (reclamación de una empresa de mantenimiento de ascensores frente al titular de unas instalaciones médicas abiertas al público que es calificado como consumidor), «para que se lleve a cabo la exclusión del concepto de consumidor no basta con el hecho de que el bien o servicio se integre sin más en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, pues en ese caso, y sobre todo si se lleva al extremo la idea, realmente será difícil encontrar supuestos en los que se aplique la legislación de defensa de los consumidores [*sic*]. Lo realmente importante y que excluye la aplicación de la legislación especial es que ese bien o servicio que se adquiere, *tenga por finalidad directa* llevar a cabo labores de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, de tal manera que esos bienes o servicios *se integren de manera relevante en el ámbito comercial que desarrolla la adquirente en el giro o tráfico normal de su actividad, y que, precisamente por ser su actividad normal, puede conocer y estar atenta a los posibles defectos del bien o servicio que se le presta*, sin que sea posible aplicar la legislación especial, precisamente porque el conocimiento de lo que se adquiere puede revelar sin problema alguno su defecto, lo que no es aplicable a otras personas. Siendo así que el ascensor objeto de la prestación en su día contratada *no guarda relación con la actividad normal de la demandada, lo que supone que no tiene la posibilidad de conocer las posibles deficiencias en lo que se contrata por su ajenidad a ello*». Cita y reproduce también algunas de estas líneas la SAP Teruel 31 octubre 2002 (sindicato como consumidor, pues «la publicidad contratada [no] se integra de manera relevante en el ámbito propio de su actividad»).

37. Una cabal comprensión de estos razonamientos reclama tener presente el Derecho comparado y, en particular, la jurisprudencia francesa, donde este planteamiento ha sufrido cierta evolución. Como en

⁷⁷ SAP Burgos 15 febrero 2001 y SAP Teruel 31 octubre 2002.

⁷⁸ BARRAL VIÑALS, «Del consumidor...», cit., *passim*, especialmente p. 81y ss.

las sentencias españolas citas, en las primeras sentencias francesas donde se concedió la protección como consumidores a esos empresarios, se entreveraban dos argumentos, con primacía del segundo: la falta de relación directa del acto con la actividad habitual del empresario y la falta de competencia o especialización de éste respecto a dicho acto (*hors de leur spécialité*); así, la sentencia del Tribunal de Casación de 28 abril 1987 (agente inmobiliario que instala un sistema de alarma) y las posteriores sentencias de 3 mayo 1988 y 25 mayo 1992. A partir de la reforma del Código de consumo francés de 1 febrero 1995, en que se da entrada como cláusulas abusivas a las concluidas «entre profesionales y no profesionales o consumidores» (L.132-1), el mismo Alto Tribunal ha mantenido la solución, pero prescindiendo del segundo criterio, más subjetivo y amplio (sentencia de 24 enero 1995); la jurisprudencia ha refrendado después que la normativa sobre cláusulas abusivas no se aplica a contratos que tienen una *relación directa* (*qui n'ont pas de rapport direct*) con la actividad profesional del contratante (sentencias de 3 y 30 enero 1996, 23 febrero 1999, 23 noviembre 1999 y 10 julio 2001), pero sí, por tanto, cuando guardan una relación indirecta con ésta. Una extensión similar de la protección se produce en Polonia, Lituania y Luxemburgo y, durante algún tiempo, en tribunales inferiores italianos, aunque la Corte de Casación ha rechazado ese planteamiento en la sentencia de 25 julio 2001⁷⁹. El problema ha merecido que la Comisión Europea se plantee en el Libro Verde sobre la revisión del acervo de consumo de 8 febrero 2007 (§ 4.1, pregunta B.1) si extender la protección de los consumidores a los empresarios en estos casos; aunque las respuestas fueron diversas⁸⁰, lo cierto es que la PDDC de 2008 no incluyó ese matiz en su definición de consumidor.

38. La demarcación entre «actos de la profesión» y «actos relacionados con la profesión» (relación sólo indirecta con el núcleo de la actividad empresarial o profesional), ideada para evitar ciertas situaciones de desigualdad entre empresarios en la que pueden darse fundamentos parecidos a los que dan lugar a la protección del consumidor, debe, a mi juicio, descartarse, pues existen *argumentos en contra* suficientemente sólidos tanto desde el contexto comunitario del que procede la noción española, como de nuestro propio ordenamiento jurídico, así como de pura técnica y política legislativa:

- Esta extensión no ha sido admitida por la jurisprudencia comunitaria: en la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *Di Pinto*: contratación de publicidad sobre el fondo de comercio de un empresario)⁸¹, en contra del criterio promovido por el abogado general, se sentó claramente que la definición comunitaria (Directiva 85/577) «no permite establecer una distinción entre los actos de práctica corrientes y los de carácter excepcional». Esta fue una de las cuestiones prejudiciales planteadas en la STJCE 22 noviembre 2001 (asunto *Idealservice*)⁸², que no llegó a resolver directamente el tribunal porque descartó que la persona jurídica involucrada pudiese ser un consumidor por no ser persona física. En la STJCE 3 julio 1997 (asunto *Benincasa*)⁸³ la inexperiencia de quien concluyó un contrato de franquicia para iniciar un negocio futuro no tuvo incidencia para calificarle como empresario y no como consumidor.
- En la Propuesta modificada de la Directiva 99/44 (garantías en la venta de bienes de consumo) se descartó la expresión «propósito *no directamente vinculado* con su profesión», que figuraba en la propuesta inicial.
- Tampoco la PDDC de 2008, ni los *Acquis Principles*, ni el *Compendium*, ni el DCFR⁸⁴ proponen, ni en su formulación de la definición de consumidor ni en sus comentarios, tal

⁷⁹ Vid. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 458-460; *DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 96-98.

⁸⁰ *V. gr.*, positiva y argumentada, desde Francia, en Y. PICOD, «Réponses a les questions 4.1 à 4.3», en B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Livre Vert sur le Droit Européen de la consommation. Réponses françaises*, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, pp. 38-41.

⁸¹ STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, (proceso penal) caso *Patrice di Pinto*.

⁸² STJCE (Sala 3ª) 22 noviembre 2001, asuntos C-541/99 y C-542/99, caso *Cape c. Idealservice e Idealservice c. Omai*.

⁸³ STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

⁸⁴ Respectivamente, art. 1:201 *Acquis Principles* y ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26; SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 458-560; art. I.- 1:105(1) y Anexo DCFR, así como los comentarios oficiales, *DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 92.

ampliación por vía de incluir el elemento de la «relación directa» con la actividad profesional.

- La Exposición de Motivos del TR-LGDCU, a la que puede concederse valor interpretativo del art. 3, expresamente declara que los bienes o servicios no deben incorporarse «*directa o indirectamente*» a los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por su parte, varios estatutos o leyes autonómicas aluden a que no podrán considerarse consumidores esos consumos empresariales «aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo» (Madrid, Castilla y León, Extremadura, País Vasco; y cfr. Cantabria, «lucro directo»).
- Desde un punto de vista de técnica y política legislativa también cabe rechazar esa ampliación⁸⁵, por las siguientes razones: *i)* Estos actos relacionados indirectamente con la actividad profesional también contribuyen al proceso de producción y comercialización, aumentan el rendimiento de la empresa, se benefician de particulares regímenes fiscales empresariales, etc. *ii)* Los empresarios cuentan con más medios que los consumidores para informarse dentro de la propia estructura jurídica y económica de la empresa, con una mayor capacidad financiera e informativa, y actúan o deben actuar con otro tipo de diligencia (la profesionalidad parece implicar la busca de asesoramiento en caso de desconocimiento). *iii)* En este sentido, aunque no sea su ámbito natural, siguen teniendo mayores conocimientos y destrezas por su condición de empresarios, lo que pone en entredicho la asimilación por desigualdad o desequilibrio. *iv)* Se corre el riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor. *v)* El legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por consideraciones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores. *vi)* Pero, especialmente, una tal ampliación sería contraria a la *seguridad jurídica*, pues en función de la complejidad de la actividad empresarial o profesional y de la interpretación más estricta o amplia del concepto de «relación directa» se podría llegar a resultados muy dispares y, en todo caso, inciertos. *vii)* Existe incluso un argumento inaceptable de tipo «simétrico»: entonces podría asimilarse a profesionales a los consumidores que actúan en un ámbito de su competencia o especialización para fines privados, fuera de su actividad empresarial, cuando la definición de consumidor no está limitada por el grado de conocimientos o experiencias del consumidor (*vid. infra*).

39. En esta línea, debe considerarse más acertado el planteamiento de sentencias como la *SAP Tarragona 15 julio 2004*⁸⁶. En esta sentencia se declaró que el bien se integra en la actividad empresarial, «no sólo por tratarse de una máquina industrial, con unas dimensiones y prestaciones propias de su uso por parte de empresas», sino sobre todo, por dicha integración, «sin que sea óbice -como parece entender la parte- el hecho de que dicha actividad no consista precisamente en realizar labores de limpieza para terceros, pues el elemento identificador del artículo 1 de la Ley 26/1984 es el de integración del bien en el proceso empresarial, lo que también comprende todo uso que, en definitiva, contribuye a que el comprador preste sus servicios a terceros en las condiciones adecuadas -en este caso, teniendo limpio su taller-»

2. Competencia técnica del empresario en el acto de consumo empresarial (el «empresario no experto»)

40. Aunque el planteamiento y respuesta a este criterio, irrelevante a los efectos del art. 3 TR-LGDCU debe ser el mismo que respecto al anterior, se reformula ahora por la ya examinada posibilidad

⁸⁵ Así, con diversos argumentos, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., pp. 223-224; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., pp. 33-36; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit., pp. 95-76; BOTANA GARCÍA, «Comentarios artículo 1 LGDCU», pp. 72-75; REYES LÓPEZ, *Manual...*, cit., pp. 106-107; en la doctrina extranjera, con crítica de la solución francesa, v. gr., CALAIS-AULAY, «La notion...», cit., pp. 67-68 y 72-74.

⁸⁶ Se muestran conscientes del problema, pero no llegan a tener que pronunciarse expresamente sobre él las SAP Cádiz 30 diciembre 2004 y la SAP Asturias 2 mayo 2006.

de separarlo (jurisprudencia francesa), por su preconización autónoma por alguna doctrina⁸⁷ y por su propuesta (frustrada o pendiente) de incorporación en el Derecho belga⁸⁸ o al Derecho portugués⁸⁹. Los argumentos en contra son los mismos que se acaban de enunciar, más justificados, si cabe, en relación con este criterio más subjetivista que incrementaría la inseguridad jurídica y propiciaría una actividad probatoria generalmente poco inconcusa. En la jurisprudencia pueden encontrarse sentencias donde se pone de manifiesto la capacidad profesional de ciertos empresarios para transacciones relacionadas con su propia actividad (SAP Murcia 2 julio 2004, SAP Valencia 20 enero 2009; cfr. STS 6 abril 2004)⁹⁰, aunque el alegato de no ser el empresario experto o experimentado en un ámbito no ha sido un recurso explotado regularmente en las sentencias examinadas.

3. Competencia técnica del consumidor en el acto de consumo (las nociones de «consumidor medio» y «consumidor vulnerable»)

41. El tenor del art. 3 TR-LGDCU (ni antes el art. 1 LGDCU, ni las Directivas citadas, ni el DCFR) no autoriza a limitar los posibles consumidores en función de si son expertos o especialistas en determinado campo, cuando están actuando «con fines privados» (EM del TR-LGDCU), es decir, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así, no dejará de ser consumidor el abogado que firma un contrato de adhesión para la compra de su domicilio, el mecánico que adquiere una rueda para su propio coche o el informático que compra por internet el DVD de un videojuego. No existe en el TR-LGDCU una previsión similar al art. 1484 Cc (exclusión del saneamiento por vicios ocultos si el comprador es un perito). Así lo ha subrayado parte de la doctrina⁹¹ y varias sentencias⁹².

Conforme a las consideraciones anteriores, el art. 3 TR-LGDCU no limita con otros adjetivos o parámetros al consumidor que cumpla el criterio general en él estatuido. Por eso, el «consumidor» del TR-LGDCU no es el *consumidor medio* («consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos»), en la noción acuñada por el TJCE para ciertos ámbitos⁹³ y adoptada por el legislador comunitario en el art. 5.2.b

⁸⁷ A. ACEDO PENCO, *Nociones de Derecho del consumo. Aproximación a la protección jurídica de los consumidores en Extremadura*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2003, p. 69; ID., «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, nº 18, 2000, pp. 297-340, esp. pp. 335-339; BARRAL VIÑALS, «Del consumidor...», cit., pp. 83 y ss. y 89 y ss., que alega el ejemplo legislativo de las nuevas tecnologías donde, señala, se protege al usuario por no ser experto.

⁸⁸ Comisión de reforma de 1995, *vid.* HONDIUS, «The notion...», cit., p. 94.

⁸⁹ Art. 11 del Anteproyecto de Código de consumidor de 2006: las personas jurídicas si probaren que no disponen ni deben disponer «de competencia específica para la transacción».

⁹⁰ Por ejemplo, según la SAP Murcia 2 julio 2004, se trataba de una «empresa que no es ajena a la actividad mercantil propia del producto que adquiriría, y, por tanto, estaba capacitada para dilucidar si el mismo cumplía con las exigencias técnicas que pretendía de acuerdo con el uso que deseaba otorgar al mismo».

⁹¹ En especial, A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 33; ID., «El concepto...», cit., p. 27; conformes, J. M. BADENAS CARPIO, «Comentarios al artículo 2 LCGC. Ámbito subjetivo», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000 p. 75; BOTANA GARCÍA, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 70; LARA/ECHAIDE, *Consumo y Derecho*, cit., p. 45.

⁹² Así, aparte de otras declaraciones más genéricas (SAP Asturias 21 febrero 2005), y de un grupo de sentencias del TSJ Madrid (Cont.) de 2 julio 2007, 4 julio 2007, 9 julio 2007, 4 octubre 2007 y 24 abril 2008 (FD 11º en todas ellas) en las que se declaró abusiva la cláusula de renuncia al saneamiento por vicios ocultos del CC en supuestos de compraventas de viviendas, aportando el argumento de que no consta que los militares compradores sean peritos para conocer los vicios o defectos ocultos pese a vivir en ellas desde hace tiempo, cabe destacar tres sentencias: la SAP Barcelona 22 marzo 2000 afirma que «no es relevante ni decisiva la calificación profesional del consumidor frente al producto que adquiere [...] sin que una mayor o menor calificación profesional o una mayor o menor inteligencia del servicio ofrecido pueda desvirtuar su situación como tal consumidor»; véanse también la SAP Granada 16 febrero 2002 y la SAP Valencia 16 abril 2002 (cfr. la peculiar y no generalizable SAP Cantabria 26 noviembre 2004). Sobre todas ellas, *vid.* mi comentario al art. 3 TR-LGDCU, ya citado.

⁹³ Principalmente inducción a error en etiquetados y publicidades engañosas: STJCE 16 julio 1998, asunto *Gut Springenheide*; STJCE 4 abril 2000, asunto *Darbo*; STJCE 13 enero 2000, asunto *Estée Lauder*; STJCE 8 abril 2003, asunto *Pippig Augenoptik*; respecto a marcas, v. gr., STJCE 7 julio 2005, asunto *Biker Miles*. Las referencias completas son: STJCE (Sala 5ª) 16 julio 1998, asunto C-210/96, caso *Gut Springenheide y Turkey c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Le-*

Directiva 2005/29 y en el considerando 18⁹⁴ –y reproducida en la EM de la LCD tras su reforma por Ley 29/2009 y cfr. art. 4 LCD– y por el legislador y la jurisprudencia española en ciertos sectores, como el Derecho de marcas⁹⁵, la publicidad ilícita o para entender válidamente formado el «consentimiento informado» en el ámbito sanitario (*vid.* Ley 41/2002). Ni tampoco tiene cabida en el TR-LGDCU, al menos por el momento y en el concepto general, la noción de *consumidor vulnerable* recogida en el art. 5.3 Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, transpuesta en el art. 4.3 LCD por la Ley 29/2009, pero no en el TR-LGDCU (cfr. arts. 19, 20 y 43.c TR-LGDCU). Por su parte, el Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010) ofrece definiciones autónomas de la «persona consumidora media» y de los «colectivos especialmente protegidos», haciéndose eco de las dos nociones indicadas.

42. En conclusión, *hoy por hoy*, el «concepto general de consumidor y usuario» del art. 3 TR-LGDCU no admite modulaciones en función de la competencia del consumidor; ni al alza ni a la baja (*consumidor experto, medio o vulnerable*). Cuestión distinta es la posibilidad de tomar en consideración si el Derecho de consumo ha llegado a un estado de madurez que pudiera aconsejar evitar la sobreprotección⁹⁶ o bien si ha de primar la seguridad jurídica de las categorías asentadas sin hacer entrar en juego mudables factores sociológicos⁹⁷, amén de tener presente la incidencia en el Derecho nacional de las modulaciones de dicho concepto en el entorno comunitario para ciertos sectores (repárese en que ni el consumidor medio ni el especialmente vulnerable se incluyen entre los conceptos acogidos en la transversal PDDC de 2008).

4. Conocimiento o desconocimiento del empresario de los fines perseguidos por el supuesto consumidor

43. Del concepto comunitario acogido en el art. 3 TR-LGDCU no se infiere que el consumidor tenga el deber de informar de su condición al contratar con un empresario. En principio, tampoco dependerá la calificación de un acto o relación como de consumo del conocimiento o desconocimiento de los fines de la contraparte que tenga el empresario en el momento de contratar. Este criterio puramente subjetivo queda desplazado por una actividad probatoria bien distinta en cuanto al objeto y al tiempo: la prueba de que el acto es ajeno a una actividad empresarial o profesional cualifica al consumidor. En este sentido, el art. 3 TR-LGDCU prescinde del requisito del Convenio de Viena de 1980 (art. 2.a), que no se aplica a las compraventas «de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso»; como también prescinden de él las definiciones de consumidor en los *Acquis Principles*⁹⁸, en el DCFR⁹⁹ y en la PDDC. Si el criterio del Convenio de Viena permite al empresario un análisis de riesgos antes de decidir precio y contratante, el criterio comunitario protege al consumidor de forma imperativa, en todo caso¹⁰⁰.

bensmittelüberwachung; STJCE (Sala 1^a) 4 abril 2000, asunto C-465/98, caso *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo*; STJCE (Sala 5^a) 13 enero 2000, asunto C-220/98, caso *Estée Lauder c. Lancaster*; STJCE (Pleno) 8 abril 2003, asunto C-44/01, caso *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*; STJCE (Sala 4^a) 7 julio 2005, asunto T-385/03, caso *Miles Handelsgesellschaft International mbH c. OAMI y Biker Miles Motorrad Handels- und Vertriebsgesellschaft mbH*.

⁹⁴ *Vid.* STJCE 23 abril 2009, asunto *VTB-VAB NV*, § 54 [STJCE (Sala 1^a) 23 abril 2009, asuntos C-261/07 y C-299/07, caso *VTB-VAB NV c. Total Belgium NV, Galatea BVBA, y Sanoma Magazines Belgium NV*].

⁹⁵ Para tener por acreditado el riesgo de confusión: v. gr., SSTS 21 diciembre 2006 y 28 abril 2009.

⁹⁶ Para DE LEÓN ARCE, «La protección...», cit., p. 141, no, pues sería una «sociedad irreal» de consumidores formados.

⁹⁷ Con protección de consumidores expertos como un «inconveniente inevitable» para R. ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. de E. ARROYO I AMAYUELAS), Barcelona, Bosch, 2008, p. 259.

⁹⁸ ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 29.

⁹⁹ *Vid.* HERRE/HONDIUS/ALPA, «The notions...», cit., pp. 6-7.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

44. Sin embargo, a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria, estas reflexiones podrían tener una *excepción en el caso de que el supuesto consumidor hubiese tratado de mala fe crear la impresión de ser un empresario* para forzar el contrato u obtener alguna ventaja que no esté al alcance de los consumidores (*supra*, 4.4). En este sentido, la STJCE 12 enero 2005 (asunto *Gruber*, §§ 48-54)¹⁰¹ señala que el juzgador debe basarse en los elementos de prueba objetivos que obren en los autos; con ellos, el órgano jurisdiccional deberá comprobar si «la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales. Así sucedería, por ejemplo, cuando un particular realizara un pedido, sin ninguna otra especificación, de objetos que pueden efectivamente servir para el ejercicio de su profesión, utilizara para ello papel con el membrete profesional, solicitara el envío de los bienes a su dirección profesional o mencionara la posibilidad de recuperar el impuesto sobre el valor añadido»; en tales casos, concluye el TJCE (en asunto relativo al Convenio de Bruselas, *infra*), la protección como consumidor no será posible «*puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe*».

45. En este sentido¹⁰², cabría añadir, existen algunas circunstancias externas que podrían tenerse en cuenta en la fase probatoria para demostrar que el adquirente actuaba en el momento de contratar dentro de su actividad empresarial –dicho en los términos de esta STJCE y del Convenio de Viena, que el vendedor no podía haber conocido la condición de consumidor de su cocontratante, aunque atenerse al parámetro objetivo resulta más acertado con la legalidad vigente– como la naturaleza de las mercancías, la cantidad comprada, la dirección a la que se envía y la condición empresarial del comprador¹⁰³. Alguno de estos datos ha sido empleado por la jurisprudencia española, como la naturaleza del bien, pues puede ser factor determinante «tratarse de una máquina industrial, con unas dimensiones y prestaciones propias de su uso por parte de empresas» (SAP Tarragona 15 julio 2004); o la importancia de la prueba del destino, «tanto más cuanto la actora es una empresa que suministra a otras y no vende directamente a particulares» (SAP Barcelona 15 enero 2009). En este sentido, diversas sentencias han sido rigurosas sobre la prueba del destino del bien sin entrar a escrutar si existía o no conocimiento previo acerca de ese destino (v. gr., SAP Cuenca 15 noviembre 2006).

5. Volumen de la actividad empresarial de quien realiza un acto de consumo empresarial (las pequeñas empresas y los empresarios en situación de desigualdad)

46. Pese a la tentación de algunas sentencias marginales por extender la protección de consumidor a las PYMES y a empresarios que contratan en situaciones de desigualdad (cfr. *supra*) y pese a propuestas abandonadas o poco secundadas de incluir dentro de esta protección a ciertos empresarios (con criterios siempre algo arbitrarios como no superar una cifra de empleados, de ganancias, de bienes afectos a la explotación, etc.), lo cierto es que esas empresas, al actuar dentro de su actividad profesional, no pueden merecer la tutela propia de los consumidores en el TR-LGDCU ni en las Directivas citadas ni en el DCFR. Pese al reconocimiento de que algunas pequeñas empresas pueden verse obligadas a suscribir contratos de adhesión con grandes empresas con posición dominante en el mercado, la jurisprudencia obra rectamente al descartar en estos casos la protección frente a cláusulas abusivas propias sólo de consumidores (v. gr., SAP Madrid 15 abril 2004). En este sentido, afirma la SAP Valencia 20 enero 2009 que un empresario (profesional de la hostelería que suscribe un contrato de explotación de máquinas recreativas) «está fuera del concepto legal de consumidor, *sin que obste a ello su mayor o menor capacidad económica o la envergadura de su empresa*, pues lo determinante

¹⁰¹ STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*

¹⁰² Ya defendido en España por algún autor en relación con la LGDCU: A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., pp. 32-33; ID., «El concepto...», cit., p. 36.

¹⁰³ Circunstancias que se tienen en cuenta en el contexto del Convenio de Viena: B. AÑOVEROS TERRADAS, «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor», *Diario La Ley*, nº 6424, 31 mayo 2005 [versión de www.laley.net], pp. 1-10, esp. p. 4, n. 20, con cita de CAFFARENA LAPORTA.

es que se trata de un profesional y que no es destinatario final de la actividad profesional del otro contratante».

V. Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas

1. «Actos mixtos» o adquisiciones para uso doble (personal y profesional)

47. *¿Quid iuris* cuando un abogado adquiere un teléfono móvil para emplearlo tanto en su ámbito profesional o como privado, o cuando un veterinario compra un automóvil para ambos destinos? Ni el art. 3 TR-LGDCU ni las definiciones de las Directivas que le sirven de patrón dan respuesta a este interrogante (sí el DCFR). En teoría –y existen autores y legislaciones que acogen cada una de ellas– es posible adoptar una de estas cuatro soluciones ante los actos mixtos:

- a) El contratante debe ser calificado *siempre como consumidor*, pues basta con que su actuación sea, al menos en parte, ajena a un ámbito empresarial o profesional. El argumento se ha usado, en ocasiones, para incluir a los agricultores profesionales, que consumen parte de lo que producen¹⁰⁴.
- b) El contratante mixto *nunca puede ser calificado como consumidor*, pues el destino debe ser exclusivamente privado y totalmente ajeno a un ámbito profesional. Así, el art. 3.b de la Ley 13/2003 de Andalucía y el art. 3.2.a de la Ley 16/2006 de Aragón («cuya *exclusiva* finalidad es el uso o disfrute personal, familiar o doméstico») y parte de la doctrina en relación con la LGDCU¹⁰⁵. Igualmente, las legislaciones de Austria y Bélgica. Esta tesis se basa en tres argumentos: primero, dividir un único acto para aplicar regímenes distintos a distintas partes no sería admisible; segundo, el empresario que, actuando como tal dedica en parte el bien o servicio a usos privados no precisa esta especial protección; y tercero, la inseguridad jurídica de determinar qué es principal y qué accesorio en su uso.
- c) El contratante mixto recibirá protección como consumidor *si el destino principal es ajeno a una actividad empresarial profesional*. Es el criterio que acoge el art. 2 de la Ley 1/2006 de Cantabria («con objetivos *generalmente* ajenos a cualquier actividad comercial o profesional») y no serán consumidores «quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso [...]») y también los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia). Puede apreciarse igualmente en el art. 9.b de la Directiva 85/374 (= art. 129.1 TR-LGDCU, responsabilidad por daños si los bienes o servicios están destinados al uso o consumo privados «y en tal concepto hayan sido utilizados *principalmente* por el perjudicado»), de donde dice tomarse como base para incluir este rasgo en la definición de consumidor de los *Acquis Principles* («*mainly acting*», art. 1:201)¹⁰⁶; asimismo, *vid.* la definición del DCFR («*primarily acting*», art. I.– 1:105(1) y Anexo DCFR)¹⁰⁷. Ni «principalmente» ni «fundamentalmente» se ha agregado en la definición de la actuación del consumidor, en cambio, en

¹⁰⁴ Así, C. VATTIER FUENZALIDA, «El agricultor ante la Ley de protección a los consumidores», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 3-4, 1986, pp. 5-12, esp. pp. 8-9; en contra, M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 6-7, 1986-1987, pp. 11-17, esp. p. 13.

¹⁰⁵ A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», *cit.*, pp. 33 y 36-36; LARA/ECHAIDE, *Consumo y Derecho...*, *cit.*, p. 45.

¹⁰⁶ ACQUIS GROUP, *Principles...*, *cit.*, I, pp. 24-25

¹⁰⁷ Los comentarios oficiales (*DCFR-Full edition*, *cit.*, I, p. 94) resaltan que deliberadamente no se inserta el adverbio «*primarily*» en el párrafo 2 donde se define al empresario y sí en el párrafo 1 donde se define al consumidor para evitar solapamientos; así, se subraya que si una persona compra un ordenador que va a ser usado sobre todo para fines personales pero también de forma menor para fines profesionales, se le trata como consumidor; ahora bien, si una persona vende un ordenador que usa principalmente para fines personales pero en menor extensión para fines profesionales, es tratado como empresario en relación a cualquier regla de protección de los consumidores compradores. Según añaden los comentarios oficiales, el fin de la norma es dar al comprador que sea consumidor la protección que se aplicaría a cualquier relación de consumo, sin que el comprador tenga que ponderar la medida en la que el vendedor está actuando con fines profesionales.

la PDDC. En nuestro país, esta tesis cuenta con defensores¹⁰⁸; el argumento se valdría del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y toma en cuenta que en muchos de estos casos existe la tónica situación de desigualdad, pues el contratante mixto puede adquirir bienes de doble uso sobre los que no tiene ninguna competencia profesional (v. gr., profesor de historia que compra ordenador).

- d) El contratante mixto sólo recibirá protección como consumidor *si el destino profesional es realmente marginal, insignificante*: no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo. Es la solución adoptada en la importante *STJCE 20 enero 2005* (asunto *Gruber*)¹⁰⁹: según el tribunal, la aplicación de los arts. 13-15 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial –que era el contexto invocado, poder litigar ante los tribunales del domicilio del comprador– no es posible en esos contratos mixtos, «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional».

48. Del examen de la jurisprudencia española (recaída sobre la LGDCU) no puede colegirse una solución clara y uniforme, pues es posible rastrear razonamientos de las tres primeras soluciones recogidas, aunque normalmente *obiter dicta*. Así, se aboga por admitir (*obiter*, debe insistirse) la protección como consumidores [a] en el AAP León 27 enero 2000 y cfr., muy incidentalmente, SAP Málaga 23 abril 2002 y AAP Madrid 14 noviembre 2008. En cambio [b] se excluye la protección especial si el uso privado no es exclusivo –también *obiter dictum*– en la STS 18 junio 1999 (una sociedad agraria no actúa como destinataria final, «cosa que hubiera ocurrido si su feracidad agrícola tuviera por objeto *restringido y exclusivo* el consumo familiar o doméstico») y en la SJMerc Madrid 26 julio 2005. De forma algo oscura –por el relato fáctico– se acoge el tercer criterio [c] en la SAP Asturias 7 noviembre 2002 y en la SAP Guipúzcoa 19 marzo 2007.

Por eso tiene especial interés la recomendable lectura de la *SAP Alicante 18 diciembre 2008* que sí se enfrentó a la materia como cuestión principal, siendo de las pocas sentencias que argumenta al respecto como *ratio decidendi* –en favor de la solución [b]–. Ante un caso de empresa arrendataria financiera y adquirente final de un vehículo para uso particular de la administradora y su esposo, señala que debe descartarse la aplicación de la LGDCU a este «supuesto controvertido» por cuatro argumentos: primero, el vehículo adquirido por la empresa para un uso particular puede ser usado para el desempeño de actividades en el seno de la empresa, «por lo que, *parcialmente*, se trataría de un bien afecto a la actividad empresarial de la actora»; segundo, porque el propio contrato de *leasing* financiero establece que el bien debe emplearse con carácter permanente y exclusivo para los fines propios de su actividad empresarial declarados, de manera que «este destino empresarial o profesional es el que aprovecha la actora para obtener un beneficioso trato tributario» y «si para su adquisición el bien estaba afecto a la actividad empresarial, no cabe modificar después el destino del bien (particular) para conseguir la protección que dispensa la legislación especial de los consumidores»; tercero, si el fin de la LGDCU es paliar una situación de desigualdad, no merecen esa protección «los empresarios o profesionales que adquieren bienes destinados en parte a usos particulares», pues «la actora ha adquirido el vehículo amparada en su condición de empresa y, por tanto, en una posición de igualdad con el vendedor»; y cuarto, por un –discutible, añadido– uso de la Directiva 1999/44 como criterio hermenéutico de la Ley 23/2003 (garantías en la venta de bienes de consumo) para excluir que las personas jurídicas puedan ser consumidoras en ningún caso.

¹⁰⁸ En relación con la LGDCU, DE LEÓN ARCE, «La protección...», cit., p. 139.

¹⁰⁹ STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*. El supuesto de hecho estribaba en que un granjero austríaco había contratado con una empresa alemana una partida de tejas; el Sr. Gruber entendió no conforme con lo pactado el heterogéneo color de los materiales recibidos, destinados a tejar su granja, cuya extensión se usaba en un 60% para vivienda familiar. Comparte la solución del caso por el TJCE, pero no su fundamentación G. ROMERO GARCÍA-MORA («En torno al concepto de ‘consumidor’ en el Derecho comunitario. A propósito de la STJCE *Gruber vs. Bay Wa*», *Actualidad Civil*, nº 22, 2005, p. 2704-2721), para quien el argumento para la correcta restricción de la noción de consumidor que el tribunal defiende en relación con el art. 13 del Convenio de Bruselas debe encontrarse sólo en la seguridad jurídica, y no en la presunción de que cualquier empresario (incluidos los pequeños empresarios y los que actúan profesionalmente pero en ámbitos alejados de su actividad principal) está en pie de igualdad con otro empresario.

49. En definitiva, cabe concluir que no existe jurisprudencia consolidada al respecto. Cualquiera de las soluciones, extremas (a-b) o intermedias (c-d) cuenta con argumentos atendibles en su favor. En aras de la seguridad jurídica, *resulta imperioso que el legislador se pronuncie sobre este punto. Mientras tanto, parece preferible realizar una interpretación conforme del art. 3 TR-LGDCU con el Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor* (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, §§ 16-17), y, en consecuencia, de acuerdo con la STJCE 20 enero 2005 (*Gruber*), *sólo debería recibir protección como consumidor si el uso profesional es marginal e insignificante*. El argumento de que esta última sentencia sólo se refiere al «Derecho procesal europeo» y no es extensible al Derecho sustantivo porque en aquél ámbito se requiere más seguridad jurídica y en éste debe primar la tutela imperativa de los consumidores¹¹⁰ no resulta plenamente convincente¹¹¹; además, no es la primera vez que el propio TJCE, en torno a la noción de consumidor¹¹², cita sentencias atinentes al Derecho material en litigios sobre Derecho procesal (en la propia sentencia *Gruber*, § 36, se cita la sentencia *Benincasa*) y viceversa, por la convergencia de literales en los preceptos y en su interpretación. Por último, cabe señalar que la calidad con la que se actuó en el momento de contratar (bien como empresario con su específico régimen sustantivo, procesal, contable, tributario, etc. o bien como particular o consumidor, aunque emplease parcial y minoritariamente el bien en tareas profesionales, cfr. SAP Segovia 31 mayo 2003, SAP Madrid 15 abril 2004 y SAP Alicante 18 diciembre 2008) podría tener también cierta relevancia en el contexto de los actos mixtos de cara a la prueba del uso predominante o residual sobre la base del principio de buena fe en las relaciones contractuales y la doctrina de los actos propios.

2. Consumidor activo o pasivo: el problema del consumidor vendedor (C2B)

50. La definición del art. 3 TR-LGDCU no toma en consideración si el papel del consumidor es activo o pasivo en la relación de consumo, es decir, si toma la iniciativa a la hora de contratar o no. Este factor tiene relevancia en el ámbito de los contratos concluidos fuera de establecimiento mercantil (art. 107.1.b TR-LGDCU y art. 1.2 Directiva 85/577); también en normas de Derecho internacional privado (art. 67 TR-LGDCU; arts. 6 y 11.4 Reglamento 593/2008, Roma I; y arts. 15 y 16 Reglamento 44/2001, Bruselas I), donde cuentan factores de actividad o pasividad como la contratación en un país extranjero para el consumidor o la iniciativa de éste en relación con un empresario extranjero que no dirigió sus comunicaciones o publicidad hacia él¹¹³. Desde el punto de vista global del TR-LGDCU, la irrelevancia del papel activo o pasivo del consumidor en la noción general del art. 3 plantea el problema de si serán considerados como consumidores a quienes vendan (o «cedan» en términos generales o presten un servicio no profesional) a empresarios y no sólo a quienes, como viene siendo el paradigma habitual, adquieran o reciban bienes de un empresario.

51. La combinación de los arts. 2, 3 y 4 TR-LGDCU no da una solución expresa a la cuestión. Parece más fundado sostener que también merecerá protección como tal consumidor en estos casos. No en vano, sigue existiendo una relación entre un consumidor y un profesional, donde el fundamento de la desigualdad jurídica, negociadora y económica seguirá vigente, y no existe exclusión legal de este tipo de relaciones. Si se piensa en el supuesto de un consumidor que vende –no profesionalmente– un

¹¹⁰ Defendido por EBERS, «¿Quién es consumidor», cit., pp. 237-238 –que es autor también de las notas que afirman lo mismo en ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 25, en SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 462 y en *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 103–.

¹¹¹ También en contra, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, «Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the ‘Principles of the Existing EC Contract Law’», *The Modern Law Review*, nº 4, 2008, pp. 505-535, esp. pp. 514-515 (previamente en *Juristenzeitung*, 2007, pp. 1113-1126).

¹¹² *Supra*, apartado 1.2.

¹¹³ Sobre ello, *in extenso*, y por todos, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, «Comentarios al artículo 67 TR-LGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas...*, cit.; A.-L. CALVO CARAVACA, «Comentarios a los artículos 6 y 11.4 del Reglamento 593/2008/CE [Roma I]», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas...*, cit.; y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentarios a los artículos 15 a 17 del Reglamento 44/2001/CE [Bruselas I]», *ibidem*; *vid.* también AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos...*, cit., p. 115 y ss.

inmueble (o, en supuesto también frecuente, que permuta un solar por parte de un edificio futuro) o un bien mueble (por ejemplo, un coche usado, una antigüedad o una biblioteca) a un empresario, también existirá en la mayoría de los casos un contrato de adhesión predispuesto por ese empresario que merecerá tutela frente a cláusulas abusivas, o, si se contrató a distancia o fuera de establecimiento mercantil, puede entenderse que los mismos fundamentos que para la situación de empresario a consumidor pueden existir para que éste disponga del derecho de desistimiento, o permanecen incólumes los deberes de información de todo empresario en relaciones de consumo (art. 60 y concordantes TR-LGDCU, debidamente adaptados), etc. Obviamente, la calificación del vendedor como consumidor sólo puede servir para tutelar a esta persona en la relación jurídica, por lo que el empresario comprador no podrá beneficiarse de los derechos que el TR-LGDCU otorga sólo a los consumidores (v. gr., garantías en la venta de consumo y el literal del art. 114 TR-LGDCU, que comprende sólo al vendedor como empresario y al comprador como consumidor). El nuevo tenor de los arts. 2 y 3 TR permite la interpretación propuesta¹¹⁴ siempre que el consumidor que vende, cede o suministra a un empresario no lo haga de forma reiterada, habitual y organizada, pues en tal caso cabría entender que no *actúa* al margen de una actividad empresarial o profesional¹¹⁵; la existencia de ánimo de lucro en esta venta tampoco debe ser un factor que impida calificarla como relación de consumo.

52. Desde el punto de vista comunitario del que los arts. 2 y 3 TR-LGDCU traen causa, aparentemente la cuestión no está cerrada. En la PDDC de 2008 la propuesta de definición del contrato de venta y del contrato de servicios (arts. 2.3 y 2.5) sí dejan claro que se trata de relaciones B2C (*business to consumer*), al indicar que es «todo contrato destinado a la venta de bienes del comerciante al consumidor» o aquél «por el que el comerciante presta un servicio al consumidor»; de forma similar, el DCFR¹¹⁶; en cambio, tanto la PDDC como el DCFR¹¹⁷ parecen permitir que normas transversales como la relativa a cláusulas abusivas se apliquen también a los consumidores como vendedores o proveedores de bienes o servicios a empresarios. En otros países, como Austria, se contempla expresamente la protección de consumidor en las relaciones C2B.

3. Consumidor representado por un profesional (C2C)

53. Un supuesto complejo que el art. 2 TR-LGDCU no llega a esclarecer es el que tiene lugar cuando un particular pretende realizar un acto jurídico (v. gr., vender su vehículo o un inmueble) a otro particular pero valiéndose del asesoramiento y representación de un profesional (un taller, un revendedor profesional de coches usados, un abogado). ¿Puede calificarse la relación entre los dos particulares como una relación de consumo?

54. El art. 2 deja claro que las relaciones entre particulares (C2C) no quedan incluidas en el TR-LGDCU, pues «esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios», aunque pueda resultar dudoso el caso en que un consumidor actúe esporádicamente como suministrador de bienes y servicios (el llamado, en neologismo inglés reciente, «*prosumer*»); en este caso, parece más acertado entender que tampoco se aplicará la normativa de protección de los consumidores salvo que dicha persona realice esas actividades con cierta regularidad y cuente con una relativa organización empresarial¹¹⁸. Sin embargo, volviendo a la cuestión planteada, la interposición del profesional (empresario en el entendimiento del art. 4 TR) entre dos consumidores, ¿alterará esa calificación y hará entrar la protección especial del TR-LGDCU al existir una relación entre empresario (representante) y

¹¹⁴ Así también ARNAU RAVENTÓS, «La noció...», cit., pp. 40-44.

¹¹⁵ Cfr. ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26.

¹¹⁶ Respecto a compraventas de consumo, art. IV.A-1:204; arrendamientos mobiliarios de consumo, IV.B.-1:102, etc., pero *vid.* art. IV.G-4:101 sobre el consumidor como garante personal.

¹¹⁷ Art. 30 y Anexo III.1.j PDDC, derecho del consumidor a revender. Art. II.-9:403 DCFR en relación con 9:404 y 9:405 DCFR.

¹¹⁸ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», cit.; solución similar (falta de protección como consumidor si la actividad es esporádica) parece sostener R. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 2 TR-LGDCU», cit., p. 85.

consumidor? El Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo de 8.2.2007 ya se planteó esta cuestión¹¹⁹.

55. Desde el punto de vista de los principios y del deber-ser pueden encontrarse argumentos tanto a favor como en contra. *En favor* de calificar esa relación como de consumo podría esgrimirse que quien recurre a tal mandatario o representante profesional se beneficiará de la experiencia empresarial de éste y la otra parte contratante (comprador) podría necesitar exactamente la misma protección que cualquier consumidor desde el punto de vista de la asimetría en la negociación, información y conocimiento jurídico; puede también cuestionarse por qué el contratante no representado por un profesional y actuando al margen de un ámbito empresarial habría de tener menos derechos, negociando y contratando igualmente con un empresario, aunque detrás de éste se esconda como auténtico vendedor un particular. *En contra* de la tutela de esas relaciones jurídicas por la legislación de protección de los consumidores se podrían aducir múltiples consideraciones: la posibilidad de crear efectos perversos, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, puesto que existe el riesgo de bloquear así mercados dinámicos entre particulares y, además, se podría llegar a tratar a un vendedor particular representado por un profesional como un auténtico empresario, sin que sea consciente de que el recurso a dicho profesional agrava su propia situación jurídica. Además, no resulta fácil trazar criterios diáfanos sobre cuándo la intervención del representante profesional desempeña un papel tan importante como para hacer entrar esta legislación especial, mejorando la protección de una parte pero empeorando claramente la otra –que incluso podría dar lugar a situaciones injusta de aplicar al vendedor no profesional las normas sobre garantías en las ventas de consumo–. Desde una perspectiva técnica, tampoco es sencillo diseñar la distribución de responsabilidades entre el representante profesional y el particular representado¹²⁰ ni parece que esa recalificación por efecto de la interposición personal coadyuve al asentamiento y clarificación de los conceptos de «consumidor» y «empresario»¹²¹.

56. En función del peso que se conceda a los argumentos expuestos, es posible encontrar soluciones diversas en el entorno comparado y comunitario. Una primera solución podría ser la propuesta en la PDDC de 2008, en la que decide abordar el problema planteado en el Libro Verde, definiendo al «intermediario» como «un comerciante que celebra el contrato en nombre del consumidor o por cuenta de este último» (art. 2.19) y estableciendo unos específicos requisitos de información para él en el sentido de indicar al consumidor contratante que actúa en nombre o por cuenta de otro consumidor y que el contrato celebrado no deberá ser considerado un contrato de consumo, sino un contrato entre dos consumidores que queda al margen de la Directiva; la sanción por incumplir ese deber es que el contrato se considerará celebrado en nombre propio. Una segunda solución sería considerar legalmente en todo caso esa relación como un contrato de consumo e imponer el régimen de responsabilidad contractual propio de los empresarios tanto al representante como al representado; con matices, es la solución que se recoge en el art. 1(2) de la Ley sueca de ventas de consumo¹²²; el Código civil de los Países Bajos considera que se trata de una compraventa de consumo salvo que en el momento de contratar el comprador sepa que el mandante o principal no actúa en el ámbito de una profesión o empresa¹²³. Una tercera solución sería no contemplar expresamente esta situación, en el entendido de que no debe tratarse como una relación de consumo, sino como un contrato entre particulares que no merece tutela específica; es la solución por la que parece haber optado el DCFR de 2009¹²⁴.

¹¹⁹ COM(2006) 744 final, cuestión 4.2, pp. 18-19.

¹²⁰ HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, cit., p. 10.

¹²¹ PICOD, «Réponse...», cit., p. 43

¹²² Vid. HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, cit., p. 10, n. 16, responsabilidad solidaria.

¹²³ Art. 7:5(2); vid. HONDIUS, «The notion...», cit., pp. 96-97.

¹²⁴ Los comentarios oficiales expresamente señalan (*DCFR-Full edition*, cit., I, p. 94) que el DCFR no decide si el consumidor merecerá también protección en la relación externa, como claramente la merece en la interna con el intermediario o profesional; asimismo, añaden, parecen existir buenas razones para dar una respuesta positiva, pues la otra parte se beneficiará de la experiencia profesional de su representante, pero una eventual extensión de esta protección «should not include person o person trading platforms, e.g. online market places, where the platform provider is not involved in the conclusion of contract». De manera que los comentaristas del DCFR se remiten a los criterios que, al respecto, hayan de fijar los tribunales.

57. Para llevar estas reflexiones al contexto creado, *lege lata*, por el TR-LGDCU conviene señalar las siguientes precisiones:

- a) No es lo mismo, en las categorías propias del Derecho español, el recurso a un «intermediario» en el sentido de la persona que pone en contacto a los contratantes para que concluyan entre sí y directamente el contrato –con o sin asesoramiento adicional a *ambas* partes en el marco de un contrato de mediación–, que la contratación por medio de un mandatario o representante profesional (no un agente comercial ni un comisionista, que, por definición actúan por cuenta de un empresario o comerciante). En el primer caso, en puridad, no se producirá la desigualdad de los particulares contratantes y, por ende, no podrá calificarse el contrato entre ellos como de consumo; ejemplo paradigmático es la mediación inmobiliaria. Cuestión distinta es que entre el vendedor particular y el mediador inmobiliario (o entre el comprador particular y éste, en su caso) sí pueda existir y exista una auténtica relación de consumo en cuanto a la prestación propia del contrato de intermediación¹²⁵; es decir, que el cliente es consumidor respecto del servicio de mediación, pero no respecto del contrato de compraventa¹²⁶. En el segundo caso, cuando un particular esté representado por un profesional es cuando cobran sentido las reflexiones sobre si la relación debe o no ser calificada como relación de consumo.
- b) En este caso, el que podría merecer la cualificación de «consumidor» *ex art. 3 TR-LGDCU*, cuando actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional es el comprador/cesionario particular, nunca el vendedor/cedente particular que, a la postre, contrata con otro particular.
- c) Podría resultar coherente con el tenor literal y la teleología del art. 2 TR-LGDCU trazar una distinción entre el consumidor que contrata con un empresario que actúa por cuenta de un particular (no empresario ni profesional), sin que el consumidor sea consciente de estar contratando a la postre con otro particular, y el consumidor que sabe que contrata con un representante o mandatario de alguien que no actúa en un ámbito profesional; en el primer caso sí podría ser acreedor de la protección prevista para los consumidores en el TR-LGDCU –con base en las categorías de la representación indirecta y el mandatario *proprio nomine ex art. 1717 CC*, al contratar en su propio nombre y sin explicitar la *contemplatio domini*; la doctrina de la buena fe en la contratación de los arts. 1258 y 7.1 CC; los actos propios y el abuso de derecho *ex art. 7.2 CC* y el literal del art. 2 TR-LGDCU–. En el segundo caso, la aplicación del TR-LGDCU quedaría descartada (*vid. SAP Alicante 27.2.2007*). Se trata, en cualquier caso, de una cuestión controvertida y compleja que merece la atención del legislador en una futura revisión de la Ley para evitar la actual inseguridad jurídica en este punto.

4. Carga de la prueba de la condición de consumidor

58. El art. 3 TR-LGDCU no se pronuncia acerca de quién debe probar que el contratante cae o no dentro del concepto de consumidor. Ésta es precisamente una de las carencias que se han denunciado a nivel comunitario para una futura revisión del *acquis*¹²⁷. La doctrina española ha prestado poca atención a este punto¹²⁸. El TR-LGDCU se pronuncia –como las Directivas– en diversos pasajes acerca de a quién corresponde la carga de la prueba en aspectos concretos: al consumidor, en los arts. 77 y 139 (sobre desistimiento y daños causados por productos, respectivamente) y, en la mayoría de los casos, al empresario, en los arts. 69.2, 76, 80.1.b, 82.2, 100.2, 109, 111.1 y 140. La cuestión más general de quién debe probar que el litigante es un consumidor cobra evidente importancia no sólo por el principio pro-

¹²⁵ Cfr. art. 3.b Ley 10/2003 y arts. 231.1 a 231-5 del Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010).

¹²⁶ *Vid. M. C. GONZÁLEZ CARRASCO*, «El carácter de consumidor de una empresa de mediación inmobiliaria. Posible carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato» (Informe de 2006), disponible en la web de CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2006/pdf/7.pdf>, pp. 1-2.

¹²⁷ SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 646.

¹²⁸ Sostiene A. BERCOVITZ («Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 36; *Id.*, «El concepto...», cit., p. 35), con alusión al art. 51 CE, que la carga de la prueba debe corresponder al empresario que procuró los bienes o servicios.

cesal de que quien alega prueba, sino también porque es abusiva la cláusula que imponga al consumidor indebidamente la carga de la prueba (arts. 82.4.d y 88.2 TR-LGDCU, anexo de la Directiva 93/13/CE, apartado 1.q y anexo II, letra d de la PDDC de 2008).

59. En todos los preceptos citados donde se produce una asignación expresa del *onus probandi*, como no podía ser de otro modo, éste recae sobre quien debe probar el hecho positivo (generador de la protección o impeditivo de una reclamación). En este entendimiento, debe mantenerse que es el empresario quien, para evitar la aplicación de la especial tutela que dispensa la TR-LGDCU, habrá de probar el hecho positivo de que su contraparte actuó *dentro* del ámbito propio de una actividad empresarial o profesional, pues constituiría una difícil prueba de hecho negativo que el consumidor hubiese de demostrar que *no* actuó en ese contexto; podría probar que obró con fines de consumo privado, pero no que además no empleó el bien o servicio en el contexto de sus actividades profesionales. Cuestión distinta es que, en caso de regularse sobre este extremo, pudiera acaso exigirse un principio de prueba (en positivo) sobre los «fines privados» (EM del TR-LGDCU) de la relación de consumo –y resulta prudente, en el marco actual, que así se haga cuando el consumidor sea el demandante–. La posición del consumidor, como demandante o como demandado, en todo caso, modulará qué hechos (positivos) haya de probar para prosperar en su pretensión (arts. 217.2 y 217.3 LEC). Así, la jurisprudencia ha apreciado como cuestión capital que el empresario no probase que el empleo de los bienes o servicios por el adquirente fue para la actividad empresarial o profesional de éste en diversas sentencias¹²⁹. En cuanto a elementos probatorios cuya alegación por los empresarios se ha considerado convincente para descartar que el otro litigante fuese un consumidor, cabe destacar el hecho de estar dado de alta el contratante en el Impuesto de Actividades Económicas¹³⁰ o la solicitud en la demanda por supuestos consumidores-demandantes de indemnización por lucro cesante en su actividad profesional¹³¹.

VI. A modo de conclusión

60. Como se ha podido apreciar a la luz de las reflexiones críticas vertidas en este estudio, aún queda mucho por esclarecer en la escueta definición que emplean tanto las Directivas de protección de los consumidores, como la Propuesta de Directiva de Derechos de los consumidores, como el DCFR y el propio art. 4 TR-LGDCU. Aparte de la imprescindible tarea judicial en este ámbito, que precisa continuar su tarea en direcciones homogéneas, sin desdeñar, en el caso de España, el bagaje jurisprudencial ya existente, resulta oportuna una revisión legislativa, desde las instancias en cada caso competentes, para dilucidar aspectos controvertidos o, definitivamente, no abordados, como la cuestión de los «actos mixtos» o adquisiciones para doble uso, el problema de la delimitación de las personas jurídicas consumidoras, el eventual requisito de la «falta de ánimo de lucro» en la actuación del consumidor, la calificación de las relaciones jurídicas entre particulares que actúan a través de representantes profesionales o la cuestión de la carga de la prueba de la condición de consumidor, por citar sólo algunos de los analizados.

¹²⁹ SAP Córdoba 18 diciembre 2002, AAP Barcelona 19 enero 2009, AAP Barcelona 15 enero 2009; o, en la misma línea, se entendió aportada dicha prueba por el empresario en la SAP Cuenca 15 noviembre 2006. Cfr., con un planteamiento inverso pero justificado por las claras circunstancias de empleo del bien para la actividad profesional de la supuesta consumidora, la AAP Barcelona 15 enero 2009, al amparo del art. 217.3 LEC.

¹³⁰ SAP Madrid 5 marzo 2004, SAP Madrid 15 abril 2004 y SAP Girona 23 octubre 2006.

¹³¹ SAP Málaga 17 febrero 2005, SAP Jaén 15 abril 2005 y SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, en las que, respectivamente, se pedía lucro cesante en relación con un taxi, maquinaria y un tractor durante su reparación.

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE EUROPEO IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI ALIMENTARI

MARIA ERSILIA CORRAO

*Professore aggregato di Diritto internazionale privato
Università degli Studi di Teramo*

Recibido: 02.11.2010 / Aceptado: 18.11.2010

Riassunto: Lo scritto esamina il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

L'obiettivo di questa ricerca è di analizzare il contenuto e il ruolo del regolamento n. 4/2009 in una duplice ottica.

La prima riguarda il coordinamento con la convenzione dell'Aja 2007 sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti dei figli e di altri membri della famiglia e con il Protocollo dell'Aja 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

Nel quadro della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, infatti, la comunità e gli Stati membri hanno partecipato ai negoziati che sono sfociati nell'adozione il 23 novembre 2007 della Convenzione e del Protocollo, poi ratificato dall'Unione europea.

La seconda prospettiva comprende il ruolo del regolamento n. 4/2009 nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile

Parole chiave: regolamento (CE) n. 4/2009, giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, Convenzione dell'Aja 2007, Protocollo dell'Aja 2007.

Abstract: The paper deals with the Council Regulation (EC) n. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

The objective of this research is to analyse from two point of view the content and the role of the regulation n. 4/2009.

The first point of view is referred to the coordination with the Hague Convention of 2007 on of International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance and with the Hague Protocol of 2007 on the Law Applicable to maintenance Obligations.

In the framework of the Hague Conference on Private International Law, in fact, the Community and its Member States took part in negotiations which led to the adoption on 23 November 2007 of the Convention and the Protocol, then ratified by European Union.

The second point of view involves the role of the Regulation n. 4/2009 in the framework of the European judicial cooperation in civil matters.

Key words: Regulation (EC) n. 4/2009, jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, cooperation in matters relating to maintenance obligations, 2007 Hague Convention, 2007 Hague Protocol.

Sommario: I. Il regolamento n. 4/2009 nel quadro del processo di «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato e processuale. II. Il regolamento n. 4/2009 e la codificazione internazionale della materia: l'esigenza di coordinamento. III. L'ambito di applicazione *ratione materiae*. Aspetti

problematici. IV. La disciplina della competenza giurisdizionale. 1. Le competenze generali. 2. Le altre competenze: di carattere esclusivo, sussidiario e residuale. V. La determinazione della legge applicabile: il rinvio al Protocollo dell'Aja del 2007. VI. La duplice disciplina relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. 1. L'ambito comune di applicazione. 2. I modelli processuali che presiedono al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. 3. Il rilievo del Protocollo dell'Aja 2007 ai fini della determinazione della disciplina del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni: considerazioni critiche.

I. Il regolamento n. 4/2009 nel quadro del processo di «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato e processuale

1. Il regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari¹, rappresenta l'ultima tra le iniziative intraprese per l'adozione di norme uniformi nel settore, destinata a trovare applicazione negli ordinamenti di tutti gli Stati dell'Unione europea, ad eccezione della Danimarca².

Seppure assunta sul piano regionale, tuttavia, questa iniziativa riflette un intento oltremodo ambizioso già nell'enunciazione del titolo: quello di riunire in un unico strumento normativo la regolamentazione dei diversi aspetti della materia.

Questo intento, che ne determina un contenuto ampio e composito e che configura questo regolamento probabilmente come il più complesso tra i «prodotti» della «comunitarizzazione» è considerato dai redattori come funzionale all'obiettivo perseguito³ che è quello di salvaguardare gli interessi del creditore di alimenti nelle controversie transfrontaliere, creando le condizioni per agevolare l'adozione di decisioni e realizzare la loro automatica esecuzione negli ordinamenti degli Stati membri, diversi da quello di origine, senza la prescrizione di procedure intermedie o di ulteriori formalità⁴.

L'esigenza di semplificare e accelerare la soluzione delle controversie transfrontaliere in materia di crediti alimentari era stata già prospettata nella riunione del Consiglio europeo a Tampere del 15-16 ottobre 1999⁵, ribadita nel Programma comune alla Commissione e al Consiglio del 30 novembre 2000⁶, per poi essere concretizzata nel Programma dell'Aja del 2004⁷ e nel piano d'azione del Consiglio del 2 e 3 giugno 2005⁸.

Sotto tale profilo, pertanto, il regolamento n. 4/2009 può essere considerato espressione di tale programma di cui costituisce attuazione in un determinato settore, ma il relativo contenuto, per l'am-

¹ Il regolamento è stato pubblicato in *G.U.U.E.* L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1-79. Per un commento: F. POCAR - I. VIARENGO «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 805-828.; *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, a cura di M.C. BARUFFI e R. CAFARI PANICO, Padova, Cedam 2009; M. CASTELLANETA - A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, n. 5 p. 1051-1111.

² Per quanto riguarda la posizione della Danimarca cfr. considerando n. 48 e art. 69 par. 3. In conformità all'art. 4 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al trattato UE e la trattato CE, il Regno Unito ha notificato l'intenzione di accettare il regolamento in oggetto su cui si è espressa in senso favorevole la Commissione (*Decisione della Commissione, dell'8 giugno 2009, sull'intenzione del Regno Unito di accettare il regolamento (CE) n.4/2009 del Consiglio relativo alla competenza, legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari*, in *G.U.U.E.* L 149 del 12 giugno 2009, p. 73). Analoga comunicazione è stata notificata ai sensi dell'art. 3 del suddetto Protocollo dall'Irlanda (doc. 15 dicembre 2008, 17102/08, JUSTCIV 262, reperibile sul sito www.register.consilium.europa.eu).

³ Cfr. considerando n. 10.

⁴ Cfr. considerando n. 9 e, più diffusamente, *Libro verde. Obbligazioni alimentari* del 15 aprile 2004 (COM (2004) 254 def.).

⁵ Cfr. *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999* (PRI doc. 2001/1/99, in S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale e comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè S.p.A., 2009, pp. 113-117).

⁶ Cfr. *Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *G.U.C.E.* C 12 del 15 gennaio 2001, pp. 1-19.

⁷ Cfr. *Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia dell'Unione europea*, adottato dal Consiglio europeo 4-5 novembre 2004 (*G.U.U.E.* C 53 del 3 marzo 2005, pp. 1-14).

⁸ Cfr. *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aja inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell'Unione europea*, adottato dal Consiglio GAI del 2-3 giugno 2005, in *G.U.U.E.* C 198 del 12 agosto 2005, pp. 1-22.

piezza che lo contraddistingue, trascende in realtà l'obiettivo specifico perseguito consistente nell'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, prefiggendosi in modo evidente anche lo scopo di realizzare una codificazione esaustiva della materia.

2. Questa esigenza di codificazione, tuttavia, non deve essere interpretata in senso stretto, come esplicitazione di un'attività normativa in settori precedentemente sprovvisti di regolamentazione, ma come esigenza di procedere a un'attività di normazione di carattere specifico, organico e globale.

In verità, tanto il principio sotteso al regolamento n. 4/2009 volto alla tutela del creditore di alimenti, tanto la disciplina delle obbligazioni alimentari non erano rimaste estranee al processo di «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato e processuale, ma con un rilievo parziale, aspecifico e soltanto in parte autonomo.

Quanto al primo punto, è da sottolineare che l'apertura dell'ordinamento comunitario al principio protezionistico nei confronti del creditore di alimenti era stata avvertita già in sede di redazione della convenzione di Bruxelles che aveva prefigurato a tal fine in materia di obbligazioni alimentari una competenza alternativa o speciale, fondata sul foro dell'attore (art. 5 n. 2)⁹, disposizione il cui contenuto, integrato dalla convenzione di adesione del 1978¹⁰, era stato trasfuso nella corrispondente previsione del regolamento n. 44/2001¹¹ cui peraltro il nuovo regolamento è destinato a subentrare (art. 68, par. 1).

Questa esigenza protezionistica, tuttavia, attuata sotto il profilo giurisdizionale, assicurava al creditore di alimenti una tutela meno incisiva rispetto a quella realizzabile sulla base delle competenze imperative ivi previste, volte alla protezione della parte «debole» di taluni rapporti contrattuali (artt. 8-13 e 15-21).

Sotto il profilo del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, invece, le obbligazioni alimentari non assumevano un rilievo autonomo, ma erano sottoposte all'applicazione della disciplina generale, tanto sulla base della convenzione di Bruxelles che del successivo regolamento n.44/2001, disciplina, tuttavia suscettibile di subire l'interferenza della normativa di origine convenzionale secondo la previsione, rispettivamente, degli articoli 57 e 71.

L'obiettivo perseguito dalla nuova normativa che si esamina, diretto ad agevolare il recupero dei crediti alimentari, pertanto, avrebbe potuto essere perseguito più efficacemente, a scelta del creditore, sulla base del regolamento 805/2004, istitutivo di un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati¹², nei limiti chiaramente segnati dal relativo ambito di applicazione, tra i quali, per l'appunto, la «non contestazione del credito», disciplina questa destinata ad essere sostituita, anche se non integralmente, dalla nuova normativa (art. 68. par. 2)¹³.

Una vera e propria lacuna, invece, era rilevabile nell'ordinamento comunitario a proposito dei criteri per l'individuazione della legge applicabile dal momento che la materia delle obbligazioni alimentari è espressamente esclusa tanto dal regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali (art. 1, par. 2, lett. a) che dal regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (art. 1, par. 2, lett. b), con la conseguenza che la relativa regolamentazione rimaneva affidata alle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri, comprese naturalmente quelle di origine convenzionale.

⁹ Per più ampie considerazioni cfr., *infra*, par. IV.1

¹⁰ *Infra*, par. IV.1

¹¹ La materia delle obbligazioni alimentari è invece espressamente esclusa dal regolamento n. 2201/2003 (art. 1, par.3, lett. e) e considerando n. 8 e 11), in quanto disciplinata dal regolamento n. 44/2001. Sulla possibilità di attribuire rilievo indirettamente ai criteri di collegamento giurisdizionali previsti dal regolamento in materia matrimoniale sulla base dell'art. 5 n. 2 cfr. R. BARATTA, «Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», in *Diritto internazionale privato e comunitario*, a cura di P. PICONE, Padova, Cedam 2004, p. 163-203, a p. 176 s.

¹² Le obbligazioni alimentari sono invece espressamente escluse dall'ambito di applicazione del reg. n. 861/2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (art. 2, par. 2, lett. b) e implicitamente, da quello del reg. n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento.

¹³ La sostituzione non riguarda la disciplina delle decisioni emanate in Stati membri non vincolati dal Protocollo dell'Aja 2007, su cui, *infra*, par.V.

3. Appare evidente da queste considerazioni come la codificazione della materia che il nuovo regolamento ha inteso realizzare, se interpretata in modo specifico, debba essere intesa non in modo unitario, ma, a seconda dei diversi settori di disciplina, svolgendo ora una funzione di ricodificazione e talvolta di codificazione in senso stretto della materia.

In ogni caso, l'elemento comune è costituito dalla circostanza che quest'opera di codificazione in senso lato della materia si fonda sull'entificazione della categoria «obbligazioni alimentari» come categoria giuridica autonoma, tanto rispetto alla «materia civile e commerciale» tanto rispetto al diritto di famiglia, autonomia che assume rilevanza a tutti gli effetti: della determinazione della competenza giurisdizionale, della legge applicabile, del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.

Questo presupposto, a noi sembra, obbedisce a un'esigenza di certezza e di chiarificazione.

La categoria giuridica «obbligazioni alimentari» riveste, infatti, un carattere «ibrido» in ragione della sua duplice natura: di carattere patrimoniale avuto riguardo al contenuto dell'obbligazione e di carattere familiare per quanto riguarda la tipologia dei rapporti che ne costituiscono i presupposti.

Questo carattere «ibrido», che ha assunto rilievo anche in sede di scelta del procedimento da adottare ai fini dell'approvazione del regolamento¹⁴, ha condizionato e favorito probabilmente talune scelte normative, come quella di escludere questa categoria di norme dall'ambito di applicazione della regolamentazione uniforme in materia di obbligazioni extra-contrattuali, mentre può rendere problematica la decisione in ordine all'applicabilità a tale categoria di quegli strumenti che – come la convenzione di Bruxelles prima e il regolamento n. 44/2001 poi – pur aventi per oggetto la materia civile e commerciale, escludono i rapporti di famiglia dal proprio ambito di applicazione.

Come sarà sottolineato successivamente in sede di determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento, la scelta a favore dell'autonomia non elimina, tuttavia, le difficoltà di definire con precisione i confini della categoria.

II. Il reg. n. 4/2009 e la codificazione internazionale della materia: l'esigenza dicoordinamento

4. E' ambiziosa quest'opera di codificazione non solo per l'ampiezza dell'oggetto, ma perché questa iniziativa di regolamentazione globale assume rilevanza in un settore tradizionalmente oggetto della codificazione internazionale.

In verità, l'interesse della comunità internazionale per il creditore di alimenti come soggetto meritevole di particolare tutela si era andato delineando già all'indomani del secondo dopoguerra e si era concretizzato, se si eccettuano diverse iniziative intraprese a livello regionale¹⁵, nell'adozione di cinque convenzioni, stipulate nel quadro delle Nazioni Unite e della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato¹⁶.

Se, tuttavia, la convenzione sul recupero degli alimenti all'estero, adottata a New York il 20 giugno 1956¹⁷, seppure di sicuro interesse in quanto diretta a istituire la prima forma di cooperazione tra autorità amministrative al fine di agevolare il recupero di alimenti, ha carattere «ancillare» in quanto, in conformità allo scopo perseguito, non è idonea di per sé a incidere sulle problematiche di diritto internazionale privato, ben altra considerazione deve essere fatta a proposito delle convenzioni dell'Aja che in un arco di tempo che va dal 1956 al 1973 si sono succedute con lo scopo di uniformare i criteri per

¹⁴ Sulla problematica relativa alla determinazione della base giuridica ai fini dell'adozione del regolamento, successivamente individuata nell'art. 67, par. 2, TCE, cfr. in particolare COM (2005)648 def.

¹⁵ Sui primi tentativi di codificazione internazionale e regionale della materia cfr. in particolare C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Padova, Cedam, p. 87 ss.

¹⁶ In argomento, oltre al lavoro citato alla nota precedente, cfr. G. BADIALI, *La disciplina convenzionale degli obblighi alimentari*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994; P. DE CESARI, «Alimenti», in *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1981, p. 89-97; IDEM, «Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 42-68; P. BELLET, «Les nouvelles conventions en matière d'obligations alimentaires», in *Clunet*, 1974, p. 5.

¹⁷ In *Codice cit.*, p.98 ss e in *N. U., Recueil*, 268, 3.

l'individuazione della legge applicabile¹⁸ e in via di completamento hanno esteso l'adozione di norme uniformi anche al settore relativo al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni¹⁹.

Con il regolamento adottato dall'Unione europea questa codificazione condivide il rilievo autonomo della categoria «obbligazioni alimentari» rispetto ai rapporti di famiglia che ne costituiscono il presupposto, oltre che la *ratio* protezionistica.

Questo principio di *favor* nei confronti del creditore di alimenti in verità è stato realizzato in modo graduale, dal momento che inizialmente l'esigenza protezionistica è stata avvertita soprattutto nei confronti dei minori²⁰.

Progressivamente le convenzioni dell'Aja hanno nel tempo ampliato il loro ambito di applicazione *ratione materiae* attraverso la rimozione dei limiti concernenti l'età dell'alimentando e l'inclusione di ogni tipo di rapporti di carattere familiare, compresi quelli tra collaterali²¹, come presupposto dell'obbligazione alimentari.

Parallelamente l'ampliamento ha riguardato l'ambito soggettivo di applicazione delle convenzioni, con l'abbandono, sul fronte della legge applicabile, della condizione di reciprocità e l'accoglimento della portata *erga omnes* delle relative norme²².

La normativa dell'Aja degli anni '50 - '70 può quindi essere interpretata in chiave evolutiva, anche se questa evoluzione ha avuto come contrappeso l'estrema flessibilità delle relative norme, per la possibilità ampiamente prevista in ordine all'apponibilità di riserve²³.

Quello che in realtà sembra possa essere configurato in termini unitari, avuto riguardo al rilievo autonomo e alla *ratio* protezionistica, costituisce in realtà un sistema frammentario, non riconducibile ad unità.

Le convenzioni che si sono succedute nel tempo, infatti, non hanno sostituito integralmente quelle precedenti, essendo questa sostituzione prevista in modo graduale e in taluni casi non realizzabile, con la conseguente coesistenza di una pluralità di strumenti normativi e i relativi problemi di coordinamento²⁴.

5. E' soltanto in questo contesto che trova logica spiegazione la scelta effettuata dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato di tornare ad affrontare nuovamente, a distanza di molti anni, le problematiche internazional-privatistiche della materia, in un'ottica tendente non soltanto all'ammmodernamento degli strumenti normativi esistenti, ma altresì al superamento della loro frammentarietà. Iniziativa questa che si è concretizzata nell'adozione nel 2007 della convenzione sull'esazione internazionale degli alimenti e di un Protocollo sulla legge applicabile²⁵.

A questi strumenti normativi effettua un espresso riferimento il considerando n. 8 del regolamento in esame che sottolinea l'opportunità, nel procedere alla disciplina della materia, di «tener conto» del «diritto dell'Aja».

Questa enunciazione trova una chiara giustificazione nella circostanza che all'elaborazione di questi strumenti normativi l'Unione europea ha partecipato attivamente, all'indomani della sua adesione

¹⁸ Cfr. convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 24 ottobre 1956 e convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 2 ottobre 1973 (in *Codice* cit. rispettivamente, pp. 104 ss e 125 ss, e reperibili anche sul sito internet della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato all'indirizzo : www.hcch.net).

¹⁹ Cfr. convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari nei confronti dei minori del 15 aprile 1958 e convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari del 2 ottobre 1973, in *Codice* cit., rispettivamente pp. 106 ss e 117 ss e consultabili sul sito indicato alla nota precedente.

²⁰ Cfr. art. 1, ultimo comma della convenzione 24 ottobre 1956 e art. 1, primo comma della convenzione 15 aprile 1958.

²¹ Sia l'art.5, primo comma della convenzione 24 ottobre 1956 che l'art. 1, ultimo comma della convenzione 15 aprile 1956 escludevano dal proprio ambito di applicazione le obbligazioni alimentari fondate su tale categoria di rapporti.

²² Cfr. art. 3 della convenzione del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

²³ Cfr. gli articoli 13-15 della convenzione 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile e gli articoli 26 e 34 della convenzione del 1973 sul riconoscimento delle decisioni. In argomento, C. BISCARETTI DI RUFFIA *Le obbligazioni alimentari* cit, p.178 ss.

²⁴ Cfr. gli articoli 29 e 18 delle convenzioni del 1973, rispettivamente sul riconoscimento delle decisioni e sulla legge applicabile.

²⁵ Entrambi reperibili sul sito citato della Conferenza con i relativi rapporti esplicativi, rispettivamente di A. BORRAS-J. DEGELING (novembre 2009) e di A. BONOMI (settembre 2008).

alla Conferenza dell'Aja²⁶ e risulta in un certo senso rafforzata dalla considerazione che successivamente abbia ratificato il Protocollo stesso con effetto vincolante, sulla base del relativo art. 24, par.3, nei confronti di tutti gli Stati membri, ad eccezione della Danimarca e Regno Unito, mentre un'iniziativa corrispondente è stata intrapresa riguardo la convenzione del 2007²⁷.

Anche se ampiamente motivata, questa enunciazione pur tuttavia evidenzia un aspetto peculiare: la volontà di perseguire il coordinamento tra norme riconducibili a fonti eterogenee non in modo formale, attraverso la scelta della classica alternativa «primato/cedevolezza»²⁸, bensì sul piano dei contenuti.

Si tratta di un'esigenza non nuova in ambito comunitario che embrionalmente era stata avvertita già in sede di redazione dell'art. 5 n. 2 della Convenzione di Bruxelles, la cui formulazione si riteneva riflettesse i principi ispiratori della normativa elaborata nel quadro della Conferenza dell'Aja²⁹.

I redattori del regolamento sembrano generalizzare questa esigenza di realizzare il coordinamento sul piano dei contenuti, aspetto che può costituire un'utile chiave di lettura nell'analisi delle disposizioni in esso contenute.

III. L'ambito di applicazione *ratione materiae*. Aspetti problematici

6. Prima di procedere all'analisi delle singole disposizioni contenute nel regolamento, sembra opportuno considerare in via preliminare il relativo ambito di applicazione *ratione materiae* e riservare, invece, ad una trattazione successiva l'esame sia dell'ambito soggettivo di applicazione che di quello *ratione temporis* e questo per un duplice ordine di ragioni.

L'ambito soggettivo di applicazione del regolamento, in verità, non rileva con un carattere unitario, ma risulta differenziato in relazione ai singoli aspetti oggetto di disciplina –competenza giurisdizionale, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni– ragione per cui appare logico evidenziarne la portata non già in astratto, bensì in sede di trattazione dei diversi profili.

Considerazioni analoghe valgono per la determinazione dell'ambito temporale di applicazione, strettamente collegato alla particolare soluzione adottata per la determinazione della legge applicabile, dato questo che ne giustifica una trattazione congiunta³⁰.

7. Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione *ratione materiae* questo risulta delimitato dalla previsione estremamente generica dell'art. 1 secondo cui il regolamento «si applica alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità», previsione che può essere considerata riprodottriva di soluzioni corrispondenti adottate nel quadro della codificazione internazionale della materia³¹.

Allineandosi a tale impostazione, pertanto, anche il regolamento non offre una definizione della categoria «obbligazione alimentare» condividendo in tal modo una scelta già effettuata dai redattori

²⁶ Decisione del Consiglio del 5 ottobre 2006 sull'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (G.U.U.E. L 297 del 26 ottobre 2006, pp. 23-27), adesione che è divenuta effettiva dal 3 aprile 2007 con il deposito dello strumento di accettazione dello Statuto.

²⁷ Decisione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa alla conclusione da parte della comunità europea del protocollo dell'Aja, del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, in G.U.U.E. L 331 del 16 dicembre 2009, pp.17-18. La ratifica dell'8 aprile 2010 con la contestuale dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 24, è altresì reperibile sul sito citato della Conferenza. Per quanto concerne la Convenzione 2007 si veda *Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione da parte della Comunità europea della convenzione sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti dei figli e altri membri della famiglia*, COM/2009/0373 def.

²⁸ Per quanto concerne la disciplina dei rapporti tra il regolamento in esame e le convenzioni internazionali in vigore cfr. art. 69.

²⁹ Già JENARD (*Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, G.U.C.E. C 59 del 5 marzo 1979, pp. 1-70) configurava in termini di complementarità il rapporto tra la convenzione dell'Aja 15 aprile 1958, oltre che di New York del 20 giugno 1956, e quella di Bruxelles. Il coordinamento era altresì postulato sul piano dei contenuti in ordine all'ammissibilità della competenza del foro dell'attore, fondata sulle stesse ragioni che avevano ispirato gli autori della Convenzione dell'Aja.

³⁰ *Infra*, par. V.

³¹ Art. 1, par. 1 del Protocollo dell'Aja 2007 e, in senso conforme, gli articoli 1 delle Convenzioni dell'Aja 2 Ottobre 1973.

della convenzione di Bruxelles e dal regolamento n. 44/2201, né dei rapporti in forza dei quali l'obbligazione è dovuta.

In tale ipotesi è corretto canone di ermeneutica, rilevabile da un consolidato orientamento giurisprudenziale e ribadito del resto anche nel considerando n. 11, che, in assenza di definizione espressa, il significato delle espressioni tecnico-giuridiche contenute nelle norme comunitarie o a queste assimilabili debba essere ricostruito sulla base di una qualificazione autonoma, fondata sull'oggetto, scopo e il contesto in cui la norma è inserita e dall'altra, sui principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri³².

Esigenza questa particolarmente avvertita quando le espressioni tecnico-giuridiche abbiano la funzione –come nel caso di specie– di delimitare l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'atto normativo nel suo complesso, allo scopo di garantire l'uguaglianza e l'uniformità del diritto e degli obblighi da questo derivanti³³.

A tal fine un ruolo rilevante è da attribuire alle nozioni e alle qualificazioni giuridiche elaborate – in primo luogo dalla Corte di giustizia comunitaria – nell'ambito dell'art. 5 n. 2 della convenzione di Bruxelles e del regolamento n. 44/2001 per la continuità tra i due strumenti normativi da un lato e dall'altra, per la correlazione esistente tra il regolamento che si esamina e il regolamento Bruxelles I, fondata sulla circostanza che il primo è destinato a subentrare al secondo.

8. Questa impostazione può contribuire effettivamente a sopperire alla mancanza di definizioni espresse limitatamente al concetto di obbligazione alimentare evidenziandone taluni elementi caratterizzanti, quali la fonte, le modalità della prestazione che ne costituisce l'oggetto, la causa.

Quanto al primo punto, è qualificabile come obbligazione alimentare quell'obbligazione che, a prescindere dalla denominazione,³⁴ abbia la propria fonte nella legge o in un provvedimento giudiziale, quindi in una fonte autonoma rispetto alla volontà delle parti, a meno che questa risulti riproduttiva o integrativa di un obbligo già predeterminato giudizialmente o *ex lege*³⁵.

E' parimenti possibile affermare con sicurezza che quest'obbligazione si caratterizza per l'elasticità che contraddistingue le modalità della prestazione che ne costituisce l'oggetto. In altre parole, è irrilevante che questa consista nella corresponsione di pagamenti periodici o *una tantum*, nel trasferimento di beni o nella concessione di garanzie reali³⁶.

L'elemento caratterizzante è unicamente la finalità e i criteri che presiedono alla determinazione dell'ammontare della relativa prestazione. In particolare, è qualificabile come obbligazione alimentare l'obbligazione finalizzata al sostentamento del creditore e il cui importo è determinato in funzione di due parametri, costituiti dalle condizioni economiche del debitore e dai bisogni del creditore³⁷.

La tipicità della causa, così individuata, dovrebbe pertanto escludere l'assimilazione alla fattispecie che si esamina di quelle prestazioni ad essa non riconducibili, come quelle a finalità risarcitoria, successoria o dirette a definire il regime patrimoniale dei coniugi³⁸.

9. Il ricorso alla qualificazione autonoma, tuttavia, non è idoneo a risolvere integralmente le problematiche che conseguono all'assenza di definizioni espresse, in quanto non consente di definire

³² Principio questo ribadito dalla Corte di giustizia a partire dagli anni '70. Cfr. in particolare sentenza 14 ottobre 1976, *LTU*, 29/76, *Rec.* 1976, p. 1552 e sentenza 16 dicembre 1980, *Ruffler*, 814/79, *ibidem*, 1980, p. 3819. Sul problema delle qualificazioni in ambito comunitario, con particolare riferimento alla nozione di obbligazioni alimentari cfr. S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 361-376.

³³ In tal senso la sentenza citata del 14 ottobre 1976.

³⁴ SCHLOSSER, *Relazione sulla convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia*, G.U.C.E. C 59 del 5 marzo 1979, pp. 71-151, par. 91.

³⁵ SCHLOSSER, *Relazione cit.*, par. 90, 92 e 94.

³⁶ Corte di giustizia 6 marzo 1980, *de Cavel*, 120/79, *Racc.*, p. 731; SCHLOSSER, *Relazione cit.*, par. 93.

³⁷ Corte di giustizia 27 febbraio 1997, *Van den Boogaard*, 220/95, *Racc.* 1997, p.1147.

³⁸ SCHLOSSER, *op. loc cit.*

puntualmente e in modo esaustivo i motivi giuridici in forza dei quali l'obbligazione è dovuta, se non in modo generico, vale a dire come obbligazione riferibile indistintamente a rapporti di carattere familiare.

Il regolamento sembra apparentemente sopperire a tale lacuna enucleando i rapporti su cui si fonda l'obbligazione alimentare, quali «i rapporti di famiglia, di matrimonio, di parentela e di affinità».

Si tratta di rapporti sulla cui regolamentazione la nuova normativa non intende incidere, come risulta chiaramente dalla disciplina relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni (art.22)³⁹, ma la cui definizione si rende necessaria ai fini della determinazione puntuale dell'ambito di applicazione della normativa regolamentare.

Apparentemente il regolamento ha inteso accogliere una configurazione ampia dei rapporti idonei a fondare l'obbligazione alimentare nella misura in cui si omette di porre limiti all'età dell'alimentando e viene effettuato un espresso riferimento anche al vincolo tra affini, non configurabile in tutti gli ordinamenti come presupposto che determina l'obbligazione alimentare, impostazione ampia che riflette l'intento –espresso nell'11° considerando– di garantire la *par condicio* tra tutti i creditori di alimenti.

Al tempo stesso, però, la formula impiegata e che compare nel testo definitivo dell'art. 1, fondata sull'accoglimento del metodo enumerativo, appare più riduttiva di quella che era stata prospettata nel corso dei lavori preparatori, dal momento che in tale sede era effettuato espresso riferimento anche ai «rapporti assimilabili ai rapporti di famiglia»⁴⁰ con l'evidente intento di includere nell'ambito di applicazione del regolamento, ai fini della nozione «obbligazioni alimentari» anche quelle unioni non riconducibili al concetto classico di famiglia, quali le unioni di fatto, registrate, il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

E' possibile ritenere che queste fattispecie possano costituire ai sensi del regolamento presupposti dell'obbligazione alimentare?

10. Quella indicata rappresenta una problematica di rilievo, poiché suscettibile di coinvolgere la tutela di alcuni diritti fondamentali contemplati, oltre che nella CEDU, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che pertanto riveste oggi grande attualità, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che a tale strumento attribuisce⁴¹ riconoscimento espresso.

Una risposta positiva, idonea a ribaltare la configurazione restrittiva fondata sul metodo enumerativo che emerge dalla formulazione dell'art. 1 del regolamento, e che risulti conforme alla *ratio* che aveva ispirato i lavori preparatori, dovrebbe essere basata sulla rilevazione ampia, nell'ordinamento comunitario, del significato attribuibile tanto all'espressione «matrimonio» che «rapporti di famiglia».

Non sembra, tuttavia, che allo stato attuale sia possibile rilevare un significato ampio di tali nozioni, sia perché dalla giurisprudenza comunitaria sembra emergere una impostazione classica della materia⁴² né sembra utile a tal fine un riferimento ai principi generali, rilevabili dagli ordinamenti degli Stati membri, data la profonda differenziazione esistente al loro interno in ordine alla regolamentazione dei rapporti di famiglia⁴³

³⁹ Per quanto riguarda la disciplina relativa alla determinazione della legge applicabile cfr., *infra*, par. V.

⁴⁰ Art. 1, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari* del 15 dicembre 2005, (COM (2005) 649 def.) e *Résolution législative du Parlement européen du 13 décembre 2007 sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires* (P6-TA (2007)0620, amendement 4, considérant 9). Identica formulazione ampia è utilizzata, in senso negativo, dagli articoli 2, par. 2, lett. b e 2, lett. a e b, rispettivamente, del regolamento n. 593/2008 e n. 864/2007 per individuare le obbligazioni alimentari, quale categoria esclusa dai relativi ambiti di applicazione *ratione materiae*.

⁴¹ In tal senso G. PASTINA, «La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali», in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. CARELLA, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 143-167.

⁴² In particolare, F. MOSCONI, «Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 305-314, a p. 309 ss.; G. ROSSILLO, «Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano», *ibidem*, 2003 pp.362-598, a p. 376s.

⁴³ In argomento G. ROSSILLO, *op. loc. cit.*

Oltre a un'impostazione classica, tuttavia, nell'ordinamento comunitario è possibile rilevare indicazioni non univoche, dal momento che in diversi atti di diritto derivato, di carattere settoriale ed eterogenei per contenuto, sembra emergere un'apertura verso queste nuove realtà giuridiche⁴⁴.

Un'apertura questa rilevabile anche in alcuni lavori preparatori diretti in prospettiva alla regolamentazione di queste nuove fattispecie⁴⁵, nonché in talune risoluzioni adottate dalle istituzioni comunitarie⁴⁶.

Probabilmente questa apparente discordanza non deve essere interpretata in termini di contraddizione insita nel sistema, bensì in chiave evolutiva, come indice rilevatore di una realtà giuridica non cristallizzata.

In questo processo evolutivo un ruolo significativo è svolto dall'estensione del processo di «comunitarizzazione» a settori del diritto di famiglia con la conseguente circolazione di modelli familiari diversi tra i singoli ordinamenti degli Stati membri⁴⁷.

In sede applicativa l'adeguamento a nuove realtà giuridiche potrebbe essere realizzato sulla base dell'effetto utile, se tale espressione è intesa come riferibile anche alla possibilità di procedere a una «interpretazione evolutiva che tenga conto di nuove esigenze manifestatesi dopo la redazione della norma comunitaria»⁴⁸.

Ragioni di certezza inducono, tuttavia, a ritenere che un ruolo determinante a tal fine possa essere efficacemente svolto dalla Corte di Giustizia in sede interpretativa cui spetterà rilevare eventualmente l'emersione di una tendenza consolidata all'accoglimento di modelli non tradizionali.

IV. La disciplina della competenza giurisdizionale

11. Nel quadro di una sistematica modellata sull'*iter* logico-valutativo necessario ai fini dell'adozione nel merito delle decisioni, la prima problematica affrontata dal regolamento è per l'appunto quella relativa all'individuazione dei criteri che determinano la competenza giurisdizionale in materia di obbligazioni alimentari.

E' da premettere a questo proposito che ai fini della determinazione della giurisdizione –e più in generale, ai fini dell'applicazione del regolamento– la nozione di «autorità giurisdizionale» rileva con un significato ampio, essendo riferibile anche alle autorità amministrative competenti in materia di obbligazioni alimentari purché offrano determinate garanzie: «di imparzialità e in relazione al diritto di audizione delle parti e purché le decisioni adottate possano costituire oggetto di ricorso o riesame dinanzi a un'autorità giudiziaria o abbiano forza ed effetti equivalenti a quelli di una decisione da questa emanata nella stessa materia» (art. 2, par. 2).

Soluzione questa che assume rilevanza anche ai fini dell'applicazione di altre disposizioni del regolamento, concernenti in particolare l'individuazione della tipologia di provvedimenti suscettibili di riconoscimento ed esecuzione⁴⁹.

Le norme sulla giurisdizione, contenute nel cap. II, oltre a determinare i criteri di competenza, sono altresì dirette a disciplinare il coordinamento tra le sfere giurisdizionali degli ordinamenti degli Stati membri attraverso i meccanismi della litispendenza (art. 12) e della connessione (art. 13), sulla base di disposizioni che risultano riprodottrici di quelle contenute nelle corrispondenti norme del regolamento n. 44/2001 (articoli 27 e 28).

⁴⁴ Cfr. N. BOSCHIERO, «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien», in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 50-131, a p. 85 ss.; S. BARIATTI, *op. cit.*, p. 374 ss.

⁴⁵ Cfr. N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 82 ss.; G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 378 s.

⁴⁶ F. MOSCONI, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁷ Sul punto R. BARATTA, «Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 573- 606; IDEM, *op. cit.*, p. 197 ss.

⁴⁸ Così, in generale e da altra prospettiva T. BALLARINO-L. MARI, «Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 7-46, a p. 45s.

⁴⁹ *Infra*, par. VI.1

Sullo stesso regolamento risultano ugualmente modellate quelle disposizioni di carattere procedurale che completano la disciplina della competenza giurisdizionale, quali quelle relative all'adizione dell'autorità giurisdizionale (art. 9) e alla verifica della ricevibilità dell'azione (art.11), ad eccezione delle norme relative all'esame della competenza il cui difetto ai sensi del regolamento è rilevabile d'ufficio (art.10).

Soluzioni non del tutto coincidenti con il regolamento, bensì nella maggior parte dei casi fortemente innovative, tuttavia, sono state adottate principalmente per la determinazione della competenza giurisdizionale.

Per individuare tale competenza gli articoli 3-7 del regolamento prefigurano un concorso di titoli di diversa natura, strutturati in un ordine di tipo gerarchico.

In particolare, è possibile distinguere sulla base di questa diversa tipologia di titoli una competenza generale (art. 3), esclusiva (articoli 4 e 5), sussidiaria (art. 6) e residuale (*forum necessitatis*, art. 7).

1. Le competenze generali

12. La competenza generale viene a sua volta individuata sulla base di molteplici criteri in concorso alternativo tra loro, circostanza questa che dovrebbe tuttavia escludere in sede applicativa fenomeni di *forum shopping* dal momento che il regolamento è diretto a disciplinare in modo uniforme anche il problema relativo all'individuazione della legge applicabile.

Costituiscono criteri alternativi o concorrenti ai sensi dell'art. 3, lett. *a* e *b*, in primo luogo, la residenza abituale del convenuto o del creditore di alimenti, intendendosi con tale espressione, secondo l'art. 2, par. 10, qualsiasi persona fisica⁵⁰ cui siano dovuti o si presume siano dovuti gli alimenti, quindi anche la persona che per la prima volta esperisca un'azione diretta a tal fine e a cui pertanto non sia stata riconosciuta tale condizione creditoria per effetto di una precedente sentenza⁵¹, mentre soltanto ai fini di una domanda di riconoscimento ed esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari, tale termine comprende anche gli «enti pubblici che hanno il diritto di agire per conto di una persona cui siano dovuti gli alimenti o di chiedere il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti» (considerando n. 14 e art. 64)⁵².

In secondo luogo, nell'ipotesi di domanda di alimenti accessoria ad un'azione di stato o di responsabilità genitoriale, la competenza dell'autorità adita per tali questioni attrae, in base al principio di «concentrazione», anche quella relativa alla domanda alimentare, eccetto l'ipotesi in cui detta competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti (art.3, lett. *c* e *d*).

13. I titoli che determinano la competenza generale, da un lato, sono ampiamente ispirati a quelli previsti dalla convenzione dell'Aja 2007 (art. 20, lett. *a*, *c*, *f*) la quale, pur non disciplinando la competenza internazionale diretta⁵³, in sede di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, adottando un approccio classico alla materia, prevede il controllo sulla competenza internazionale del giudice *a quo*, sulla base di criteri fissati autonomamente dalla convenzione stessa, la cui mancanza costituisce motivo di rifiuto del riconoscimento.

Dall'altra, le disposizioni indicate risultano chiaramente ispirate anche all'art. 5 n. 2 del regolamento n. 44/2001.

In primo luogo, il concorso alternativo tra foro del convenuto e foro del creditore di alimenti riflette chiaramente quel *favor creditoris*, sotteso alla *ratio* della disposizione citata, dal momento che anche in applicazione della nuova disposizione il creditore di alimenti conserva intatta la facoltà, se atto-

⁵⁰ In senso conforme si era pronunciata la Corte di giustizia con riferimento alla nozione di creditore di cui all'art. 5 n. 2 della convenzione di Bruxelles e del regolamento n. 44/2001: sentenza 15 gennaio 2004, *Blijdenstein*, 433/01, *Raccolta*, 2004, 981.

⁵¹ Principio già enunciato dalla Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 1997, *Farrell*, 295/95, *Raccolta*, 1997, p.1683.

⁵² Cfr., *infra*, par. V.1.

⁵³ Sul dibattito svoltosi in sede di lavori preparatori in ordine alla possibilità di includere tale aspetto nell'ambito della convenzione cfr. A. BORRAS-J. DEGELING, *Rapport explicatif* cit, par. 18-22.

re in giudizio, di instaurare il relativo procedimento o nello Stato del luogo di residenza del debitore o in quello della propria residenza, opzione non riferibile all'ipotesi inversa del debitore attore che avrebbe a disposizione soltanto il foro del convenuto.

Malgrado l'identità di *ratio*, la nuova disposizione presenta elementi di novità, sostanzialmente per due motivi.

In particolare, i fori alternativi non sono più costituiti dal domicilio e dalla residenza abituale, ma soltanto da quest'ultima, risultando così circoscritta la facoltà di scelta del creditore di alimenti; in secondo luogo tale criterio rileva nel regolamento unicamente come titolo di competenza e non come criterio di delimitazione del relativo ambito soggettivo di applicazione, non rivestendo quel duplice ruolo attribuito, invece, al domicilio, nel quadro della convenzione di Bruxelles prima e del regolamento n.44/2001 poi.

Secondo il considerando n. 15, infatti, allo scopo di salvaguardare gli interessi del creditore di alimenti e di favorire la corretta amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione europea, la circostanza che un convenuto abbia la residenza abituale in uno Stato terzo non dovrebbe escludere l'applicazione delle norme comunitarie in materia di competenza. Appare chiara pertanto la volontà di ricondurre nell'ambito di applicazione del regolamento anche quelle controversie che presentino un collegamento con ordinamenti di Stati terzi e che in ragione del conseguente ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione sia ridotta al minimo la possibilità per gli Stati membri di applicare alla materia in esame le singole norme di origine interna sulla competenza.

Altrettanto evidente è l'influenza esercitata dall'art. 5 n. 2 del regolamento n. 44/2001 sulla competenza per accessoriarietà.

L'art. 3, lett. *c* del regolamento, infatti, è riproduttivo della seconda parte della disposizione citata⁵⁴, mentre l'art. 3, lett. *d*, estende detta soluzione anche alle cause relative alla responsabilità genitoriale, riferimento questo che rende più esplicito, sul piano interpretativo, il coordinamento tra il regolamento che si esamina e il regolamento in materia matrimoniale (reg. 2001/2003).

In virtù di tale disposizione, infatti, è da ritenere che le autorità competenti a pronunciarsi in materia di stato e di responsabilità genitoriale sulla base dei criteri di competenza individuati dal regolamento n. 2001/2003, cui la nuova normativa in esame attribuisce implicito rilievo, possano conoscere delle domande accessorie in materia di alimenti, anche se questa è esclusa dall'ambito di applicazione *ratione materiae* dal regolamento in materia matrimoniale qualora venga dedotta in giudizio a titolo principale (art. 1, par. 3, lett. *e*). Soluzione questa che a livello interpretativo era stata considerata realizzabile anche sulla base dell'art. 5 n. 2 del regolamento n. 44/2001⁵⁵.

14. La residenza abituale rileva non soltanto come titolo generale di competenza, ma anche come criterio supplementare, dal momento che, ai sensi dell'art. 8 la permanenza della residenza abituale del creditore di alimenti nel territorio di uno Stato membro o di uno Stato contraente la convenzione dell'Aja 2007 ha effetto preclusivo in ordine alla proponibilità dell'azione, da parte del debitore di alimenti, volta a modificare la decisione emanata in tali ordinamenti.

Questa limitazione all'azione viene meno, oltre che nell'ipotesi di proroga tacita o espressa, anche nel caso in cui lo Stato di origine, contraente la convenzione dell'Aja, non possa o rifiuti di procedere a tale modifica o ad emanare una nuova sentenza o nell'ipotesi in cui questa non possa essere riconosciuta o dichiarata esecutiva nello Stato membro in cui è prevista l'azione per modificare la decisione o ottenerne una nuova (art. 8, par. 2).

Con una norma negativa sulla giurisdizione, pertanto, il regolamento istituisce una specie di *perpetuatio jurisdictionis* a favore della competenza fondata sulla residenza abituale del creditore di alimenti e limitatamente all'azione diretta alla modifica delle decisioni in materia alimentare.

Con ciò appare evidente la volontà di ispirarsi, se si eccettua la previsione dei limiti, alla corrispondente soluzione adottata dalla convenzione dell'Aja 2007 (art. 20) e di effettuare una scelta di segno

⁵⁴ La competenza per accessoriarietà relativa alle cause di stato era stata già introdotta nell'art. 5 n. 2 della convenzione di Bruxelles dall'art. 5, par. 3 della convenzione di adesione del 1978.

⁵⁵ In tal senso R. BARATTA, «Il regolamento comunitario» cit., p. 176 s.

opposto rispetto a quella perseguibile sulla base della convenzione di Bruxelles prima e del regolamento n.44/2001 poi, strumenti che omettevano di prevedere la concentrazione dell'azione diretta a modificare le decisioni in materia di obbligazioni alimentari nel foro dell'ordinamento di origine⁵⁶.

E' singolare, pertanto, che, benché criterio generale di competenza, per il rilievo centrale che il criterio della residenza abituale riveste nel regolamento e per il carattere ad esso connaturato di costituire il foro naturale in materia alimentare, in quanto il più idoneo a valutare le esigenze e i bisogni dell'alimentando, come dimostra la permanenza di tale criterio nei diversi strumenti normativi che si sono succeduti nel tempo, non si sia proceduto ad una definizione espressa dello stesso, definizione pertanto che potrà essere ricostruita sulla base di una qualificazione autonoma che tenga conto degli strumenti normativi che a tale titolo di competenza attribuiscono rilevanza, in particolare, della corrispondente nozione adottata dal regolamento n. 22201/2003⁵⁷.

2. Le altre competenze: di carattere esclusivo, sussidiario e residuale

15. L'influenza esercitata dalla convenzione del 2007 e dal regolamento n. 44/2001 sui criteri per la determinazione della competenza giurisdizionale è rinvenibile anche a proposito dei fori esclusivi, anche se in maniera meno netta rispetto ai criteri generali di competenza.

Al pari del regolamento n. 44/2001 e, indirettamente, della convenzione 2007, si riconosce rilievo in senso attributivo alla volontà delle parti ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale, tanto nella forma di proroga espressa (art. 4) che di quella tacita (art. 5) e si qualifica il foro designato come esclusivo, termine che assume nel quadro del regolamento il significato di inderogabilità, salva diversa indicazione ad opera delle parti e di prevalenza tanto rispetto ai criteri generali di competenza che di quelli di carattere residuale e sussidiario.

Se, tuttavia, la disposizione relativa all'accettazione tacita della giurisdizione riproduce sostanzialmente quella corrispondente contenuta nel regolamento Bruxelles I (art. 24) –oltre che indirettamente nella convenzione dell'Aja– la configurazione della proroga espressa di giurisdizione rileva nel regolamento n. 4/2009 in modo restrittivo, assumendo una configurazione autonoma rispetto a quella prefigurata dai due strumenti normativi.

Costituiscono indici rilevatori di tale configurazione restrittiva la previsione secondo cui l'operatività della volontà delle parti è subordinata all'adozione della forma scritta, da intendersi non solo ai fini probatori, bensì ai fini della validità dell'atto, anche se, in conformità al regolamento n. 44/2001, si accoglie una nozione ampia di forma, comprensiva «di qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo» (art. 4, par. 2).

In secondo luogo, esigenze protezionistiche hanno indotto i redattori a non ammettere la proroga di giurisdizione nelle controversie alimentari concernenti un minore di anni diciotto (art. 4, par. 3), limite che nel corso dei lavori preparatori si era ipotizzato potesse essere configurato in modo più ampio, in quanto era stata presa in considerazione la possibilità di estenderlo anche alla categoria degli incapaci maggiori di età.

Il limite, tuttavia, più significativo attiene alla configurazione stessa della volontà delle parti come titolo di competenza.

L'art. 4, par. 1 del regolamento, infatti, limita –ma probabilmente sarebbe opportuno dire degrada– il ruolo della volontà delle parti a una mera facoltà di scelta tra titoli di competenza già prefigurati autonomamente dal regolamento stesso, quali la residenza abituale o la cittadinanza di una delle parti, mentre nell'ipotesi di obbligazioni alimentari tra coniugi o ex coniugi, la facoltà di scelta è limitata al criterio dell'ultima residenza abituale comune per un periodo di almeno un anno o alla competenza delle

⁵⁶ Su tale problematica cfr. in particolare JENARD, *Relazione* cit.; SCHLOSSER, *Relazione* cit., par 98-107. Già del resto la Corte di giustizia si era pronunciata in ordine alla possibilità di utilizzare i criteri previsti dall'art. 5 n. 2 della convenzione di Bruxelles anche per le domande relative alla modifica di precedenti decisioni in materia alimentare (sentenza 20 marzo 1997, *J. Farrell*, 295/95, *Raccolta* 1997, 1706).

⁵⁷ Sulle ragioni che precludono la possibilità di attribuire rilevanza in tal senso alla corrispondente nozione adottata con altre finalità dagli articoli 19, par. 1 del regolamento n. 593/2008 e 23, par.2 del regolamento n. 864/2007 cfr. F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, Utet giuridica, 2010, p. 178.

autorità in materia matrimoniale, individuata implicitamente, è da ritenere, sulla base dei criteri previsti dal regolamento 2001/2003.

Né vale ad attribuire una configurazione meno restrittiva alla volontà delle parti la previsione (art. 4, par. 1, penultimo cpv.) secondo cui le circostanze suddette devono sussistere alternativamente o al momento della conclusione dell'accordo di proroga o al momento dell'adizione dell'autorità giurisdizionale.

In verità, in questa soluzione è da ravvisare la vera deviazione dalla configurazione comunemente accolta in ordine alla proroga di giurisdizione e, parallelamente, dal modello costituito dal regolamento n. 44/2001.

Quanto al primo punto, è comune insegnamento ritenere che la volontà delle parti, espressione di autonomia, tanto sul piano processuale che internazional-privatistico in senso stretto, è idonea a designare, se tale idoneità è riconosciuta in via normativa, il foro competente e la legge applicabile, creando essa stessa il collegamento necessario a fondare la competenza e quindi per attrarre in questa controversie che altrimenti sarebbero sprovviste di un valido titolo a tal fine, o individuare l'ordinamento competente, svolgendo in tal modo in ogni caso una funzione vicaria a quella del legislatore, in assenza di criteri in tal senso preventivamente prefigurati in via generale e astratta.

A livello comunitario la soluzione adottata appare nettamente discordante da quella prevista dal regolamento n. 44/2001 che, pur riflettendo un'esigenza protezionistica nei confronti del creditore di alimenti attraverso la configurazione dei fori alternativi o concorrenti, come già sottolineato, assoggettava alla disciplina generale gli altri profili, compresa per l'appunto la proroga di giurisdizione. In un contesto in cui appare con chiarezza la diversità qualitativa tra fori alternativi e concorrenti la cui operatività presuppone un collegamento con la controversia già prefigurato e foro prorogato che, in quanto tale, prescinde da tale preventiva connessione⁵⁸.

In verità, sul piano processuale la soluzione adottata dal regolamento limita gli elementi differenziali tra le tipologie di competenze indicate unicamente alla circostanza che nell'ipotesi di fori alternativi o concorrenti la facoltà di scelta è riconducibile a un atto unilaterale dell'attore attraverso la decisione concernente l'ordinamento in cui instaurare il giudizio, mentre nel foro prorogato è sempre espressione di un accordo tra le parti.

La perplessità relativa alla configurazione della volontà delle parti quale titolo di competenza risulta rafforzata dalla constatazione che tale criterio rileva nel regolamento non soltanto con un ruolo limitato, ma altresì «asimmetrico».

Con una disposizione di carattere particolare (art. 4, par. 4), infatti –che peraltro non è applicabile nell'ipotesi di controversie concernenti minori– si ammette che la proroga ad opera delle parti possa avere effetto attributivo a favore delle autorità giurisdizionali di uno Stato terzo, purché aderente alla convenzione di Lugano del 2007⁵⁹, che trova applicazione nel caso di specie per quanto concerne la relativa configurazione.

Ne consegue che soltanto nell'ipotesi in cui la proroga di giurisdizione operi a favore di Stati terzi, individuati in quelli aderenti alla predetta convenzione –ponendosi implicitamente come deroga alla competenza dell'autorità degli Stati membri– non operano le limitazioni previste dal regolamento in esame, in quanto trova applicazione la normativa di origine convenzionale che riconosce sul piano processuale alla volontà delle parti il ruolo che le è proprio, in quanto modellata sul regolamento Bruxelles I.

16. Probabilmente non si possono comprendere le ragioni di questa disciplina discordante che comunque riflette la volontà chiara di realizzare un'apertura e il coordinamento anche con ordinamenti di Stati terzi, se non alla luce di una valutazione complessiva dei titoli di competenza che tenga conto anche delle competenze sussidiarie e residuali.

⁵⁸ Principi già sottolineati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 17 gennaio 1980, Zelger, causa 56/79, *Racc.* 1979, p. 89

⁵⁹ La convenzione è stata pubblicata in *G.U.U.E.* L 339 del 21 dicembre 2007, pp.3-41, su cui cfr. F. POCAR, *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters- Explanatory Report*, *ibidem*, C 319 del 23 dicembre 2009, pp.1-56.

Quanto al primo punto, in assenza di proroga ad opera delle parti, tanto a favore della giurisdizione di uno Stato membro che di uno Stato terzo parte alla convenzione di Lugano 2007, e nell'ipotesi in cui non sussista neppure la giurisdizione degli Stati membri sulla base dei titoli generali di competenza, l'art. 6 del regolamento individua come foro sussidiario quello costituito dalla cittadinanza comune delle parti.

In mancanza, l'art. 7 del regolamento prevede a titolo eccezionale la competenza delle autorità dello Stato membro con cui la controversia abbia «uno stretto legame» (*forum necessitatis*)⁶⁰, competenza che assume rilevanza non soltanto nell'ipotesi in cui la giurisdizione degli Stati membri non possa essere esercitata sulla base delle disposizioni del regolamento, ma anche quando non possa essere esercitata la giurisdizione di uno Stato terzo con cui la controversia abbia uno stretto legame.

La previsione che il *forum necessitatis* rilevi a titolo eccezionale⁶¹ non stempera la portata dell'estrema indeterminatezza della norma, dal momento che il ricorso al foro sussidiario costituito dalla cittadinanza comune è destinato probabilmente a non trovare frequente applicazione perché di difficile realizzazione in una materia che, seppur autonoma, è attinente al diritto di famiglia, settore caratterizzato oggi in modo sempre più frequente dalla pluricittadinanza dei suoi componenti e dalla difformità esistente tra i singoli ordinamenti in ordine alle soluzioni da adottare in merito al problema relativo al concorso di cittadinanze⁶².

L'indeterminatezza che consegue a tale soluzione potrà, quindi, in sede applicativa non avere sempre una portata «eccezionale».

Ed è un'indeterminatezza duplice, in quanto riferibile sia ai criteri che determinano lo «stretto legame» idoneo a giustificare la competenza degli Stati membri⁶³ sia, in negativo, all'accertamento del suo presupposto, ovvero l'inesistenza di collegamenti con Stati terzi, la cui sfera non è circoscritta.

E' difficile affermare che questa indeterminatezza sia stata prefigurata in funzione unicamente protettiva⁶⁴.

Essa riflette, piuttosto, la chiara volontà di delineare un sistema di attrazione delle controversie nella competenza degli Stati membri e di disciplinare anche quelle che siano collegate con Stati terzi, ponendosi come un sistema pressoché esaustivo di regolamentazione.

In verità, dalla valutazione complessiva delle soluzioni adottate in materia di competenza sembrano rilevabili due principi ispiratori.

Da un lato, la molteplicità dei criteri di competenza diretti ad individuare comunque un giudice competente può essere considerata una scelta obbligata in un sistema che non prevede il ricorso alle norme interne sulla competenza degli Stati membri e può risultare indirettamente protettiva, in quanto consente al creditore di alimenti di utilizzare la disciplina comunitaria e realizzare lo scopo in essa perseguito di un recupero effettivo dei crediti alimentari.

Dall'altra, questa esigenza di completezza è orientata a realizzare non solo la classica ripartizione tra le sfere giurisdizionali degli Stati membri, ma un'apertura e una volontà di coordinamento anche con Stati terzi.

Ne risulta uno spazio giudiziario europeo «aperto», in conformità del resto a quanto prospettato nel Programma dell'Aja e questo può costituire la ragione per cui in taluni casi questo costituisca un obiettivo e valore privilegiato, rispetto alla coerenza e talvolta alla prevedibilità e certezza del diritto.

⁶⁰ In argomento cfr. da ultimo G. ROSSILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea», in questa *Rivista*, 2010, n. 1, pp. 403-418.

⁶¹ Per un'esemplificazione dei casi in cui tale criterio potrebbe acquistare rilevanza cfr. considerando n. 16.

⁶² Per i riflessi che tale aspetto assume in materia di attribuzione del nome alla luce della giurisprudenza comunitaria cfr. C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 2010; G. ROSSILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2009.

⁶³ A titolo esemplificativo il considerando n. 16 individua nel criterio di cittadinanza di una delle parti il collegamento sufficiente a fondare la competenza degli Stati membri.

⁶⁴ Il considerando n. 16 individua la finalità della disposizione nella necessità di evitare situazioni di diniego di giustizia.

V. La determinazione della legge applicabile: il rinvio al Protocollo dell'Aja 2007

17. Se in materia di giurisdizione il coordinamento con il «diritto dell'Aja» è soltanto indiretto e parziale, come sottolineato in precedenza, una scelta di segno completamente opposto è stata adottata dal regolamento in esame a proposito della determinazione della legge applicabile.

Discostandosi nettamente dalle proposte emerse nella prima fase dei lavori preparatori⁶⁵, dirette all'adozione di norme di conflitto largamente ispirate al Protocollo 2007, la versione definitiva dell'art. 15, adottata a seguito di ampio dibattito e nonostante diverse opinioni di segno contrario⁶⁶, si limita a statuire che «la legge applicabile alle obbligazioni alimentari è determinata secondo il Protocollo dell'Aja del 23 ottobre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, negli Stati membri vincolati da tale strumento».

Due sembrano i principi desumibili da questa disposizione, nonostante il carattere estremamente generico della disposizione.

In primo luogo, la volontà, da parte del regolamento di rimettere integralmente alla regolamentazione del «diritto dell'Aja» la disciplina della legge regolatrice delle obbligazioni alimentari – principio ribadito del resto nel considerando n. 20 – e, parallelamente, la volontà di rinunciare a porre autonomi criteri diretti all'individuazione della legge applicabile.

Da questa disposizione è inoltre chiaramente desumibile lo scopo sostanziale perseguito: escludere ogni forma di parallelismo e duplicazione di disciplina – e di eventuale divaricazione – tra la codificazione regionale e la codificazione internazionale di una stessa materia, allo scopo di realizzare tendenzialmente, nella forma più completa che le tecniche normative possano consentire, il coordinamento con la normativa di origine convenzionale e conseguentemente armonia di soluzioni, obiettivo funzionale alla realizzazione del mutuo riconoscimento delle decisioni che il regolamento persegue in via primaria.

18. Tuttavia, è proprio la tecnica normativa impiegata a sollecitare alcune riflessioni.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico l'art. 15 del regolamento può essere configurato come una norma «in bianco» in quanto non contempla propri criteri, volti all'individuazione della legge applicabile e quindi priva di una disciplina autonoma della materia che pur è diretta a disciplinare e che è compresa nel suo ambito di applicazione.

Anche se configurabile come norma «in bianco», l'art. 15 è tuttavia una norma giuridica a tutti gli effetti, con una chiara volontà di regolamentazione della materia che ne costituisce l'oggetto, seppure indirettamente, attraverso il rinvio specifico ad una determinata convenzione internazionale – il Protocollo dell'Aja per l'appunto – considerata nel suo complesso.

Eccede i limiti di questa trattazione la considerazione del ruolo ampio che la tecnica del rinvio può svolgere in quanto mezzo di coordinamento tra sistemi, suscettibile di operare nei confronti dell'assunzione nel foro di ogni diritto «estraneo» ad un dato ordinamento giuridico⁶⁷.

Per quanto riguarda, tuttavia, la materia che interessa e quindi il diritto internazionale privato in senso stretto e i termini del problema nel modo in cui risultano prospettati nell'art. 15, vale a dire un rinvio specifico e globale, si può affermare che questa tecnica non sembra essere usuale, né a livello di codificazione nazionale né regionale.

A livello regionale potrebbe essere assimilata alle forme di rinvio adottate da taluni regolamenti comunitari, come il regolamento in materia matrimoniale (art. 11) con riferimento alla convenzione dell'Aja 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori, mentre anche il regolamento che si esamina offre diversi esempi di richiamo a talune convenzioni internazionali per la disciplina di alcuni profili, come il rinvio effettuato alla convenzione di Lugano di cui si è detto o alla convenzione dell'Aja 1965 in materia di notificazioni (art. 11, par. 3).

⁶⁵ Cfr. articoli 12-21 della *Proposta di regolamento* cit.

⁶⁶ Sul punto cfr. in particolare M. C. BARUFFI, «In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori», in *Le nuove competenze* cit., pp. 125-146, a p. 131 ss.

⁶⁷ Piace ricordare a questo proposito l'opera di G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile, a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1987.

Si tratta di casi che, tuttavia, non sembrano riconducibili alla previsione che si esamina.

Mancano in questi casi gli elementi che caratterizzano la tipologia del rinvio previsto dall'art. 15, quali la globalità del richiamo, la chiara volontà di rinunciare a disciplinare direttamente una determinata materia, che pur tuttavia rientra nell'ambito di applicazione della norma che effettua il rinvio, l'essere questa materia l'oggetto immediato della norma e non già indiretto o con questo interferente.

19. I caratteri che contraddistinguono la tipologia di rinvio prefigurata dall'art. 15 sono rinvenibili, invece, in talune codificazioni nazionali del diritto internazionale privato che a questa tecnica hanno fatto ampio ricorso in diversi settori tra cui proprio quello relativo alla materia delle obbligazioni alimentari, attraverso il richiamo, in particolare, alla convenzione dell'Aja 1973 sulla legge applicabile.

Si intende far riferimento, in particolare, all'art. 49 della legge federale svizzera del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato⁶⁸ e all'art. 45 della legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato⁶⁹.

Sono proprio le esperienze giuridiche e le riflessioni maturate sulla base di tali soluzioni che inducono a sottolineare come, perché lo scopo che la tecnica del rinvio specifico tendenzialmente persegue, vale a dire l'uniformità e armonia di soluzioni, possa essere realizzato occorre che il rinvio abbia come oggetto la convenzione internazionale nel suo valore originario, che si tratti, in particolare, di un richiamo alla convenzione come tale e in quanto tale, nel suo essere e divenire, che sia configurabile, in altre parole, come un rinvio mobile e non già materiale o ricettizio⁷⁰.

Conseguenze di segno opposto discenderebbero sul piano interpretativo se invece il rinvio si limitasse a una mera incorporazione delle convenzioni internazionali, aspetto questo che sembra riconducibile alla tecnica utilizzata dal legislatore italiano che, oltre a riflettere una rinuncia a legiferare nella materia, evidenzia anche la volontà di rendere applicabile le convenzioni internazionali richiamate « in ogni caso », con il chiaro intento di rimuovere i limiti che queste pongono al proprio ambito originario di applicazione.

20. Alla luce di queste considerazioni, si deve ritenere che i redattori del regolamento, attraverso la previsione dell'art. 15 abbiano inteso richiamare il Protocollo dell'Aja 2007 nel suo valore originario oppure, all'opposto, a titolo di mero rinvio materiale o ricettizio, con la conseguente incorporazione e quindi «comunitarizzazione» del diritto dell'Aja?

In verità una serie di indici rilevatori inducono a ritenere che i redattori del regolamento abbiano inteso richiamare il Protocollo nel suo valore originario.

Depone in tal senso la constatazione che il rinvio specifico effettuato dall'art. 15 non sembra sottintendere una volontà di applicazione estensiva della normativa oggetto di richiamo.

Questa conclusione è ovviamente riferibile all'ambito soggettivo di applicazione del Protocollo, già di per sé caratterizzato dalla portata universale delle relative norme in esso contenute (art. 2), ma, in modo significativo, deve essere riferita anche all'ambito materiale o oggettivo della normativa di origine convenzionale(art.1, par.1)⁷¹. Quest'ultimo, infatti, risulta determinato attraverso espressioni generiche e ampie che coincidono con quelle adottate dal regolamento in esame nell'ambito del quale la rinuncia a utilizzare a tal fine una più ampia formulazione, come era stato prospettato nel corso dei lavori preparatori, ha permesso di rendere coincidenti le rispettive sfere di applicazione.

Si aggiunga che questa coincidenza di ambiti si realizza con riferimento anche alle materie escluse, quali i rapporti di famiglia su cui si fondano le obbligazioni alimentari, che entrambi gli stru-

⁶⁸ Per un'analisi dei contenuti della legge cfr. in generale *Le nouveau droit international privé suisse* (F. DESSEMONTET ed.), Lausanne, Cedidac, 1988.

⁶⁹ Per l'esame dei diversi settori in cui tale tecnica normativa è impiegata si rimanda al volume *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato (Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria, Crotona- Isola di capo Rizzuto 30-31 maggio 1996)*, a cura di F. SALERNO, Padova, Cedam, 1997.

⁷⁰ Su tali problematiche cfr. in particolare P. PICONE, «Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e processuale», in *Le convenzioni internazionali cit.*, pp.377-415; K. SIEHER, «Codificazione del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali», in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, a cura del Consiglio Nazionale de Notariato*, Roma, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1986, pp.497-507

⁷¹ Di altro tenore e caratterizzato dalla massima flessibilità, per l'ampia facoltà di apporre riserve, è l'ambito di applicazione della Convenzione 2007, quale prefigurato dall'art. 2.

menti normativi intendono disciplinare con norme proprie e che pertanto sulla base di queste soluzioni sono rimesse ai sistemi nazionali di diritto internazionale privato degli Stati membri.

Determina altresì la convinzione che il Protocollo dell'Aja 2007 sia oggetto di richiamo nel proprio valore originario la considerazione dell'ambito di applicazione temporale di applicazione del regolamento, quale delineato all'art. 76, terzo comma che, con poche eccezioni, subordina l'applicazione del regolamento al momento dell'applicabilità del Protocollo nell'ambito della Comunità, disposizione che sembra incompatibile con la volontà di procedere alla ricezione materiale della normativa di origine convenzionale, configurazione questa che attribuirebbe rilievo alle norme richiamate come mero contenuto della norma rinviante e quindi a prescindere dalle relative vicende sul piano internazionale.

Né sembra che a conclusioni diverse debba pervenirsi in base alla valutazione della circostanza che, in sede di ratifica, l'Unione europea abbia dichiarato di voler procedere all'applicazione provvisoria del Protocollo⁷², volontà che, per le modalità di espressione –contestualmente al deposito dello strumento di ratifica– e per il suo fondamento –ravvisabile nell'art. 24 del Protocollo stesso– trova logica spiegazione nel quadro dell'ordinamento internazionale.

Considerazioni non dissimili valgono a proposito della volontà espressa contestualmente e contenuta nella citata dichiarazione di rendere applicabili le norme del Protocollo anche alle domande di alimenti presentate prima della relativa entrata in vigore.

Si tratta di una dichiarazione che sembrerebbe in contrasto con le disposizioni contenute nell'art.22 del Protocollo che ne sanciscono la irretroattività.

Tuttavia, nel rapporto esplicativo che accompagna il Protocollo⁷³ si specificano i termini di tale limitazione temporale, circoscrivendone la portata, attraverso la precisazione che a tal fine non assume rilievo il momento della proposizione della domanda in quanto tale, ma il periodo di tempo cui la richiesta di alimenti è rivolta, valendo la preclusione soltanto in relazione alle richieste di alimenti pregressi.

La modifica apportata dalla disposizione contenuta nel Protocollo per effetto della dichiarazione dell'Unione europea, pertanto, potrà essere in sede applicativa soltanto parziale, ma anch'essa sembra possa essere inquadrata e giustificata nel quadro dell'ordinamento internazionale e, in particolare, del Protocollo, che, pur non attribuendo agli Stati contraenti la facoltà apporre riserve (art. 27), sembra riconoscere in modo ampio quella di formulare dichiarazioni(art.28).

VI. La duplice disciplina del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

21. Il Protocollo dell'Aja 2007 assume nel regolamento un rilievo che in realtà trascende l'ambito relativo alla determinazione della legge applicabile, in quanto indirettamente condiziona le stesse modalità di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.

La disciplina adottata dal regolamento in relazione a tale aspetto, infatti, non assume carattere unitario, ma duplice.

In particolare, risulta differenziata, a seconda della circostanza che la decisione del cui riconoscimento ed esecuzione si tratta sia stata adottata da uno Stato membro vincolato o meno dal Protocollo citato (rispettivamente, articoli 17-22 e 23-38).

La differenziazione di regolamentazione non impedisce, tuttavia, di rilevare profili unitari e non esclude la possibilità di sottoporre entrambe le discipline ad alcune disposizioni comuni (articoli 39-43) che saranno esaminate nel corso della trattazione successiva.

1. L'ambito comune di applicazione

22. Per quanto concerne i profili comuni, ha sicuramente carattere unitario la determinazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, tanto dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

⁷² Cfr., *supra*, nota 27.

⁷³ A. BONOMI, *Projet de rapport cit.*, par. 212.

A tal fine vengono in considerazione le decisioni adottate negli ordinamenti degli Stati membri in materia di obbligazioni alimentari, secondo il significato che tale espressione assume ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento (art. 16, par. 1).

Ed è riferibile ad entrambe le discipline la configurazione ampia del termine «decisione» accolta dal regolamento, intendendosi con tale espressione, non soltanto i provvedimenti che, a prescindere dalla relativa denominazione – sentenza, ordinanza, mandato di esecuzione, liquidazione delle spese da parte del cancelliere (art. 2, par. 1 n. 1) – siano stati adottati da autorità giurisdizionali in senso stretto, ma anche le decisioni emesse da autorità amministrative, purchè queste autorità, come sottolineato in precedenza offrano determinate garanzie di imparzialità e garantiscano il diritto di audizione delle parti (considerando n. 12).

In particolare, ai fini del riconoscimento ed esecuzione il termine «decisione» comprende gli atti pubblici, categoria che secondo il regolamento include qualsiasi documento in materia di obbligazioni alimentari, qualificato come tale in sede di redazione o registrazione e purchè presenti determinati requisiti di autenticità attinenti alla firma e al contenuto, attestati da un'autorità competente a tal fine (art. 2, par. 3, lett. a).

E' considerato atto pubblico, inoltre, qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari, conclusa con le autorità amministrative dello Stato membro d'origine o da questa autenticata (art. 2, par. 3, lett. b).

Oltre che agli atti pubblici la cui nozione, come si è visto, rileva con un ampio significato, il termine decisione comprende ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 2, anche le transazioni in materia di obbligazioni alimentari, approvate dall'autorità giurisdizionale o concluse al suo cospetto nel corso di un procedimento.

Indubbiamente l'ampio significato del termine decisione e l'equiparazione che a ciò consegue degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie ai provvedimenti adottati dalle autorità giurisdizionali in senso stretto è motivata dall'esigenza di tener conto di realtà giuridiche diverse, dal momento che in alcuni ordinamenti giuridici la materia delle obbligazioni alimentari è attribuita proprio alla competenza delle autorità amministrative⁷⁴.

Parallelamente la scelta dei redattori del regolamento appare significativa, in quanto riflette l'intenzione non solo di non sottrarre tale categoria di atti al regime del mutuo riconoscimento delle decisioni, ma altresì la volontà di non sottoporre la stessa ad una disciplina differenziata⁷⁵.

Oltre al significato unitario della nozione «decisione», sono sicuramente riferibili a entrambe le discipline i presupposti perché i provvedimenti che si sono così individuati possano costituire oggetto di riconoscimento e di esecuzione.

A tal fine il regolamento non richiede la definitività delle decisioni, seguendo un'impostazione diffusa, oltre che a livello generale, soprattutto in materia di obbligazioni alimentari, tanto a livello di regolamentazione comunitaria che di codificazione internazionale.

Questo aspetto, infatti, assume particolare rilievo nel settore in esame, dal momento che è connaturata alla natura delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari la loro modificabilità al fine di rendere possibile l'adeguamento del relativo contenuto al mutamento delle circostanze concernenti la condizione del creditore e i bisogni del debitore⁷⁶.

Ai fini dell'esecuzione, inoltre, presupposto di entrambe le discipline è che le decisioni siano esecutive nello Stato di origine, concetto questo dell'esecutività che non è definito dal regolamento e che pertanto deve essere ricostruito alla luce dei principi generali⁷⁷.

Ne consegue che a tale espressione deve essere attribuito un significato generico e formale, di mera potenzialità, ovvero come sinonimo di mera suscettibilità di esecuzione della decisione sulla base

⁷⁴ In tal senso A. BORRAS-J. DEGELING, *Rapport explicatif* cit., par. 432. In generale, sulla difficoltà di individuare con precisione i confini della categoria «atti pubblici» cfr. R. CAFARI PANICO, «L'efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successioni e testamenti», in *Le nuove competenze comunitarie* cit., pp. 171- 222, a p. 182 ss.

⁷⁵ Una soluzione corrispondente è adottata dall'articolo 46 del regolamento n. 2001/2003. In senso critico su queste soluzioni cfr. R. CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 211 ss.

⁷⁶ Sottolineano questo aspetto A. BORRAS-J. DEGELING, *Rapport explicatif* cit., par. 473.

⁷⁷ In argomento Corte di giustizia, sentenza 29 aprile 1999, *Coursier*, causa 267/97, *Raccolta*, 1999, p. 2543

del diritto processuale dello Stato di origine, con la conseguenza che il regime previsto dal regolamento risulta applicabile non solo nei confronti di una decisione che abbia già avuto esecuzione, ma anche nel caso opposto.

A proporre l'istanza diretta al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni non è soltanto la persona fisica, ma anche, come sottolineato in precedenza, l'ente pubblico che agisca per conto di una persona cui siano dovuti gli alimenti o un ente al quale sia dovuto il rimborso di prestazioni erogate in luogo degli alimenti, se e nella misura in cui tale diritto è previsto dalla legislazione cui l'ente è soggetto (art. 64, par.1)⁷⁸.

L'ampio significato attribuito ai fini del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni alla nozione di creditore di alimenti ripropone una scelta classica nella materia, perseguibile già sulla base dell'art. 5 n. 2 della convenzione di Bruxelles⁷⁹ e del regolamento n. 44/2001, e che risulta essere altresì conforme alla soluzione adottata in proposito anche dalla convenzione dell'Aja 2007⁸⁰.

2. I modelli processuali che presiedono al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

23. Malgrado i caratteri unitari che si sono evidenziati, la disciplina relativa alle modalità di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni risulta differenziata ed ascrivibile a due modelli processuali distinti che riflettono scelte sensibilmente diverse da quelle adottate dai redattori della Convenzione dell'Aja 2007⁸¹

Per le decisioni adottate da Stati membri non vincolati dal Protocollo dell'Aja 2007 il principio cardine è quello del riconoscimento di pieno diritto delle decisioni, salva l'ipotesi di contestazione (art. 23, par. 1), mentre l'esecuzione della sentenza è subordinata a una dichiarazione di esecutività adottata dallo Stato richiesto, su istanza della parte interessata (art. 26).

Si tratta di un modello che non richiede particolari considerazioni in quanto si ispira (considerando n. 26) –ma probabilmente in modo più realistico dovrebbe dirsi che risulta ampiamente riprodotto– alle soluzioni già adottate dal regolamento n. 44/2001.

Le deviazioni dal regolamento Bruxelles I appaiono marginali e riflettono l'adeguamento alla logica che presiede al recupero dei crediti alimentari, vale a dire la volontà di perseguire questo scopo non solo con mezzi efficaci, ma soprattutto in modo rapido.

Particolare rilievo, quindi, assume in quest'ottica la previsione dei termini entro i quali le autorità dello Stato richiesto debbono adottare la dichiarazione di esecutività (art. 30) o pronunciarsi sul relativo ricorso (art. 34, par. 2) e in alcuni casi la loro revisione (art. 32, par. 5), nel senso di una loro abbreviazione rispetto a quelli prescritti nei casi corrispondenti dal regolamento n. 44/2001.

L'adozione di tale modello processuale non implica ai sensi dell'art. 68, par. 2 la sostituzione della disciplina in esso prevista al regolamento n. 805/2004, risultando così assicurata la coerenza e continuità con il sistema previgente.

24. Di altra natura è il modello processuale previsto per il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni emanate negli Stati membri vincolati dal Protocollo dell'Aja 2007.

I principi che caratterizzano questo modello sono sostanzialmente due: il riconoscimento di pieno diritto delle decisioni, senza possibilità per la parte interessata di proporre opposizione (art. 17, par. 1) e l'esecutività automatica delle decisioni, sul solo presupposto che la decisione sia esecutiva nello Stato di origine e senza che sia necessaria una dichiarazione che attesti l'esecutività da parte dell'autorità dello Stato richiesto (art. 17, par. 2).

L'automatismo degli effetti esecutivi è esteso, sulla base dell'art. 18, anche ai provvedimenti cautelari, nel senso che la sola esecutività della decisione nello Stato di origine implica di diritto l'au-

⁷⁸ Cfr., *supra*, par.IV.1.

⁷⁹ SCHLOSSER, *Relazione cit.*, par. 97.

⁸⁰ A. BORRAS-J. DEGELING, *Rapport explicatif cit.*, par. 588-598.

⁸¹ Oltre che al rapporto esplicativo, per un commento della disciplina, molto articolata, prevista dalla Convenzione dell'Aja 2007 in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, si rimanda ad A. MALATESTA, « La convenzione e il protocollo dell'Aja 2007 in materia di alimenti », in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 829-848.

torizzazione a procedere all'adozione di tali misure previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Appare chiaro da questi principi come non soltanto questa disciplina partecipi e sia espressione del processo relativo all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni, ma soprattutto come nel quadro di tale processo rilevi con una precisa fisionomia, rappresentandone, in termini evolutivi, la tappa più significativa.

L'abolizione dell'*exequatur* e di ogni forma di controllo delle decisioni nello Stato richiesto, neppure per motivi di ordine pubblico, era stata delineata e prospettata dal Programma dell'Aja come la meta ultima per la piena realizzazione della libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo.

Quello delineato ha costituito in realtà un processo che si è realizzato in modo graduale⁸² e in quest'ottica si possono cogliere gli elementi differenziali tra il modello processuale che si esamina e quelli prefigurati in altri strumenti normativi che lo hanno preceduto nel tempo.

Anche se l'abolizione dell'*exequatur* ha costituito – in tutto o in parte – un obiettivo condiviso⁸³ e realizzato da altri atti normativi, diverse sono state le modalità e le «concessioni» alla piena attuazione di questo obiettivo.

Nella misura in cui il modello che si esamina prescinde, nella realizzazione di tale obiettivo, non solo al sindacato di ordine pubblico, ma anche da qualunque condizione cui subordinare l'esecutività delle decisioni, anche di carattere formale, come un'attività di mera certificazione da parte dello Stato di origine, in ciò possono ravvisarsi alcuni aspetti significativi che evidenziano il grado di evoluzione rispetto a modelli processuali pregressi.

25. L'automatismo del riconoscimento ed esecuzione non comporta, tuttavia, ai sensi del regolamento, che la decisione straniera possa esplicare nell'ordinamento dello Stato richiesto pienezza di effetti, riferibili cioè al contenuto integrale della decisione straniera.

Con una disposizione che deve ritenersi di applicazione generale, anche se riferita unicamente alle decisioni adottate dagli Stati contraenti il Protocollo dell'Aja, infatti, l'art. 22 prescrive che «il riconoscimento e esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari a norma del presente regolamento non implicano in alcun modo il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità alla base dell'obbligazione alimentare che ha dato luogo alla decisione».

Questa soluzione è coerente con l'oggetto e lo scopo del regolamento, in particolare con la constatazione che la disciplina del riconoscimento delle decisioni è finalizzata unicamente al recupero dei crediti alimentari e non già al riconoscimento dei rapporti che ne costituiscono i presupposti (considerando 25).

Si ripropone in tal modo un'impostazione classica, già seguita dalla codificazione internazionale della materia, oltre che da alcuni settori giurisprudenziali nazionali e che consente di garantire la circolazione delle decisioni e quindi il coordinamento tra sistemi, pur in mancanza di una regolamentazione uniforme dei rapporti in virtù dei quali l'obbligazione è dovuta.

Sul piano strettamente processuale, la scelta di procedere a un riconoscimento ed esecuzione parziale delle decisioni può trovare logica spiegazione – e in tal senso è stata motivata nel quadro della codificazione internazionale della materia – con l'esigenza di tener conto della realtà processuale di quegli ordinamenti giuridici che ritengono che l'accertamento dei rapporti familiari – in particolare la filiazione – debba avere sempre valore *erga omnes* e non sia realizzabile pertanto sulla base di un accertamento a titolo meramente incidentale⁸⁴.

⁸² Per la ricostruzione di tale processo cfr. A. BONOMI, «Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali», in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. BONOMI, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 1-54, in part. p. 14 s. e, per un'analisi dei diversi modelli processuali che ne rappresentano il risultato, cfr. *Verso un «ordine comunitario» del processo civile, Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia (Convegno interinale SIDI, Como, 23 novembre 2007)*, a cura di N. BOSCHIERO e P. BERTOLI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

⁸³ Cfr. in tal senso, in particolare, l'art. 5 del regolamento n. 805/2004 e gli articoli 41 e 42 del regolamento n. 2001/2003 in materia di diritto di visita e di ritorno del minore. Cfr. altresì i regolamenti n. 861/2007 e n. 1896/2006.

⁸⁴ Cfr. A. BORRAS-J. DEGELING, *Rapport explicatif* cit., par. 438.

26. Oltre a non impedire una limitazione del contenuto degli effetti delle decisioni straniere, l'esecuzione automatica non preclude, secondo il modello processuale delineato dal regolamento, che determinate circostanze, ascrivibili distintamente all'ordinamento dello Stato di origine e dello Stato richiesto, possano acquistare rilevanza come motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione.

Tra i motivi di diniego, totale o parziale, dell'esecuzione vengono in considerazione la prescrizione del diritto a ottenere l'esecuzione secondo la legislazione dello Stato di origine o dello Stato richiesto, se questa prevede un termine di prescrizione più lungo (art. 21, par. 2); la inconciliabilità della decisione della cui esecuzione si tratta con altra decisione –emessa nello Stato richiesto, in uno Stato membro o in uno Stato terzo–, purché riconoscibile (21, par. 2, secondo cpv.), prescrizione che sottrae all'ambito di applicazione della norma i provvedimenti volti a modificare una precedente decisione in materia di obbligazioni alimentari per il mutamento sopravvenuto delle circostanze (art. 21, par. 2, secondo cpv.).

Rilevano altresì come motivo di rifiuto –o sospensione– dell'esecuzione, i motivi previsti dall'ordinamento dello Stato richiesto, purché non incompatibili con le disposizioni del regolamento relative per l'appunto, alle cause preclusive o sospensive dell'esecuzione previste dal regolamento (art. 21, par. 1).

Tra i motivi che, invece, possono giustificare ai sensi del regolamento la sospensione dell'esecuzione, viene in considerazione, oltre all'ipotesi da ultimo indicata e alla circostanza che la decisione sia stata sospesa nello Stato d'origine (art. 21, par. 3, primo cpv.), la previsione di particolare rilievo di cui all'art. 19 che attribuisce al «convenuto che non sia comparso nello Stato membro d'origine il diritto di richiedere il riesame della decisione all'autorità giurisdizionale competente di tale Stato membro», diritto il cui esercizio è subordinato all'osservanza di termini perentori (art. 19, par. 2) e all'esistenza di determinati presupposti, quali la mancata comunicazione o notificazione della domanda giudiziale o atto equivalente in tempo utile e in modo tale da consentire al convenuto di presentare le proprie difese o circostanze di forza maggiore o comunque non imputabili al convenuto che abbiano reso impossibile contestare il credito alimentare (art. 19, par. 1).

Mentre al rigetto della domanda di riesame consegue naturalmente il mantenimento della validità della decisione (art. 19, par. 3, primo cpv.), il relativo accoglimento determina l'annullamento della stessa, fatti salvi, a favore del creditore, i benefici dell'interruzione dei termini di prescrizione e decadenza e il diritto di richiedere retroattivamente gli alimenti derivanti dal primo procedimento (art. 19, par. 3, secondo cpv.).

In ogni caso, qualunque sia l'esito del procedimento di riesame, la proposizione della relativa domanda può avere, in tutto o in parte, effetti sospensivi sull'esecuzione della decisione, effetti, tuttavia, che non operano automaticamente, in quanto subordinati a una richiesta in tal senso ad opera del debitore e al relativo accoglimento da parte dell'autorità giurisdizionale adita nello Stato richiesto.

27. Pur nella loro eterogeneità, i motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione presentano un aspetto comune: è la logica cui risultano ispirati e la loro configurazione restrittiva e, in taluni casi, flessibile.

Si tratta di una logica di semplificazione, diretta a realizzare lo scopo perseguito dal regolamento che ancora una volta risulta evidenziato non solo nel recupero dei crediti alimentari in termini di effettività, ma anche di rapidità al fine di soddisfare pienamente l'interesse del creditore.

Questa logica di semplificazione, che è alla base dell'abolizione della stessa procedura di *exequatur*, è rilevabile con evidenza dalla circostanza che tutti i motivi di diniego e sospensione dell'esecuzione non siano rilevabili d'ufficio, ma soltanto su istanza di parte, probabilmente con la sola eccezione di quelli previsti dallo Stato dell'esecuzione (*ex art. 21, par. 1*).

Dove, tuttavia, la logica di semplificazione, diretta a limitare gli ostacoli che si frappongono all'esecuzione delle decisioni, risulta particolarmente evidente è nella circostanza che all'istanza di parte sembra corrispondere, in numerosi casi, una mera facoltà dell'autorità adita in ordine alla decisione di dar seguito o meno all'istanza stessa.

Questo aspetto è riferibile tanto all'ipotesi di inconciliabilità di decisioni rispetto alla quale l'autorità adita «può negare», in tutto o in parte, l'esecuzione (art. 21, par. 2, primo cpv.), che nell'ipotesi di sospensione, compresa l'ipotesi di proposizione della domanda di riesame ai sensi dell'art. 19.

Ed è soprattutto la scelta in tal senso adottata a proposito di questa disposizione a suscitare perplessità.

E' vero che il controllo relativo al rispetto dei diritti della difesa è prescritto dal regolamento anche all'origine, vale a dire in sede di accertamento relativo alla ricevibilità dell'azione –e sotto tale profilo l'art. 19 trova corrispondenza nell'art. 11–, ma è altrettanto vero che la tutela di tali diritti, espressione dell'«equo processo», tutelato anche a livello CEDU e che il regolamento intende comunque salvaguardare (considerando n. 29), appare non perfettamente coerente con la discrezionalità attribuita all'autorità adita per l'esecuzione in ordine alla decisione di sospendere l'esecuzione stessa, tanto più in un contesto normativo in cui risulta abolito il limite di ordine pubblico e in cui pertanto rileva questo unico rimedio di difesa che gli stessi redattori configurano come «straordinario».

La logica di semplificazione, oltre ad essere rilevabile dagli aspetti indicati si riflette anche nel modo in cui risultano configurati i diversi motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione.

Questo è riferibile ai motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione previsti dall'ordinamento *ad quem* (art. 21, par. 1) la cui applicazione è condizionata dalla compatibilità con le norme del regolamento e a tal fine il rilievo esiguo di tale rilevanza è confermato dalla scarsa semplificazione dettata a riguardo dai redattori del regolamento (considerando n. 30).

Uguale carattere di flessibilità è ravvisabile nel motivo di diniego costituito dalla prescrizione nello Stato di origine del diritto ad ottenere l'esecuzione (art. 21, par.2), dal momento che la stessa norma consente di tener conto in alternativa del termine a riguardo prescritto nell'ordinamento dello Stato richiesto, se questi prevede un termine di prescrizione più lungo, con la chiara volontà di favorire il creditore di alimenti.

Oltre che in modo flessibile, in diversi casi i motivi di sospensione sono configurati o risultano in concreto suscettibili di operare in modo limitato.

Questo aspetto è riferibile al motivo di diniego costituito dall'inconciliabilità delle decisioni (art.21, par. 2, secondo e terzo cpv.), motivo che, per espressa previsione del regolamento non si estende ai provvedimenti che modificano gli alimenti, salvaguardando in tal modo la possibilità di procedere all'adattamento sulla base di circostanze sopravvenute, caratteristica essenziale delle decisioni nella materia che si esamina.

Un contenuto restrittivo ben più significativo può conseguire, in sede applicativa, alla disposizione secondo cui la sospensione delle decisioni nello Stato di origine determina corrispondenti effetti nello Stato dell'esecuzione (art. 21, ultimo cpv.).

Questo automatismo degli effetti sospensivi può in realtà non essere realizzabile, posto che una norma di applicazione generale (art. 39) attribuisce all'autorità dello Stato di origine il potere « di dichiarare la decisione provvisoriamente esecutiva, nonostante la proposizione di un eventuale ricorso, anche se la legislazione nazionale non preveda l'esecutività di diritto».

Disposizione questa che non solo rende meramente ipotetici i casi di sospensione, ma che riflette anch'essa l'intento di procedere al rapido recupero dei crediti alimentari, e di evitare a tal fine tecniche dilatorie (considerando n. 22) connesse alla proposizione di ricorso per essere la decisione suscettibile di esecuzione secondo il regolamento non necessariamente definitiva.

Anche se giustificabile sul piano dei fini, è dubbio che l'esecutività provvisoria di diritto che ne consegue tenga in debito conto gli interessi del debitore.

28. L'esecuzione automatica delle decisioni prevista dal regolamento non impedisce comunque che l'ordinamento dello Stato dell'esecuzione condizioni le modalità e l'attuazione concreta delle decisioni.

Con una disposizione di carattere generale, infatti, l'art. 41, par. 1 del regolamento prescrive, non solo che il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge di tale ordinamento, ma, più in generale, che le decisioni sono ivi seguite alle stesse condizioni dei provvedimenti nazionali .

Si è reso così esplicito il principio relativo alla territorialità della legge processuale del foro che assume indubbio rilievo in assenza di norme processuali uniformi, che pur erano state prospettate nella proposta originaria di regolamento⁸⁵ e alcune di esse tipizzate nella convenzione dell'Aja 2007 (art. 34).

⁸⁵ Articoli 34-36 della *Proposta di regolamento* citata.

In verità tale disposizione evidenzia il limite di ogni modello processuale, anche di quelli fondati sull'abolizione dell' *exequatur*, stemperandone le differenze ed induce a riflettere se, nel rappresentare il modo in cui la decisione straniera esplica i propri effetti nell'ordinamento dello Stato dell'esecuzione, più che di «estensione degli effetti originari» sia più realistico parlare di «assimilazione di effetti», nel senso che la decisione straniera rileva agli effetti esecutivi come equivalente giurisdizionale di una decisione nazionale e questo a prescindere dal modello processuale di riferimento.

In quest'ottica appare quindi significativo che il regolamento, dopo aver enunciato la riserva indicata a favore della legge processuale del foro, con una disposizione anch'essa di carattere generale (art. 41, par. 2), prescriva la non obbligatorietà, per il creditore di alimenti, di un recapito postale né di un rappresentante autorizzato nello Stato dell'esecuzione.

In ciò può ravvisarsi il tentativo di conciliare, pur nel rispetto dell'organizzazione interna degli Stati in materia di procedure di esecuzione, il limite intrinseco che si è evidenziato, con lo scopo perseguito, individuato, nel caso specifico, con l'esigenza di limitare al massimo le formalità di esecuzione e i conseguenti costi a carico del creditore di alimenti (considerando n. 27).

3. Il Protocollo dell'Aja 2007 ai fini della determinazione della disciplina relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni: considerazioni critiche

29. I modelli processuali che si sono esaminati si inseriscono in un quadro normativo che, oltre a riflettere la tendenza a fornire una regolamentazione esaustiva e completa della materia, si ispira ad una logica di effettività, di semplificazione, di rapidità.

Logica questa che risulta potenziata alla luce di quelle disposizioni (cap. VII) che prevedono la istituzione e disciplinano il ruolo delle autorità centrali, designate dagli Stati membri (art. 49), cui sono affidate funzioni generali di cooperazione –consistenti principalmente nello scambio di informazioni– e un'attività diretta ad agevolare, in sede applicativa, l'attuazione del regolamento, sviluppando in tal modo un modello già prefigurato nella convenzione di New York del 20 giugno 1956 e che risulta sostanzialmente corrispondente a quello in proposito previsto dalla Convenzione dell'Aja del 2007.

E' tuttavia dall'esame delle funzioni specifiche attribuite alle autorità centrali (art. 51), qualificate come di assistenza alle parti, che si può cogliere in modo significativo la logica indicata.

Questa attività di assistenza, prefigurata come diretta a favorire entrambe le parti, (articoli 51, par. 1 e 56), e potenzialmente idonea ad essere espletata in ordine a diverse tipologie di domande, comprese quelle dirette ad ottenere gli alimenti, in realtà assume particolare rilevanza ai fini dell'attuazione delle decisioni in materia alimentare.

Tra le funzioni specifiche che possono assumere rilievo a tal fine, vengono in considerazione, in particolare, quelle dirette a contribuire alla localizzazione del debitore e ad ottenere informazioni relative alla consistenza del relativo patrimonio, ad agevolare la riscossione e il rapido trasferimenti dei pagamenti di alimenti (art. 51, lett. *b, c, f*) mentre attengono alla fase relativa all'accertamento dell'obbligazione, l'attività, pur di grande rilievo, volta a fornire assistenza nell'accertamento della filiazione e, più in generale, quella diretta all'acquisizione della documentazione utile e necessaria per il recupero dei crediti (art. 51, lett. *g, h*)⁸⁶.

Dove, tuttavia, la logica di semplificazione e di effettività che caratterizza le disposizioni del regolamento trova significativa espressione è nella previsione secondo cui, tra le funzioni specifiche attribuite alle autorità centrali, sono da annoverare anche quelle dirette al pagamento volontario degli alimenti, se del caso, anche attraverso il ricorso alla mediazione, alla conciliazione e ai metodi analoghi di soluzione delle controversie (art. 51, par. 2, lett. *d*), evidenziando in tal modo come il recupero effettivo dei crediti alimentari possa prescindere dall'esecuzione in senso stretto delle decisioni.

⁸⁶ La delicatezza dei compiti attribuiti alle autorità centrali, ma anche l'ampia competenza, hanno indotto i redattori del regolamento a puntualizzare che le disposizioni regolamentari non impongono l'obbligo di esercitare attribuzioni che, secondo la legge dello Stato membro richiesto, spettano esclusivamente alle autorità giudiziarie (art. 51, par. 4) e a porre una specifica disciplina in ordine al trattamento dei dati personali (articoli 61-63).

30. E' proprio la logica indicata, rilevabile da angolazioni diverse, a sollecitare alcuni interrogativi che impongono qualche riflessione.

In primo luogo, appare contrastante con questa logica e di difficile condivisione la scelta dei redattori di attribuire rilievo al Protocollo dell'Aja 2007 ai fini della determinazione della disciplina relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e questo per un duplice ordine di motivi.

Dal punto di vista pratico, il presupposto su cui si fonda tale differenziazione –vale a dire la circostanza che uno Stato membro sia vincolato o meno dal Protocollo– risulta in verità svuotata di gran parte del suo contenuto a seguito della ratifica da parte dell'Unione europea i cui effetti, come sottolineato, sulla base dell'art. 24 del Protocollo, si estendono a tutti gli Stati membri, ad eccezione della Danimarca che peraltro non partecipa all'adozione del regolamento e la cui posizione pertanto non assume rilievo in questa sede e del Regno Unito che, invece, ha comunicato la propria volontà di accettazione.

E' da chiedersi, quindi, se la semplificazione delle problematiche giuridiche cui il regolamento è preordinato non passi necessariamente –o debba addirittura iniziare– dalla semplificazione dei contenuti dello strumento normativo che questo obiettivo persegue.

Le perplessità di maggior rilievo, tuttavia, attengono principalmente ai profili strettamente giuridici che costituiscono il fondamento della duplice disciplina del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.

In particolare, l'adozione di un modello processuale più «evoluto» è motivata dalla «garanzia» del diritto applicato da parte degli Stati membri (considerando n. 24).

E sotto tale profilo è difficilmente contestabile che il Protocollo dell'Aja si faccia portatore di esigenze sostanziali, in senso lato protezionistiche, nei confronti del creditore di alimenti, condividendo in tal modo un obiettivo primario del regolamento.

Ma questo aspetto assume effettivamente rilievo in sede di riconoscimento delle decisioni?

In verità dalle scelte adottate dai redattori del regolamento sembrerebbe potersi desumere non solo che la «garanzia del diritto» applicato dal giudice *a quo* assuma rilievo in sede di riconoscimento in senso lato delle decisioni e giustifichi l'abolizione dell'*exequatur*, ma che questa «garanzia» bilanci in un certo senso la omessa previsione del limite di ordine pubblico, ammettendo implicitamente una presunta fungibilità tra i due strumenti.

Si tratta di un'impostazione di difficile condivisione, sulla base di diverse considerazioni.

In primo luogo, la legge applicata dall'ordinamento *a quo* non assume rilievo come requisito ai fini del riconoscimento delle decisioni, né come requisito autonomo, né come requisito implicito, conclusione questa cui sembra potersi pervenire da angoli visuali diversi.

A una conclusione negativa può pervenirsi innanzitutto sulla base del «diritto dell'Aja» rispetto al quale il regolamento esprime la volontà e l'esigenza di un coordinamento.

In tale contesto, non solo la legge applicata dal giudice *a quo* non è configurata come requisito autonomo ai fini del riconoscimento delle decisioni dalla convenzione 2007, ma neppure indirettamente si potrebbe giungere ad una soluzione opposta, dal momento che in realtà non esiste una correlazione tra la convenzione e il Protocollo, nonostante il termine protocollo sottintenda il significato di complementarietà tra i due strumenti.

Come sottolineato nel rapporto esplicativo, in realtà, questo collegamento è meramente genetico e funzionale, ma non implica per gli Stati un obbligo di adesione a entrambe le convenzioni⁸⁷.

A conclusioni negative deve, inoltre, pervenirsi alla luce delle norme che a livello comunitario disciplinano il riconoscimento delle decisioni.

In verità il rilievo della legge applicata dal giudice *a quo* era stato previsto a titolo eccezionale già nella versione originaria della convenzione di Bruxelles (art. 27 n. 4), sulla base di una disposizione invocabile proprio in materia di obbligazioni alimentari, in relazione alle questioni attinenti allo statuto personale dell'individuo, che, pur escluse dall'ambito generale di applicazione, potevano acquistare rilevanza se oggetto di accertamento incidentale⁸⁸.

⁸⁷ A. BONOMI, *Projet de rapport* cit., par. 15-17.

⁸⁸ In argomento ci permettiamo di rinviare al nostro, « Diritto internazionale privato e riconoscimento di sentenze straniere: convenzione di Bruxelles e giurisprudenza italiana », in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, 1992, vol. XIX-XX, pp. 313-405.

Previsione questa che, tuttavia, può ritenersi oggi estranea all'ordinamento comunitario, non solo nel quadro del regolamento n. 44/2001, ma soprattutto del regolamento n. 2001/2003 che espressamente ne ha ribadito l'irrilevanza (art. 25) pur in un settore, quale quello attinente ai rapporti di famiglia, particolarmente sensibile alle scelte di carattere particolaristico.

In verità il requisito che attribuisce rilievo, ai fini del riconoscimento delle decisioni, alla legge applicata dal giudice *a quo* nasce come esigenza di carattere particolaristico, in quei settori in cui la differenziazione tra ordinamenti è massima.

In presenza di norme uniformi, quali quelle contenute nel Protocollo, questo rilievo non potrebbe essere interpretato in tal senso ed avrebbe necessariamente una valenza diversa, in quanto strumento per far valere uniformità di decisioni, secondo soluzioni prospettate a livello internazionale da talune convenzioni meno recenti⁸⁹.

Neppure tale ipotesi, tuttavia, è rinvenibile in ambito comunitario, in quanto ad essa non sembra riconducibile la correlazione esistente tra i regolamenti n. 44/2001, n. 593/2008 e n. 864/2007, dal momento che tale correlazione non assume rilievo condizionante ai fini del riconoscimento delle decisioni.

Qualunque sia il significato che a tale requisito possa essere attribuito, è indubbio che dal punto di vista tecnico-giuridico il suo rilievo risulti incompatibile con quei sistemi processuali che, come quello che si esamina, fanno divieto di procedere, in sede di riconoscimento, alla revisione nel merito delle decisioni (art. 42), dal momento che l'accertamento di tale requisito implica sempre un controllo sull'iter logico-valutativo seguito dal giudice *a quo* per l'adozione della decisione⁹⁰.

E' questo aspetto, in particolare, a precludere la possibilità di attribuire rilievo non solo espresso, ma anche implicito al requisito in esame attraverso il limite dell'ordine pubblico, data la limitatezza concernente il relativo accertamento, anche se a questo limite era stato fatto impropriamente ricorso, al fine di realizzare il controllo sulla legge applicata dal giudice *a quo* in alcuni sistemi giuridici nazionali, in taluni casi prima che questi rilevasse al loro interno come requisito autonomo del riconoscimento delle decisioni⁹¹.

L'ordine pubblico, quindi, non sembra possa essere considerato fungibile con il requisito indicato e, pertanto, la relativa omessa previsione non è suscettibile di essere «bilanciata» dalla «garanzia» del diritto applicato, secondo quanto, invece, sembra essere la volontà dei redattori del regolamento.

31. In verità il problema del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei relativi limiti dovrebbe essere prospettato in chiave diversa.

Attribuire rilievo alla «garanzia» del diritto applicato ai fini dell'abolizione dell'*exequatur* significherebbe probabilmente sminuire il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni, individuando come suo fondamento il valore di identità piuttosto che quello di equivalenza, nel rispetto delle diversità.

E significherebbe attribuire un rilievo condizionante a un fattore, quello per l'appunto del diritto applicato nell'ordinamento *a quo* che, se uniforme, potrebbe tutt'al più assumere rilevanza al fine di facilitare questo processo e integrarsi con esso.

Lo stesso Programma dell'Aja, del resto, configura le misure volte all'adozione di norme uniformi come semplici «misure di accompagnamento».

In verità, incentrare l'adozione di un modello processuale che realizza l'abolizione dell'*exequatur* unicamente sulla «garanzia del diritto applicato» può essere fuorviante nella misura in cui, ritenendo che questa condizione sia soddisfatta, ci si astenga dall'interrogarsi sui limiti che effettivamente questo modello può incontrare.

Questi limiti, sembra, debbano essere ricercati sul piano processuale, in quanto è sotto tale profilo che i modelli processuali più «evoluti», possano mostrare la loro vulnerabilità.

La logica di semplificazione, riflessa nel modello che attua l'abolizione dell'*exequatur*, induce a interrogarsi proprio sulla tutela dei diritti delle parti sul piano processuale e se essi godano di idonea garanzia pur in un contesto che riduce al minimo il controllo sulla decisione straniera.

⁸⁹ Per più ampie considerazioni cfr. lo scritto citato alla nota precedente, in part. p. 386 ss.

⁹⁰ M.E. CORRAO, «Diritto internazionale privato e riconoscimento di sentenze straniere» cit., p. 367 ss.

⁹¹ M. E. CORRAO, *op. loc. cit.*

Viene in considerazione, in primo luogo, la tendenza a concentrare nello Stato di origine i rimedi contro la decisione della cui esecuzione si tratta⁹², secondo una configurazione rilevabile in diversi strumenti normativi, scelta questa che può far dubitare dell'imparzialità del relativo giudizio, soprattutto quando a tale configurazione è affidata la tutela del diritto della difesa⁹³.

Quando poi questa scelta è l'unica finalizzata al rispetto del principio di «equo processo» è legittimo interrogarsi se il contenuto di questi principi si identifichi soltanto con il rispetto dei diritti della difesa o se, invece, non si diano altri diritti il cui rispetto si impone per la tutela piena di tale principio.

Questi interrogativi evidenziano quanto in precedenza rilevato e cioè che l'adozione di modelli semplificati di riconoscimento delle decisioni non pone tanto un problema di contenuti ovvero del diritto applicato, quanto piuttosto un problema che potrebbe dirsi di ordine pubblico processuale⁹⁴.

⁹² In argomento cfr. O. LOPEZ PEGNA, « Concentrazione delle difese nello Stato di origine e sue conseguenze per il riconoscimento delle decisioni », in *Verso «un ordine comunitario»* cit., pp.103- 107.

⁹³ Per una critica delle scelte sotto tale profilo adottate dal regolamento n. 805/2004 e dal regolamento che si esamina cfr., rispettivamente, F. SEATZU, « Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati », in *Verso un «ordine comunitario»* cit. pp.45-69 e A. CAFAGNA, « L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la circolazione delle decisioni: il giudizio contumaciale », in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo* cit., pp. 17-52, in part. p. 50 ss.

⁹⁴ Sul tema cfr. in particolare S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, Giappichelli, 2009, in part. pp. 250-262; B. NASCIBENE, «Riconoscimento di sentenza straniera e «ordine pubblico europeo», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp.659-664.

LA GARANZIA DELL' OSSERVANZA DELLE NORME SULLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE NELLA PROPOSTA DI REVISIONE DEL REGOLAMENTO «BRUXELLES I»

PIETRO FRANZINA

*Professore associato di Diritto internazionale
Università degli Studi di Ferrara*

Recibido: 21.01.2011 / Aceptado: 31.01.2011

Riassunto: Nella proposta di revisione del regolamento (CE) n. 44/2001 (c.d. regolamento «Bruxelles I»), presentata dalla Commissione il 14 dicembre 2010, vengono affacciate fra le altre cose delle modifiche riguardanti le norme in tema di controllo della competenza giurisdizionale. Stando alla proposta, il giudice dovrebbe anzitutto procedere sistematicamente d'ufficio alla verifica della propria competenza (ora, invece, ciò avviene solo quando il convenuto, domiciliato in uno Stato membro, sia rimasto contumace, e quando la competenza esclusiva a conoscere della causa spetti alle autorità di un altro Stato membro). In secondo luogo, si prevede che nelle controversie in materia assicurativa, di consumo e di lavoro l'attore abbia l'onere di informare il convenuto, nell'atto introduttivo del giudizio, circa il suo diritto di eccepire, se del caso, l'incompetenza del giudice adito e circa le conseguenze di una comparizione in giudizio non assortita di eccezioni (oneri siffatti sono oggi estranei alla disciplina regolamentare). Tali modifiche vanno lette alla luce della scelta dei redattori della proposta di sopprimere gli ostacoli alla circolazione delle decisioni (sin qui previsti dall'art. 35 del regolamento n. 44/2001) connessi al mancato rispetto di talune regole sulla competenza. Lo scritto propone un'analisi critica delle modifiche prospettate dalla Commissione, soffermandosi altresì su un tema, legato ai precedenti, che la proposta omette di trattare: il tema degli effetti che le pronunce relative alla competenza giurisdizionale sono in grado di spiegare negli Stati diversi dallo Stato d'origine, e il problema relativo alle forme e ai modi dell'eventuale «trasferimento» della causa, a seguito della declinatoria, dal giudice privo di competenza al giudice di un diverso Stato membro che ne risulti invece provvisto.

Parole chiave: competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale, accertamento del titolo di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, diritto a un giusto processo, *translatio iudicii*.

Abstract: The proposed regulation aimed at amending (EC) regulation no. 44/2001 (the «Brussels I» regulation), presented by the Commission on 14 December 2010, purports to modify inter alia the rules governing the examination of issues of jurisdiction within proceedings in civil and commercial matters. According to the proposal, the seised court should always declare of its own motion that it has no jurisdiction, if that is the case according to the regulation (existing rules only require an ex officio declaration only where the defendant, domiciled in a Member State, does not enter an appearance, and when the courts of another Member State have exclusive jurisdiction to hear the case). The Commission's proposal further provides that in matters relating to insurance or to consumer and employment contracts, the document instituting the proceedings should contain information for the defendant as to his right to contest the jurisdiction of the court and the consequences of entering an appearance (at present, no information in this respect is required by the regulation). On the background of these amendments lies a decision taken by the drafters of the proposal: the decision of abolishing the obstacles that, today, according to Article 35 of the regulation, prevent a judgment from being recognised and enforced abroad for reasons relating to the lack of jurisdiction of the court that rendered it. The paper proposes a critical assessment of the proposed modifications. It also deals with an issue, connected with

the foregoing, which the Commission's proposal appear to neglect: the issue regarding the cross-border effects of judgments and the question regarding how proceedings instituted before one court might be «transferred» to the court of a different Member State as a consequence of the former declaring his lack of jurisdiction.

Key words: jurisdiction in civil and commercial matters, examination as to jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, right to fair trial, *translatio iudicii*.

Sommario: I. Le novità affacciate dalla proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I» sul terreno della competenza giurisdizionale. II. Il ruolo dei meccanismi posti a presidio dell'osservanza delle norme sulla giurisdizione nell'economia del regolamento n. 44/2001 e il senso delle relative innovazioni alla luce degli obiettivi generali della revisione. III. Il rilievo ufficioso del difetto di giurisdizione e i rapporti fra la soluzione prospettata dalla proposta e la proroga tacita della competenza giurisdizionale. IV. Gli oneri informativi posti a carico dell'attore con riguardo al diritto del convenuto di eccepire l'incompetenza del giudice adito e le conseguenze di una comparizione priva di eccezioni. V. Cenni in merito al discutibile silenzio della proposta rispetto al problema del raccordo fra la declinatoria della competenza e il procedimento successivamente instaurato innanzi al giudice competente. VI. Considerazioni conclusive.

I. Le novità affacciate dalla proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I» sul terreno della competenza giurisdizionale

1. La proposta di revisione del regolamento n. 44/2001/CE, presentata dalla Commissione il 14 dicembre 2010¹ a seguito della pubblicazione del rapporto concernente l'applicazione del regolamento negli Stati membri² e il Libro verde del 21 aprile 2009³, affaccia –per quanto riguardo la disciplina della competenza giurisdizionale– fondamentalmente quattro ordini di innovazioni⁴.

In sintesi, vengono prefigurati degli interventi volti a: a) modificare le condizioni di applicabilità del regime uniforme, prevedendo che ad esso debba sistematicamente farsi ricorso anche rispetto alle domande giudiziali proposte nei confronti di persone non domiciliate nel territorio di uno Stato membro⁵; b) introdurre, alla luce dell'innovazione precedente, nuovi titoli di giurisdizione destinati ad operare in via sussidiaria (per l'ipotesi, cioè, in cui le altre norme uniformi non attribuiscono la cognizione della lite ai giudici di alcuno Stato membro), allorché il convenuto sia domiciliato al di fuori dello spazio giudiziario europeo⁶; c) apportare una serie di modifiche puntuali alle norme del capo II, senza

¹ Doc. COM/2010/748 def.

² Doc. COM/2009/174 def. Il rapporto della Commissione fa seguito alla pubblicazione di un rapporto elaborato dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser per conto della stessa Commissione, consultabile nel sito web della Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale all'indirizzo <http://ec.europa.eu/civiljustice> (c.d. Heidelberg Report).

³ Doc. COM/2009/175 def.

⁴ In generale, sul dibattito che ha circondato l'avvio dei lavori di revisione del regolamento «Bruxelles I», v. F. SALERNO, «Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 1, p. 5 ss.

⁵ Nel 16° considerando della proposta si legge che «[i]n order to promote the interests of claimants and defendants and promote the proper administration of justice within the Union, the circumstance that the defendant is domiciled in a third State should no longer entail the non-application of certain Union rules on jurisdiction, and there should no longer be any referral to national law»; il nuovo regolamento –si aggiunge al 17° considerando– reca «a complete set of rules on international jurisdiction of the courts in the Member States». Sulla estensione della sfera di applicazione personale del regolamento v. per tutti A. BONOMI, «The Opportunity and the Modalities of the Introduction of *erga omnes* EC Rules on Jurisdiction», in *The external dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, a cura di A. Malatesta, S. Bariatti e F. Pocar, Padova, 2008, p. 149 ss.

⁶ Si tratta dell'art. 25, che istituisce un foro del patrimonio («Where no court of a Member State has jurisdiction in accordance with Articles 2 to 24, jurisdiction shall lie with the courts of the Member State where property belonging to the defendant is located, provided that (a) the value of the property is not disproportionate to the value of the claim; and (b) the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised»), e dell'art. 26, istitutivo di un foro di necessità («Where no court of a Member State has jurisdiction under this Regulation, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, hear

alterarne l'impianto (se non per fare spazio ai fori sussidiari): accanto a vari interventi formali, spesso conseguenti alla prospettata estensione dell'applicabilità *ratione personae* del regime uniforme⁷, viene proposta l'introduzione di modifiche di non trascurabile impatto pratico (come la nuova stesura dell'art. 18, par. 1, del regolamento, tesa a consentire il litisconsorzio passivo facoltativo nelle liti in materia di lavoro)⁸ e vere e proprie integrazioni del quadro esistente (è il caso, in particolare, del foro speciale per le azioni reali e possessorie su beni mobili: art. 5, punto 3)⁹; *d*) modificare le norme concernenti il controllo della competenza giurisdizionale: da un lato, il futuro regolamento dovrebbe sopprimere gli ostacoli alla circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo connessi al mancato rispetto di alcune regole sulla competenza (ostacoli sin qui contemplati dall'art. 35 del regolamento «Bruxelles I»); dall'altro, dovrebbe accrescere (almeno *prima facie*) l'effettività dei procedimenti volti all'accertamento del titolo di giurisdizione, generalizzando i poteri officiosi del giudice quanto all'introduzione della *quaestio iurisdictionis* (art. 27) e imponendo all'attore, per alcune liti, l'onere di informare il convenuto relativamente al diritto di eccepire l'incompetenza del giudice adito e alle conseguenze di una costituzione in giudizio non corredata da una siffatta eccezione (art. 24, par. 2).

In questo scritto l'attenzione si concentrerà sulle innovazioni indicate da ultimo.

II. Il ruolo dei meccanismi posti a presidio dell'osservanza delle norme sulla giurisdizione nell'economia del regolamento n. 44/2001 e il senso delle relative innovazioni alla luce degli obiettivi generali della revisione

2. La ragion d'essere delle novità prospettate dalla Commissione in tema di controllo della competenza giurisdizionale va apprezzata alla luce degli obiettivi di insieme della proposta. Questa –come emerge in particolare dal 9° e dal 23° considerando– tende in particolare a rendere più agevole la circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo.

La principale misura rivolta a questo scopo consiste nell'eliminazione, per la generalità dei provvedimenti relativi alla «materia civile e commerciale», delle procedure suscettibili di fraporsi tra l'emissione della pronuncia in uno Stato membro e la sua esecuzione in un altro Stato membro (una disciplina modellata sul sistema esistente rimane peraltro applicabile ad alcune specifiche categorie di sentenze). Un simile sviluppo –si legge nel 24° considerando– dev'essere affiancato da idonee garanzie tese ad assicurare il rispetto dei diritti processuali fondamentali.

3. Nell'economia di una disciplina a carattere «doppio», come la Convenzione di Bruxelles del 1968 e lo stesso regolamento n. 44/2001, l'unificazione delle norme sulla competenza giurisdizionale concorre ad integrare, sotto il profilo appena indicato, i presupposti su cui riposa l'accelerazione e la semplificazione dei meccanismi relativi alla circolazione delle pronunce giudiziarie. Modulando le opportunità di accesso alla giustizia offerte all'attore e le opportunità, per il convenuto, di contrastare in modo agevole le pretese affacciate nei suoi confronti, le norme sulla giurisdizione contribuiscono ad assicurare il carattere equo dei procedimenti tesi a tutelare in giudizio le posizioni conferite ai singoli dal diritto sostanziale. Per assolvere questo compito, le norme sulla competenza giurisdizionale debbono fondamentalmente salvaguardare le ragionevoli aspettative delle parti quanto al luogo in cui la causa

the case if the right to a fair trial or the right to access to justice so requires, in particular: (a) if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the dispute is closely connected; or (b) if a judgment given on the claim in a third State would not be entitled to recognition and enforcement in the Member State of the court seised under the law of that State and such recognition and enforcement is necessary to ensure that the rights of the claimant are satisfied; and the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised»).

⁷ È il caso, ad esempio, dell'*incipit* dell'art. 5, che ora non fa più riferimento all'ipotesi del convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato membro.

⁸ Si tratta, in sostanza, di una «reazione» alla soluzione –evidentemente giudicata inopportuna– cui è pervenuta Corte giust., 22 maggio 2008, causa C-462/06, *Glaxosmithkline*, punti 13 ss.

⁹ In virtù di tale disposizione, la cognizione delle liti concernenti «rights *in rem* or possession in moveable property» spetta, oltre che ai giudici dello Stato membro in cui si trova il domicilio del convenuto, al giudice del luogo «where the property is situated».

potrà radicarsi (12° e 13° considerando della proposta) e soddisfare le ragioni della buona amministrazione della giustizia (13° considerando). Il regime uniforme, in altre parole, riconosce alle parti un vero e proprio *diritto* a ricevere «ascolto» presso il giudice ivi indicato come competente: tale diritto concorre ad assicurare il carattere equo del processo e a giustificare che il suo «prodotto» –la decisione– circoli agevolmente nell'insieme degli Stati membri¹⁰.

Oggi, nel regolamento «Bruxelles I», come già nella Convenzione di Bruxelles, la *concreta* osservanza delle regole sulla giurisdizione non rientra –almeno in linea di principio– fra le condizioni da cui dipendono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere¹¹. Nonostante la connotazione «funzionale» appena posta in luce, la violazione di tali regole (o il fatto che esse non siano neppure venute in considerazione, ove si tratti di procedimenti estranei alla sfera applicativa personale della normativa uniforme), non impedisce in linea di massima che la pronuncia spieghi i propri effetti nell'insieme dello spazio giudiziario europeo. Solo in ipotesi circoscritte, soggette alle regole in materia assicurativa e in materia di contratti conclusi dai consumatori, o all'operare dei fori esclusivi, la mancata osservanza della disciplina uniforme è suscettibile di ostacolare –sotto il regime attualmente in vigore– il riconoscimento della sentenza¹². A conferma del carattere eccezionale dell'eventualità appena descritta, il regolamento (riprendendo anche in questo la Convenzione) esclude che le norme sulla giurisdizione (e in particolare quelle nazionali, applicabili ai procedimenti promossi nei confronti di persone non domiciliate nel territorio dell'Unione europea) possano venire in rilievo nella verifica della compatibilità della decisione *de qua* rispetto all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto¹³.

4. Nell'ambito di una strategia prioritariamente diretta, come detto, a facilitare la circolazione delle decisioni, gli autori della proposta hanno inteso ridurre ulteriormente, fino a sopprimerli del tutto, gli ostacoli legati alla concreta osservanza delle regole sulla competenza¹⁴. Alla luce di tale sviluppo, essi si sono sforzati di definire un nuovo equilibrio fra le ragioni del corretto funzionamento del mercato interno e i diritti della difesa, prospettando a tal fine delle innovazioni volte ad accrescere, entro lo Stato membro d'origine, l'effettivo rispetto delle regole sulla competenza.

Le soluzioni elaborate a questo fine suggeriscono tuttavia, come ci si appresta a rilevare, alcune considerazioni di carattere critico.

III. Il rilievo officioso del difetto di giurisdizione e i rapporti fra la soluzione prospettata dalla proposta e la proroga tacita della competenza giurisdizionale

5. L'art. 27 della proposta –se ne è accennato– prevede che il giudice investito a titolo principale di una domanda ricompresa nella sfera materiale della normativa uniforme debba dichiarare d'ufficio la propria incompetenza ogniqualvolta sia privo di giurisdizione *in base al regolamento*. Nei fatti, la proposta trasforma in regola generale una soluzione –quella del rilievo officioso dell'incompetenza– attualmente confinata a due ipotesi puntuali: quella che si verifica quando, in forza delle norme uniformi, il giudice di un altro Stato membro sia competente in via esclusiva (art. 25 del regolamento «Bruxelles I»), e quella che si verifica quando il convenuto, domiciliato in uno Stato membro, non sia comparso innanzi al giudice (art. 26).

¹⁰ In argomento, sia consentito rinviare a P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, p. 90 ss.

¹¹ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni nel regolamento (CE) n. 44/2001*, 3ª ed., Padova, 2006, p. 320 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª ed., Paris, 2010, 399 ss.

¹² Art. 35, par. 1, del regolamento n. 44/2001.

¹³ Art. 35, par. 3, del regolamento n. 44/2001.

¹⁴ Ciò perlomeno se si ritiene –come sembra opportuno, anche per ragione di sostanziale continuità col regime esistente– che l'art. 46 della proposta, relativo alla non riconoscibilità delle decisioni per contrarietà con l'ordine pubblico «processuale», sia in linea di principio inapplicabile a «patologie» del processo riguardanti la competenza giurisdizionale.

6. Conviene anzitutto interrogarsi sul rapporto che la soluzione accolta dalla proposta intrattiene con la proroga tacita della competenza giurisdizionale¹⁵. L'art. 24, par. 1, della proposta –identico all'art. 24 del regolamento– dispone che il giudice, al di là dei casi in cui la sua competenza abbia titolo in altre disposizioni, sia abilitato a pronunciarsi sulla domanda allorché il convenuto sia comparso innanzi a lui senza eccipere l'incompetenza, sempre che non esista un altro giudice competente in via esclusiva.

Il meccanismo della proroga tacita non è di per sé incompatibile con una previsione, come quella della proposta, che riconosca al giudice la possibilità di trattare e decidere la *quaestio iurisdictionis* anche in mancanza di un'iniziativa delle parti¹⁶. Beninteso, ove ricorrano i requisiti della proroga, tale *quaestio*, una volta introdotta, andrà risolta nel senso della sussistenza della giurisdizione.

L'innovazione prefigurata dalla proposta integra una limitata modifica del quadro esistente. E infatti: (a) qualora sussista la competenza esclusiva del giudice di un altro Stato membro, l'incompetenza seguirà a dover essere dichiarata d'ufficio dal giudice adito; (b) la comparizione del convenuto, ove non sia accompagnata da una tempestiva eccezione di incompetenza, determinerà –come prima– il legittimo radicamento della causa innanzi al giudice adito: e ciò si verificherà, come ora, a prescindere dal fatto che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro o in uno Stato terzo¹⁷, così come resterà che la lite riguardi taluna delle materie –assicurazioni, contratti conclusi dai consumatori, rapporti di lavoro– per le quali il regolamento detta un regime «protettivo»¹⁸; (c) in caso di mancata comparizione del convenuto, nulla cambia per effetto della proposta per l'ipotesi in cui il giudizio sia promosso nei confronti di una persona domiciliata in uno Stato membro: come avviene già oggi, il giudice dovrà accertare d'ufficio la propria incompetenza.

Di fatto, è solo nell'ipotesi in cui il convenuto sia domiciliato al di fuori dello spazio giudiziario europeo che la modifica affacciata nella proposta sembra rivestire una valenza effettivamente innovativa: «correggendo» una diversità di trattamento difficilmente giustificabile, specie ora che il regime uniforme si appresta a trovare sistematicamente applicazione anche nei riguardi dei convenuti «non europei», la norma permette al giudice di trattare e decidere d'ufficio *anche in questo caso* la questione della propria competenza.

7. Alla luce di quanto precede, la proposta prefigura sotto questo aspetto un innalzamento di fatto assai timido delle garanzie del convenuto. Il suo merito, semmai, sta nella semplificazione che essa apporta al quadro della normativa uniforme: la circostanza che il domicilio del convenuto si trovi in uno Stato membro o in uno Stato terzo è indifferente ai fini delle regole da seguire nell'accertamento del titolo di giurisdizione; e anche la «natura» del difetto di giurisdizione non influenza, in linea di principio, i poteri del giudice circa l'introduzione della *quaestio iurisdictionis* nel processo (la soluzione della *quaestio*, quella sì, resta influenzata dalla natura delle norme in gioco: l'incompetenza che derivi dall'esistenza di una competenza esclusiva altrui continua infatti ad imporsi «imperativamente» al giudice, dato che –come detto– i fori esclusivi continuano a non essere incisi dalla proroga tacita).

Si tratta peraltro, anche così, di un risultato scarsamente incisivo. Il «nuovo» regolamento «Bruxelles I», se sarà approvato nei termini di cui alla proposta, continuerà a dettare una disciplina incompleta della verifica del titolo di giurisdizione¹⁹: spetterà ancora alle norme del foro il compito di disciplinare

¹⁵ Sulla proroga tacita della competenza, v. per tutti A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Article 24», in *Brussels I Regulation - European Commentaries in Private International Law*, a cura di U. Magnus e P. Mankowski, München, 2007, p. 436 ss.

¹⁶ La stessa situazione, del resto, si incontra nel regolamento n. 4/2009/CE del 18 dicembre 2008 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile e l'efficacia delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari: v. gli articoli 5 e 10.

¹⁷ Il funzionamento della proroga tacita, come emerge da Corte giust., 13 luglio 2000, causa C-412/98, *Group Josi*, p. I-5925 ss., punto 44, è infatti già oggi indifferente a tale circostanza. V. in proposito, ampiamente, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 28 ss.

¹⁸ Cfr. Corte giust., 20 maggio 2010, causa C-111/09, *Bilas*, punti 21 ss. In argomento, S. MARINO, «La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza *Bilas*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 915 ss.

¹⁹ V. in proposito, più diffusamente, P. FRANZINA, «Il coordinamento fra *lex fori* e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001», *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 345 ss., e I. QUEIROLO,

gli aspetti di tale procedimento non «coperti» dalla disciplina uniforme, e dunque i tempi e i modi della introduzione della *quaestio* nel dibattito processuale, gli effetti della relativa decisione all'interno del procedimento e fuori di esso etc. La diversità delle regole nazionali in questo campo non è necessariamente fonte di inconvenienti. In qualche caso, tuttavia, la mancanza di omogeneità può nuocere all'effetto utile del regolamento e all'esigenza che le garanzie da esso predisposte operino con un'intensità equivalente nei vari Stati membri.

Difficoltà come quelle appena evocate possono interessare, fra le altre, le norme che identificano il momento del processo in cui la *quaestio iurisdictionis* dev'essere trattata e decisa. La possibilità –di cui gode ad esempio il giudice italiano in forza dell'art. 187, 3° comma, del codice di procedura civile²⁰– di «riservare al merito» la decisione sulla questione di giurisdizione, contribuisce nei fatti a «marginalizzare» il ruolo del giudice, a dispetto del *favor* espresso dalla proposta con l'accentuazione, almeno formale, dei poteri ufficiosi del giudice, verso l'assunzione da parte di costui di una veste «attiva» rispetto alla verifica della competenza.

Così, nei paesi in cui il giudice decide sistematicamente *il prima possibile* le questioni pregiudiziali, la mancata comparizione del convenuto determinerà senz'altro –ove non sussistano idonei titoli di giurisdizione in favore del foro– la declinatoria della domanda in rito; viceversa, nei paesi in cui tale verifica può essere facilmente posticipata alla trattazione del merito, l'iniziale contumacia del convenuto non produrrà un'analogha conseguenza ogniqualvolta risulti seguita, anche tardivamente, da una sua comparizione non corredata da eccezioni.

Al di là dell'ipotesi appena richiamata, una soluzione tempestiva della questione concernente la giurisdizione, oltre a soddisfare in linea di principio le esigenze della ragionevole durata del procedimento (un valore, questo, che la cooperazione giudiziaria non può omettere di perseguire, visto quanto prescrivono l'art. 6 TUE e l'art. 67 TFUE), bene si attaglia all'idea –più volte richiamata dalla Corte di giustizia²¹, ed esplicitamente inscritta nel preambolo del regolamento n. 44/2001 (12° considerando)– secondo cui le norme attributive della competenza debbono essere capaci di esiti applicativi astrattamente prevedibili, tali cioè da poter essere determinati in modo «meccanico». L'agevole verifica della *potestas iudicandi* del giudice, di cui tale «meccanicità» è uno degli strumenti, chiede che la questione di giurisdizione venga decisa *in linea di principio* senza che occorra procedere all'esame del merito della lite²².

8. Il silenzio della proposta –a fronte della disomogeneità delle regole e delle prassi nazionali in argomento²³– lascia in questo senso piuttosto perplessi²⁴.

È da chiedersi, in particolare, se la sensibilità dimostrata dai redattori della proposta per i tempi della verifica della giurisdizione in caso di litispendenza (l'art. 29, par. 2, dispone a questo proposito che la questione vada decisa per regola entro un termine di sei mesi) non possa trovare, nel futuro regolamento, un'espressione più ampia, e unitaria. Si potrebbe cioè prevedere che il giudice –a prescindere dal fatto che sia stato instaurato un procedimento «parallelo» in un altro Stato membro, o meno– debba in linea di principio pronunciarsi sulla *quaestio iurisdictionis* il prima possibile, con

«Article 25», in *Brussels I Regulation - European Commentaries in Private International Law*, a cura di U. Magnus e P. Manowski, München, 2007, p. 453 ss.

²⁰ L'art. 187 del codice di procedura civile italiano, dopo aver stabilito, al secondo comma, che il giudice istruttore può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, quando la decisione di essa può definire il giudizio, dispone –al terzo comma– che il giudice «provvede analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali, *ma può anche disporre che siano decise unitamente al merito*».

²¹ Cfr. ad esempio Corte giust., 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial*, punti 13 ss.

²² In questo senso, del resto, si era espressa la Corte di giustizia già nella sentenza 22 marzo 1983, causa 34/82, *Peters*, punto 17.

²³ Cfr. il c.d. Heidelberg Report (v. supra, nota 2), par. 175 ss.

²⁴ L'opportunità di apportare delle integrazioni in questo campo alla disciplina regolamentare era stata segnalata nel rapporto di cui alla nota precedente, dove si legge, fra le altre cose, che «a separate preliminary decision of the jurisdictional issues may be helpful for a speedy and inexpensive determination of this question», pur essendo vero che «an application for a preliminary ruling can be used as an instrument to delay a final judgment»; in tali condizioni, conclude il rapporto, «it may be advisable to add to Section 8 a clause stating that preliminary rulings on jurisdiction should be made without delay».

un autonomo provvedimento; ciò, beninteso, compatibilmente con le esigenze connesse alla prova dei fatti suscettibili di determinare la competenza (sempre che tale prova si renda necessaria) e fermo restando il diritto delle parti di disporre di un tempo sufficiente per la preparazione delle proprie difese a questo riguardo. Una simile scansione dei tempi processuali dovrebbe poter essere disattesa solo in casi eccezionali (come del resto prevede l'art. 29, par. 2, della proposta nel particolare contesto della litispendenza), per ragioni specificamente motivate, connesse a interessi meritevoli di considerazione nella prospettiva del regolamento²⁵.

In quest'ottica, una dilatazione dei tempi occorrenti alla decisione della *quaestio iurisdictionis* potrebbe ad esempio giustificarsi, in deroga alla soluzione di principio appena ipotizzata, nel caso in cui la competenza del giudice adito sembri poter essere affermata solo in forza della nuova regola istitutiva di un foro di necessità (art. 26 della proposta): se è vero –come si è cercato di dimostrare altrove²⁶– che il meccanismo appena ricordato fa dipendere l'esistenza della giurisdizione da interessi di indole materiale, da apprezzarsi caso per caso, è plausibile che la valutazione di tali interessi imponga al giudice una serie di attività processuali (di trattazione e, se del caso, di istruzione della causa nel merito) incompatibili con una decisione «anticipata» della questione di giurisdizione.

IV. Gli oneri informativi posti a carico dell'attore con riguardo al diritto del convenuto di eccepire l'incompetenza del giudice adito e le conseguenze di una comparizione priva di eccezioni

9. Nella proposta –come si è avuto modo di anticipare– la garanzia del diritto del convenuto ad essere giudicato da un organo competente in base alle norme uniformi ispira la previsione di nuovi, specifici oneri informativi posti a carico dell'attore. L'art. 24, par. 2, della proposta dispone infatti che rispetto alle liti soggette alle sezioni 2, 3 e 4 del capo II (le liti, cioè, in materia di assicurazioni, di contratti conclusi dai consumatori e di rapporti individuali di lavoro), l'atto introduttivo del giudizio debba contenere delle informazioni rivolte al convenuto quanto al diritto di quest'ultimo di eccepire la giurisdizione del giudice adito e quanto alle conseguenze della sua eventuale comparizione in giudizio non accompagnata da una simile eccezione. Il giudice adito, si aggiunge, prima di ritenere tacitamente prorogata la propria competenza in forza dell'art. 24, par. 1, deve accertare che gli oneri predetti siano stati soddisfatti.

La norma, che appare volta –come l'art. 27– a «bilanciare» la soppressione degli ostacoli alla circolazione delle decisioni attualmente contemplati dall'art. 35 del regolamento n. 44/2001, rischia di rivelarsi per vari aspetti scarsamente efficace. Essa, è ben vero, riconduce ad unità sotto questo profilo la disciplina dell'accertamento del titolo di giurisdizione allorché siano in gioco dei fori «protettivi» (mentre oggi, nel regolamento «Bruxelles I», la garanzia della non riconoscibilità delle decisioni per ragioni attinenti alla competenza giurisdizionale opera soltanto con riferimento alle controversie assicurative e di consumo). Non è meno vero, tuttavia, che il rafforzamento della posizione del convenuto è qui perseguito attraverso un mero requisito formale (l'inserimento dell'informativa nell'atto introduttivo del giudizio), che traducendosi in una formula di rito potrebbe non ricevere presso il convenuto (o chi lo rappresenta) l'attenzione che la posta in gioco, viceversa, dovrebbe comportare.

Anzi, la previsione di uno specifico obbligo informativo a carico dell'attore, unitamente all'onere del giudice di verificarne l'osservanza, induce a credere che lo stesso giudice –benché investito in questo campo di poteri ufficiali, come si è visto– non possa accertare *altrimenti* il verificarsi della proroga tacita, né possa, prima di pronunciarsi sulla propria competenza, attirare in altro modo l'attenzione del convenuto sulle implicazioni della sua condotta processuale. L'accertamento del titolo di giurisdizione (ove sia rappresentato dall'inerzia del convenuto e si verta in una delle specifiche materie sopra indicate) assume per questa via una connotazione «rigida»: quando il «rischio» della proroga sia entrato nella «sfera di conoscibilità» del convenuto, fosse anche solamente tramite l'inserzione nella domanda

²⁵ L'interesse a una celere definizione della lite, in primo luogo. Su questa base, ad esempio, risulterebbero di fatto offerti al giudice i mezzi per contrastare eventuali pratiche dilatorie connesse alla formulazione di eccezioni di incompetenza manifestamente infondate.

²⁶ P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1121 ss.

giudiziale di una semplice formula, il comportamento processuale dello stesso convenuto è in grado da solo di determinare il radicamento della competenza in capo al giudice adito secondo lo schema dell'art. 24, par. 1, della proposta; e ciò senza che il giudice possa valorizzare l'esistenza di elementi (quale potrebbe essere, ad esempio, il fatto che il convenuto, parte debole del rapporto, si sia costituito in giudizio senza il patrocinio di un difensore, omettendo di eccepire l'incompetenza) che appaiano suscettibili di colorare come non equo, nella fattispecie, un simile effetto. Una soluzione, questa, senz'altro coerente con l'obiettivo di speditezza e prevedibilità del regime della giurisdizione, ma potenzialmente poco idonea a salvaguardare in modo pieno ed effettivo i valori su cui le norme uniformi sulla giurisdizione dichiarano di fondarsi (la garanzia di una opportunità di «ascolto» presso il giudice che risulti ragionevolmente agevole da esercitare per entrambe le parti, la garanzia che la lite sia trattata e decisa da un giudice ragionevolmente «prossimo» agli elementi della controversia, etc.).

10. La soluzione accolta dalla proposta suscita del resto anche altre perplessità. L'idea di prevedere degli oneri informativi come quelli sopra descritti solo per le liti in materia di assicurazioni, di contratti conclusi dai consumatori e rapporti di lavoro segnala l'intenzione di predisporre delle cautele speciali allorché la controversia riguardi una relazione giuridica in cui una delle parti rivesta una posizione di strutturale debolezza rispetto all'altra (rispettivamente l'assicurato, il contraente e il beneficiario della polizza, il consumatore, il prestatore di lavoro). La norma dettata dalla proposta, tuttavia, per come è formulata, si applica indifferentemente anche all'ipotesi in cui l'azione sia promossa dalla «parte debole» del rapporto nei confronti dell'altro contraente. Riesce peraltro difficile capire quali ragioni, nel caso indicato da ultimo, giustifichino l'applicazione del regime informativo «aggravato» previsto dalla proposta (tanto più che –al di fuori delle particolari materie sopra menzionate– quel medesimo convenuto «forte» non beneficerebbe di alcun vantaggio «informativo»).

11. Dubbi, sotto un diverso profilo, possono essere espressi in ordine alle modalità tecniche con cui gli oneri informativi previsti dall'art. 24, par. 2, della proposta possono essere assolti nel quadro di particolari schemi procedurali, suscettibili di essere impiegati nell'ambito di taluna delle materie sopra ricordate. Non è semplice, ad esempio, capire in che modo possano essere fornite al convenuto le informazioni prescritte dalla norma citata allorché una controversia di modesta entità (sorta ad esempio da un contratto di consumo) venga portata di fronte ad un giudice nelle forme di cui al regolamento n. 861/2007/CE dell'11 luglio 2007. Tale procedimento, rigidamente strutturato attorno all'impiego di moduli standard, non sembra infatti lasciare spazio all'inserimento di formule aggiuntive, come quella affacciata dalla proposta. La clausola di salvaguardia che si rinviene nell'art. 78 della proposta parrebbe a rigore inapplicabile a un tale conflitto, in quanto testualmente intesa a far salve le norme contenute in atti di diritto derivato o nelle norme nazionali armonizzate in attuazione di essi le quali disciplinano la giurisdizione in materie particolari («provisions governing jurisdiction ... in specific matters»; «dispositions qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire»). Nel caso appena ipotizzato, invece, non si tratta di norme che «disciplinano» la giurisdizione, quanto piuttosto di norme che regolano (anche con ricadute sul regime della giurisdizione) la fase introduttiva del procedimento e il contenuto degli atti in cui essa si sostanzia.

V. Cenni in merito al discutibile silenzio della proposta rispetto al problema del raccordo fra la declinatoria della competenza e il procedimento successivamente instaurato innanzi al giudice competente

12. Rispetto ai meccanismi processuali che presiedono all'osservanza delle regole sulla giurisdizione, la proposta suggerisce qualche rilievo anche per ciò che *non* dice.

Come la Convenzione di Bruxelles del 1968 e il regolamento n. 44/2001, anche la proposta omette di prendere posizione in merito al problema degli effetti della pronuncia resa dal giudice circa la propria giurisdizione, in particolare ove si tratti di una pronuncia che ne neghi la sussistenza nel caso concreto.

Il tema è troppo complesso per essere adeguatamente affrontato in questa sede²⁷. Basti qui dire che rispetto a uno spazio giudiziario che si vuole integrato vi sono plausibilmente delle buone ragioni per conferire almeno un minimo di omogeneità alle regole che disciplinano gli effetti della declinatoria della giurisdizione, assicurando un raccordo fra la prima azione, promossa davanti a un giudice poi dichiarato incompetente, e l'azione successiva; ciò, in particolare, in funzione della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della prima domanda, e –se del caso– in funzione della utilizzabilità innanzi al giudice competente di eventuali attività processuali, ad esempio istruttorie, eventualmente svolte dal primo giudice, specie se non ripetibili²⁸. Un simile coordinamento accrescerebbe l'effettività della tutela giurisdizionale negli Stati membri, rivelandosi strumentale agli stessi obiettivi cui risulta ispirata, in generale, la creazione (e, oggi, la revisione) di una normativa uniforme, in Europa, relativa alla giurisdizione e all'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale²⁹.

13. La realizzazione di un simile raccordo presuppone il superamento di difficoltà tecniche di non poco momento. Si tratta di difficoltà connesse, per un verso, alla eterogeneità dei modelli processuali che per questa via si tratterebbe di mettere in «comunicazione», e per un altro verso al fatto che

²⁷ Per un'analisi più articolata, riferita al regime attualmente vigente, v. in particolare S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, 5ª ed., Torino, 2006, p. 223 ss. In argomento, v. altresì G. TARZIA, «Competenza internazionale e competenza giurisdizionale per connessione nelle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1969, p. 165, e G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, p. 57 s. Più di recente, v. C. ASPRELLA, *La translatio iudicii*, Milano, 2010, p. 205 ss.

²⁸ Il tema è stato affrontato in una risalente pronuncia della Corte di cassazione italiana (sentenza 8 giugno 1987 n. 5357, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1988, p. 326 ss.), di cui giova richiamare i passaggi salienti. La Corte, riferendosi all'art. 2966 del codice civile italiano, ha anzitutto rilevato come nell'ordinamento italiano la decadenza da un diritto possa essere impedita solo dal compimento di un atto che rappresenti l'esercizio del diritto «nella sua forma tipica». Ciò avviene, in caso di citazione in giudizio, solo se il debitore sia convenuto davanti al giudice competente o sia citato in riassunzione, nei termini di legge (art. 50 del codice di procedura civile), davanti al giudice competente. Ciò detto, la Corte, volgendo lo sguardo all'art. III, § 6, 4° comma, della Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico nei trasporti internazionali (per cui «il vettore e la nave saranno esonerati da ogni responsabilità per perdite o danni, se non sarà promosso giudizio entro un anno dopo la riconsegna delle merci o la data in cui le merci avrebbero dovuto essere riconsegnate»), riconosce, da un lato, che tale previsione non è intesa a coordinare gli ordinamenti interni ai fini della *translatio iudicii*, ma rileva, dall'altro, che con essa vengono positivamente definiti gli effetti impeditivi della decadenza provocati dalla domanda giudiziale: nel regime della citata Convenzione, tali effetti «si pongono al limite fra il diritto sostanziale e il diritto processuale», nel senso che l'evento impeditivo in ogni caso consegue alla proposizione della domanda, *a prescindere dalla competenza giurisdizionale del giudice adito*. Si pone, in queste circostanze, il problema (di diritto interno) di coordinare la speciale disposizione pattizia in discorso con le norme processuali. Al riguardo, per la Cassazione, va in particolare considerato che il diritto processuale civile italiano assicura la riproposizione del giudizio davanti al giudice nazionale competente, entro prestabiliti limiti temporali: la regola della conservazione degli effetti impeditivi della decadenza per effetto della tempestiva riproposizione della domanda, testualmente prevista dall'art. 50 del codice di procedura civile italiano per l'ipotesi della pronuncia di incompetenza, può essere estesa –per la Cassazione– ad ipotesi analoghe, non previste, come la declinatoria della giurisdizione nei rapporti fra giudice ordinario e giudice speciale e la stessa declinatoria della giurisdizione pronunciata da un giudice straniero, allorché la domanda venga tempestivamente riproposta innanzi al giudice italiano.

²⁹ Non appare azzardato, in questo senso, riferire ad uno spazio giudiziario sovranazionale, in cui operano autorità giurisdizionali di Stati diversi chiamate però a confrontarsi sempre più frequentemente le une con le altre, il senso di fondo di alcune considerazioni svolte di recente dalla Corte costituzionale italiana con riguardo alla diversa situazione determinata dalla compresenza, all'interno di uno stesso Stato, di giudici appartenenti ad ordini diversi (ordinario e speciale, civile e amministrativo). Nella sentenza 5 - 12 marzo 2007 n. 77 (consultabile nel sito <http://www.cortecostituzionale.it>), la Corte costituzionale ha affermato che il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi è «incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali». Infatti, se è vero che la Costituzione «ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi». Sicché, essendo questa «la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti –per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato– è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale». Una simile disciplina, aggiunge la Corte, «è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta».

un'eventuale *translatio iudicii* europea, ove dovesse effettivamente servire a far salvi (fra gli altri) gli effetti sostanziali della domanda, dovrebbe per forza di cose essere in grado di incidere sul concreto modo di essere di rapporti giuridici potenzialmente soggetti, in base alle pertinenti norme di conflitto o in base ai pertinenti regimi di diritto materiale uniforme, a normative sostanziali fra loro assai diverse.

Malgrado tali difficoltà, la rinuncia degli autori della proposta ad affrontare, ancorché con cautela, questa complessa tematica appare criticabile. Si tratta anzi, sotto un certo aspetto, di un atteggiamento sorprendente ove si consideri che, sia pure in un contesto differente, quello della litispendenza, la stessa proposta di revisione del regolamento n. 44/2001 mostra di voler «amministrare» tramite regole uniformi le conseguenze dei provvedimenti suscettibili di influenzare il *se* e il *quando* della tutela giurisdizionale, tanto da definire le conseguenze di un provvedimento –la sospensione– capace per sua natura di implicazioni assai meno incisive della declinatoria di competenza: l'art. 34, par. 2, della proposta stabilisce che durante la sospensione eventualmente disposta dal giudice di uno Stato membro in ragione della previa pendenza di un'identica causa davanti al giudice di uno Stato terzo, l'attore conserva il beneficio dell'interruzione dei termini prescrizionali previsti dalla legge del foro (già oggi, del resto, l'idea che la lite promossa in un dato Stato membro «proseguia» in un altro Stato membro riunendosi ad un procedimento ivi pendente è sottesa alla previsione dell'art. 28 del regolamento n. 44/2001, in tema di connessione privativa).

È lecito domandarsi se una analoga attenzione (espressa, beninteso, in una veste tecnica adeguata ai caratteri di una pronuncia che accerti l'inesistenza di titoli giurisdizionali idonei alla cognizione della lite) non possano trovare un riscontro nella revisione del regolamento «Bruxelles I» in funzione di un coordinamento tra procedimenti (non già «paralleli», come nel caso della litispendenza o della connessione privativa, ma) «successivi». Una riflessione in ordine alle condizioni e alle modalità tecniche di un'eventuale *translatio iudicii* a carattere transfrontaliero sarebbe, in questo senso, senz'altro opportuna.

14. Non è privo di rilievo, in quest'ottica, il fatto che altri strumenti normativi riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia civile, già adottati o in via di elaborazione, contemplino l'ipotesi di un «trasferimento» della causa da uno Stato membro ad un altro: il riferimento è, in particolare, all'art. 15 del regolamento n. 2201/2003/CE relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e all'art. 5 della proposta di regolamento sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di successioni, presentata dalla Commissione il 14 ottobre 2009³⁰. Si tratta, è ben vero, di casi eccezionali, decisamente diversi da quello considerato in queste pagine. Le soluzioni messe a punto in relazione ad essi segnalano tuttavia la «disponibilità» del diritto dell'Unione a dar vita a sofisticate forme di raccordo fra le sovranità processuali degli Stati membri, assicurando –assieme alla «continuità» dei procedimenti giudiziari attraverso le frontiere– una più efficace tutela della posizione dei singoli.

VI. Considerazioni conclusive

15. Le innovazioni illustrate sin qui sottendono tre direttrici di fondo della revisione del regolamento «Bruxelles I», comuni a più profili della disciplina ivi stabilita.

La prima di tali direttrici corrisponde all'idea per la quale le controversie civili a carattere transnazionale, quando riguardino rapporti di natura patrimoniale, debbono potersi sviluppare –per rispondere alle esigenze proprie di uno spazio sociale ed economico integrato– secondo «catene procedurali» corte, caratterizzate da un operare in buona parte «meccanico» e capaci, come tali, di dar luogo ad esiti scarsamente o per nulla condizionati dalle peculiarità del caso di specie e dall'apprezzamento del giudice (manifestazioni di un'analoga sensibilità, in relazione a contesti fra loro assai diversi, sono ormai numerose nella giurisprudenza della Corte di giustizia: si pensi, ad esempio, alle sentenze *Turner* e *Owusu*, rispettivamente del 2004 e del 2005, che hanno riconosciuto come estranee al sistema sovranazionale, ri-

³⁰ Doc. COM/2009/154 def.

spettivamente, le *anti-suit injunctions*, in quanto suscettibili di condizionare l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici di uno Stato membro, e la modulazione in base a considerazioni di «convenienza», ritagliate sulle caratteristiche del caso concreto, delle decisioni relative alla competenza).

La seconda direttrice, legata alla precedente, riflette l'idea che le garanzie del giusto processo, elemento essenziale della cooperazione giudiziaria in materia civile e più in generale dell'opera di edificazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa (come emerge dall'art. 67 TFUE), implicano –nell'ottica delle istituzioni– una forte responsabilizzazione del loro titolare. Il giudice, garante del corretto svolgimento del processo, è chiamato a vegliare sulla «possibilità» che le parti beneficino delle prerogative proprie di un processo equo, ma non si sostituisce alla loro iniziativa ed è pronto a trarre dal mancato esercizio dei diritti in questione le conseguenze proprie di una rinuncia. Con riguardo alla competenza giurisdizionale, tale atteggiamento sottende tanto l'operare della proroga tacita (di fatto non compromesso dalla generalizzazione dei poteri officiosi del giudice circa la verifica del titolo di giurisdizione, come visto) quanto la previsione degli oneri informativi posti in qualche caso a carico dell'attore, come sopra ricordato. Si tratta, al fondo, di un atteggiamento non nuovo. La Corte di giustizia l'aveva preconizzato, in tutt'altro contesto, nella sentenza *ASML* del 2006, affermando che l'ostacolo al riconoscimento delle decisioni rappresentato dalla mancata notificazione dell'atto introduttivo del giudizio deve ritenersi inoperante allorché il debitore, pur avendone la possibilità, non abbia fatto valere tale patologia nello Stato membro d'origine. Uno dei corollari della tendenza appena descritta –è qui possibile soltanto segnalarlo– consiste nella valorizzazione del ruolo dell'avvocatura: l'effettività della cooperazione giudiziaria riposa, in questo senso, anche sulla possibilità che le parti agiscano nel processo (sin dal principio, nello Stato d'origine) con piena consapevolezza dei diritti loro garantiti.

La terza direttrice di fondo di cui sono espressione le novità della proposta in tema di accertamento della giurisdizione attiene, infine, al rapporto fra norme uniformi e norme interne. L'esperienza maturata dalle istituzioni con l'elaborazione di norme processuali «minime», comuni agli Stati membri (nel regolamento n. 861/2007, sopra citato, ma anche ad esempio nel regolamento n. 1896/2006/CE sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento) si riverbera, nella proposta, nella tendenza ad estendere la portata del regime uniforme ad aspetti sin qui riservati alla normativa processuale del foro (è il caso del già ricordato art. 24, par. 2, della proposta, sulle informazioni che l'atto introduttivo del giudizio deve contenere a beneficio del convenuto). Tale tendenza resta comunque caratterizzata da una certa «timidezza» e fatica a trovare espressione in settori in cui pure si renderebbe opportuno un maggior grado di omogeneità nella regolamentazione, come nel caso degli effetti della declaratoria di incompetenza.

INMUNIDAD Y TRANSACCIONES MERCANTILES INTERNACIONALES

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED*

Recibido: 17.01.2011 / Aceptado: 31.01.2011

Resumen: Aunque no haya entrado todavía en vigor, el *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, hecho el 16 de diciembre de 2004 constituye ya el marco legal internacional en materia de inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Prueba de lo anterior es su constante toma en consideración por parte de las más altas instancias judiciales de distintos Estados: desde el mismo Tribunal Supremo español, hasta la *Court of Appeal* y *House of Lords* (hoy *Supreme Court*) británica, pasando –entre otros– por el Tribunal Supremo japonés.

El Convenio parte de una concepción restringida de la inmunidad y, en este sentido, prevé una amplia lista de procesos en que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer. Entre estos procesos destacan –por su mayor litigiosidad y relevancia económica– los relativos a las transacciones mercantiles. En virtud del artículo 10 del Convenio, los Estados no podrán hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante el tribunal de otro Estado cuando participen en una transacción mercantil. La norma así prevista plantea, cuanto menos, dos interrogantes. La primera –y quizá más importante– es la que gira en torno al significado de la expresión «transacción mercantil» a los efectos del Convenio. La segunda es la que gira en torno al alcance de las excepciones previstas en el mismo tenor del precepto. Ambas cuestiones son tratadas en este estudio.

Palabras clave: *Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, transacciones mercantiles, naturaleza de la transacción, finalidad de la transacción.

Abstract: Although the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004) is not yet in force, it has already become the legal international framework in both jurisdictional and enforcement immunities. One of the illustrations of this achievement is its continuous appreciation by supreme legal authorities in different states, from the Spanish Tribunal Supremo to the Court of Appeal and the Supreme Court in England and Wales and to the Japanese Supreme Court.

The Convention embraces a restrictive approach to immunity and, therefore, provides for a wide list of proceedings in which state immunity cannot be invoked. Among them, proceedings regarding commercial transactions are highlighted due to their economic relevance and their higher likelihood to produce litigation. By virtue of article 10 of the Convention states cannot invoke immunity from a court of another State in a proceeding arising out of a commercial Transaction. This regulation raises, at least, two practical questions. The first –and perhaps the most important– one deals with the meaning of the expression «Commercial Transaction» under the Convention. The second question refers to the scope of the exceptions included in that section. Both questions are studied in the following essay.

Keywords: UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, immunity of jurisdiction, immunity of execution, commercial transactions, nature of the transaction, purpose of the transaction.

Sumario: I. Introducción. II. Alcance de la expresión *transacción mercantil*. III. Criterios para determinar el carácter *mercantil* de la transacción. IV. Criterio de la *naturaleza* v. criterio de la *finalidad*: la práctica jurisprudencial comparada. 1. El criterio de la *naturaleza* y el criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada. A) El criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada. B) El criterio de la *naturaleza* en la jurisprudencia comparada. 2. La interpretación del artículo 2.1 c) y 2.2 del Convenio en la jurisprudencia comparada. V. El alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles: el artículo 10 del Convenio. 1. Antecedentes y proceso de redacción del precepto. 2. La *ratio* del precepto. VI. Alcance de la expresión «normas aplicables del derecho internacional privado»: competencia judicial internacional. 1. Significado de la expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado». 2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de transacción mercantil. VII. Excepciones a la regla de no inmunidad. 1. Transacción mercantil entre Estados. 2. Autonomía de la voluntad. 3. Empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia. VIII. La jurisprudencia en materia de inmunidad en relación con las transacciones mercantiles. 1. Inmunidad de jurisdicción (remisión). 2. Inmunidad de ejecución. IX. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. Aun sin estar todavía en vigor, el *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecho el 16 de diciembre de 2004* se ha convertido en el marco legal internacional de referencia en materia de inmunidad. Su constante cita por parte de las más altas instancias judiciales, así como la cantidad de trabajos doctrinales que ha inspirado¹, así lo atestiguan.

En efecto, en perspectiva jurisprudencial, no puede ignorarse que son muchas resoluciones judiciales ya las que aplican directamente el texto del Convenio. En nuestra jurisprudencia, la sentencia del TS (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 1986² constituye el primer referente importante al respecto. En este fallo, el TS citó y justificó parte de su argumentación en los trabajos preparatorios del texto. En el mismo sentido –y en fechas mucho más recientes– se han pronunciado tanto la *Court of Appeal* como la *House of Lords* (hoy *Supreme Court*) británicas como el Tribunal Supremo japonés (*infra* 24 y 25). Paradigmática sobre la relevancia de este Convenio en el plano internacional es la jurisprudencia británica, pues reconoce expresamente que este texto internacional «*has been recognised as reflecting current international thinking on the subject*».

2. El Convenio, que asienta con matices el principio de inmunidad *restringida* tal y como hoy en día es mayoritariamente aceptado en la jurisprudencia comparada, dedica su artículo 10 a regular la inmunidad del Estado que participa en *transacciones mercantiles* internacionales. En su virtud, un Estado que participe en una transacción mercantil no podrá, en principio, hacer valer su inmunidad en un hipotético pleito sobre la misma. La aparente sencillez de esta regulación esconde, no obstante, una serie de cuestiones de controvertida solución. La primera de ellas es la que gira en torno al criterio que debe utilizarse para calificar una transacción de mercantil: ¿debe estarse a la *naturaleza* de la misma o por el contrario debe estarse a su *finalidad*? La segunda es la que gira en torno a los requisitos que debe reunir el supuesto para que la excepción comercial a la inmunidad sea operativa: competencia judicial internacional de un Estado que no participa de la transacción y no concurrencia de determinadas circunstancias en el supuesto (*ad. ex.* no existir acuerdo en contrario entre el Estado y su contraparte).

¹ En la doctrina española, con anterioridad a la firma del Convenio, *vid.* A. SORIA JIMÉNEZ, *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995. Como últimas referencias doctrinales basadas ya en el Convenio, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008; M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y contrato de trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010, pp. 607-638. En la doctrina extranjera, con carácter general, *vid.*: E. DENZA, «The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective», *ICLQ*, Vol. 55, 2006, pp. 395-398; H. FOX, «In defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important», *ICLQ*, Vol. 55, 2006, pp. 399-406; G. HAFNER / U. KÖHLER, «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», *NYIL*, Vol. XXXV, 2004, pp. 3-49; D. P. STEWART, «The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 194-210; L. WEATHERLY LOWE, «The International Law Commission's Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property: The Commercial Contract Exception», *Columbia JtransnatL*, Vol. 27, 1989, pp. 657-678.

² RJ 1986\7231.

3. Para responder a las cuestiones así suscitadas, indagaremos, en primer lugar, en el alcance de la expresión *transacción mercantil* (Ep. II). Lo cual conlleva, a su vez, estudiar la relevancia que los dos criterios clásicos a cuya su luz se determina el carácter mercantil de una transacción (*naturaleza y finalidad*) tienen en este instrumento internacional (Eps. III y IV). A partir de ahí, estudiaremos detalladamente el alcance de la regla de *no* inmunidad en las transacciones mercantiles así como las excepciones a la misma (Eps. V, VI y VII). Finalmente, llevaremos a cabo un breve estudio de jurisprudencia comparada en materia de inmunidad –tanto de jurisdicción como de ejecución– en relación con las transacciones mercantiles (Ep. VII).

II. Alcance de la expresión *transacción mercantil*

4. El artículo 2.1 c) del Convenio define lo que –a los efectos de aplicación del mismo– debe entenderse por transacción mercantil. En su virtud:

C) se entiende por «transacción mercantil»:

- i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;*
- ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción;*
- iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.*

5. La expresión que en un principio se incluyó en el tenor del precepto fue la de «contrato mercantil». No obstante, habida cuenta de su restringido alcance, pronto fue sustituida por la de «transacción mercantil». Esta expresión tiene un significado mucho más amplio, de tal modo que sirve mejor a los efectos del precepto.

6. El término «mercantil», por su parte, debe ser objeto de una interpretación autónoma, desvinculada del derecho de los Estados miembros y desvinculada también del significado que pueda tener en el marco de otros instrumentos internacionales (así lo prevé expresamente el párrafo 3 de este artículo 2, a cuyo tenor: *Las disposiciones... relativas a la terminología empleada en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado*). Su significado y alcance debe ceñirse, por tanto, al contexto de las inmunidades jurisdiccionales. Como consecuencia de esta interpretación autónoma, los Estados no podrán imponer la interpretación del término «mercantil» conforme a los criterios previstos en sus respectivos ordenamientos.

A partir de ahí, la expresión «transacción mercantil» debe ser objeto de una interpretación en sentido amplio: debe entenderse que quedan incluidos en su ámbito de aplicación los contratos de suministro de cualquier bien o servicio; de arrendamiento de cualquier bien de obra o servicio; y los contratos de actividades manufactureras. En particular, comprende también los contratos de transporte profesional de pasajeros, el arrendamiento de locales para una actividad mercantil privada, la garantía en la póliza de fletamento de la cesión del buque a una sociedad estatal, la contratación de servicios de asesoramiento de una empresa privada para el desarrollo de las zonas rurales del Estado, así como los contratos de préstamo u otros acuerdos de carácter financiero, tales como empréstitos, créditos u obligaciones mercantiles emitidas en el mercado monetario de otro Estado³.

En palabras de los mismos relatores del Convenio: «A menudo se pide a un Estado no sólo que obtenga un préstamo en nombre propio, sino a veces también que constituya una garantía o fianza a favor

³ Vid. tanto el «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 37º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1985, Vol. II, 2ª Parte, p. 38; como el «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-171.

de una de sus empresas nacionales con respecto a la compra, por ejemplo, de aeronaves civiles o comerciales, compra que a su vez está financiada por bancos extranjeros o un consorcio de instituciones financieras. El Estado puede asumir ese compromiso en forma de un contrato de fianza que entrañe una obligación de garantía del reembolso o liquidación del préstamo suscrito por una de sus empresas y de efectuar el pago en caso de incumplimiento del contratante o en forma de una obligación de indemnización pagadera por la pérdida en que haya incurrido una parte en el contrato principal de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero. La diferencia entre una obligación de garantía y una obligación de indemnización puede consistir en el carácter más o menos directo de las acciones que puedan ejercerse en caso de incumplimiento o inejecución de las obligaciones contractuales por una de las partes originarias en el contrato principal. Una obligación de indemnización también puede definirse como la voluntad o el propósito de rembolsar a una de las originarias los gastos o pérdida en que haya incurrido como resultado de la falta de incumplimiento por la otra parte de sus compromisos contractuales, con o sin el derecho consiguiente de subrogación»⁴.

7. Por el contrario, se consideró dudoso incluir dentro del ámbito de aplicación de esta expresión los acuerdos de inversión⁵. La duda está –en la actualidad– justificada, pues debe advertirse que esta materia queda regulada, a nivel multilateral, en el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estado y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 y, a nivel bilateral, por un amplísimo abanico de convenios bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones.

8. Por otro lado, y en coherencia con las excepciones previstas a la regla general de *no* inmunidad de jurisdicción en el ámbito de las transacciones comerciales (*infra* 24 ss), el Comité de Expertos ya avanzó en el marco de las conversaciones sobre este precepto una serie de excepciones al alcance de la expresión *transacción mercantil*. Así, con carácter general, entendió que no debían considerarse actos mercantiles los actos públicos, de soberanía y de gobierno que sólo un Estado puede realizar (todo aquello, en definitiva, que pudiera considerarse como funciones estatales básicas). Con carácter especial, entendió también que determinadas transacciones, a pesar de poder ser calificadas como mercantiles a la luz de los ordenamientos internos, no deberían ser consideradas como tales en el contexto del Convenio.

En concreto: «Resulta difícil para los tribunales pasar totalmente por alto la motivación de un acuerdo o contrato determinados, aunque su naturaleza sea claramente comercial o de derecho privado, especialmente cuando se trata de un contrato de compra o suministro, por ejemplo, de materiales para el establecimiento de una embajada, materiales de construcción para el ejército, la armada o las fuerzas aéreas, suministro para el mantenimiento de un ejército o de una base militar, suministros de alimentos para aliviar el hambre en una zona en que se ha producido un desastre natural o para ayudar a las víctimas de una inundación o terremoto... Hay que hacer pues una advertencia para destacar la necesidad de abordar ciertas materias delicadas con la máxima cautela, para evitar que un acto importante de una autoridad soberana encaminado a garantizar la seguridad de los nacionales de un Estado se interprete erróneamente como una simple transacción comercial desprovista de inmunidad jurisdiccional»⁶.

III. Criterios para determinar el carácter *mercantil* de la transacción

9. Establece el segundo párrafo del artículo 2 del Convenio:

2. Para determinar si un contrato o transacción mercantil es una «transacción mercantil» según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se

⁴ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, pp. 38-39.

⁵ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, p. 38.

⁶ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, p. 30.

tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

10. En sus orígenes, este párrafo constituía el artículo 3 del Proyecto (Titulado *Disposiciones interpretativas*). En lo esencial su tenor es prácticamente idéntico al finalmente aprobado⁷.

A lo largo de su tramitación se defendió la conveniencia tanto de suprimir este segundo párrafo como toda indicación expresa a los criterios para determinar el carácter mercantil de un contrato o transacción. Así, mientras algunas delegaciones consideraban que estas cuestiones debían dejarse a la interpretación judicial de los Estados; otras, en cambio, consideraban que esa supresión iría en contra de uno de los objetivos del precepto, cual era –y es– el de ofrecer un criterio de orientación a gobiernos, tribunales y juristas⁸.

11. El párrafo en cuestión pretende evitar la aplicación *unilateral* de un criterio que, aún siendo el más útil y relevante, no siempre debe considerarse decisivo (el criterio de la *naturaleza* de la transacción). Desde esta perspectiva, esta disposición tiene como finalidad proporcionar una pauta adicional para determinar si una concreta transacción de venta de bienes o de prestación de servicios es «mercantil» o «no mercantil». Y a estos efectos, dota de cierto –solo cierto– peso específico al criterio de la *finalidad* de la misma.

La delimitación de cada uno de estos criterios es relativamente sencilla, pues ambos responden a un test bien diferenciado. Así, en virtud del criterio de la *naturaleza* se verifica si el acto realizado por el Estado también puede ser llevado a cabo por un particular. Y, en virtud del criterio de la *finalidad*, se verifica si el acto realizado por el Estado tiene o no una finalidad pública.

Como adelantamos más arriba, la inclusión de estos dos criterios en el tenor de la norma no fue en absoluto pacífico. De hecho, algunos Estados consideraron que sólo debía tenerse en cuenta la *naturaleza* de la transacción para determinar si ésta era o no mercantil, tal y como preveían –y prevén– distintas leyes nacionales en la materia. Paradigmática en este sentido sigue siendo la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) estadounidense, cuyo artículo 1603 rechaza expresamente el criterio de la *finalidad* para determinar el carácter mercantil de la transacción.

Otros Estados, por el contrario, estimaron que el criterio de la *naturaleza* por sí solo no siempre permitía llegar a una conclusión definitiva acerca del carácter mercantil o no de la transacción. Desde esta perspectiva, entendían que el recurso al criterio de la *finalidad* podría ser lo suficientemente relevante como para despejar cualquier duda al respecto. Según este criterio, a los efectos de calificar la transacción como mercantil debía considerarse el hecho de que la misma hubiera sido realizada con una finalidad de gobierno o meramente comercial.

Fueron los países en desarrollo los que con mayor interés promovieron la inclusión del criterio de la *finalidad*; pues no en vano eran ellos quienes en mayor medida participaban –y participan– en transacciones contractuales vitales para el desarrollo de su economía (supuestos de prevención de desastres y/o socorro). En este sentido, argumentaban que si se excluía el criterio de la *finalidad* no podrían gozar de inmunidad en muchas de las actividades realizadas en el ejercicio de sus funciones de gobierno⁹.

Las demandas así hechas encontraron eco en el Comité de Expertos. Así lo reconocieron expresamente: «Debe darse a los Estados la posibilidad de probar que, con arreglo a su práctica, un determinado contrato o transacción debe reputarse no mercantil a causa de su finalidad claramente pública y basada en una ‘razón de Estado’, como la compra de armamento para la defensa del Estado, de materiales para la construcción de una base naval, de víveres para abastecer a la población, combatir el hambre o mejorar la situación de las zonas vulnerables, o el suministro de medicamentos para atajar la propaga-

⁷ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 37º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1985, Vol. II, 2ª Parte, p. 62.

⁸ *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Informe del Presidente del Grupo de Trabajo*, Doc. A/C.6/55/L.12, 10.11.2000. Naciones Unidas.

⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-169.

ción de un brote epidémico, a condición de que sea práctica de ese Estado concertar tales contratos o transacciones con fines públicos...

Lo anterior también se aplica a un contrato de venta de bienes o de prestación de servicios o a los otros tipos de transacciones mercantiles definidos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2. Por ejemplo, un contrato de préstamo para realizar una compra o un contrato de garantía de ese préstamo pueden tener carácter no mercantil si al final se considera también el fin público para el cual se concertó el contrato de compra. Así, un contrato de garantía de un préstamo para la compra de alimentos para aliviar una situación de hambre sería generalmente no mercantil a causa de su probable finalidad pública»¹⁰.

12. En consecuencia, puede afirmarse que este doble criterio (examen de la *naturaleza* y *finalidad* de la transacción) tiene por objeto proporcionar a los Estados en desarrollo una protección y garantías suficientes, especialmente en sus esfuerzos por fomentar el desarrollo económico nacional. Este dato –compromiso entre Estados desarrollados y Estados en desarrollo– es, a mi juicio, fundamental de cara a la interpretación del precepto. En efecto –como posteriormente se verá– la aplicación del criterio de la *finalidad*, por residual que pueda llegar a ser, deja en manos del Estado (demandado) los argumentos en torno a esa calificación; argumentos que, astutamente planteados, siempre podrán demostrar la finalidad pública de la transacción. Por ello, el hecho de que el Estado demandado sea un Estado en desarrollo en vez de un Estado desarrollado es relevante de cara a la interpretación de este criterio. Si el Estado demandado es un Estado en desarrollo la *finalidad* de la transacción, como criterio de interpretación, podría pesar más –dicho sea con todas las cautelas– que en un supuesto en el que el Estado demandado sea un Estado desarrollado. De hecho, una interpretación teleológica del precepto, invita a considerar que en supuestos entre Estados desarrollados sólo debería estarse al criterio de la *naturaleza* de la transacción. Y para supuestos entre Estados en desarrollo y Estados desarrollados el criterio de la *finalidad* debe aplicarse con las máximas cautelas, verificando que, efectivamente, la transacción controvertida cumple una finalidad de tipo humanitario o similar. Adviértase, además, que la aplicación del criterio de la *finalidad* puede producir en el tráfico económico un efecto contrario al deseado. Y es que, una aplicación generalizada del mismo constituirá, a la larga, un elemento de disuasión para cualquier operador que quiera realizar transacciones en un Estado en desarrollo: la inseguridad que genera un criterio de inmunidad excesivamente amplio constituye un freno para el libre funcionamiento del mercado¹¹.

13. En cualquier caso, la norma asume la prevalencia del criterio de la *naturaleza* sobre el criterio de la *finalidad*. La misma letra del precepto es contundente a este respecto: *se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción*. En consecuencia, el criterio de la *naturaleza* debe ser el criterio preponderante –«casi» determinante– para decidir si un Estado puede o no beneficiarse de inmunidad en supuestos de transacciones mercantiles.

14. En perspectiva teórica, los motivos de la prevalencia del criterio de la *naturaleza* frente al criterio de la *finalidad* son tan diversos como contundentes. Así, desde un punto de vista estrictamente formal, la aplicación del criterio de la *naturaleza* es, sin duda, más sencillo que la aplicación del criterio de la *finalidad*. En efecto, al contrario de lo que ocurre en aplicación de este último criterio, el criterio de la *naturaleza* no exige del juez ninguna investigación sobre el alcance y sentido de la transacción¹². Por otro lado, es incuestionable también que el criterio de la *naturaleza* es el criterio que mejor protege los intereses de los particulares. Repárese, por ejemplo, en la dificultad que éstos tienen en demostrar frente a un Estado la falta de interés público de una transacción (*ad. ex.* por las pruebas a presentar). Lo anterior se entiende todavía mejor si reparamos en que ni siquiera existe consenso (ni a nivel doctrinal, ni a nivel jurisprudencial) sobre lo que debe entenderse por transacción de interés público¹³.

¹⁰ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43.º periodo de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991)», *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª Parte, pp. 20-21.

¹¹ En este sentido, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, p. 148.

¹² En este sentido, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 92-95.

¹³ *Ibidem*.

En armonía con la anterior, debe advertirse que la aplicación conjunta de ambos criterios para calificar la transacción como de «mercantil» o «no mercantil» no es automática. Así es, pues como especifica el mismo precepto, sólo deben ser considerados conjuntamente si así lo acuerdan las partes expresamente o si la finalidad del contrato es un factor relevante para determinar el carácter mercantil de la transacción en la práctica del Estado extranjero que se somete a la misma¹⁴. Además, si finalmente es necesario el recurso a ambos criterios, su juego no es alternativo. Antes al contrario, el juego o toma en consideración de ambos criterios es sucesivo –o jerarquizado¹⁵–. De tal modo que, para determinar si una transacción es una «transacción mercantil» a los efectos del Convenio, debe atenderse, en primer lugar, a su *naturaleza*. En el bien entendido en que si se demuestra que no tiene *naturaleza* mercantil –*ad. ex.* porque el contrato controvertido es calificado como contrato administrativo–, no será necesario indagar en la *finalidad* del mismo¹⁶.

Si, por el contrario, de la aplicación del criterio de la *naturaleza* se desprende que la transacción es «aparentemente mercantil», el Estado demandado tiene la posibilidad de impugnar esa calificación atendiendo a la finalidad de la misma. De forma que, en un contexto de transacción «aparentemente mercantil», el Estado demandado puede intentar demostrar que, a la luz de su práctica comercial, la *finalidad* de la transacción es un elemento decisivo de cara a determinar ese carácter mercantil o no mercantil. En el bien entendido que, aún en estos supuestos, la práctica del Estado demandado no constituirá el criterio clave para calificar la transacción, sino más bien un *mecanismo adicional* para complementar al criterio de la *naturaleza*. En palabras de uno de sus relatores: «*The practice of the defendant state, however, according to this final text is no decisive factor any more*»¹⁷.

15. Por último, debe retenerse que, pese a la facultad que el precepto concede al Estado (de ordinario, demandado) para demostrar la finalidad pública de la transacción (y por ende, para demostrar que es una transacción objeto de inmunidad), será el tribunal competente (del Estado del foro) el que, habida cuenta de la *práctica* del Estado demandado, determine caso por caso el carácter o no mercantil de un contrato o transacción.

16. Son precisamente los aspectos relativos a la *competencia* de los tribunales del Estado que conozcan de la controversia para calificar el carácter mercantil de la controversia y la *práctica* del Estado extranjero los dos aspectos más criticables del precepto. En efecto, en cuanto a la competencia de los tribunales para calificar la controversia, puede afirmarse que al dejar en manos de cada tribunal el juicio sobre la calificación del supuesto, indirectamente se está renunciando a una interpretación uniforme del mismo¹⁸. Y respecto de la *práctica* del Estado extranjero, cabe apuntar que no queda en absoluto claro cuál es el *alcance* del término en este contexto; esto es, no queda claro ni el *tipo* de práctica exigible al Estado demandado, ni la *forma* e intensidad en la que debe manifestarse, ni a quién incumbe la *prueba* de la misma. Tampoco arrojan excesiva luz a este respecto los trabajos preparatorios del Comité de Expertos. Así las cosas, estimamos que la interpretación de lo que debe entenderse por «*práctica del Estado extranjero*» habrá de realizarse con especial cautela; partiendo de un criterio restrictivo y de una interpretación autónoma del término (desvinculado, por tanto, del significado que tenga en el Derecho del Estado donde se enjuicia).

IV. Criterio de la *naturaleza* v. criterio de la *finalidad*: la práctica jurisprudencial comparada

1. El criterio de la *naturaleza* y el criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada

17. Un breve recorrido por la jurisprudencia comparada resultará muy ilustrativo a los efectos de determinar el alcance y la relevancia tanto del criterio de la *finalidad* como del criterio de la *naturaleza*.

¹⁴ *Vid.* también, F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, p. 109.

¹⁵ Ya en este sentido, G. HAFNER / U. KÖHLER, *cit.*, p. 19.

¹⁶ H. FOX, «In defence...», *cit.*, p. 400; E. DENZA, *cit.*, p. 397.

¹⁷ G. HAFNER / U. KÖHLER, *cit.*, p. 21.

¹⁸ Ya en este sentido, H. FOX, «In defence...», *cit.*, p. 400.

raleza para calificar la transacción de mercantil. El resultado de esta breve incursión demostrará –adelantémoslo ya– que si bien fue el criterio de la *finalidad* el criterio en un principio determinante para calificar la transacción, en la actualidad es el criterio de la *naturaleza* el que de forma clara se impone en la práctica judicial.

A) El criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada

18. En la jurisprudencia francesa más antigua, tanto el contrato de compraventa de cigarrillos para uso de un ejército extranjero (1961) como el contrato de servicios relativo a un estudio sobre la distribución de agua en Pakistán (1967) fueron considerados como «*actes de puissance publique*» (actos de poder público), efectuados para un fin de «*service publique*» (servicio público), y, por tanto, afectados de inmunidad¹⁹. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*²⁰, acogiendo al criterio de la *finalidad*, calificó de público un contrato firmado con un arquitecto para diseñar un pabellón en la Exposición Universal de 1967.

19. La jurisprudencia norteamericana, por su parte, también recurrió en su momento al criterio de la *finalidad*, si bien lo hizo en una serie de supuestos donde el recurso a tal criterio parece –aún hoy– justificado. Así, por ejemplo, en base al criterio de la *finalidad* rechazó expresamente el carácter mercantil tanto de una compraventa de material militar entre una empresa estadounidense y un Estado en desarrollo²¹, como el acuerdo de formación militar de soldados extranjeros en los EEUU²². Lo relevante de este último fallo es que para esquivar el criterio de la *naturaleza* de la transacción –único criterio aplicable en virtud del art. 1603 FSIA– el tribunal calificó el contrato como un «*non-profit agreement between two governments*». Del mismo modo, en el asunto *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua* estimó que la actividad de un banco central –en el supuesto de autos, la venta de dólares americanos para regular el nivel de reservas– es una actividad que tiene un propósito distinto a la venta de divisas que pueda llevar a cabo un banco privado, pues esa operación supone la ejecución de una función de gobierno propia de un banco central²³.

Por fin, el Tribunal Supremo estadounidense –haciéndose eco de la jurisprudencia ya existente²⁴– en su sentencia sobre el asunto *The Republic of Austria, a foreign state and the Austrian Gallery v. Maria V. Altmann*²⁵, negó el carácter comercial a una actividad que tenía por objeto la promoción –en suelo estadounidense– de la obra artística de un museo público extranjero.

20. La jurisprudencia constitucional alemana, en cambio, no sólo se caracteriza por haberse demarcado bien temprano del criterio de la *finalidad* como criterio relevante para calificar una transacción mercantil, sino también por haber puesto ya entonces de relieve el riesgo en el que puede incurrirse de otorgarse a este criterio un papel preponderante: «La distinción entre actividades estatales soberanas y no soberanas no puede fundamentarse en la finalidad de la actividad estatal y en si mantiene una relación perceptible con las funciones soberanas del Estado; porque, en un análisis final, la mayoría, si no todas, las actividades estatales sirven a finalidades y funciones soberanas y siempre mantendrán una relación perceptible con ellas»²⁶.

¹⁹ Sentencias *Gugenheim c. État du Viet Nam* y *Société Transshipping c. Fédération du Pakistan*, respectivamente. Citados en, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 36.

²⁰ *ILR*, Vol. 64, 1984, 24-46; <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1971/1971scr0-997/1971scr0-997.html>

²¹ 552 F2d 60, 17.3.1977, *Aerotrade Inc. V. Republic of Haiti*, <http://www.openjurist.org/552/f2d/60/aerotrade-inc-v-republic-of-haiti>.

²² *Castro and Others v. Saudi Arabia*, 12.6.1980, *ILR*, Vol. 63, 1982, pp. 419-422.

²³ 770 F.2d 1385 (5th Cir. 1985); <http://openjurist.org/770/f2d/1385/de-sanchez-v-banco-central-de-nicaragua-a>. Sobre la relación Bancos centrales e Inmunidad de jurisdicción en la jurisprudencia estadounidense, *vid.* P. L. LEE, *Columbia JtransnatL*, Vol. 41, 2003, pp. 327-396.

²⁴ Básicamente, el asunto *Aschenbrenner v. Conseil Regional de Haute Normandie* (851 F. supp. 580-86 (S.D.N.Y. 1994).

²⁵ *Supreme Court of the United States*; 27.6.2003; <http://www.bslaw.com/altmann/SCT/briefs/cert/certpet.pdf>

²⁶ *Bundesverfassungsgericht* alemán, asunto *X. v. Empire of Iran* (1963), citado en: *Documentation concernant les immuni-*

B) El criterio de la *naturalaleza* en la jurisprudencia comparada

21. El pasado más reciente demuestra, no obstante, que el criterio de la *naturalaleza* es, definitivamente, el criterio que goza de mayor aceptación. Así, pese a la jurisprudencia francesa anteriormente citada, los últimos pronunciamientos de la *Cour de Cassation* se han decantado sin ambages por el criterio de la *naturalaleza* de la transacción. En el asunto *Banque camerounaise de développement c. Société des Établissements Robler* (1986)²⁷ la *Cour* tuvo que indagar en el carácter mercantil o no de un aval prestado por la *Banque camerounaise de développement* (banco público) para garantizar las letras de cambio libradas por el Estado de Camerún para financiar la construcción de un hospital público. Tras una evaluación de la circunstancias, el tribunal falló que el aval prestado por el banco a favor del Estado de Camerún era una operación mercantil realizada en el ejercicio de las actividades bancarias ordinarias y que, desde esta perspectiva, no debía considerarse que la operación estuviese estrechamente relacionada con el ejercicio del poder público.

En el mismo sentido a favor del criterio de la *naturalaleza* para calificar la transacción se ha pronunciado, en fechas recientes, la misma *Cour de Cassation* en el asunto *République démocratique du Congo c. Syndicat des propriétaires de l'immeuble Résidence Anthony Châtenay* (2005)²⁸. En este asunto, la *Cour* entendió que la compra por parte del Estado extranjero de un bien inmueble destinado a alojar a los miembros de la misión diplomática debía calificarse como una operación comercial y, en este sentido, no acogió la pretensión de inmunidad de ejecución alegada por el Estado extranjero.

22. El criterio de la *naturalaleza* también es el criterio que sirve de referencia en la jurisprudencia británica. Paradigmática y de constante referencia es la sentencia de la *Court of Appeal* en el asunto *Trendtex*, en cuya virtud se consideró que, en aplicación del criterio de la *naturalaleza*, un contrato de compraventa de cemento para la construcción de cuarteles militares en Nigeria tenía carácter mercantil y, por consiguiente, no estaba cubierto por la inmunidad del Estado²⁹. En aplicación del precepto objeto de comentario, el sentido del fallo podría haber sido otro, pues –recuérdese– entre las excepciones previstas por el Comité de Expertos podría estar el supuesto enjuiciado (suministro de materiales para el ejército). Sin embargo, bien mirado, puede distinguirse entre el suministro de materiales para el mantenimiento de una base militar ya existente (entre los que cabe retener los materiales destinados al mantenimiento básico de la misma, como son los destinados a infraestructura y a alimentos) y el suministro de materiales para la construcción de una base militar de nueva planta. De hecho, no parece que el cemento pueda considerarse un material de importancia capital para el mantenimiento básico de la misma (entre lo que sí cabe incluir, por ejemplo, los alimentos y combustibles).

23. La jurisprudencia estadounidense más reciente también demuestra una clara inclinación por el criterio de la *naturalaleza*³⁰. En este sentido, en el asunto *Gemini* se consideró que una compraventa de arroz realizada en EEUU entre una compañía estatal siria y el Departamento de Agricultura estadounidense debía calificarse, atendiendo al criterio de la *naturalaleza*, de mercantil³¹. El mismo criterio siguió en el asunto *Texas Trading, Nikkei, East Europe, and Chenax v. Nigeria*³². En este asunto –muy similar

tés juridictionnelles des Etats et de leur biens, Nueva York, Série Législative des Nations Unies, 1982, 288. Tomo la referencia de A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, p. 94, nota a pie 82.

²⁷ *Cour de Cassation*, 18.11.1986; *JDI*, 1987, pp. 632-635.

²⁸ *Cour de Cassation*, 25.1.2005; *Rev. Crit. DIP*, 2006, pp. 123-125.

²⁹ *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria*, ILM, Vol. XVI, Núm. 3, mayo 1977, 471-475; <http://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html>.

³⁰ Además de la jurisprudencia citada a continuación, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, pp. 111-113; L. WEATHERLY LOWE, «The International Law Commission's Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property: The Commercial Contract Exception», *Columbia JtransnatL*, 1989, pp. 662-665.

³¹ *Gemini Shipping v. Foreign Trade Organization for Chemicals and Foodstuffs*, 647 F.2d 317; 16.4.1981; <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/647/647.F2d.317.80-7851.656.html>

³² *Texas Trading & Milling Corp., Decor by Nikkei International, Inc., East Europe Import-Export, Inc., and Chenax Majesty, Inc. v. Nigeria*. United States Court of Appeals, Second Circuit, 647 F.2d 300; 16.4.1981; <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/647/300/237798/>

tanto en los hechos como en el fallo al asunto *Trendtex*— el tribunal también consideró que los contratos de compraventa de cemento para la construcción de cuarteles militares en Nigeria tenían carácter *mercantil*.

Por su parte, el Tribunal Supremo estadounidense (en aparente —que no real— contradicción con la jurisprudencia creada a raíz del asunto *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*) estimó en el asunto *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* que en aquellos casos en los que la actividad de un banco central no fuera la propia de su papel de regulador del mercado, sino más bien la propia de un operador económico que actúa en el tráfico privado, el criterio de la *naturaleza* permitía calificar la transacción como mercantil. En el supuesto de autos, la refinanciación de bonos llevada a cabo por las autoridades argentinas —y denunciada por los poseedores de los mismos— fue calificada como una forma de financiación propia del ámbito de las transacciones mercantiles³³.

Y en cuanto a las circunstancias que deben retenerse para calificar la *naturaleza* del contrato, la jurisprudencia estadounidense ha estimado que el carácter mercantil del mismo debe determinarse a partir del carácter esencial del acuerdo; sin reparar en la naturaleza de las cláusulas auxiliares destinadas a facilitar su ejecución³⁴.

2. La interpretación del artículo 2.1 c) y 2.2 del Convenio en la jurisprudencia comparada

24. Aún no estando todavía en vigor, ciertos preceptos del Convenio ya han sido objeto de interpretación jurisprudencial. Nuestro TS, sin ir más lejos, en su sentencia del 1 de diciembre de 1986, citó e incluso justificó parte de su interpretación en los trabajos preparatorios del texto (*supra* 1). También el Tribunal Supremo japonés ha tenido ocasión de citar e interpretar el Convenio en un supuesto en el que dos empresas japonesas demandaron, ante los tribunales de Tokio (el contrato contenía una cláusula de sumisión a estos tribunales), a una empresa paquistaní dependiente del ministerio de defensa por impago de material informático. A la luz del artículo 10 del Convenio (carácter *mercantil* de la transacción) y a la luz también de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de este país, el TS japonés rechazó la inmunidad de jurisdicción alegada por la empresa paquistaní³⁵.

25. Con todo, seguramente hayan sido los tribunales británicos los que más decididamente se han hecho eco de este instrumento internacional, pues tanto la *Court of Appeal* como la *House of Lords* han hecho expresa mención al mismo. En concreto, en el asunto *Svenska Petroleum Exploration c. (1) Government of the Republic of Lithuania (2) Ab Geonafta*³⁶ la *Court of Appeal* reconoció expresamente que pese a que el Convenio no está todavía en vigor, «has been recognised as reflecting current international thinking on the subject» (marginal 132). En similares términos se ha pronunciado la *House of Lords* en el asunto *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*³⁷.

La primera sentencia citada (*Court of Appeal* en el asunto *Svenska*) es particularmente relevante en nuestro contexto, pues además de reconocer el papel que ya juega el Convenio en la escena internacional, aplica a su supuesto los artículos 2.1.c) y 2.2 del mismo para determinar si la transacción controvertida puede calificarse o no de mercantil. Y a este respecto, importa destacar que se aferra a la prevalencia del criterio de la *naturaleza* de la transacción como criterio determinante para calificar la misma. No obstante, viene también a reconocer que, a la luz de las múltiples circunstancias que rodeaban al supuesto en cuestión, ni siquiera la aplicación del artículo 2.2. del Convenio —aisladamente considerado— era suficiente para alcanzar una correcta calificación del mismo. El supuesto se planteó en el marco de un procedimiento de exequátur de un laudo arbitral dictado en Copenhague; laudo que, a su vez, resolvió sobre una disputa relativa al cumplimiento de unos compromisos adoptados en el seno de

³³ *Supreme Court of the United States*, 504 U.S. 607 (1992); 12.6.1992; http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-763_ZO.html

³⁴ *Practical Concepts, Inc. c. Republic of Bolivia*, [811 F. 2d, 1543, United States Court of Appeals, District of Columbia, Cir., 17.2.1987], <http://www.uniset.ca/other/css/613FSupp863.html>

³⁵ *Saiko Saibansho* (Tribunal Supremo de Japón), 21.7.2006, Case N. 1231 [2003]. 1416; *AJIL*, Vol. 100, 2006, pp. 908-910 (con nota de C. JONES).

³⁶ [2006] EWCA 1529 (13.11.2006); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1529.html>

³⁷ [2006] UKHL 26 (16.6.2006); <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/26.html>

un *Joint Venture Agreement* entre una empresa estatal y dos empresas privadas. Por la relevancia de la cuestión que ahora importa, parece conveniente traer a colación el razonamiento íntegro que utilizó la *Court* para abstenerse de calificar el supuesto:

(a) «*Commercial transaction*»

«132. More difficult is the question whether it falls within subsection (3)(c). The distinction drawn in section 3 of the State Immunity Act between a commercial transaction and a transaction entered into by a state in the exercise of its sovereign authority *is drawn in almost identical terms in Article 2.1(c) of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, which, although not yet in force, has been recognised as reflecting current international thinking on the subject: see Jones v Ministry of the Interior* [2006] UKHL 26 per Lord Bingham at paragraph 8. Article 10 of the Convention provides that a State may not claim immunity in proceedings arising out of commercial transactions. *Article 2.2 provides some assistance in drawing the distinction between commercial transactions and transactions entered into in the exercise of sovereign authority in any given case. It provides that in determining whether a contract or transaction is commercial in nature reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction itself.* This accords with the existing principle of English law that it is the nature of the transaction that determines whether it is to be characterised as one entered into in the exercise of the state's sovereign authority (*jure imperii*) or in the exercise of a commercial function (*jure gestionis*): see *I Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244, 262-265 per Lord Wilberforce and *Holland v Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573. The distinction suggested by Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido* between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is between acts of a public law character and acts of a private law character or between a governmental act and an act that any private person can perform.

133. We do not find the characterisation of the present transaction an easy matter. As the judge pointed out, *the Agreement contains many of the hallmarks of a commercial transaction, but the fact that it relates to the exploitation of oil reserves within the territory of the state suggests that it involved an exercise by the state of its sovereign authority in relation to its natural resources and so falls outside the realm of activities which a private person might enter into.* The position is further complicated by the fact that under the Agreement both Geonafta and the Government undertook obligations towards Svenska on behalf of the State. At the time the Agreement was entered into Geonafta (EPG), although a state body, had separate legal personality from the Government and was put forward by the Government for the express purpose of entering into the Agreement with Svenska. It seems odd to say that the agreement between Svenska and Geonafta is anything other than a commercial transaction (especially in the light of the fact that Geonafta is a private company), or that the Agreement can be characterised as a commercial transaction as far as Geonafta is concerned but as an exercise of sovereign authority as far as the Government is concerned. The reality is that at the time the parties entered into the Agreement (which is the point at which we think the transaction falls to be characterised) both Geonafta and the Government were playing their respective parts on behalf of the state in a transaction entered into for the purpose of exploiting the country's natural resources. However, this aspect of the matter was not explored very fully in argument and it is unnecessary to reach a final view about the characterisation of the Agreement in order to dispose of the appeal. In the circumstances we prefer to express no concluded opinion on the question.»

V. El alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles: el artículo 10 del Convenio

26. Vista la forma en que en aplicación del Convenio se determina el carácter mercantil de una transacción, procede ahora estudiar el alcance restringido con que la inmunidad opera en el concreto ám-

bito de las transacciones mercantiles. O lo que es lo mismo, procede ahora analizar en toda su extensión el artículo 10 del Convenio.

El artículo 10 del Convenio regula el alcance de la inmunidad cuando un Estado extranjero participa en una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera. En su virtud:

1. Si un Estado realiza una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera, y si en virtud de las normas aplicables del derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil.
2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:
 - a) en el caso de una transacción mercantil entre Estados; o
 - b) si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa.
3. Cuando una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad:
 - a) para demandar o ser demandada; y
 - b) para adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar, intervenga en un proceso relativo a una transacción mercantil en la cual sea parte dicha entidad, la inmunidad de jurisdicción de que goce ese Estado no resultará afectada.

27. Para entender correctamente el sentido y alcance de esta regulación, procede, con carácter previo, abundar siquiera sea de forma somera en los antecedentes y en el proceso de gestación de este precepto.

1. Antecedentes y proceso de redacción del precepto

28. El antecedente más inmediato de esta norma lo constituye el artículo 7 de la Convención europea sobre inmunidad de Estados de 1972, si bien se tuvieron en cuenta también tanto el artículo 3 de *State Immunity Act* de 1978 (SIA) británica como el artículo 1603 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 (FSIA)³⁸.

El texto inicial propuesto por la Comisión de redacción y discutido en el 35º y ss. periodo de sesiones llevaba por título *Contratos mercantiles* (art. 12) y era del siguiente tenor:

«1. Si un Estado celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en un procedimiento basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en este procedimiento. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará: a) en el caso de un contrato mercantil concertado entre Estados o entre gobiernos; b) si las partes en contrato mercantil han pactado otra cosa».

29. Como de los artículos que constituyen la *Parte II* del Convenio puede deducirse, en principio sólo se reconoce la inmunidad respecto de aquellas actividades del Estado que son de carácter oficial o soberano, tienen una finalidad pública o se consideran de naturaleza gubernamental. Este criterio constituye, además, la práctica general de los Estados³⁹.

La distinción así hecha entre *acta iure imperii*, en contraposición a los *acta iure gestionis* se aplica también a los bienes del Estado, tanto en relación con su inmunidad de *jurisdicción* como en relación con la inmunidad de *ejecución*⁴⁰.

³⁸ Un análisis comparado de los tres preceptos citados así como del precepto en cuestión puede verse en A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 97-157.

³⁹ Una amplia recopilación de jurisprudencia comparada sobre este particular puede verse en los sucesivos informes sobre este instrumento publicados en distintos números del *Anuario CDI*. En concreto, *vid.* las notas «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 36-37.

⁴⁰ A este último respecto, el artículo 21 del Convenio enumera una serie de bienes que sólo pueden considerarse destinados a servicios públicos no comerciales. Estos son: bienes utilizados por las misiones diplomáticas (incluidas las cuentas bancarias); bienes de carácter militar; bienes del banco central; bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado; y, bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico.

Para determinar los límites precisos de esta doctrina de la inmunidad de los Estados –*iure imperii* v. *iuris gestionis*– pueden utilizarse varios criterios: así, puede recurrirse a (i) la enumeración de los tipos de actividades afectadas de inmunidad; a (ii) la enumeración de los tipos de actividades asumidas por el Estado pero que pueden quedar sometidas a la jurisdicción territorial de otro Estado; o, (iii) a la aplicación simultánea de los criterios anteriores⁴¹.

Ninguna de estas tres fórmulas es, sin embargo, la aplicada en el Convenio. En efecto, a propuesta de su primer Relator Especial, se optó por enunciar la norma general de la inmunidad de los Estados –arts. 5 ss. del texto– para, seguidamente, plantear las posibles excepciones a esa inmunidad –éste y los siguientes artículos del Convenio–⁴².

30. Desde esta perspectiva, la excepción más importante –por frecuente– es la que gira en torno a la actividad *comercial o mercantil*. Sólidamente asentada en el Derecho y jurisprudencia comparada, con ella se hace referencia a la actividad comercial que un Estado extranjero despliega en el país del foro.

En efecto, desde muy antiguo, y partiendo siempre de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*⁴³ la inmunidad de jurisdicción ha venido siendo denegada en aquellos supuestos en los que entre el Estado y la contraparte mediaba un contrato mercantil. Hasta tal punto ha sido así que la doctrina ha constatado un mayor grado de uniformidad en la jurisprudencia relativa al específico ámbito de la inmunidad de jurisdicción en las relaciones comerciales, que en el ámbito general de la inmunidad de jurisdicción⁴⁴. De hecho, un primer acercamiento a la jurisprudencia comparada de los años veinte demuestra que la concepción estricta de la inmunidad en supuestos de transacciones mercantiles se aceptaba de forma mayoritaria. Así, por ejemplo, se rechazó expresamente la inmunidad de jurisdicción –entre otros muchos– en un supuesto relativo a la venta de suministros a un Gobierno (1910); en un supuesto relativo a la vigencia de un contrato de remolque de buques (1925); en un supuesto relativo al cumplimiento de un contrato de adquisición de bienes por parte de un Gobierno para revenderlos en las líneas comerciales a sus nacionales (1927); en un supuesto relativo al alquiler de una casa amueblada para uso privado (1927); en un supuesto relativo a la gestión de una empresa de ferrocarriles del Estado (1942); así como en un supuesto relativo a la interpretación de un contrato para la reparación del sistema de calefacción de una Embajada (1963)⁴⁵. Y desde un punto de vista legal, seguramente sea el artículo 1605 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) estadounidense la norma de referencia en esta materia.

2. La *ratio* del precepto

31. La norma enunciada en el primer párrafo de este precepto regula aquellos supuestos en los que para conocer de las divergencias que surjan en el cumplimiento de una transacción mercantil celebrada entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera son competentes los tribunales de un tercer Estado; es decir, son competentes los tribunales de un Estado que *no* participa de la transacción⁴⁶.

32. Desde el concreto ámbito de la inmunidad, el precepto en cuestión pretende que todo Estado que realice una transacción mercantil con una persona física o jurídica extranjera *no* pueda alegar inmunidad de jurisdicción ante la autoridad judicial de otro Estado. Supone, en este sentido, una de las manifestaciones más claras a favor de la teoría restringida de la inmunidad.

⁴¹ A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 35-55.

⁴² *Vid.* Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial. Doc. A/CN.4/323, *Anuario CDI*, 1979, Vol. II, 1ª parte, 247.

⁴³ Sobre esta distinción, en general, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 35-55; H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004, pp. 275-303.

⁴⁴ *Vid.* A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 83-86.

⁴⁵ Pueden verse todas las referencias en «Cuarto Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial», Doc. A/CN.4/357, *Anuario CDI*, 1982, Vol. I, 1ª parte, pp. 261-275.

⁴⁶ Con carácter general, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, pp. 107-113.

33. Para que esta excepción a la inmunidad de jurisdicción pueda efectivamente prosperar, el precepto exige expresamente que los tribunales del Estado ante el que se plantea la controversia –incumplimiento de la transacción mercantil– sean competentes para conocer del fondo del asunto en virtud de sus normas de competencia judicial internacional. Es decir, el precepto exige –indirectamente, si se quiere– cierto grado de relación entre la transacción controvertida y el Estado del foro⁴⁷.

Desde esta perspectiva, la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado que no participa de la transacción se erige en una premisa *necesaria* para la toma en consideración de la inmunidad. Lo cual es de todo punto lógico, pues difícilmente podrá estudiarse el alcance de la inmunidad de jurisdicción si los tribunales del Estado ante el que se plantea la cuestión no tienen competencia judicial internacional para conocer de ella. Pero además, del hecho de que la jurisdicción o competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del foro (el Estado cuyos tribunales tienen competencia para conocer del asunto) sea concebida como presupuesto de aplicación de la excepción a la inmunidad se deriva otra consecuencia, cual es la restricción de los supuestos en los que puede plantearse el alcance de la inmunidad.

En efecto, bien mirado, al exigirse la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del foro conforme a sus normas procesales, indirectamente se está limitando el alcance de la inmunidad de jurisdicción, pues es lo cierto que para la mayoría de las actividades *iure imperii* de los Estados extranjeros (actos, por definición, inmunes), los Estados no suelen prever la competencia judicial internacional de sus tribunales. Y por ello mismo, precisamente, no han acabado de prosperar las propuestas en torno a la delimitación de las actividades consideradas *iure imperii* (actos inmunes).

34. Por otro lado, y aunque el precepto no lo imponga expresamente, es evidente que a los efectos de su aplicación lo que realmente importa es la naturaleza de la actividad relacionada con el objeto de la demanda, y no la naturaleza de las demás actividades realizadas por el Estado o la persona jurídica extranjera que participe de la transacción. Esto es, a los efectos de la aplicación de este precepto, la persona jurídica de que se trate debe participar en alguna forma en la actividad mercantil que guarde relación con la demanda. Entre la actividad mercantil y el fundamento de la demanda debe existir, por tanto, un nexo de cierta relevancia. O dicho de otro modo, el fundamento de la demanda tiene que derivarse de la transacción mercantil de una manera congruente⁴⁸.

35. Por fin, la excepción a la inmunidad que como regla general regula este precepto es aplicable aun cuando la transacción controvertida sólo deba ejecutarse parcialmente en el Estado del foro⁴⁹.

VI. Alcance de la expresión «normas aplicables del derecho internacional privado»: competencia judicial internacional

1. Significado de la expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado»

36. La expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado» viene referida exclusivamente a las normas de *competencia judicial internacional*. Los redactores del Convenio vieron en esta expresión una fórmula lo suficientemente neutra como para permitir que el Estado del foro determinara, con arreglo a sus propias normas de competencia judicial internacional, el tipo de vínculo que la transacción comercial controvertida debería tener con el foro. De hecho, desde un primer momento se evitó incluir en el tenor del precepto una norma de competencia judicial *ad hoc* para acotar el alcance de ese vínculo entre la transacción y el foro. Y es que –como explican los redactores–, esta

⁴⁷ Del mismo modo, por ejemplo, que el artículo 1605 FSIA exige también una conexión suficiente del supuesto con los Estados Unidos.

⁴⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-171

⁴⁹ «Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial», *Anuario CDI*, 1979, Vol. II, 1ª Parte, pp. 247-248.

última opción podría haber supuesto tanto como un obstáculo innecesario para la aceptación del mismo instrumento⁵⁰.

Con todo, el Comité de Expertos quiso dejar constancia de que cualquier conexión que presentara un vínculo razonable con el foro podría servir a los efectos de determinar la *competencia judicial internacional* de los tribunales de ese Estado. Así, criterios como el lugar de la firma o celebración del contrato; el lugar de cumplimiento o ejecución de las obligaciones; la nacionalidad de las partes o el domicilio mercantil de una o varias de las partes contratantes; o, el mismo establecimiento comercial de una de las partes contratantes, podrían servir a los efectos de determinar la competencia de los tribunales. Lo anterior, además, sin descartar la posibilidad de que el Estado del foro pudiese justificar su competencia en base a puntos de conexión menos relevantes⁵¹.

En este contexto –y a los meros efectos informativos– cabe citar la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI) sobre *Los aspectos recientes de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados* de 1991⁵². A partir de un particular sistema de doble lista, en esta Resolución se enumeran, por un lado, una serie de criterios indicativos de la *competencia* de los tribunales del Estado del foro no obstante «una eventual reivindicación» de inmunidad de jurisdicción formulada por un Estado extranjero (párrafo 2 del art. 2); y, por otro, una serie de criterios indicativos de la *incompetencia* de esos tribunales cuando la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero esté cuestionada (párrafo 3 del art. 3). Criterios indicativos de la *competencia* serían, entre otros, litigios relativos a contratos comerciales, contratos de prestación de servicios, cuestiones relativas a la propiedad, posesión y usufructo, etc. Criterios indicativos de la *incompetencia* serían, entre otros, litigios relativos a cuestiones que deban resolverse en aplicación del Derecho internacional público, litigios relativos a la implementación de ciertas políticas (seguridad pública, defensa nacional o relaciones exteriores) del Estado extranjero, o, litigios relativos a la validez, interpretación o aplicación de un acuerdo intergubernamental. Como a continuación se verá, los efectos de esta Resolución desde la perspectiva española son prácticamente nulos, pues el sistema español de competencia judicial internacional está –con mayor o menor fortuna– regulado.

2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de transacción mercantil

37. Visto entonces el significado y alcance de la expresión «normas de derecho internacional privado», corresponde ahora estudiar las *normas de competencia judicial internacional* previstas en el ordenamiento jurídico español en materia de transacciones mercantiles. Transacciones mercantiles que a los efectos de nuestro ordenamiento procesal civil internacional deben calificarse como *materia contractual*.

En efecto, las normas de competencia judicial internacional no utilizan la expresión transacciones mercantiles para determinar cuándo los tribunales españoles son competentes en estos supuestos. Es decir, las normas en cuestión no dicen algo así como: «*En materia de transacciones mercantiles serán competentes los tribunales españoles cuando...*». Ello no quiere decir –evidentemente– que por esta circunstancia no vayan a tener competencia internacional para conocer de este tipo de litigios. Lo único que ocurre es que para determinar su competencia en este ámbito habrá de buscarse en el tenor de la norma una expresión equivalente –a los efectos procesales– a la expresión *transacción mercantil*. Y esa expresión es *materia contractual*.

38. Dos son las normas que en nuestro ordenamiento jurídico regulan esta cuestión: el artículo 22 de la LOPJ y el *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante R. 44)⁵³. En concreto, las normas de competencia judicial internacional en

⁵⁰ «Tercer Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial», Doc. A/CN.4/431, *Anuario CDI*, 1990, Vol. II, 1ª parte, p. 13.

⁵¹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 36-37.

⁵² La Resolución en cuestión puede consultarse en: www.idi-iil.org

⁵³ También llamado *Reglamento Bruselas I*.

materia de *transacciones mercantiles* (léase, en materia contractual) están recogidas en el párrafo 3 del artículo 22 LOPJ y en los artículos 2 y 5.1 del R. 44⁵⁴.

39. Sin ánimo de abordar en profundidad el estudio de las citadas normas⁵⁵, baste ahora con reparar brevemente en: (i) su orden de aplicación; y, (ii) las distintas regulaciones que cada una de ellas contemplan.

40. Respecto del primer punto –orden de aplicación (i)–, es sabido que las normas de competencia judicial internacional previstas en el R. 44 son de obligada aplicación cuando el *demandado* tenga su *domicilio* en el territorio de la Unión Europea (art. 2). Si se da este requisito de aplicación *personal* (además del requisito de aplicación *material* previsto en el artículo 1), las normas del R. 44 desplazan la aplicación del artículo 22 LOPJ. En consecuencia, desde la perspectiva del ámbito de las *transacciones mercantiles* la regla general es que sólo en el supuesto de que el *demandado* *no* tenga su domicilio en el territorio de la UE, el juez español determinará su competencia en virtud de lo previsto en el artículo 22 LOPJ (*infra*).

Las normas de competencia judicial previstas en el Reglamento son aplicables para todos los Estados de la Unión Europea (incluido Dinamarca), lo que permite conocer cuál de los posibles Estados controvertidos es el finalmente competente. Posibles supuestos de *litispendencia intracomunitaria* quedan resueltos a partir de un criterio temporal establecidos en el mismo texto (art. 27): el tribunal ante el que se interpone en segundo lugar la demanda, debe inhibirse a favor del primero.

41. En cuanto a la misma regulación de la competencia judicial internacional prevista en el Reglamento (ii) cabe apuntar lo siguiente. Dos son los artículos del Reglamento aplicables en esta materia (artículos 2 y 5.1, respectivamente). Ambos artículos representan dos tipos de foros de competencia de distinto alcance (general *v.* especial). Así, en virtud del artículo 2 del Reglamento, si el *demandado* tiene su domicilio en España, los jueces españoles serán competentes para conocer –con carácter general– de todo tipo de controversia incluida en el ámbito de aplicación material del texto. En nuestro supuesto, en la medida en que las transacciones mercantiles están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento, si la parte *demandada* en la transacción tiene su domicilio en España, los jueces españoles serán competentes, con carácter general, para conocer de cualquier controversia que dimanase de esa transacción.

Ahora bien, el hecho de que el *demandado* *no* tenga su domicilio en España no supone necesariamente que los tribunales españoles *no* puedan ser competentes para conocer de las controversias que dimanen de dichas transacciones. De hecho, para aquellos supuestos en los que la transacción presente un vínculo razonable con España, el Reglamento prevé un foro de competencia judicial *especial* a favor de los tribunales españoles. Se presume que la transacción presenta un vínculo razonable con España cuando la obligación que derive de la transacción y sirva de base a la demanda *deba cumplirse en España* (art. 5.1 a) R. 44). A estos efectos, y salvo pacto en contrario, se entenderá que el *lugar de cumplimiento* será: en una *compraventa de mercaderías*, el lugar donde, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; y en una *prestación de servicios*, el lugar donde, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (art. 5.1 b) R. 44).

42. Los acuerdos atributivos de competencia entre las partes (en nuestro supuesto entre Estado y particular) son posibles siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación previstos en el artículo 23 (*Prórroga de competencia*) del R. 44: domicilio de una de las partes (ya sea *demandado* o *demandante*) en un Estado miembro de la UE y sumisión a un tribunal de un Estado miembro de la UE.

⁵⁴ Sin perjuicio de la posible aplicación a supuestos particulares de los artículos 5.4, 5.5 y 5.7 del mismo R. 44.

⁵⁵ Vid. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2007; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 11ª Ed. Granada, Comares, 2010, pp. 102-224.

43. Por fin, en el supuesto de que el demandado *no* tenga su domicilio en algún Estado miembro de la UE será de aplicación el artículo 22.3 LOPJ⁵⁶. En este caso, los tribunales españoles son competentes para conocer de las controversias que dimanen de la transacción comercial cuando ésta *haya nacido o deba cumplirse* en España.

Como puede observarse, el volumen de competencia que adquieren los tribunales españoles en aplicación de esta norma es mayor que la que adquieren en aplicación del artículo 5 del R. 44. Pues mientras que este último precepto únicamente prevé la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación *deba cumplirse* en España, el artículo 22 LOPJ prevé la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación *deba cumplirse* en España y –cumulativamente– cuando la obligación *haya nacido* (léase, el contrato se haya celebrado) en España.

A diferencia de lo que ocurre en aplicación del R. 44, en aplicación del artículo 22 LOPJ sí pueden darse supuestos de *litispendencia* tanto *internacional* como *intracomunitaria*, pues la LOPJ no regula expresamente esta cuestión. En consecuencia, si los jueces españoles son competentes en virtud del artículo 22 LOPJ para conocer de un litigio que tiene su origen en una transacción mercantil (por no ser aplicable el R. 44 al supuesto), puede ocurrir que una parte presente demanda en España y la otra parte presente demanda –sobre la misma cuestión– en otro Estado cuyos tribunales se declaren competentes en virtud de sus propias normas de competencia. De este modo, son imaginables –al menos teóricamente– supuestos en los que los tribunales de dos Estados distintos conozcan de la misma controversia.

Tanto en aplicación del R. 44 como en aplicación del artículo 22 LOPJ la sumisión tácita de un Estado extranjero a los tribunales españoles es posible.

VII. Excepciones a la regla de *no* inmunidad

44. Pese a que las transacciones mercantiles son la excepción más relevante a la regla de la inmunidad, el mismo precepto recoge tres importantes limitaciones a su misma aplicación (lista negativa). De tal modo que si el supuesto controvertido puede enmarcarse en uno de los supuestos que conforman estas tres excepciones, la inmunidad de jurisdicción prevalece. Nótese que, pese a que los tribunales del foro carecerán de competencia judicial internacional en la mayoría de los supuestos en los que puede plantearse una cuestión de inmunidad (*supra* I), en otros supuestos previstos en las normas de competencia judicial internacional del Estado del foro sí puede llegar a plantearse una cuestión de este tipo. Por ello, tiene sentido limitar el alcance de la *no inmunidad* mediante la lista de excepciones previstas en este precepto⁵⁷.

En perspectiva de técnica legislativa, la inclusión de esta *lista negativa* en el tenor del precepto presenta varias ventajas: flexibiliza la aplicación de la regla general (*no inmunidad* en supuestos de transacciones mercantiles), al tiempo que delimita y precisa con mayor exactitud su alcance.

45. Los supuestos previstos en los párrafos 2 y 3 de este artículo son, en concreto, los siguientes:

- Supuestos en los que la transacción mercantil se lleve a cabo exclusivamente *entre Estados*.
- Supuestos en los que las partes hayan *pactado* un límite de inmunidad distinto al previsto en este precepto.
- Supuestos en los que una Empresa estatal dotada de personalidad jurídica intervenga en *nombre propio* en la transacción mercantil.

⁵⁶ Repárese en que el artículo 22 LOPJ también contempla un foro general de competencia judicial internacional: con *carácter general* en materia civil y mercantil son competentes los tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España. Sin embargo, en la medida en que la transacción mercantil está incluida en el ámbito de aplicación del R. 44 (art. 1) y en la medida también en que domicilio en España equivale a domicilio en la UE, el foro general de aplicación será el artículo 2 R. 44.

⁵⁷ Recuérdese que el Comité de Expertos ya insistió en esta limitación al abordar el significado y alcance de la expresión transacción mercantil. *Vid. supra* Ep. III.

En palabras del Comité de Expertos, estas excepciones tienen por objeto proporcionar, en interés de todos los Estados, la protección y las salvaguardias necesarias (sin ulteriores matizaciones)⁵⁸.

1. Transacción mercantil entre Estados

46. Aunque del tenor del párrafo 1 del precepto -que se refiere a una transacción mercantil entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera- pueda deducirse que las *transacciones entre Estados* quedan fuera de su ámbito de aplicación, los redactores del texto se ampararon en dos motivos de distinta naturaleza para introducir esta excepción en el tenor del párrafo 2.

Así, desde una perspectiva estrictamente técnica, estimaron que la expresión «persona física o jurídica extranjera» incluida en el primer párrafo del precepto podría interpretarse –erróneamente– de forma extensiva; es decir, incluyendo en su ámbito de aplicación tanto las personas jurídicas de carácter *privado* como las de carácter *público*⁵⁹. La función que desde esta perspectiva cumple este inciso es la de evitar este tipo de interpretación.

Desde una perspectiva política, la inclusión de esta excepción responde a una demanda tanto de los Estados emergentes como de los Estados socialistas (por ser este tipo de contratación muy común entre ellos).

47. En virtud de este apartado, la aplicación de la norma enunciada en el primer párrafo –no inmunidad de jurisdicción en supuestos de transacciones mercantiles– quiebra en supuestos de transacciones mercantiles concertadas directamente entre Estados.

48. El ámbito de aplicación de esta excepción es relativamente amplio, pues incluye todas aquellas transacciones *triangulares* que tengan por objeto la administración de programas de ayuda alimentaria. Con independencia de que dicha transacción se haya llevado a cabo directamente entre Estados o por conducto de una organización internacional o un organismo especializado de Naciones Unidas. Hay que entender, por tanto, que la expresión «transacción mercantil entre Estados» significa una transacción en la que participan cualesquiera organismos e instituciones del Estado, incluidos los órganos de gobierno previstos en el apartado b) del artículo 2.1⁶⁰.

2. Autonomía de la voluntad

49. En virtud de lo dispuesto en el apartado b) de este precepto, se brinda tanto al Estado -en su calidad de parte- como a la respectiva contraparte la oportunidad de apartarse, por mutuo acuerdo, de lo establecido en el primer párrafo del precepto. El alcance de la autonomía de la voluntad en este ámbito es muy amplio, pues abarca tanto a las cuestiones relativas al alcance de la misma inmunidad como a las cuestiones procesales (resolución de conflictos).

Con todo, la excepción así prevista no aporta nada nuevo a la práctica comercial internacional. En efecto, las cláusulas en cuya virtud los Estados parte en la transacción renuncian a cualquier derecho que pudiera derivarse de su inmunidad, son una constante en la contratación internacional⁶¹.

50. Y lo mismo ocurre en el específico ámbito de la resolución de conflictos, pues es común que las partes, ya sea de forma expresa en el mismo contrato, o por medio de negociaciones ulteriores,

⁵⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁵⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁶⁰ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁶¹ El tenor de estas cláusulas está muy estandarizado. Así, es frecuente encontrar en cualquier contrato con Estados la siguiente cláusula: «*GOVERNING LAW AND SOVEREIGN IMMUNITY: 1 GOVERNMENT and.... hereby irrevocably waives all rights to sovereign immunity. 2 This Agreement shall be governed by the laws of supplemented, where required, by rules of international business activities generally accepted in the petroleum industry if they do not contradict the laws of the Republic of*».

acuerden voluntariamente someterse a arbitraje o a otros métodos de solución de controversias como, por ejemplo, la conciliación o la mediación. De hecho, la vía del arbitraje es –y será– la vía más frecuente para resolver este tipo de controversias.

En este contexto, debe recordarse que si la transacción en cuestión es calificable como *inversión* –y para ello debe tenerse especialmente en cuenta la «jurisprudencia» arbitral CIADI⁶²–, el Convenio no será de aplicación⁶³.

3. Empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia

51. El apartado 3 del precepto establece una distinción jurídica entre el Estado y algunas de sus entidades en aras a delimitar la inmunidad de jurisdicción ante una autoridad judicial extranjera. Ello es debido a que en el sistema económico de algunos Estados, las transacciones mercantiles definidas en el artículo 2 son ejecutadas por empresas estatales u otras entidades análogas dotadas de personalidad jurídica propia. Por regla general, estas empresas estatales realizan transacciones comerciales en nombre propio, como entidades independientes que son del Estado que las ha creado. Siendo esto así, lo que este apartado 3 pretende es salvaguardar la inmunidad del Estado de aquellas consecuencias que se deriven de los litigios que nazcan de la transacción mercantil ejecutada por una entidad estatal. O dicho de otro modo, en aquellos supuestos en los que una entidad estatal con personalidad jurídica propia resulte condenada, la inmunidad del Estado que la creó no debe resultar afectada. Básicamente, por considerarse que el Estado no es parte en la transacción.

Algunos Estados sugirieron en su momento que en el tenor de la norma se incluyera alguna disposición con respecto a los «bienes separados» de los Estados, ampliamente reconocidos en los países socialistas. En virtud de estos «bienes separados», una empresa estatal, en su calidad de persona jurídica, poseía una parte separada de los bienes nacionales. En vista del interés primordial del Estado en esas empresas se adujo que la falta de inmunidad con respecto de ellas podía afectar a la inmunidad del Estado de que se tratase. A fin de proteger al Estado se consideraba necesaria esa disposición. En cambio, se adujo que, por la estrecha vinculación entre la empresa y el Estado, debía permitirse el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de forma que el Estado no pudiera utilizar a esas empresas para eludir su responsabilidad⁶⁴.

52. Si bien no se reflejó en el texto del precepto el alcance del principio en virtud del cual el Estado no es responsable de las transacciones mercantiles que realicen determinadas empresas estatales, sí que se contempló expresamente la quiebra de este principio en supuestos de fraude o supuestos injustos⁶⁵. En este sentido, en los Anexos que incorpora el Convenio, se hace una mención expresa al alcance de este párrafo tercero, a cuyo tenor: «El párrafo 3 del artículo 10 no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas».

53. La aplicación de la excepción prevista en este apartado está sujeta a dos condiciones. En primer lugar, el proceso debe versar sobre una transacción mercantil *ejecutada* por una empresa estatal u entidad equivalente. En segundo lugar, esa empresa estatal u entidad equivalente debe estar dotada de *personalidad jurídica* propia. Por su parte, se entiende que la personalidad jurídica propia de la que

⁶² Como última referencia sobre esta cuestión puede verse, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No ARB/09 /11). En este asunto los árbitros consideraron que la relación entre las partes era estrictamente comercial (compraventa de bienes realizada en los términos previstos en unas Condiciones Generales de la Contratación típica de un sector comercial determinado). *Vid.* además todas las referencias de laudos CIADI allí citados. Los laudos pueden consultarse en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

⁶³ Nos referimos a los laudos dictados en aplicación del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estado y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

⁶⁴ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

⁶⁵ En este sentido, G. HAFNER / U. KÖHLER, «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *NYIL*, 2004, p. 28.

esa empresa estatal goza implica, cumulativamente: a) capacidad para demandar y ser demandada; y, b) capacidad para adquirir por cualquier título la propiedad de bienes, así como la posibilidad de disponer de ellos. Entre los bienes cuya propiedad puede adquirirse, se incluyen tanto aquellos que el Estado haya autorizado a explotar o administrar, como aquellos otros que hayan sido adquiridos como consecuencia de sus actividades propias.

En palabras del Comité de Expertos: «Para poder considerar los actos de una entidad como actos de institución del Estado debe existir una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no es posible demostrar esa relación, tampoco será posible levantar el velo para tener acceso a los bienes de la institución»⁶⁶.

54. En principio, a partir de una lectura a *sensu contrario* del artículo 21 del Convenio, puede afirmarse que no pueden considerarse personas jurídicas a los efectos de este precepto las empresas públicas que realicen bienes o servicios destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares, los bancos centrales y las empresas públicas que gestionen el patrimonio cultural del Estado y sus archivos⁶⁷.

55. La expresión «y para disponer de ellos» que recoge el apartado b) del tercer párrafo no es gratuita. Con ella se quiso hacer expresa referencia a la posibilidad de que los bienes de esas entidades -incluidos los bienes que el Estado les haya autorizado a explotar o administrar- sean objeto de medidas coercitivas (*ad. ex. embargo*) destinadas a satisfacer la pretensión del demandante⁶⁸.

56. Por fin, a lo largo del proceso de gestación de la norma se determinó que un Estado no podrá alegar inmunidad en aquel supuesto concreto en el que ese Estado, con infracción del Derecho internacional, adquiera derechos sobre unos bienes y los bienes así apropiados sean explotados por un organismo o institución de dicho Estado dedicado a actividades mercantiles en otro Estado⁶⁹.

VIII. La jurisprudencia en materia de inmunidad en relación con las transacciones mercantiles

1. Inmunidad de jurisdicción (remisión)

57. En la práctica totalidad de los supuestos en los que se ha planteado una posible inmunidad de jurisdicción en el ámbito de las transacciones mercantiles, se ha planteado -con carácter previo- la cuestión relativa al carácter mercantil de la controversia. Resultando que, si la cuestión fue calificada por el tribunal competente como mercantil, la inmunidad de jurisdicción fue denegada.

Siendo esto así, y en la medida en que en el epígrafe correspondiente al concepto de transacción mercantil (*supra* Ep. III) hemos hecho una amplia referencia a la jurisprudencia comparada en este ámbito, nos remitimos a lo allí dicho.

58. En la jurisprudencia española, aún sin ser muy abundante, cabe destacar el Auto de la AP de Madrid de 19.9.2007, en cuya virtud, se acepta la inmunidad de jurisdicción de Argentina en una acción relativa al pago de intereses de unos bonos emitidos por aquel país. En concreto, dice la AP:

⁶⁶ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

⁶⁷ El artículo 14.2 de la SIA británica también prevé una excepción similar a ésta para determinadas entidades estatales; es decir, prevé una excepción para que determinadas entidades estatales no puedan alegar inmunidad alegando estar bajo el amparo del Estado. En su interpretación, *la High Court (Queen's Bench Division)* determinó que los bancos centrales son entidades vinculadas al Estado y, en este sentido, no son personas jurídicas dotadas de personalidad jurídica propia a los efectos de aplicar este inciso (asunto *Grovit v. De Nederlandsche Bank and others*, 20.12.2005, [2006], *I. L. Pr.* 22, pp. 468-489).

⁶⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril-19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 37-38.

⁶⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

«...se invoca en primer lugar como motivo de recurso el que el Juez de instancia no ha tenido en cuenta la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción realizada por la República Argentina en el folleto de emisión de los bonos que son objeto de este proceso, parece sostenerse que habiéndose renunciado al privilegio de inmunidad de jurisdicción por la demandada, no puede mantenerse y revivirse dicha renuncia al ser la misma de carácter irrevocable, hemos de tener en cuenta sin embargo que la citada renuncia a la inmunidad de jurisdicción puede producirse en aquellos actos que no corresponden a la soberanía de estado que renuncia sino que son actos de mera gestión o tramitación económica, pero no a supuestos en que lo que se manifiesta es un poder claro de la soberanía del estado, como es la promulgación de legislación excepcional como consecuencia de una situación de crisis económica en el citado estado que obliga a la suspensión del abono de los intereses y a la transformación de los bonos emitidos por otros de mayor vencimiento y menor retribución por vía de intereses, por tanto sí sería válida la renuncia, a criterio de esta Sala, a la inmunidad de jurisdicción en cuanto a la vida y desarrollo normal de los bonos emitidos, esto es toda cuestión relativa al cálculo de los intereses que se generan a la fecha de vencimiento de los bonos ordinaria fijada en el contrato de emisión, y a todas las vicisitudes normales de la vida de estos bonos, estarían sometidos a la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de la renuncia hecha a la inmunidad de jurisdicción y al sometimiento expreso a los Juzgados y Tribunales de Madrid, pero lo que ha ocurrido en el presente caso no es algo relativo a la vida normal de la citada emisión de bonos, sino a la interferencia en dicha vida normal de una legislación excepcional promulgada por la República Argentina como consecuencia de esa situación económica excepcional a que antes hicimos referencia, y ello por tanto es un acto claro de soberanía del estado que no puede ser juzgado ni enjuiciado por tribunales extranjeros, debiendo plantear cuantas cuestiones crea convenientes ante la jurisdicción de los Tribunales de la República Argentina, por ello y en consecuencia necesariamente ha de decaer el motivo de recurso»⁷⁰.

2. Inmunidad de ejecución

59. Desde la perspectiva judicial española, el punto de partida en este contexto es el siguiente: «el art. 21.1 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, *no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución* de los Estados extranjeros, sino que *permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad*, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la *ratio* de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno, *desautorizan que se inejecute una Sentencia*; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24 CE»⁷¹. O dicho de forma más matizada: «una decisión de *no ejecución* de una sentencia habrá de apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, *pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución*»⁷².

60. Además, la *inmunidad de ejecución* se asienta sobre dos premisas:

(1) Son inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares⁷³. Y en su virtud, son inembargables las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, «incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la *ratio* de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares»⁷⁴.

(2) Son inmunes a la ejecución los bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*. Esta distinción es una cues-

⁷⁰ Auto AP de Madrid (Sección 18ª) núm. 192/2007 de 8 de noviembre (JUR 2007\325577).

⁷¹ STC 107/1992, de 1 de julio; STC 292/1994, de 27 de octubre; STC 18/1997, de 10 de febrero; STC 176/2001, de 17 de septiembre; ATC 112/2002, de 1 de julio.

⁷² STC 18/1997, de 10 de febrero.

⁷³ STC 107/1992, de 1 de julio; STC 292/1994, de 27 de octubre; STC 18/1997, de 10 de febrero; STC 176/2001, de 17 de septiembre.

⁷⁴ STC 107/1992, de 1 de julio.

ción de legalidad ordinaria, por lo que una posible recalificación de la naturaleza jurídica de los bienes embargables corresponde a la jurisdicción ordinaria⁷⁵.

En este último sentido, para llevar a cabo la efectiva ejecución de la sentencia, el juez debe adoptar todas las medidas legalmente posibles con la intensidad necesaria para remover la obstaculización que pueda producirse⁷⁶: no queda vinculado, ni mucho menos, por la calificación (de *iure imperii* o *iure gestionis*) que el Estado o la embajada pertinente hagan de sus bienes.

61. Sentado lo anterior, la jurisprudencia *constitucional* arroja una serie de supuestos ciertamente ilustrativos del alcance *restringido* de la inmunidad de *ejecución*. Así, por ejemplo, ha estimado correcta -en clave constitucional- la decisión de embargar las cantidades correspondientes a la devolución del IVA. Considerar razonadamente que las mismas provenían tanto de actuaciones *iure imperii* como de actividades privadas (operaciones comerciales o de cooperación) y considerar -también razonadamente- que, a diferencia de las primeras, las actividades privadas no gozan del privilegio de inmunidad de ejecución por no estar en ellas empeñada la soberanía de un Estado extranjero, constituye un razonamiento que no es susceptible de reproche alguno desde el prisma constitucional⁷⁷.

Del mismo modo, el TC ha aceptado -al menos implícitamente- el embargo de ayudas y subvenciones que el Estado del foro haya otorgado al Estado de la embajada afectada⁷⁸.

62. En interpretación de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo ha sido especialmente estricto, pues ha negado expresamente la posibilidad de la embargar las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional.

En palabras del TS: «Por ello es preciso decir, en principio que la ejecución de resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

Pero, además, también cabe que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una resolución judicial, siempre que se haga motivadamente y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento.

En conclusión, hay que afirmar que la denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria no irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental.

Sobre el tema, y ya centrando la cuestión, hay que tener en cuenta el artículo 22.3 de la Convención de Viena de 1961 -de relaciones diplomáticas- y el artículo 31.4 de la Convención de Viena de 1963 -de relaciones consulares-, que establecen que la relatividad de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades «*iure imperii*» y bienes destinados a actividades «*iure gestionis*»; mas, con independencia de este criterio, los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, en virtud de los Convenios de Viena de 1961 y 1963.

Y ya en concreto, por ello hay que proclamar la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en lo que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática, y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público»⁷⁹.

⁷⁵ STC 176/2001, de 17 de septiembre.

⁷⁶ STC 292/1994, de 27 de octubre; más explícitamente, STC 18/1997, de 10 de febrero.

⁷⁷ ATC 112/2002, de 1 de julio.

⁷⁸ STC 18/1997, de 10 de febrero. Con nota crítica al respecto de J. GONZÁLEZ VEGA, *REDI*, 1998/1, pp. 214-217.

⁷⁹ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13.6.2005 (RJ 2005\7041).

63. En la jurisprudencia menor, y ciñéndonos al estricto ámbito de la jurisdicción civil, es ilustrativo traer a colación dos autos de la AP de Cádiz (anteriores en el tiempo al Auto del TS arriba citado, pero compatible con el mismo)⁸⁰. En ellos, y en virtud de esa diferenciación entre bienes susceptibles de ser o no embargados que corresponde a la jurisdicción ordinaria, se determina, por un lado, el carácter *inembargable* de una cuenta corriente donde se ingresa el dinero obtenido por el economato de la Base Naval de Rota –básicamente, por entender que el citado economato forma parte del Departamento de la Marina de los EEUU (órgano de los EEUU sin personalidad jurídica propia)– y, de otro, el carácter *embargable* de las cuentas de proveedores de los establecimientos del Sistema de reventas de la Marina⁸¹.

La AP de Madrid, por su parte, se acogió en su momento a una interpretación estricta de la inmunidad de ejecución, pues en el marco de una ejecución forzosa de un documento público extranjero –firmado entre una sociedad holandesa y el Banco Nacional de Cuba– declarado ejecutable vía Convenio de Bruselas de 1968⁸², la AP afirmó que: «al firmar el reconocimiento de deuda el Banco Nacional de Cuba actúa en el ámbito privado absolutamente desprovisto de cualquier condición o privilegio que la normativa administrativa pueda otorgarle, sometiéndose implícitamente a las disposiciones que rigen comúnmente esta clase de relaciones entre particulares, por lo que en este ámbito en modo alguno puede prevalerse de la inmunidad que pudieran derivar de los beneficios de inejecutabilidad o inembargabilidad que impetra»⁸³.

64. En la jurisprudencia francesa, la *Cour de cassation* ha determinado que unos bienes inmuebles utilizados –según el Estado demandado– para alojar a los miembros de su misión diplomática no constituyen bienes afectados de inmunidad de ejecución⁸⁴. Y es que, en la medida en que *no* son imprescindibles para el desarrollo de los servicios de la embajada, no pueden verse afectados de tal inmunidad. Para la Corte, la compra de bienes inmuebles para el alojamiento de personal de la embajada constituye una operación «*habituelle de gestion relevant du droit privé*».

65. La jurisprudencia suiza, por su parte, es conocida en el ámbito de la *inmunidad de ejecución* por exigir, para que ésta *no* sea tenida en cuenta, un nexo muy relevante entre la controversia y el país helvético (*intensive Binnenbeziehung*). De tal modo que si la controversia no presenta una vinculación intensa con el país, la inmunidad de ejecución debe interpretarse en sentido amplio. Como la misma jurisprudencia reconoce, el motivo para exigir esta estrecha vinculación no es otro que el de evitar cualquier tipo de dificultades, especialmente las de tipo político. Paradigmática en este sentido es la célebre sentencia del Tribunal Supremo suizo en el asunto *Libia v. Libyan American Oil Company (LIAMCO)*⁸⁵.

66. Por fin, la jurisprudencia británica en el estricto ámbito de la inmunidad de ejecución es digna de ser considerada. Contrasta con el Auto del TS Supremo anteriormente citado, pues, al contrario de lo que allí estableció nuestro Alto Tribunal respecto de la embargabilidad de las cuentas corrientes (*supra* 62), la sentencia de la *House of Lords* en el asunto *Alcom Ltd. c. Republic of Colombia*⁸⁶ vino a estimar que la inmunidad de ejecución opera únicamente como presunción; presunción que puede decaer en el caso de que la parte interesada demuestre que el Estado titular hubiera señalado que determinadas cantidades de esa cuenta están destinadas a la garantía de operaciones comerciales.

⁸⁰ Auto AP de Cádiz núm. 43/2004 de 8 de noviembre (JUR 2005\78179) y Auto AP de Cádiz núm. 42/2004 del mismo día (JUR 2005\78178). Sobre ambos autos *vid.* J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, «La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el caso Montasa / EE. UU.», *REDI*, 2005/1, pp. 171-185.

⁸¹ Esta última resolución sería, a mi juicio, compatible con el tenor del artículo 21 del Convenio.

⁸² Hoy Reglamento 44/2001 (R. 44 o Reglamento *Bruselas I*).

⁸³ Auto AP de Madrid núm. 483/2000 (Sección 12ª), de 19 de junio (AC 2000\2544). Una cuestión muy similar –aun sin abordar el tema de la inmunidad de ejecución– puede verse en el Auto AP de Madrid núm. 111/2005 (Sección 9ª), de 16 de mayo (JUR 2005\156261). En este supuesto se pretendía la ejecución forzosa de un auto dictado por un tribunal inglés ya reconocido en España.

⁸⁴ *Cour de cassation*, 25.1.2005, *Rev. Crit. DIP*, 2006, pp. 123-127.

⁸⁵ *Bundesgericht*, 19.7.1980, 106 IA 142 (www.bger.ch).

⁸⁶ *House of Lords*, 12.4.1984, *All ER*, 1984, Vol. 2, pp. 6-16.

Aunque se trata de una interpretación ciertamente aislada, la sentencia en cuestión llega a una conclusión más que aceptable; incluso en aplicación del artículo 21 del Convenio⁸⁷. Se trata, a mi juicio, de la postura más coherente en el marco de una interpretación restringida de inmunidad de *jurisdicción*.

IX. A modo de conclusión

67. La regla de *no* inmunidad para los procesos relativos a las transacciones comerciales que con carácter general proclama el artículo 10 del *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* tiene tres excepciones lógicas (transacción mercantil entre Estados, autonomía de la voluntad e implicación de una empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia). Ninguna de ellas plantea mayores problemas en su aplicación.

El carácter siempre restrictivo que informa tales excepciones debe considerarse como el cauce adecuado de interpretación. Así lo ha entendido expresamente la jurisprudencia más reciente. Es por ello que la entrada en vigor del Convenio no debería suponer un cambio en la interpretación que dicha jurisprudencia ha venido manteniendo; al menos en lo que atañe al específico ámbito de la *inmunidad de jurisdicción*.

68. Cuestión distinta es la que respecta a la *inmunidad de ejecución*. Aunque ajena a la misma letra del artículo que regula el alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles –su regulación se encuentra en el artículo 21 del Convenio–, es lo cierto que su aplicación condiciona la eficacia misma del artículo 10. En este sentido, una interpretación estricta de aquel precepto puede llevar a considerar que cualquier cuenta bancaria utilizada por las misiones diplomáticas (con independencia de que en ella se señalen las cuantías destinadas a transacciones mercantiles) se considere como bien destinado a servicios públicos no comerciales.

69. Para relativizar el impacto de la futura entrada en vigor del Convenio en este ámbito pueden invocarse dos vías: la primera, consiste en alcanzar un acuerdo previo en virtud del cual se renunciaría a la inmunidad de ejecución –posibilidad implícitamente prevista en el párrafo 2 del artículo 21 del Convenio–. La segunda, aceptar y promover por coherente la jurisprudencia asentada por la *House of Lords* en su sentencia sobre el asunto *Alcom Ltd*.

⁸⁷ *Vid. supra* nota a pie 40.

EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 03.12.2010 / Aceptado: 17.12.2010

Resumen: Ciertamente es que el transporte aéreo internacional de pasajeros cuenta en la actualidad con un régimen legal uniforme, integrado tanto por normas de origen internacional como comunitario, destinado principalmente a incrementar la protección jurídica del pasajero. Ahora bien, un análisis detallado del ámbito de aplicación de tales textos normativos, principalmente, del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 así como del Reglamento (CE) 889/2002, de 13 de mayo de 2002 y del Reglamento (CE) nº 261/2004, de 11 de febrero de 2004, pone de manifiesto cómo determinadas cuestiones que giran en torno al contrato de pasaje, entre ellas, la determinación del Tribunal internacionalmente competente y del Derecho aplicable, quedan sujetas, por una incorrecta incorporación normativa, a las reglas generales contenidas en el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 y en el Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008 (Roma I). Y es precisamente, en este ámbito, donde se vislumbra la delicada posición jurídica en la que queda sumido el pasajero, que pese a ser la parte débil del contrato, es tratado como si actuara en pleno pie de igualdad respecto a su co-contratante: la compañía aérea. Situación esta que se ha intentado mitigar por parte del TJCE en su reciente Sentencia de 9 de julio de 2009, en el Asunto C-2004/2008, *Peter Redher c. Air Baltic Corporation* pero que deja abiertos muchos interrogantes y constatada una realidad: la «doble moral» de las instituciones comunitarias respecto a los pasajeros, considerados dignos de protección a través del Derecho material uniforme pero relegados a un segundo plano desde el prisma de las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable al contrato. En definitiva, una situación jurídica que sólo se explica, más en ningún caso se justifica, si se hacen prevalecer los fuertes e importantes intereses económicos en juego.

Palabras clave: transporte aéreo internacional, pasajeros, protección jurídica, Convenio de Montreal de 28 Mayo 1999, Reg. (CE) 889/2002, Reg. (CE) 261/2004, contrato de pasaje, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, Reg. (CE) 44/2001, Reg. (CE) 593/2008, condiciones generales de la contratación, consumidores y usuarios.

Abstract: It is true that, the international carriage by air currently has a uniform legal system, composed of both international and EU standards, intended primarily to enhance the legal protection of the passenger. However, a detailed analysis of the scope of such legal texts, mainly from the Montreal Convention of 28 May 1999, Regulation (EC) 889/2002 of 13 May 2002 and Regulation (EC) No 261/2004 of 11 February 2004, shows how certain issues that revolve around the contract of carriage of passengers, including determining the jurisdiction and the law applicable to contractual obligations, are subject to general rules contained in Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 and Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 (Rome I). And it is precisely in this area, in which glimpses the delicate legal position which is engulfing the passenger, who despite being the weaker party to the contract, is treated fully equal with respect the carrier. A situation which has been trying to mitigate by the ECJ in its recent Judgment of July 9, 2009, in Case C-2004/2008, *Peter Redher v. Air Baltic Corporation* but leaves many questions unresolved and actually verifies a fact: the real position of the Community institutions in respect of passengers, considered worthy of protection through uniform material law but

relegated to second place from the perspective of the jurisdiction rules and the law applicable to the contract. In short, a legal situation that can only be explained, but in no case justify, by the strong and important economic interests at stake.

Keywords: international carriage by air, passengers, legal protection, Montreal Convention 1999, Reg. (EC) 889/2002, Reg. (EC) 261/2004, contract of carriage of passengers, jurisdiction, conflict of laws, Reg. (EC) 44/2001, Reg. (EC) 593/2008, general conditions of contract, consumers.

Sumario: I. Introducción. II. Regulación del transporte aéreo internacional de pasajeros y equipaje. 1. Regulación convencional: del «Sistema de Varsovia» al Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999. A) Ámbito de aplicación de las normas convencionales. B) Carácter imperativo de las normas convencionales: normas materiales relativamente imperativas. 2. Regulación comunitaria. 3. Legislación interna: Ley 41/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. III. Tribunal internacionalmente competente. 1. El Convenio de Montreal. 2. Relación entre los foros establecidos en el CM y los previstos en el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000. 3. 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: algunas consideraciones críticas. a) Sumisión expresa (art. 23 Reg. (CE) 44/2001). b) Foro contractual (art. 5.1.b) Reg. (CE) 44/2001). 4. Sistema de producción interna: art. 22 LOPJ. IV. Determinación del Derecho aplicable al contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros.

I. Introducción

1. Recientemente el TJCE se ha pronunciado, en su sentencia de 9 de julio de 2009, sobre la determinación del Tribunal internacionalmente competente en un litigio relativo a una demanda de compensación formulada a raíz de la cancelación de un vuelo que el demandante había reservado con una compañía aérea, con domicilio en Letonia, para desplazarse de Munich (Alemania) a Vilnius (Lituania)¹. El supuesto de hecho que origina dicho fallo puede resultar familiar a muchos usuarios de servicios de transporte aéreo, lo novedoso del mismo radica en aclarar ante que Tribunal puede interponerse una acción de este tipo y, ante todo, la normativa sobre la que fundamentar dicha competencia.

2. En las líneas que siguen no se tratará tanto de comentar la Sentencia antes aludida, aunque serán obligadas las referencias a la misma, sino más bien de analizar algunas de las cuestiones jurídicas que suscita la hipótesis de partida –demanda de compensación por cancelación de un vuelo intracomunitario–, desde el prisma del Derecho internacional privado, entre ellas: 1ª) si cabría ofrecer la misma solución a otro tipo de incumplimientos del contrato de transporte aéreo internacional como pérdida o deterioro de equipaje, accidente, información contenida en la documentación expedida por el transportista; 2ª) si se regula de la misma manera la determinación del Tribunal competente en los instrumentos internacionales existentes sobre esta materia y sobre todo si en ellos se ofrece similar protección al pasajero y; 3ª) cómo se determina el Derecho aplicable al contrato internacional de pasaje, extremo este de especial importancia teniendo en cuenta la concurrencia de normas internacionales y comunitarias sobre esta materia. En definitiva, se tratará con todo ello de constatar si la normativa existente logra alcanzar el objetivo común perseguido: proteger a la parte débil del contrato, el pasajero.

Para ello resultará necesario comenzar con una exposición aunque sea sucinta, del régimen material uniforme relativo al contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros y equipaje, para

¹ STJCE 9 julio 2009, as. C-204/2008, *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*, *Diario La Ley*, nº 7294, Sección La Sentencia del día, 30 Nov. 2009, versión *on line*. *Vid.* notas a esta Sentencia en: M. COMBET, «Indemnisation des passagers de transports aériens au sein de l'Union européenne: quelle loi? quel juge (à propos de l'arrêt Rehder du 9 juillet 2009)», *Revue Lamy Droit des Affaires* 2009, nº 42, pp. 67-70; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: Peter Rehder c. Air Baltic Corporation)», *Diario La Ley*, nº 7294, Sección Doctrina, 30 Nov. 2009; Ref. D-369; S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 571-573.

seguidamente pasar a analizar la determinación del Tribunal competente y el Derecho aplicable al contrato. Sólo así, y dada la concurrencia de normas de origen internacional y comunitario que regulan parcialmente determinados extremos del contrato, será posible concretar la normativa aplicable en cuanto a la jurisdicción competente y a la Ley aplicable.

II. Regulación del transporte aéreo internacional de pasajeros y equipaje

3. El transporte aéreo de pasajeros se sustenta, desde el punto de vista jurídico, sobre la base de un contrato: el denominado contrato de pasaje. De forma general éste puede definirse como aquél en cuya virtud una empresa –el transportista o porteador– se compromete a trasladar de un lugar a otro al pasajero y a su equipaje por vía aérea a cambio de un precio conforme a las condiciones pactadas².

4. Determinados extremos del contrato de pasaje como: la documentación del transporte y la responsabilidad contractual del transportista, cuentan en el ámbito internacional y comunitario con una regulación material unificada. Dicha normativa tiene como objeto común ofrecer unos niveles mínimos de protección a la parte débil del contrato.

1. Regulación convencional: del «Sistema de Varsovia» al Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999

5. El primer Convenio internacional en regular esta materia fue el Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (en adelante, CV)³. Dicho texto convencional junto al Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955, que modificaba la versión original del CV⁴, constituyeron durante mucho tiempo la *pieza angular* de la regulación material uniforme⁵. Ambos instrumentos internacionales fueron posteriormente revisados a través de los denominados Protocolos de Montreal, de 25 de septiembre de 1975, con el principal objeto de introducir ciertas modificaciones relativas fundamentalmente a la forma de expresar los límites de responsabilidad, remitiéndose para ello a los Derechos Especiales de Giro (D.E.G.) o *Special Drawing Rights* del Fondo Monetario Internacional⁶.

² Vid. M^a J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, esp. pp. 96-105; F.-J. SÁNCHEZ ORTIZ, «El contrato de pasaje o de transporte de viajeros», *RGD*, 1985, pp. 4929-4934; M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de pasaje», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/M^a A. CALZADA CONDE (dirs.), *Contratos mercantiles*, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 1015-1045.

³ *Gaceta de Madrid*, núm. 233, de 21 de agosto de 1931.

⁴ *BOE* núm. 133, de 4 de junio de 1973.

⁵ La rápida evolución de la industria aeronáutica, los avances tecnológicos y los mayores niveles de seguridad de las aeronaves unido al progresivo incremento del nivel de vida explican que el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, que nació con la decidida intención de proteger al incipiente sector de la navegación aérea, quedara pronto trasnochado. Esta situación motivó la revisión del mencionado texto convencional a través del Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 que fundamentalmente introduce dos modificaciones: incrementa el límite de responsabilidad del transportista (art. 11) y deroga el principio de responsabilidad ilimitada en los casos de imprudencia grave (art.13). Vid. S. AEAL LUDEÑA, «El contrato de transporte aéreo», en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 649-707, esp. pp. 649-656.

⁶ Nuestro país ha ratificado tres de los cuatro Protocolos de Montreal: el Protocolo Adicional núm. 1 por el que se modifica el Convenio de Varsovia (*BOE* núm. 147, de 20 de junio de 1997); el Protocolo Adicional núm. 2, por el que se modifica el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (*BOE* núm. 147, de 20 de junio de 1997) y el Protocolo Adicional núm. 4 por el que se modifica el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (*BOE* núm. 34, de 9 de febrero de 1999). Éste último introduce fundamentalmente ciertas modificaciones respecto a la documentación relativa a las mercancías. El denominado *Sistema de Varsovia*, integrado por los mencionados instrumentos internacionales, se completa con: a) el Convenio de Guadalajara, de 18 de septiembre de 1961, complementario al Convenio de Varsovia para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional efectuado por una persona diferente al transportista contractual; b) el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971; c) el Protocolo Adicional núm 3, elaborado en Montreal el 25 de septiembre de 1975, por el que se modifica el Convenio de Varsovia y el Convenio de Guatemala. Ninguno de estos textos está en vigor para España.

6. Ahora bien, si se tiene en cuenta que no todos los Estados Parte del Convenio de Varsovia de 1929 lo eran del Protocolo de La Haya de 1955 y/o de los Protocolos de Montreal de 1975, y que alguno de estos instrumentos conexos al CV establecía regímenes distintos en cuanto a la responsabilidad del transportista aéreo, resulta fácil vislumbrar las causas que originaron la denominada *crisis del Sistema varsoviano*: la gran complejidad del sistema de fuentes convencionales sobre esta materia y la frustración del fin inicialmente perseguido a nivel internacional: alcanzar un régimen unificado. A la desintegración del mencionado sistema contribuyeron otros dos factores de especial importancia: a) *el fenómeno de la autorregulación por parte de las compañías aéreas*, cuyo máximo exponente son: las condiciones generales del transporte, y en particular, las condiciones generales de la IATA (*International Air Transport Association*) así como los acuerdos alcanzados por las compañías aéreas en torno a la cuestión de la responsabilidad del transportista frente al pasajero en caso de accidente (*Intercarriers Agreements on Passenger Liability*) y; b) *el proceso de regionalización del Derecho regulador de la responsabilidad del transportista aéreo*, que durante los últimos años, se ha venido impulsando esencialmente desde la UE, y que, como se verá más adelante, ha generado ya un copioso cuerpo normativo sobre esta misma materia⁷.

7. En este contexto, cabe afirmar que el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM), elaborado bajo los auspicios de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) nace con el claro propósito de sustituir a todo el entramado de normas que integran el denominado «Sistema de Varsovia», estableciendo así un «único» régimen de regulación uniforme respecto a determinados aspectos del transporte aéreo internacional de pasajeros, equipajes y mercancías⁸. Ahora bien, en tanto que el CM no sea ratificado y entre en vigor en todos los Estados Parte del CV y de sus instrumentos complementarios, seguirán coexistiendo durante un tiempo ambos cuerpos convencionales⁹.

A) **Ámbito de aplicación de las normas convencionales**

8. El ámbito de aplicación material del CM viene determinado por el *carácter internacional del contrato de transporte aéreo* de pasajeros, equipajes o mercancías. A tal efecto, se entiende que el contrato es internacional cuando de conformidad con los términos contractuales el lugar de partida y de destino se encuentran en territorio de dos Estados que son Parte del Convenio (art. 1.2 CM). También se considera que el contrato de transporte aéreo es internacional cuando el lugar de salida y de destino se encuentran en un Estado Parte del Convenio pero se ha previsto una escala en el territorio de un Tercer Estado (art. 1.2 CM). Se incluye, de igual modo, en el ámbito de aplicación del CV y del CM el contrato de transporte ejecutado por varios transportistas sucesivos en la medida en que haya sido concebido por las partes contratantes como una sola operación, y ello, con independencia de que el contrato o los contratos celebrados al tal efecto deban ser ejecutados íntegramente en el territorio de un mismo Estado Parte del Convenio (art. 1.3 CM)¹⁰.

⁷ Vid. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Marcial Pons, Madrid, 2006; R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2002, esp. pp. 29-58.

⁸ El Convenio de Montreal fue firmado por la Comunidad Europea (CE) el 9 de diciembre de 1999, siendo aprobado por Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001, *DOCE* 18 de julio de 2001. Dicho instrumento de aprobación fue depositado simultáneamente con los instrumentos de ratificación de cada uno de los Estados miembros, el 29 de abril de 2004, entrando en vigor para todos ellos el 28 de junio de 2004. *BOE* núm. 122, 20 de mayo de 2004, pp. 19035-19045.

⁹ Vid. P. DELEBECQUE, «La Convention de Montreal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international ou le nouveau droit du transport aérien», *JDI*, 2005, pp. 263-280.

¹⁰ Quedan excluidos expresamente del ámbito de aplicación del CM: a) los transportes postales que caen dentro del ámbito de los Convenios internacionales vigentes en la materia (art. 2.3 CM, salvo lo establecido en el art. 2.2 CM); b) el transporte realizado en circunstancias especiales fuera de la labor habitualmente realizada por el transportista (art. 51 CM); c) en el caso de los transportes combinados efectuados en parte por aire y en parte por cualquier otro medio de transporte, el régimen convencional se aplica sólo al transporte aéreo (art. 38 CM). Como novedad el CM introduce la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación material, siempre y cuando así lo decida un Estado Parte mediante el ejercicio de la reserva prevista en el art. 57 CM: el transporte aéreo internacional efectuado directamente por ese Estado con fines no comerciales respecto a sus

9. El Convenio de Montreal no tiene por objeto unificar todas las normas relativas al transporte aéreo internacional sino que se limita a regular a través de normas materiales determinados extremos del contrato: a) la documentación en el transporte de pasajeros y equipajes (art. 3 CM) y mercancías (arts. 4-11 CM); b) los derechos y obligaciones de las partes en el caso del transporte de mercancías (arts. 12-16 CM); y c) la responsabilidad del transportista por los daños acaecidos durante la ejecución del contrato de transporte (arts. 17-37 CM).

Respecto a este último aspecto, el CM no ofrece una regulación exhaustiva, sólo se centra en tres supuestos: la responsabilidad por retraso en el transporte; la responsabilidad por demora en la entrega, pérdida o daños en el equipaje; y la responsabilidad por lesiones o muerte en caso de accidente. No incluye, por tanto, dentro de su ámbito de aplicación material, la responsabilidad derivada del incumplimiento total o absoluto del contrato, caso éste de la denegación de embarque y la cancelación de vuelos¹¹.

Como novedad, el CM incluye en su contenido un régimen especial para la responsabilidad derivada del transporte aéreo efectuado por una persona distinta del transportista contractual, hasta entonces objeto de un instrumento internacional diferente (arts. 39-48 CM). Junto a estas disposiciones materiales, el CM también contiene normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable (arts. 33-34 y art. 49, respectivamente).

B) Carácter imperativo de las normas convencionales: normas materiales relativamente imperativas

10. El CM se dirige fundamentalmente a tutelar *intereses privados*. Para ello tiene especialmente en cuenta la posición que ocupan cada una de las partes implicadas en el mercado y en el contrato: compañías aéreas y pasajeros.

Las normas convencionales ofrecen en este sentido una regulación relativamente equilibrada. A través de los límites establecidos por el CM a la responsabilidad del transportista, se beneficia a las compañías de navegación aérea que cuentan con la seguridad jurídica que reporta la presencia de normas unificadas en esta materia y con la estabilidad económica que se deriva de la posibilidad de calcular de antemano el riesgo por daños. Pero al mismo tiempo no pasa desapercibido al CM que el transportista ocupa la posición fuerte del contrato y que existe el riesgo de que éste fije unilateralmente las condiciones contractuales incluyéndose en las mismas, la determinación de la responsabilidad, no contando el pasajero con más opción, al menos si quiere viajar, que la de contratar.

Para proteger a los pasajeros, en definitiva parte débil del contrato, el CM establece unas normas que se dirigen a asegurar que no se podrán pactar a la baja límites de responsabilidad, sancionando con la nulidad aquellas cláusulas que incumplan los mínimos establecidos (art. 26 CM). Tales normas poseen un marcado carácter imperativo. En todos aquellos contratos de transporte aéreo internacional que entren en el ámbito de aplicación del CM, el régimen de responsabilidad del transportista se regirá necesariamente y con independencia de cual sea el Derecho aplicable al resto del contrato por las normas convencionales. La imperatividad de estas disposiciones es, sin embargo, relativa pues se admiten cláusulas que incrementen la responsabilidad del transportista bien porque las partes lo hayan así acordado (art. 27 CM), bien porque así lo establezca el Derecho elegido por las partes para regir su contrato (art. 49 CM).

11. Las normas imperativas del CM se dirigen ante todo a ofrecer unos mínimos de protección a los pasajeros. Éstas dejarán de aplicarse siempre y cuando de los pactos de las partes o del Derecho aplicable al contrato resulte un nivel mayor de protección. Se trata, por tanto, de *normas materiales relativamente imperativas*: normas semi-imperativas contra las que no cabe autonomía de la voluntad en contrario, salvo a favor del pasajero¹².

funciones y obligaciones como Estado, y/o el transporte de personas, carga y equipaje efectuado para sus autoridades militares en aeronaves matriculadas en ese Estado, o arrendadas por éste. España ha hecho uso de esta reserva, excluyendo del ámbito de aplicación del CM ambos supuestos.

¹¹ Vid. J. DE PAZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 404.

¹² Vid., en este sentido pero en el ámbito del transporte marítimo internacional: I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 459-487.

C) Regulación comunitaria

12. La desintegración del «Sistema de Varsovia» junto a la dificultad de elaborar a nivel internacional un nuevo Convenio internacional sobre esta materia, provocó desde finales del siglo pasado una reacción por parte de las instituciones comunitarias. La sentida necesidad de incrementar el nivel de protección de los pasajeros y la disparidad que comenzaban a presentar las legislaciones de los Estados miembros en los límites de responsabilidad al alza ha dado lugar ya a un copioso cuerpo normativo. De todas las medidas adoptadas hasta este momento, cabe destacar: a) el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente¹³; b) Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal); c) Reglamento (CE) n° 889/2002, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente¹⁴ y; d) Reglamento (CE) n° 261/2004, de 11 de febrero de 2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91¹⁵.

13. De todas las normas comunitarias anteriormente mencionadas, destacan por la materia que regulan, fundamentalmente, dos: el Reglamento (CE) n° 889/2002 y el Reglamento (CE) n° 261/2004. El primero de ellos nace con el fin de: a) desarrollar las disposiciones pertinentes del Convenio de Montreal, que ya había sido ratificado por la UE y por los Estados miembros, en relación con el transporte aéreo de pasajeros y su equipaje y establecer determinadas disposiciones complementarias (art. 1); b) ajustar, igualmente, el Reglamento 2027/97 –limitado a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente– al Convenio de Montreal y crear de esta manera un sistema uniforme de responsabilidad para el transporte aéreo internacional (considerando n° 6); c) establecer el mismo sistema de responsabilidad tanto en el transporte nacional como en el internacional dentro de la Comunidad (considerando n° 8); y d) proteger los derechos de los pasajeros en caso de accidente, pérdida o destrucción de equipajes y retrasos (considerando n° 12-17).

14. El Reglamento (CE) 889/2002 incorpora por referencia todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a la responsabilidad del transportista en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje (art.3). Por tanto, serán tales disposiciones las que rijan la responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias tanto en el transporte nacional como internacional dentro de la Comunidad. La aplicación del Reglamento (CE) 889/2002 viene condicionada por el carácter comunitario, o no, de la compañía aérea que efectúa el desplazamiento. A tal efecto, se entiende por compañía aérea comunitaria «*toda empresa de transporte aéreo que posea una licencia de explotación válida concedida por un Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 2407/92*» (art. 2.1 b).

En cualquier caso, a través del Reglamento (CE) 889/2002, también se desarrollan determinadas disposiciones del CM y se establecen algunas normas complementarias¹⁶.

¹³ DO L 285, de 17 de octubre de 1997.

¹⁴ DO L 140/2, de 30 de mayo de 2002. El Reglamento (CE) 889/2002, resulta de aplicación obligada desde el 28 de junio de 2004, fecha en que entró en vigor para la Comunidad Europea y para los Estados miembros, el CM (art. 2 Reg. (CE) 889/2002).

¹⁵ DO L46/1, de 17 de febrero de 2004.

¹⁶ Así, el Reglamento, tomando como referencia el art. 50 CM, impone a las compañías aéreas comunitarias, obligadas a suscribir un seguro tal y como dispone el art. 7 Reglamento (CEE) 2407/1992, del Consejo, de 23 de julio de 1992, el deber de estar aseguradas hasta un nivel adecuado que garantice que las personas con derecho a indemnización puedan recibir el importe íntegro de la indemnización que les corresponda (art. 3.2). De igual forma, y desarrollando el art. 22.2 CM, el Reglamento (CE) 889/2002 establece que la suma suplementaria que puede solicitar una compañía aérea cuando un pasajero efectúe una declaración especial de interés en la entrega de su equipaje en el lugar de destino, ha de basarse en una tarifa que guarde relación con los costes adicionales de transportar y asegurar el equipaje en cuestión respecto de los ocasionados por el equipaje valorado en el límite de responsabilidad o por debajo del mismo (art. 4). También se impone a las compañías aéreas comunitarias en casos de accidente que resulten en la muerte o lesiones de los pasajeros, la obligación de realizar pagos

15. El Reglamento (CE) 889/2002, sin embargo, no incorpora ni desarrolla las disposiciones del CM relativas a la documentación del transporte de pasajeros y su equipaje. Siendo esto así, tal extremo quedará regulado, en principio, en el ámbito internacional e intracomunitario por el CM. El único inconveniente que se presentaría al respecto sería la imposibilidad de extender dichas normas al transporte nacional. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la obligación impuesta por el Reglamento (CE) 889/2002 a las compañías aéreas tanto comunitarias como no comunitarias de ofrecer cierta información respecto a la responsabilidad derivada del contrato, encuentra su fundamento en el art. 3.4 CM relativo a la documentación del transporte, y que dicha información normalmente aunque no necesariamente se inserta en el billete de pasaje o en el talón de equipaje, bien podría decirse que el art. 3 CM queda incorporado en su totalidad al Reglamento (CE) 889/2002. Esta interpretación extensiva se ajustaría al objetivo perseguido por el legislador comunitario de establecer en el ámbito comunitario un régimen unificado esta materia extensible a las legislaciones nacionales. E igualmente, se beneficiaría con ello la protección de los pasajeros e incluso a las propias compañías aéreas que ajustarían la documentación pertinente siempre a unas mismas normas.

16. Como se decía con anterioridad, el régimen convencional uniforme excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de incumplimiento total del contrato de transporte aéreo internacional de personas. En el ámbito comunitario reciben sin embargo un tratamiento normativo, aunque no integral, a través del Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de febrero de 2004. Dicha norma establece los derechos mínimos que asisten a los pasajeros en caso de denegación de embarque contra su voluntad, cancelación o retraso del vuelo (art.1). La protección ofrecida por el Reglamento (CE) 261/2004 se extiende tanto a los pasajeros que parten de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro como aquéllos que parten de un tercer Estado hacia un aeropuerto situado en el territorio de otro Estado miembro, siempre y cuando no disfruten de derechos de compensación y de asistencia en ese tercer país y el transportista encargado de realizar el vuelo en cuestión sea una compañía aérea comunitaria (art. 3.1)¹⁷.

3. Legislación interna: Ley 41/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea

17. El Reglamento (CE) 889/2002 ha venido a derogar el régimen de responsabilidad del transportista aéreo contenido en las legislaciones de los Estados miembros, en el caso de España: en la Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea (arts. 115-125)¹⁸. Eso sí, siempre y cuando se trate de compañías aéreas comunitarias, salvo la obligación de información a los pasajeros que se hace extensible a todas las compañías aéreas, sean o no comunitarias. La derogación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros operada por el Reglamento (CE) 889/2002 no ha sido total. Estas seguirán aplicándose en aquellos escasos supuestos en los que no proceda aplicar Reglamento (CE) 889/2002, ni CM ni Sistema de Varsovia en algunas de sus distintas versiones. Es decir, en el caso de España se recurrirá a la LNA en los siguientes casos: a) transporte nacional realizado por compañías aéreas no comunitarias; b) transporte internacional, siendo el Estado del lugar de salida o de destino un Estado no parte del CM o del CV/PH 1955.

adelantados, sin demora, a la persona o personas físicas que tengan derecho a reclamar indemnización a fin de satisfacer sus necesidades económicas inmediatas (art. 5). Previsión esta última recogida en el art. 28 CM y que cuya aplicación supedita a la ley nacional del transportista. Finalmente, el legislador comunitario, en su afán de garantizar a los pasajeros el conocimiento de las disposiciones por las que se rige la responsabilidad del transportista, exige a esta último, incluso en el caso de que se trate de una compañía aérea no comunitaria, la obligación de facilitar una serie de informaciones al respecto así como el fundamento de la misma (art. 6).

¹⁷ Vid. J. DE PAZ MARTÍN, «El carácter complementario del reglamento 261/2004/CE respecto del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional. (Comentario a la STJCE de 10 de enero de 2006, en el asunto C-344/2004), *Diario La Ley*, nº 6431, martes 28 de febrero de 2006; D. GARRIDO PARENT, «Los derechos de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, cancelación, retraso o cambio de clase de los vuelos. Especial referencia al Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo», *Noticias Jurídicas*, octubre 2005, <http://noticias.juridicas.com>.

¹⁸ *BOE* núm 176, de 23 de julio de 1960; RD 37/2001, de 19 de enero por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea (*BOE* núm. 29, de 2 febrero de 2001).

18. En cualquier caso, y por lo que aquí interesa en casi todos los Estados, entre ellos el nuestro, las normas que se dirigen a regular la responsabilidad del transportista aéreo tienen por voluntad expresa del legislador un marcado carácter imperativo. De tal forma que se declaran aplicables con independencia de cual sea el Derecho extranjero que rija el contrato. Así sucede en Derecho español al disponer el art. 125 LNA que: «*En defecto de tratado internacional obligatorio para España, la responsabilidad en materia de transporte aéreo internacional se regirá por la presente Ley aplicada con el principio de reciprocidad*»¹⁹.

Finalmente, hay que señalar que el carácter internacionalmente imperativo de las normas que integran la LNA española no alcanza a la *documentación del contrato de transporte aéreo* (arts. 92-101). Corresponde regular tal extremo, cuando así proceda, a la *Lex contractus* (Reg. Roma I).

19. A modo de resumen de todo lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que en la actualidad, el transporte aéreo internacional cuenta con una regulación material uniforme, tanto de origen internacional –CM– como comunitario, –principalmente Reg. (CE) 889/2002 y Reg. (CE) 261/2004–, caracterizada por: 1º) tutelar los intereses de los pasajeros, algo que se refleja en el carácter relativamente imperativo de sus normas; 2º) contener una regulación parcial, no exhaustiva, el contrato: sólo se centra en determinados extremos del mismo; 3ª) no compartir el mismo ámbito material de aplicación. Este último rasgo, una vez surgido el litigio, puede dificultar en la práctica la determinación de la jurisdicción competente. Cuestión esta que pasamos a analizar seguidamente.

III. Tribunal internacionalmente competente

20. La internacionalidad del contrato de pasaje puede venir dada por la presencia de uno o varios elementos extranjeros –ubicación en distintos Estados del lugar de salida y destino, nacionalidad de los viajeros, de la compañía aérea, escala en otro Estado, etc...–. Cuando ante un incumplimiento del contrato, el pasajero se plantea la posibilidad de interponer una acción de responsabilidad contractual contra el transportista por incidencias en el equipaje, o por accidente, o por cancelación de vuelo o por cualquier otra cuestión derivada del contrato, será necesario determinar cual es el Tribunal internacionalmente competente.

21. Para ello, y en función de cual sea el objeto del litigio, habrá que estar, a lo dispuesto en los Convenios internacionales sobre esta materia, en vigor para España, entre ellos el Convenio de Varsovia/PH 1955 y el CM, (art. 21 LOPJ, art. 96.I CE) y a lo establecido en las normas de Derecho comunitario (art. 249 TCE), –principalmente recogidas en el Reg. (CE) 44/2001–. Sólo cuando ningún Convenio internacional o ninguna norma de Derecho comunitario sea aplicable a la cuestión controvertida, la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales se fijará con arreglo a las normas de producción interna (art. 22 LOPJ).

1. El Convenio de Montreal

22. El CM contiene normas de competencia judicial internacional especialmente diseñadas en atención a la especificidad de la materia que tiene por objeto: la responsabilidad del transportista aéreo internacional (arts. 33 y 49 CM). EL CM parte de dos premisas básicas: a) el contrato de transporte aéreo es internacional cuando el lugar de salida y de destino se encuentra en el territorio de dos Altas Partes Contratantes y/o cuando el lugar de salida y destino se encuentran en un mismo Estado Parte pero se ha previsto una escala en territorio de un Tercer Estado (art. 1 CM); b) el contrato de transporte es un contrato de adhesión en el que una de las partes –el viajero o pasajero– se encuentra en posición de debilidad frente a su contraparte, siendo necesario en este sentido ofrecerle un nivel mínimo de protección –aquél previsto con carácter inderogable por el propio Convenio–.

¹⁹ Desde el punto de vista de la técnica normativa el único aspecto que llama la atención, dejando a un lado la posible calificación de la norma, es la alusión que se efectúa en la misma al *principio de reciprocidad*. Y ello, no tanto por tratarse de una técnica desfasada en DIPr, que lo es, pero que en cierta medida se justifica por la época en que se elaboró esta Ley sino por el contexto en el que se utiliza: *competencia legislativa*. Vid. P. LAGARDE, «La réciprocité en droit international privé», *RCADI*, 1977-1, t. 154, pp. 103-214, esp. pp.153-161.

23. A tenor del art. 33.1 CM, resultan competentes a *elección del demandante* para conocer de una acción de responsabilidad derivada del contrato de transporte: a) los Tribunales del Estado contratante en cuyo territorio tenga su domicilio el porteador; b) los Tribunales del Estado contratante en cuyo territorio tenga su establecimiento principal el transportista; c) los Tribunales del Estado contratante donde el porteador posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido celebrado el contrato; d) los Tribunales del Estado contratante de destino. Se trata de *foros alternativos* especialmente diseñados para proteger a la parte débil del contrato: el pasajero, cumpliéndose al mismo tiempo ciertos índices de *proximidad*²⁰.

24. El CM reconoce además a las partes contratantes la facultad de designar el Tribunal competente. La validez de la cláusula de *sumisión expresa* queda supeditada sin embargo al cumplimiento de determinadas condiciones: a) la elección debe ser posterior al surgimiento del daño; b) no puede tener por efecto la derogación de las normas del Convenio, esto es, la elección debe recaer sobre el Tribunal de un Estado parte en el Convenio o de un Estado cuya legislación en materia de responsabilidad del transportista aéreo ofrezca una mayor protección al viajero (art. 49 CM). Se evita con ello el riesgo de *Forum Shopping*. Esta limitada autonomía de la voluntad reconocida a las partes en la designación del Tribunal competente encuentra su fundamento en la posición de debilidad que ocupa el pasajero en la relación contractual y en la protección que este merece en el sistema establecido por el CM.

25. A través de estas normas de competencia judicial internacional de origen convencional se alcanza en el ámbito del CM una solución equilibrada para ambas partes contratantes. Por un lado, se admite la autonomía de la voluntad en la designación del Tribunal competente aunque sometida a ciertos límites con el fin de evitar que tales cláusulas se conviertan en un factor de disuasión de litigios. Por otro, y en defecto de elección, el transportista cuenta con cierta seguridad y certeza jurídica en tanto que sólo puede ser demandado ante los Tribunales del lugar de salida o los Tribunales del lugar de destino o los Tribunales elegidos, eliminándose con ello el riesgo que podría derivarse de admitirse para este tipo de contratos el criterio del *Forum actoris*. En cualquier caso, este último foro ha sido introducido en el CM como una importante novedad pero limitado a un tipo de acciones: las acciones de responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero (art. 33.2 CM). En tales casos, el demandante podrá litigar ante los Tribunales del Estado Parte del lugar de su residencia habitual²¹.

2. Relación entre los foros establecidos en el CM y los previstos en el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000

26. Los Estados miembros de la UE son partes en ciertos convenios internacionales que regulan la competencia judicial en materias cubiertas por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resolucio-

²⁰ A estos cuatro criterios de competencia judicial internacional, se añaden en el CM otros dos foros alternativos para casos espaciales: a) En el supuesto de acciones de responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero, el demandante puede optar por litigar ante los Tribunales establecidos en el art. 33.1 CM o bien ante los Tribunales del Estado Parte en el que el pasajero tiene su residencia habitual (art. 33.2 CM). Se introduce así, por primera vez en este ámbito, a través de esta quinta jurisdicción, un *Forum Actoris* pero limitado al tipo de acción que se ejercita. b) En el caso de acciones de responsabilidad derivadas del transporte realizado por el transportista de hecho, tal y como aparecen contempladas en los términos del art. 45 CM, el demandante puede elegir entre ejercitar dicha acción bien ante los Tribunales que resultan competentes para conocer de las acciones dirigidas contra el transportista contractual en virtud del art. 33 CM o bien ante el Tribunal del Estado Parte en cuyo territorio el transportista de hecho tiene su domicilio o su oficina principal (art. 46 CM). Finalmente, como ya hace el art. 32 *in fine* del CV, el CM contempla la posibilidad de recurrir al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de diferencias. Si bien la admisibilidad de éste queda supeditada a los siguientes límites: a) sólo tiene cabida en el transporte de mercancías; b) el procedimiento arbitral ha de llevarse a cabo en alguno de los Estados cuyos Tribunales sean considerados competentes en virtud del art. 33 CM. Además el CM añade nuevos requisitos para considerar válido el arbitraje en este sector: a) la cláusula compromisoria ha de constar por escrito; b) debe ser el reclamante quien elija la concreta jurisdicción en la que deba desarrollarse el procedimiento arbitral y; c) el arbitro o en su caso, el Tribunal arbitral están obligados a aplicar las disposiciones del CM (art. 34 CM).

²¹ Para un análisis exhaustivo de todos los foros de competencia establecidos en el CV/CM, *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, *op. cit.*, pp. 90-136.

nes judiciales en materia civil y mercantil²². Así sucede con el Convenio de Varsovia y su normativa complementaria y con el CM. El Reg. (CE) 44/2001 tiene en cuenta este problema de concurrencia de instrumentos internacionales y destina los arts 67 a 72 a ofrecer una solución al mismo.

27. El art. 71 Reg. (CE) 44/2001 prevé la primacía de los Convenios internacionales multilaterales sobre materias específicas que contengan normas de competencia judicial internacional siempre y cuando éstos sean anteriores a la entrada en vigor del Reg. (CE) 44/2001. Por tanto la cláusula de concurrencia prevista en la mencionada disposición, excluye las normas convencionales posteriores al Reg. (CE) 44/2001. El CM es de fecha anterior al Reg. (CE) 44/2001 -28 de mayo de 1999- pero no entró en vigor para la CE y todos los Estados miembros hasta el 28 de junio de 2004. El art. 71.1 Reg. (CE) 44/2001 resulta tajante al respecto²³.

28. Ahora bien, no deja de ser un contrasentido que en el ámbito de la UE no se puedan aplicar unas normas de competencia judicial internacional especialmente diseñadas en atención a una determinada materia –documentación del transporte y responsabilidad del transportista aéreo–, cuando además todos los Estados miembros incluida la Comunidad como sujeto de Derecho público, forman parte del CM. A ello hay que unir las nefastas consecuencias que, como se verá más adelante, se derivan de aplicar el sistema de competencia judicial internacional del Reg. (CE) 44/2001 a unos contratos como los contratos de transporte aéreo de pasajeros y equipajes. Por todo ello sería más razonable considerar que los foros previstos en el CM quedan incorporados en el ordenamiento jurídico comunitario mediante la remisión efectuada por el Reg. (CE) 889/2002 al CM. En efecto, a través de este último Reglamento se da una nueva redacción al art. 3 del Reg. (CE) 2027/97. Tal disposición establece que: «*la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad*». Indudablemente los arts. 33 y 49 CM afectan a la responsabilidad del transportista en tanto que a través de estas normas se atribuye competencia judicial internacional a los Tribunales de los Estados Parte para conocer de acciones que tienen por objeto esta materia. Además, recurriendo a una interpretación sistemática del CM, hay que señalar que la responsabilidad del transportista y la medida de la indemnización del daño aparece regulada en el Capítulo III, que comprende los arts. 17 a 37 del citado instrumento internacional²⁴.

Siendo esto así, y atendiendo al principio de temporalidad: ley posterior deroga a la anterior, y al principio de especialidad, el Reg. 889/2002 prevalecería en materia de competencia judicial internacional sobre el Reg. (CE) 44/2001. Esta solución nos parece mucho más acertada especialmente si se tienen en cuenta las consecuencias de aplicar Reg. (CE) 44/2001 a los contratos de transporte aéreo de pasajeros y equipajes que seguidamente pasamos a exponer.

3. 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: algunas consideraciones críticas

29. Siguiendo la posición aquí defendida de considerar incorporados al acervo comunitario los foros previstos en el CM a través de la remisión efectuada por el Reg. (CE) 889/2002, sólo cabría recurrir al Reg. (CE) 44/2001 en aquellos escasos supuestos de acciones de responsabilidad en que el Estado del lugar de salida o de destino del trayecto no fuese parte ni del CV ni del CM y además el transportista fuese una compañía aérea no comunitaria. Habría que añadir además todos los demás litigios que tuviesen su origen en el contrato, entre ellos la demanda por cancelación de un vuelo²⁵.

²² DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001.

²³ *Ibid.* pp. 138-139.

²⁴ *Vid.* STJCE 6 de mayo 2010, as. C-63/09, *Axel Walz c. Clickair, S.A.*, <http://eur-lex.europa.eu>. Aunque en este asunto no se llega a plantear ante el TJCE la cuestión de la competencia judicial internacional, el alto tribunal confirma la interpretación que se ababa de expresar más arriba en FJ 3 a 9.

²⁵ Conviene resaltar que en aquellos supuestos en que el litigio no tenga por objeto una acción de responsabilidad contra

30. En cualquier caso, y antes de analizar las normas de competencia judicial internacional del Reg. (CE) 44/2001 conviene resaltar que los contratos de transporte internacional, en este caso aéreo, constituyen el clásico y típico ejemplo de *contratación en masa*. A través de ellos una de las partes contratantes -el transportista- impone a la otra parte -el viajero o pasajero- el contenido del contrato mediante el recurso a condiciones generales de la contratación. En estos contratos, al igual que en otros en los que interviene un adherente, el *empresario predisponente* suele incluir en lo mismos una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de su país (*Forum Selection Clauses*)²⁶.

Para evitar estas cláusulas de sumisión expresa *impuestas* a la fuerza por el empresario, el Reg. (CE) 44/2001 contiene unas normas especiales especialmente diseñadas para los *contratos celebrados por consumidores* (arts. 15-17). Estas normas sin embargo no protegen de forma general a todo contratante débil²⁷.

31. El contrato de pasaje, a pesar de ser un contrato celebrado por consumidores en el sentido del art. 15.1 Reg. (CE) 44/2001), queda expresamente excluido de su ámbito de aplicación (art. 15.3 Reg. (CE) 44/2001). Si no fuese así el viajero o pasajero, como tal consumidor que es, podría demandar a la compañía aérea ante cualquiera de los siguientes Tribunales: 1º) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el profesional o empresario, teniendo en cuenta que «*cuando el cocontratante del consumidor no estuviera domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado*» (art. 15.2 Reg. (CE) 44/2001); 2º) Tribunales del lugar en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 16.1 Reg. (CE) 44/2001); 3º) Ante el Tribunal que ambas partes hubiesen acordado, siempre que concurriesen algunas de las siguientes circunstancias: a) que se tratase de un acuerdo posterior al nacimiento del litigio; b) que permitiese al consumidor formular demandas ante Tribunales distintos de los indicados anteriormente; c) que estando ambos contratantes domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado parte en el momento de celebración del contrato, sometieran el asunto a los Tribunales de tal Estado, siempre que la Ley de éste no prohibiera tales acuerdos (art. 17 Reg. (CE) 44/2001). Por otro lado, el empresario sólo podría demandar al consumidor ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 16.2 Reg. (CE) 44/2001).

32. Estas normas de competencia judicial internacional, si pudieran ser aplicadas a los contratos de transporte aéreo internacional, se asemejarían con creces a aquellas otras contenidas en el Convenio de Montreal: a) la autonomía de la voluntad en cuanto a la designación de Tribunal competente quedaría sometida a ciertos límites, y b) podría resultar competente a elección del demandante el Tribunal donde el empresario o su sucursal o agencia tuviese su domicilio o establecimiento principal. El problema esencial que suscita la aplicación de los arts. 15 y ss Reg. (CE) 44/2001 a los contratos de transporte y, que en definitiva explica, pero en ningún caso justifica, la exclusión de los mismos de esta normativa se

el transportista (por ejemplo: incumplimiento contractual o validez de ciertas cláusulas contractuales), la competencia judicial internacional tendrá que determinarse con arreglo al Reg. (CE) 44/2001.

²⁶ Algo que le permite ofrecer productos o servicios a precios competitivos pues supone una disminución de costes que finalmente acaba beneficiando a los consumidores. Pero, al mismo tiempo, esta imposición de Tribunal competente puede suponer una considerable carga para el *adherente* que si desea litigar se ve conminado a desplazarse ante Tribunales extranjeros. En la mayoría de las ocasiones será mayor el perjuicio económico derivado del inicio del proceso que aquel sufrido por los daños originados por el incumplimiento del contrato. El riesgo derivado del contrato de transporte se traslada indirectamente al viajero a través de la cláusula de *prorrogatio fori* que cumple aquí una evidente *función de disuasión de litigios*. En cualquier caso, el viajero no tiene otra opción: o celebra el contrato que contiene incorporada la cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros o simplemente no puede beneficiarse del servicio -transporte aéreo-.

²⁷ Para que éstas resulten aplicables es necesario que el contrato cumpla dos condiciones: 1º) debe tratarse de un contrato celebrado por un consumidor, entendiéndose por tal la persona que adquiere los bienes o servicios para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional; y b) debe tratarse de uno de estos tres contratos: a) una venta a plazos de mercaderías; b) un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; c) una operación que repercuta en el mercado del país donde está domiciliado el consumidor bien porque el empresario o profesional realiza actividades comerciales en el Estado del domicilio del consumidor (*Doing Business*), bien porque el empresario dirige tales actividades a dicho Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros comprendido este último (*Stream of Commerce*).

encuentra en el *Forum Actoris*. Esto es, en la facultad reconocida al consumidor de litigar, a su elección, ante los Tribunales del Estado miembro donde tiene su domicilio. Si se admitiese este foro de competencia judicial internacional, -especialmente previsto para proteger a la parte débil en la relación jurídica-, en materia de transporte aéreo el resultado sería el siguiente: a) una multiplicación de foros, tantos como pasajeros con residencia habitual en diferentes Estados miembros y b) grave perjuicio económico para las compañías aéreas que se verían obligadas a litigar ante los Tribunales de diversos Estados, e incluso dentro de un mismo Estado ante diferentes Tribunales territorialmente competentes²⁸.

33. La competencia judicial internacional en materia de contratos de pasaje se determinará por tanto conforme a los criterios generales previstos en el Reg. (CE) 44/2001: 1º) sumisión expresa o sumisión tácita (art. 23 y art. 24 Reg. (CE) 44/2001); 2º) en su defecto, foro especial en materia contractual (art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001); y 3º) foro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. (CE) 44/2001). De todos ellos, despiertan especial interés en su aplicación a este tipo de contratos los foros previstos en el art. 23 Reg. (CE) 44/2001 y en el art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001.

a) Sumisión expresa (art. 23 Reg. (CE) 44/2001)

34. Respecto al primero de ellos, esto es, el foro de sumisión expresa, cabría preguntarse si las cláusulas de elección de foro contenidas en las condiciones del transportista cumplen los requisitos de validez formal exigidos por el propio Reg. (CE) 44/2001 para asegurar la existencia de consentimiento de las partes, o si por el contrario sería necesario establecer para este tipo de contratos algún límite a la autonomía de la voluntad, máxime cuando para otros contratos celebrados por consumidores el propio Reg. (CE) 44/2001 prevé tal limitación²⁹. En otras palabras, se trataría aquí de ver si el régimen establecido por el Reg. (CE) 44/2001, matizado por el propio TJCE bajo la vigencia del CBr, respecto a las cláusulas de sumisión expresa contenidas en condiciones generales de contratación, casa bien con este tipo de contratos, especialmente cuando una de las partes ocupa una posición débil en la relación jurídica considerada³⁰.

²⁸ Según el Informe SCHLOSSER la razón que justifica la exclusión de los contratos de transporte del ámbito de los foros de protección se encuentra en los numerosos Convenios internacionales existentes sobre la materia (*DOCE C 189*, de 28 de julio de 1990, pp. 184 y ss, esp. p. 227). Este argumento, sin embargo, no es de recibo, y no lo es porque en primer lugar otras materias reguladas por el Reg. (CE) 44/2001 ya eran objeto de regulación convencional y ello no impidió su inclusión en las normas especiales de competencia judicial internacional; en segundo lugar, porque aun existiendo Convenios internacionales que regulan el transporte aéreo internacional no siempre resultan aplicables. De igual forma, conviene señalar que el propio Convenio de Montreal de 1999 admite el *Forum Actoris* pero limitándolo a un concreto tipo de acciones: aquellas de responsabilidad por muerte o lesiones (art. 33.2 CM).

²⁹ Sobre la cláusula de sumisión y las condiciones generales de la contratación, *vid.*: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, esp. pp. 131-148; G. KAUFMANN-KÖHLER., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basilea/Frankfurt an Main, 1980; A. QUIÑONES I ESCÁMEZ., «Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado. Incidencia de las leyes de protección al consumidor y de reglamentación de las condiciones generales de la contratación», *RJC*, 1987-3, pp. 656-694; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994, pp. 203-230.

³⁰ Han sido, precisamente, consideraciones de orden socio-económico, inspiradas en la necesidad de prestar una especial protección a la parte considerada débil, las que han justificado la introducción de determinadas normas especiales en el sistema de competencia judicial internacional del Reg. (CE) 44/2001. Dicha vocación tuitiva ha encontrado una doble manifestación: a) de un lado, en la elaboración de foros de protección, o foros específicamente dirigidos a regular determinadas relaciones contractuales; b) de otro, en el establecimiento de ciertos límites a las cláusulas de sumisión expresa. En definitiva, con este régimen especial trazado por el Reg. (CE) 44/2001 para los contratos de seguro (arts. 8-14), los contratos de consumidores (arts. 15-17) y los contratos de trabajo (art. 18-21), se trata de fortalecer al contratante típicamente más débil frente a los abusos que se pudieran ejercer mediante el mecanismo de las condiciones generales de la contratación. Late en estas reglas la *desconfianza frente a la regularidad de la formación del acuerdo de voluntades en los denominados contratos de adhesión*. De ahí que a través de ellas se establezcan criterios de competencia que permitan al adherente acudir ante los Tribunales que están vinculados con el sistema protector. Los límites impuestos por el Reg. (CE) 44/2001 a la prórroga de la competencia cuando una de las partes es considerada más débil que la otra, sirven tanto para proteger la efectividad del consentimiento frente a posibles abusos como el equilibrio de intereses en juego. *Vid.* F. POCAR., «La protection de la partie faible en droit international privé», *RCADI*, 184.V, t. 188, pp. 339-417, esp. p. 362.

35. La exclusión de los contratos de transporte del ámbito de los foros de protección previstos por el Reg. (CE) 44/2001 por lo que al foro de sumisión expresa se refiere (art. 17 Reg. (CE) 44/2001) carece de todo fundamento. Amén de la discriminación injustificada a la que da lugar: el consumidor es igual en principio en derechos ante la Ley, siendo o debiendo ser indiferente el bien que adquiera o el servicio que contrate (art. 153 TCE/art. 51 CE). No parece entenderlo así el Reg. (CE) 44/2001. Una cosa es tener en cuenta las especiales características de un contrato y los importantes intereses económicos en juego de un sector determinado: aviación aérea, y el peligro de admitir el *Forum Actoris* en esta materia y otra bien distinta dejar totalmente desprotegidos a los consumidores ante los pactos de sumisión expresa. Tal vez, lo más razonable, justo y coherente hubiese sido y debería ser mantener los límites a la autonomía de la voluntad en la designación del Tribunal competente como ya hace, por ejemplo, el Convenio de Montreal.

b) Foro contractual (art. 5.1.b) Reg. (CE) 44/2001)

36. En defecto de sumisión expresa (art. 23 Reg. (CE) 44/2001) o sumisión tácita de las partes (art. 24 Reg. (CE) 44/2001), la determinación del Tribunal competente para conocer de los litigios que se deriven del contrato de pasaje, se efectuará conforme al foro general del domicilio del demandado (art. 2 Reg. (CE) 44/2001) o, en su caso, conforme a la aplicación del *foro especial en materia contractual* (art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001). Éste último, al igual que los demás foros especiales previstos en el Reg. (CE) 44/2001, constituye un *foro de ataque*, en tanto que otorga al demandante la facultad de accionar contra el demandado ante Tribunales de un Estado distinto al de su domicilio. Por regla general, los foros especiales se basan en el *principio de proximidad*, esto es, atribuyen competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado con el que el litigio presenta un vínculo relevante. A través de estos foros se designa además directamente el concreto tribunal competente sin necesidad de recurrir a las normas de competencia internas del Estado en cuestión.

37. El art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001 establece como *regla general*, para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual, el *forum executionis* o el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda. No obstante, prevé *dos presunciones* que, salvo pacto en contrario de las partes, fijan el lugar de ejecución de las obligaciones en los siguientes supuestos: a) en los contratos de compraventa de mercaderías, y b) en los contratos que impliquen una prestación de servicios. En el primero de ellos, se presume que el lugar de ejecución es el lugar donde según el contrato hayan sido o deban ser entregadas las mercancías, mientras que en el segundo, se presume que, tal lugar, es aquel en que según el contrato hayan sido o deban ser prestados los servicios. Tales presunciones dejan de operar en el caso de que las partes disponga otra cosa en el contrato. En todos los demás supuestos, rige la regla general: el *lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda*³¹.

38. Aplicando al *contrato de pasaje* la presunción prevista en el art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001 para los contratos de prestación de servicios, el lugar de ejecución de la obligación ha de comprender tanto el *lugar de salida* como el *lugar de destino* en tanto que ambos están indisolublemente ligados a la prestación del servicio por parte del porteador. La posibilidad de que las partes fijen lo contrario en el contrato resulta hartamente difícil en un contrato de adhesión. Es más, cualquier cláusula que estuviese destinada a ello y se contuviese en las condiciones generales del contratante fuerte tendría todos los visos de ser considerada una «*cláusula de sumisión expresa encubierta*» y, por tanto, susceptible de ser considerada nula en base a los argumentos anteriormente expuestos³².

³¹ Sobre las dificultades que está suscitando en la práctica la interpretación y aplicación del art. 5.1 b) Reg. (CE) 44/2001, *vid.*, *ad ex.*, P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I», *JDI-3*, 2008, pp. 675-717; M. C. PITTON, «L'article 5, 1, b dans la jurisprudence franco-britannique, ou le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement (CEE) n° 44/2001», *JDI*, 2009-3, pp. 853-862.

³² Sobre los convenios atributivos de competencia encubiertos, *vid.* S. WRELLIS, «Algunas observaciones sobre la designación fraudulenta del lugar del cumplimiento de la obligación», *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona, 1993, pp. 91-93.

39. Esta interpretación del art. 5.1 Reg.44/2001, que ha sido defendida por el TJCE en el Asunto *Peter Redher*, se asemeja a la solución ofrecida por el Convenio de Montreal en materia de responsabilidad contractual del transportista. Dicha interpretación ofrece las siguientes ventajas: a) atribuye competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado con el que el litigio presenta un vínculo relevante; b) al mismo tiempo reduce el riesgo del transportista de litigar en una multitud de Estados en tanto que sabe de antemano que sólo puede ser demandado ante los Tribunales de dos Estados miembros: el del lugar de salida y el del lugar de destino; c) protege a la parte débil del contrato en este caso al viajero que generalmente actuará como demandante y cuenta con un foro de ataque; c) finalmente, soluciona el problema de la determinación del *locus executionis* cuando se impugna la validez del contrato o alguna de sus cláusulas pues se presume que el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda es el lugar donde según el contrato se prestan los servicios.

Pero a diferencia de lo que sucede en el ámbito convencional, la solución ofrecida por el TJCE a través de la interpretación y aplicación del art. 5.1 b Reg. 44/2001, no implica una protección integral de los pasajeros como parte débil del contrato de transporte aéreo internacional. Baste recordar en este sentido, las nefastas consecuencias que tendría para el viajero la aplicación del art.23 Reg. (CE) 44/ 2001³³.

40. Esta falta de adecuación del sistema de competencia judicial internacional del Reg. (CE) 44/2001 a los contratos de transporte aéreo internacional de pasajeros y equipaje constituye, entre otros, un argumento de peso para considerar la inclusión de tales contratos en el ámbito de los contratos internacionales de consumo.

4. Sistema de producción interna: art. 22 LOPJ

41. Cuando no resulte aplicable ningún Convenio internacional o ninguna norma de Derecho comunitario, la competencia judicial internacional de los jueces y Tribunales españoles se determinará conforme a las normas de producción interna de nuestro ordenamiento jurídico. Tales normas se encuentran contenidas básicamente en los arts. 21 y 22 LOPJ.

42. En materia de contratos de transporte aéreo internacional, los Tribunales españoles serán competentes en los siguientes casos: 1º) cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ); 2º) cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ); 3º) tratándose de un «contrato de consumidores» que tengan por objeto una prestación de servicios, cuando la celebración del contrato hubiese sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato (art. 22.4 LOPJ).

IV. Determinación del Derecho aplicable al contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros

43. En el ámbito comunitario, la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales se rige, desde el 17 de diciembre de 2009, por el Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (denominado «Reglamento Roma I»)³⁴. El Reglamento Roma I constituye la *normativa general* de los contratos internacionales en los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca³⁵.

³³ Otro inconveniente que se deriva del art. 5.1 Reg. (CE) 44/2001 aunque, eso sí, estaríamos ante una situación hipotética, es el siguiente: el transportista podría demandar al viajero ante los Tribunales del lugar de salida, lugar éste que normalmente coincidirá con aquél donde tiene su domicilio o establecimiento principal. Se estaría admitiendo con ello el criterio del *Forum actoris* a favor de la parte fuerte en el contrato, produciéndose aquí de nuevo un considerable distanciamiento con el foro de protección previsto para los consumidores en el art. 16.2 Reg. (CE) 44/2001

³⁴ DOUE L 177 de 4 julio 2008.

³⁵ Sobre el Reg. Roma I, en general, *vid., ad ex.*: T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», *CDT*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 5-18; A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones

44. El Derecho rector del contrato internacional de pasaje debe determinarse conforme a lo dispuesto en el sistema establecido en el Reg. Roma I. No obstante, en todos aquellos contratos de transporte aéreo internacional que entren en el ámbito de aplicación del CM, el régimen de responsabilidad del transportista se regirá necesariamente y con independencia de cual sea el Derecho aplicable al resto del contrato por las normas convencionales. La imperatividad de estas disposiciones es, sin embargo, relativa pues se admiten cláusulas que incrementen la responsabilidad del transportista bien porque las partes lo hayan así acordado (art. 27 CM), bien porque así lo establezca el Derecho elegido por las partes para regir su contrato (art. 49 CM)³⁶.

De igual forma, en el ámbito de la UE, la responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias respecto al transporte aéreo de pasajeros y su equipaje cuenta desde la entrada en vigor del Reg. (CE) 889/2002 y del Reg. (CE) 265/2004 con un régimen material uniforme, aplicable al transporte internacional, intracomunitario y nacional. Régimen que prevalece sobre la regulación conflictual establecida en virtud del Reg. Roma I (art. 3.4 Reg. Roma I)³⁷.

En cualquier caso, la aplicación de los instrumentos internacionales citados no exime de determinar el Derecho aplicable a los demás extremos del contrato. Para ello habrá que estar a lo establecido por el Reg. Roma I.

45. Dicho Reglamento, que viene a sustituir al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, incluye a diferencia de su antecesor una norma especial para determinar el Derecho aplicable a los contratos de transporte de pasajeros. El hecho en sí es de aplaudir, distinto será comprobar si con la solución ofertada se consigue finalmente proteger a la parte débil del contrato³⁸.

46. En primer lugar, el Reg. Roma I deja bien claro que los contratos de transporte de pasajeros, a excepción de los contratos relativos a un viaje combinado quedan excluidos del régimen jurídico especial previsto para los contratos internacionales de consumo, y ello a pesar de que se refieren a relaciones entre un consumidor y un profesional (art. 6.4 Reg. Roma I)³⁹. Caso contrario, de haberse considerado el contrato de pasaje como un contrato de consumo, el Derecho aplicable al mismo sería aquel de la residencia habitual del consumidor. Admite sin embargo el Reg. Roma I que las partes del contrato de consumo elijan una ley distinta, pero siempre y cuando dicha elección no implique para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección habría sido aplicable- esto es, la ley de la residencia habitual del consumidor (art. 6.1 y 2 Reg. Roma I).

47. Por tanto, para determinar el derecho aplicable al contrato de transporte de pasajeros habrá que estar a lo dispuesto en el art. 5.2 Reg. Roma I. Para este tipo de contratos: 1º) Se admite el juego de la autonomía conflictual, por tanto, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, si bien dicha

contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, nº 2, pp. 52-133, F. FERRARI/S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», *RCDIP*, 2008-4, pp. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

³⁶ EL CM reconoce a las partes la posibilidad de elegir el Derecho aplicable no sólo al contrato, sino a esta parte del contrato –responsabilidad del contratista– pero condicionada.

³⁷ Por tanto, la determinación de la *Lex contractus* conforme al Reg. Roma I se efectuará para regular aquellos aspectos del contrato internacional de transporte aéreo de pasajeros y equipajes excluidos de la regulación material uniforme tanto de origen convencional como comunitaria. Así como en aquellos escasos supuestos en los que no proceda aplicar ni los Convenios internacionales sobre la materia ni la normativa comunitaria.

³⁸ *Vid.* C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «La Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento roma I», *CDT*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 160-178; P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation and Contracts of Carriage», en F. FERRARI/S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 99-108; S. TONOLO, «La legge applicabile ai contratti di trasporto nel Regolamento Roma I», *RDIPP*, 2009, pp. 309-326.

³⁹ En contra de esta excepción, *vid. ad ex.*: S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, nº 85, 2008, pp. 9-22

elección queda limitada a una de las leyes señaladas por el propio art. 5.2. párrafo segundo: ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual; o donde el transportista tenga su residencia habitual, o éste tenga su administración central, o donde se encuentre el lugar de origen, o donde se encuentre el lugar de destino. 2º) En defecto de elección, el contrato de transporte de pasajeros se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. 3º) Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual. 4º) Finalmente, en el supuesto de falta de elección de la ley aplicable al contrato, se prevé una cláusula de escape para aquellos casos en que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado anteriormente, en cuyo caso se aplicará la ley de ese otro país.

Teniendo en cuenta que los contratos de pasaje son contratos de adhesión, resulta difícil imaginar que las partes contratantes puedan ejercer esta facultad de elección de la ley aplicable a su contrato, más bien, en el caso de que dicha «elección» existiese vendría impuesta por el transportista. Respecto al resto de las soluciones previstas en el art. 5.2 Reg. Roma I, responden al principio de proximidad y de especialidad, más en ningún caso tienen en cuenta la posición de debilidad de una de las partes del contrato.

48. Esto no significa que el pasajero no pueda recibir la debida protección jurídica, como consumidor, en el ámbito del Reg. Roma I sino que ésta sólo se podrá alcanzar mediante la aplicación cumulativa de otras disposiciones: las leyes de policía (art. 9 Reg. Roma I)⁴⁰. Si se compara este resultado con el que se podría alcanzar incluyendo los contratos de transporte de pasajeros entre los contratos de consumo del art. 6 Reg. Roma I, cabe afirmar que la exclusión no está justificada entre otras razones porque sitúa a los pasajeros en una situación de franca inseguridad jurídica y además entra en franca contradicción con un objetivo de política legislativa comunitaria: garantizar en el ámbito del transporte aéreo un elevado nivel de protección a los pasajeros, tomando plenamente en consideración los requisitos de protección de los consumidores.

V. Conclusiones

49. Recientemente, el Prof. CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, parafraseando a otro gran ius-internacionalprivatista, HENRI BATIFFOL, decía que: «*hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes* (a lo que habría que unir conflicto de jurisdicciones, el añadido es mío), *es lo mismo que hacer Física sin Matemáticas. Se pretende ganar tiempo y prescindir de un instrumento que parece complicado para terminar descubriendo que, desgraciadamente, se ha perdido aún más tiempo del que hubiese hecho falta para aprenderlas. El problema del conflicto de leyes –tarde o temprano– acaba reapareciendo*»⁴¹.

50. Estas sabias palabras reflejan con fidelidad el *statu quo* actual de la regulación del contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros en el ámbito comunitario. De un lado se ha potenciado la elaboración de un régimen uniforme para determinados extremos del contrato, que trata de tutelar intereses privados. De otro, se da la espalda a la realidad a través de las normas de conflicto de jurisdicciones (Reg. (CE) 44/2001) y conflicto de leyes (Reg. (CE) 593/2008) que para nada sirven para proteger jurídicamente a los pasajeros, que quieran o no, son consumidores.

⁴⁰ Sobre la polémica doctrinal existente en torno a la aplicabilidad del art. 9 Reg. Roma I a los contratos internacionales de consumidores, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, nº 2, pp. 106 y ss

⁴¹ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, *loc.cit.*, p. 55.

PROHIBICIONES Y LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 54/2007: ENTRE LOS OBJETIVOS DE LA NORMA Y LA REALIDAD EN SU APLICACIÓN*

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 23.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: Uno de los preceptos más novedosos de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional ha sido su artículo 4. Este trabajo se centra tanto en el estudio de los casos que regula como en su funcionamiento. Todo ello desde una perspectiva práctica que permitirá analizar su aplicación por parte de las autoridades competentes. Junto a lo anterior se estudia el impacto que la aplicación del citado precepto tendrá en la validez extraterritorial de las adopciones internacionales. .

Palabras clave: adopción internacional, circunstancias que impiden o condicionan la adopción, validez extraterritorial de las adopciones internacionales.

Abstract: Article 4 of the Spanish Act of International Adoption (Ley 54/2007 of December 28, 2007) is one of the most important and novel precepts. This paper focuses the analysis of the cases and controls its operation from a practical perspective that will analyze the application of article 4 by the competent authorities. The paper also consider the impact that the implementation of that provision will have on the extraterritorial validity of foreign adoptions.

Key words: international adoption, circumstances that prevent or constrain the adoption, extraterritorial validity of foreign adoptions.

Sumario: I. Introducción. II. Supuestos regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 4. 1. Cuestiones sobre la naturaleza del precepto. 2. Confusiones y problemas en el uso de los supuestos del artículo 4. A) Confusión entre el supuesto recogido en la letra c) del apartado 1 con el apartado 2 del artículo 4. B) Empleo de forma cumulativa de la letra c) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 4. C) Resolución de la medida sin referencia a los apartados 1 y 2 del artículo 4. D) Aplicación del artículo 4 de la LAI a supuestos fuera de su ámbito de aplicación. III. Funcionamiento del artículo 4 en la práctica. 1. Coordinación internautonómica en la materia. 2. Aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4: procedimiento habitual. 3. Otras circunstancias a tener en cuenta en la aplicación del artículo 4. 4. Distintos ejemplos de descoordinación. IV. Infracción del artículo 4. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Han sido numerosos los estudios dedicados a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*¹ (en adelante LAI). En estos trabajos se han reflejado posiciones desiguales en torno

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2007-67381 Derecho civil internacional: pluralidad e interacción de normas internacionales. Problemas de aplicación.

¹ *BOE.*, 29 de diciembre de 2007.

Entre otros pueden consultarse S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de los “santos inocentes”», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 711, pp. 13-54. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su

a la valoración de su técnica normativa así como su adecuación o distanciamiento a la realidad que responde; pero donde sí parece existir acuerdo es en el acierto del legislador español a la hora de incluir un precepto como el artículo 4².

Los seis apartados que conforman el artículo 4 están dedicados a cuestiones distintas. Así mientras a través de los dos primeros se trata o bien de evitar que se lleven a cabo adopciones en Estados que no garanticen los procesos de adopción o bien la tramitación de los expedientes se condiciona a la intervención de las autoridades acreditadas en ambos Estados, el cuarto articula la aplicación de las medidas que se acaban de citar. El tercer apartado regula el supuesto de las solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal. El quinto establece quienes pueden ejercer la función de intermediación en la adopción internacional y, por último, en el apartado sexto se recuerda un principio fundamental en la adopción internacional: la prohibición de producir beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios.

2. En lo que hace al objeto de este trabajo no se va a centrar en la práctica de la adopción internacional de menores que han sido traídos a España mediante programas humanitarios. Tampoco en las cuestiones relacionadas con la autorización o trámites que necesitan las autoridades acreditadas para ejercer sus funciones en la adopción internacional. En definitiva, el estudio tratará tanto del aná-

exposición docente», *Actualidad Civil*, núm., 22, diciembre 2007; *ibid.*, «La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto de sus objetivos y de la comunión entre ambos», *AEDIPr.*, vol. II, 2007, pp. 39-69; *ibid.*, «The New International Adoption System in Spain», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 409-429; *ibid.*, «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Revista Jurídica La Ley*, núm., 1, 2008. R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», www.reei.org 2009 (versión *on line*). F. CALVO BABÍO, «Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional», *IURIS*, núm., 25, marzo 2008. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Edt. Comares, 2008, *ibid.*, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: el ataque de los clones», *CDT.*, Vol. 2, núm., 1, 2010. A. DURÁN AYAGO, «La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm., 2, 2008.. C. ESPULGUES MOTA, «La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿Una ocasión perdida?», *Rev. dir. int. pri. e proc.*, 2008-2, pp. 363-380. E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate (Acercamiento crítico a alguna de sus propuestas)*, Edt. Reus, Madrid 2009; *ibid.*, «Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007», www.reei.org, 2008 (versión *on line*). P. PARADELLA AREÁN, «Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional», www.reei.org, 2008 (versión *on line*).

² Son muy ilustrativas las palabras de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ sobre el artículo 4 «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *cit.*

Artículo 4. *Circunstancias que impiden o condicionan la adopción.*

1. No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.

2. Las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas.

3. La tramitación de solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, requerirá que tales acogimientos hayan finalizado conforme a las condiciones para las que fueron constituidos y que en su país de origen participen en programas de adopción debidamente regulados.

4. A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional.

5. La función de intermediación en la adopción internacional únicamente podrá efectuarse por las Entidades Públicas de Protección de Menores y por las Entidades de Colaboración, debidamente autorizadas por aquéllas y por la correspondiente autoridad del país de origen de los menores. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales.

6. En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos.

lisis de los apartados uno y dos, como en el apartado cuarto, donde se regula su procedimiento de la aplicación.

Antes de emprender el estudio del mencionado precepto sí es adecuado determinar un aspecto importante de la LAI, en qué supuestos resulta aplicable su articulado. El artículo 1.2 de la norma determina su extensión al vínculo jurídico de filiación³ que implica un traslado (o lo que se ha denominado adopción transfronteriza) como en el supuesto en el que dicho traslado no sea preciso, dado que incluye como criterio que califica de internacional el caso la nacionalidad de las partes. Este aspecto es fundamental porque condiciona las distintas soluciones que a lo largo de la norma se vayan dando a las cuestiones que se traten de responder.

La determinación del ámbito de aplicación es una de las primeras cuestiones en las que difieren la LAI del *Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (en adelante Convenio de La Haya de 1993). Este último proyecta su ámbito de aplicación, en principio, sobre un espectro de casos más reducido y ello dado que debido a la definición que recoge su artículo 2.1 se requiere que el menor ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, del Estado de su residencia habitual (Estado de origen) al Estado de residencia habitual de los adoptantes (Estado de recepción); además como se observa el criterio fundamental para la aplicación del texto convencional es el de la residencia habitual⁴. Sin embargo, con motivo de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya, en las Recomendaciones y Conclusiones aprobadas por la Comisión Especial⁵, se hace constar que no sólo las adopciones contenidas en el artículo 2 apartado 1 están sujetas al procedimiento y salvaguarda del Convenio, sino también se extiende entre otros casos, de forma expresa a las adopciones por nacionales del Estado de origen (este sería por ejemplo el supuesto de la adopción de un menor búlgaro por adoptantes españoles en España, lugar donde todas las partes tienen su residencia habitual). En principio este supuesto no es un caso de adopción transfronteriza (estrictamente no está recogido en el artículo 2.1 del Convenio) en tanto no requiere desplazamiento, y como ha sido explicado por algún autor son supuestos que en la práctica habitual se trataban como internas obviándose el criterio de la nacionalidad extranjera del menor⁶. La cuestión es hasta qué punto está pensado el marco de cooperación establecido en el Convenio de La Haya de 1993 entre la autoridad situada en el Estado de la residencia habitual del menor y la autoridad de la residencia habitual de los futuros adoptantes para la resolución de estos supuestos en los que no hay desplazamiento y el criterio de la internacionalidad viene establecido por el criterio nacionalidad. Es la misma situación que la prevista en el artículo 1.2 de la LAI.

Determinado el extenso ámbito de aplicación de la LAI pasamos al análisis de los supuestos objeto de regulación en su artículo 4.

II. Supuestos regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 4

3. El apartado 1 del artículo 4 recoge el primero de los supuestos objeto de este trabajo. A través del mismo se prohíbe tramitar solicitudes de adopción sobre *menores nacionales o con residencia habitual en otro Estado* cuando se den las circunstancias descritas en las letras a) b) o c). De la lectura literal del precepto se deduce que incorpora los mismos criterios de vinculación con independencia del caso

³ Sobre las dificultades en la definición *vid.*, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional...», *cit.*, p. 5.

⁴ *In extenso* puede verse entre otros, B. CARRILLO CARRILLO, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Editorial Comares, 2003, pp. 49-66.

⁵ Puede consultarse en http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_s.pdf Sobre este aspecto ver, A. BORRÁS, «Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 de junio de 2010) *REDI.*, 2010-1, vol. LXII, pp.329- 334, en esp. p. 332. Otros casos presentados como conflictivos, es decir que plantean dificultad a la hora de su calificación como interna o internacional, son los supuestos de la extensión del texto cuando se trata de dos nacionales extranjeros que trabajan como cooperantes en el Estado de origen del menor y pretenden adoptar en dicho. En este caso para determinar si el Convenio es aplicable no sólo se tendrá que verificar que está en vigor en ambos Estados sino habrá de determinarse si se trata de un caso contenido en el ámbito material de aplicación.

⁶ R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional...», *cit.*, p. 6.

ante el que nos encontremos. Sin embargo, aunque en un primer momento, y de forma general, se determina el ámbito *ratione personae* de este precepto con criterios como la nacionalidad o la residencia habitual de un menor en otro Estado, cuando se pasa a los casos particulares el ámbito de aplicación cambia.

4. En el primero de los casos, supuesto de que se haya producido una catástrofe natural o el país esté inmerso en un conflicto bélico se requiere, para prohibir la adopción, que el menor tenga allí su residencia habitual descartándose el criterio de la nacionalidad⁷.

El caso más habitual será aquel en el que en medio de un conflicto bélico o tras una catástrofe natural determinados sujetos tratan de aprovechar estas situaciones para sacar a los menores de estos Estados con objeto de traficar con ellos. En tales supuestos lo lógico es que la nacionalidad del menor coincida con el Estado donde tiene su residencia habitual; aquí el artículo 4.1 a) se aplicaría para prohibir a las autoridades españolas tramitar adopciones de menores con residencia habitual en Estados inmersos en conflictos bélicos o catástrofes naturales.

Conforme a la lectura del precepto, aunque el menor tenga la nacionalidad de un país inmerso, por ejemplo, en un conflicto bélico si su residencia habitual está situada en otro país distinto sí sería posible que las autoridades españolas dieran cauce a la tramitación de su adopción. Ahora bien, aunque el precepto literalmente no lo diga, creemos que la lectura debe ser distinta si se trata de un menor con residencia habitual en un Estado inmerso en cualquiera de las dos situaciones que incluye la letra a) del artículo 4.1 –con independencia que este coincida o no con el de su nacionalidad–, y es llevado, por ejemplo, a España con fines adoptivos, aquí y ante la posible inseguridad por el desconocimiento de la situación jurídica del menor se prohíbe a las autoridades españolas realizar cualquier trámite encaminado a la adopción del menor⁸.

5. En el segundo, –inexistencia de una autoridad que controle y garantice las prácticas y trámites de la adopción, no se respete el interés del menor o no se cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3– al no incluir un ámbito *ratione personae* específico habría que recurrir al que aparece al inicio del artículo 4, donde se incluye el criterio de la nacionalidad de los menores, vinculación que, a mi juicio, no da respuesta a las situaciones que se quieren combatir a través del artículo 4.1.b) y c)⁹. De nuevo se propone una lectura del precepto en una clave distinta a como textualmente se redacta con objeto de que la norma atienda de forma correcta a aquellos supuestos a los que en realidad se ha querido dar solución¹⁰, y que en definitiva se trata de los supuestos en los que con carácter general hay traslado del menor (adopción transfronteriza); hay que recordar que la LAI en su artículo 1.2 también incluye en su ámbito de aplicación como adopciones internacionales supuestos que no requieren tales traslados y que el elemento de extranjería se encuentra en el criterio de la nacionalidad.

6. En cualquier caso y aunque el artículo 4 determina criterios de conexión que delimitan el ámbito subjetivo del precepto, la aplicación del citado artículo en la práctica conlleva la prohibición de tramitar adopciones con un Estado –ya sea por cualquiera de las circunstancias contenidas en el apartado 1 del artículo 4 en sus distintas letras–, y ello sin entrar en la vinculación que tales menores tienen con dicho territorio, que lógicamente serán menores nacionales o residentes. Las disfunciones que pueden producirse, si no se hace una lectura acorde con la filosofía de la norma, son consecuencia de una tendencia seguida en la actualidad: la incorporación en las normas de cláusulas especiales. A través de estas difícilmente se responde a todas las realidades que pueden producirse dado que hay supuestos que

⁷ Otra opinión muestran los profesores A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA que entienden que este precepto se ha de aplicar a los menores que presenten vínculos con un país envuelto en una situación descontrolada, *La Ley 54/2007...*, *cit.*, p. 56ss.

⁸ En igual sentido *ibid.*, p. 56.

⁹ Puede verse el ejemplo propuesto por S. ADROHER, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 20. En un sentido similar, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *reei*, núm., 17, 2009.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional:...», *cit.*, pp. 81-84. S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 20.

conforme a una lectura literal del precepto no quedan resueltos de manera correcta. Al final serán los operadores jurídicos quienes den a la norma una interpretación ajustada no a su tenor literal sino a la filosofía de la misma.

7. El apartado dos del artículo 4 conlleva la posibilidad de que la autoridad española, la Entidad Pública competente, condicione la tramitación de las adopciones con un Estado a la intervención de Entidades acreditadas en ambos Estados. Se trata de una salvaguarda dirigida a los supuestos en los que las adopciones sean transfronterizas, es decir aquellas que van requerir un desplazamiento y por tanto aquellas en las que se produce la cooperación de autoridades situadas en Estados distintos. Esto último supone que quedan fuera de la acción del apartado 2 del artículo 4 aquellas adopciones en las que el vínculo de la internacionalidad viene dado por el criterio de la nacionalidad y ello con independencia de que, como ya se ha hecho referencia con anterioridad, la delimitación del ámbito de aplicación de la LAI se extienda también a aquellas adopciones que no requieran dicho desplazamiento.

1. Cuestiones sobre la naturaleza del precepto

8. Uno de los puntos más conflictivos se encuentra en el reparto competencial entre CCAA y Estado en la materia que nos ocupa¹¹. Sin duda y como ha sido apuntado sería conveniente hacer una delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de adopción internacional¹². Pero no es este extremo, importantísimo por otro lado, el que aquí interesa si no cuestionarse algunos aspectos que pueden atribuirse a la naturaleza del precepto del que trata este trabajo.

9. El artículo 4 está ubicado en el Título I de la LAI, dicho Título se dedica fundamentalmente a la fase administrativa de adopción de menores. Con independencia de la ubicación del precepto hay autores que se cuestionan la naturaleza del artículo 4 en sus apartados 1 y 2 en la medida que al tratarse de actos que prohíben o condicionan la adopción con un determinado Estado entienden que se trata de actos de política exterior, materia que sería de competencia exclusiva del Estado¹³ (artículo 149.1.3ª de la Constitución española).

10. Esta polémica no es nueva, ya en la materia concreta de adopción internacional, en particular en relación a la transmisión/comunicación de información por parte de las Autoridades Centrales españolas –designadas en cada CCAA como así preveía el propio Convenio de La Haya de 1993– con las autoridades extranjeras se había cuestionado su posible tratamiento como un acto de política exterior¹⁴. Pues bien, la solución adoptada fue, según se estableció en el artículo 25 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM), que la comunicación entre las Autoridades Centrales españolas y las autoridades competentes de otros Estados se realizará conforme a lo previsto para el Convenio de La Haya de 1993¹⁵.

¹¹ Hay que recordar que cuatro CCAA asumen la competencia en base al artículo 148.1.8ª de la Constitución española para el desarrollo de la legislación civil (Cataluña, Navarra, Aragón y Galicia). Las demás han asumido competencia sobre estos aspectos vía 149.1.20 de la Constitución, es decir como materias de Asistencia Social.

¹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley de adopción internacional...», *cit.*, pp. 43-48.

¹³ P. ÁLVAREZ LÓPEZ, «La distribución de competencias en el ámbito de la adopción internacional», *El camino a casa, Los derechos del niño en el adopción internacional*, pp. 23-51, en esp. pp. 44-48. S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 33.

¹⁴ Sobre este extremo puede verse C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 2, 1996, pp. 23-26. Mª A. ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la CAC*. Dirección General de Protección del menor y la Familia, 1999, pp. 27-31. S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación entre autoridades centrales*, 2003, Colex, pp. 114-116. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, 2004, pp. 209-211.

¹⁵ En el marco de este texto hay que recordar que se designó a la Dirección General de Acción Social del Menor y la Familia (en la actualidad Dirección General de Política Social, de las Familias y de la Infancia Ministerio de Sanidad y Política Social, según artículo 12.1.i) del Real Decreto 1041/2009, de 29 de junio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social), como organismo que podía ejercer las funciones de Super Autoridad Central. De

Una solución más adecuada se ha tomado en el artículo 9 de la LAI para el desarrollo de la función de comunicación¹⁶.

11. Lo cierto es que el contenido del artículo 4 de la LAI es de mayor calado, en definitiva, como se ha apuntado, a través de este precepto se trata de condicionar o incluso de prohibir la tramitación de adopciones internacionales con determinados Estados. Es una de las manifestaciones de las actividades de las CCAA con competencia en materia de protección de menores que tiene una proyección externa y la cuestión reside entonces en si se identifica esta actividad con proyección exterior con la materia «relaciones internacionales» que la Constitución reserva a la competencia exclusiva estatal (artículo 149.1. 3ª de la Constitución española).

Se trata de una cuestión compleja sobre la que el Tribunal Constitucional se ha manifestado en varias ocasiones, entre ellas por ejemplo la Sentencia 165/1994 de 26 de mayo¹⁷ donde el Alto Tribunal determina:

«A la vista del alcance de la competencia estatal, pues, la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe de entenderse limitada a aquellas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio del *ius contrahendi* no originen obligaciones inmediatas ni actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidades de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales».

«Evidentemente, no cabe una exposición exhaustiva de cuales sean esas actividades, por cuanto que lo decisivo para su inclusión en la competencia autonómica será, junto a la efectiva existencia de la atribución competencial estatutaria, que, por una parte, no incidan en la reserva estatal arriba expuesta, y por otra parte que no la perturben o condicionen: lo que significaría que dentro de esa competencia exclusiva estatal *se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección exterior de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales.*» (la cursiva es nuestra)

Es decir de conformidad con lo que expresa el Tribunal Constitucional puede haber una proyección externa de la actividad por parte de las CCAA pero en el momento en el que dicha actividad, aún sin calificarse como relación internacional –momento en el que entraría en la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.3º de la Constitución)–, incide o perturba la dirección o ejecución de la política

manera que la comunicación con las Autoridades extranjeras pudiera hacerse a través de este organismo central del Estado. Ahora bien, finalmente se abrió una doble posibilidad de contacto directo autoridades CCAA y autoridades extranjeras o bien por medio de la citada Dirección General. Hay que recordar que este mecanismo de comunicación se emplea tanto para los supuestos que estuvieran contenidos en el Convenio como en aquellos casos en los que no fuera aplicable. Sobre la tramitación y enmiendas presentadas al artículo 25 de la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, vid., C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 28 de mayo relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *REDI.*, 1995-2, pp. 485-487.

¹⁶ Artículo 9. Comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados. «La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ir180795-je.html), si las autoridades extranjeras corresponden a Estados que forman parte del Convenio de la Haya o de otros tratados y convenios internacionales existentes en materia de adopción internacional.

Con respecto al resto de los Estados, se procurará seguir el mismo procedimiento».

El artículo 9 da una solución más real que la que contenía el apartado 2 del artículo 25 de la LOPJM: por un lado, el artículo 9 de la LAI transforma en obligatoria la coordinación de la comunicación entre autoridades de la manera establecida en el Convenio de La Haya de 1993 aunque este texto no resulte aplicable. Hay que apreciar que la obligación del artículo 9 es para Estados parte del texto, que contarán con la infraestructura de cooperación que establece el Convenio, aunque tampoco puede obviarse que tales autoridades extranjeras acudirán al mecanismo de la cooperación convencional si así les obliga su ley o lo estiman oportuno; por otro lado, en los demás supuestos, es decir en aquellos casos en los que se implique a un Estado con el que España no haya establecido relación convencional, no hay mandato sino se aconseja seguir el mismo procedimiento y ello debido a que los demás Estados no tienen que haber adoptado medidas para adaptar las respuestas al texto convencional. A favor de la redacción de este precepto se sitúa S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 22. F. CALVO BABIO, «Revisión crítica...», *cit.*, p. 59. Crítico con el mismo es S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley...», *cit.*, p. 2601-2602.

¹⁷ *BOE*, 26 de mayo de 1994.

exterior del Estado, éste puede, de conformidad con la competencia exclusiva reconocida en la Carta Magna, adoptar medidas que vengan a coordinar o regular tales actividades¹⁸. Trasladada esta reflexión al marco del artículo 4 de la LAI supondría que aún sosteniendo que la prohibición o condicionamiento de la adopción internacional con otros Estados no se califique como un acto de política exterior (esto es lo que se ha hecho y se viene haciendo al dar esta competencia a las Entidades públicas correspondientes de cada CCAA¹⁹, aunque sin duda esta cuestión, o el reparto competencial, no está en manos del legislador ordinario sino de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía²⁰) -en cuyo caso entra dentro de la competencia exclusiva del Estado-, la incidencia o perturbación que tales decisiones pueden tener en la política exterior del Estado provoca que las autoridades estatales puedan adoptar medidas de coordinación y regulación. Por ejemplo en el supuesto de este precepto podrían cristalizar en la centralización en el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad la determinación de con qué países se puede o no realizar trámites para la adopción internacional o con cuales dichos trámites están sometidos a condicionamiento. Esta decisión habría de ser vinculante para todo el territorio español y desde el momento en que dicha decisión se toma, de forma que no se produjeran situaciones como las que en la actualidad suceden en función de la CCAA que se trate (*vid., infra.*, epígrafe III).

12. Concluyo con una cuestión que suscita más interrogantes desde la propia norma estatal. No pasa en absoluto desapercibido lo establecido en la Disposición final quinta de la LAI que trata sobre los títulos competenciales²¹. En lo que hace artículo 4 este no se encuentra entre aquellos que la LAI determina como objeto de regulación por las CCAA con competencia en materia derecho civil. Esto supondría que el Estado es el que tendría competencia exclusiva para su reglamentación. Son dos las cuestiones que surgen ¿qué sucede con la redacción del apartado 4 del artículo 4 cuando en él se atribuye competencia a la Entidad pública de la CCAA para establecer con qué Estados se puede adoptar y con cuáles no? ¿o qué sucede por ejemplo, entre otros muchos que podrían citarse, con el Decreto 58/2002 de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos Relativos a la Protección de Menores y Adopción y regula el Registro de Protección de la Infancia en base al cual la Entidad pública de la CCAA cántabra asume competencia para prohibir la tramitación de adopciones con distintos Estados, o de igual forma la Ley 13/1997, de 19 de noviembre de creación del Instituto de Acogimiento y de la Adopción, norma empleada en base a su artículo 3.f para dar competencia a la citada entidad para determinar la prohibición o condicionamiento de las adopciones con otros Estados²², o Decreto 31/2007,

¹⁸ En el marco de la adopción internacional encontramos ejemplos de la actuación coordinadora de la Administración del Estado. A título de ejemplo el *Convenio de cooperación en materia de adopción internacional entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam de 5 de diciembre de 2007* que en su artículo 6 determina: Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes designadas para la aplicación del presente Convenio son: Por el Reino de España: cada una de las instituciones públicas españolas competentes en materia de adopción, con respecto a las personas residentes en sus territorios respectivos. Dichas instituciones se enumeran en el Anejo. La Dirección General de las Familias y la Infancia, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, será la Autoridad Central para la transmisión de informes y para la comunicación con la Agencia de Adopción Internacional del Ministerio de Justicia de Vietnam. No obstante, en el caso de que cualquiera de las autoridades españolas competentes que figuran en el anejo tramite solicitudes directamente con la Agencia de Adopción Internacional de Vietnam, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España lo comunicará previamente a la Agencia de Adopción Internacional vietnamita y se entenderá su admisión después de la recepción, por la autoridad competente española de que se trate, de una carta de la Agencia de Adopción Internacional vietnamita acusando recibo de dicha comunicación.

¹⁹ Véase una lectura distinta en P. ÁLVAREZ LÓPEZ, «La distribución de las competencias...», *cit.*, pp. 46-47. Sin embargo, y aunque la solución del texto no nos parece adecuada, el funcionamiento del artículo 4 en la práctica actual, como se comprobará en los epígrafes siguientes, no permite inclinarse por una vía diferente.

²⁰ Ver la reflexión contundente de S. ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre la Ley de Adopción...», *cit.* (párrafo 4).

²¹ «Los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.ª de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia.

2. El artículo 12 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución española. Los restantes artículos de esta Ley se dictan al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil reconocidas por el artículo 149.1.3.ª, 5.ª y 8.ª de la Constitución Española.

²² Modificado en la Disposición Final tercera de la *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*. BOE., núm., 156, de 28 de junio de 2010

de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Intervención Administrativa en materia de Adopción establece que, por medio de Resolución del titular de la Consejería competente en materia de protección de menores²³? Como se observa son más cuestiones en el aire en torno a la importante y compleja cuestión de los títulos competenciales.

2. Confusiones y problemas en el uso de los supuestos del artículo 4

13. Los supuestos que regula el artículo 4 son distintos, esta diferencia conlleva también que la respuesta conferida en el propio precepto no sea la misma. Por tanto, la primera consecuencia que podría deducirse de lo anterior es que se trata de soluciones distintas que responden a situaciones diferentes, y por tanto su aplicación, a la hora de fundamentar la decisión de la medida que corresponda, no se puede realizar de forma indistinta.

Así, si para el primero de los casos recogidos en el apartado 1 del artículo 4 en sus distintas letras el precepto prevé la prohibición de que las autoridades españolas tramiten adopciones internacionales con un Estado concreto; para el segundo supuesto, contemplado en el apartado 2, la tramitación de los expedientes de adopción sólo podrán realizarse bajo la intervención de Entidades acreditadas en ambos Estados, pero en ningún caso se prohíbe la adopción de menores provenientes de tales Estados.

14. Una revisión de las decisiones adoptadas por las Entidades Públicas correspondientes de cada CCAA muestra como las distintas posibilidades que contiene el artículo 4, y que insistimos se corresponden con realidades diferentes, se han empleado de manera confusa o incluso algún supuesto en el que se toma la decisión de limitar o prohibir sin mencionar ninguno de los apartados del artículo 4. Podemos agrupar los supuestos en los siguientes bloques:

A) Confusión entre el supuesto recogido en la letra c) del apartado 1 con el apartado 2 del artículo 4

15. Los casos a los que se refieren el apartado 1 letra c) y el apartado 2 son diferentes como también es distinta la solución que se contempla en la norma en cada situación²⁴. Así, el supuesto va de más a menos. De forma que la prohibición de tramitar adopciones internacionales se aplica a los supuestos en los que ninguna de las vías permite asegurar que las adopciones se tramitarán con las garantías²⁵, y las prácticas y trámites no respetan el interés del menor o no se cumplen los principios éticos o jurídicos internacionales recogidos en el artículo 3²⁶. El apartado 2 del artículo 4, sin embargo, no conlleva la prohibición de tramitar adopciones internacionales con un Estado sino que condiciona los procedimientos de adopción a la intervención de Entidades Colaboradas acreditadas o autorizadas en ambos Estados, porque otra vía de tramitación no asegura las garantías necesarias.

²³ En el que de forma específica en su artículo 16.2 se establece: «podrá acordarse la suspensión temporal de la tramitación de procedimientos para un determinado país, incluidos aquellos que en ese momento estén en curso y con independencia del estado en que se encuentren, si se producen modificaciones en su legislación o en los criterios aplicados en materia de adopción internacional que afecten de manera importante al contenido o condiciones de ésta, al contenido o ejercicio de los derechos de los menores o de los solicitantes, a las garantías del proceso o a la actividad de mediación, así como si concurre cualquier otra circunstancia grave que lo justifique».

²⁴ Sobre la clasificación de los distintos supuestos *in extenso* A.L CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...*, cit., pp. 61-65.

²⁵ Las distintas vías de tramitación pueden ser: vía pública, mediante ECAIS, vía libre (se entrega a los solicitantes la documentación expedida por las entidades públicas competentes en materia de adopción internacional en las Comunidades Autónomas para que la entreguen ante el Organismo Público competente del país).

²⁶ Artículo 3. Principios informadores de la adopción internacional. La adopción internacional de menores respetará los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ircdn.html). A tal fin, la Entidad Pública competente, en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ir180795-je.html), en los acuerdos relativos a la adopción internacional que suscriba con Estados no contratantes del mismo.

16. En el primero de los casos tanto la falta de garantías jurídicas que supone la tramitación de una adopción con el Estado del que se trate como la consecuencia que se deriva de esta situación –prohibición–, se produciría aunque intervinieran de forma obligatoria las Entidades colaboradoras acreditadas en los Estados. En el segundo es la propia intervención de dichas Entidades la que en definitiva rodea a la adopción de las garantías suficientes como para que se permita la continuación de los procesos de adopción con el Estado al que se refiera.

Pues bien las confusiones entre ambos supuestos se han repetido. Ejemplos de esta forma de actuar son: la *Resolución ASC/460/2009, de 4 de febrero de 2009 por la que se suspende la tramitación de la adopción internacional en la Federación Rusa sin la intervención de entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAI)* adoptada por el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción²⁷ o la *Orden de 30 de julio de 2008, por la que se limitan las vías de tramitación de los procedimientos de adopción internacional* adoptada por la Consejería de Bienestar social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias²⁸. En ambos casos los citados organismos limitaron la tramitación de la adopción internacional con Rusia a la Intervención de ECAIS pero también en los dos supuestos emplearon como fundamento jurídico el artículo 4 en su apartado 1 c), que produce la prohibición por parte de las autoridades españolas de tramitar adopciones internacionales con los Estados a los que se refiera la decisión. Lo correcto hubiera sido que la decisión de la Entidad pública correspondiente se hubiera basado, como fundamento jurídico, en el apartado 2 del artículo 4.

Hay que apreciar que la confusión en el fundamento jurídico empleado ha llevado a plantear un recurso sobre la Resolución del Instituto Catalán de adopción y Acogimiento por parte de la Asociación de Familias Adoptantes en Rusia el 10 de septiembre de 2009 ante el Juzgado Contencioso Administrativo num., 17 de Barcelona²⁹. En el mismo se pide la nulidad del acto dado que al basar la Resolución de la Administración su decisión en el artículo 4.1.c) y decidir entonces, no la prohibición de tramitar adopciones con Rusia como manda la letra del citado artículo, sino condicionarlas a la actuación de entidades colaboradoras acreditadas sería dicho acto contrario a la ley y, por tanto, nulo de pleno derecho.

B) Empleo de forma cumulativa de la letra c) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 4

17. Son también varios los ejemplos en los que las autoridades competentes emplean como fundamento de derecho en sus decisiones la totalidad de los supuestos recogidos en el artículo 4. Y ello con independencia de que en realidad la decisión que toman sea prohibir o condicionar la tramitación de adopciones internacionales con uno o varios países determinados.

18. A modo de ejemplo puede verse la *Notificación de la Resolución por la que se limita la tramitación de solicitudes de adopción internacional, en Rusia, Nepal, Burundi y Senegal, a través de Entidades de Mediación de Adopción Internacional adoptada por la Consejería de Empleo y Bienestar Social, Dirección General de Servicios Sociales de Cantabria*³⁰. O la *Orden Foral 1896/2008, de 18 de diciembre, de suspensión temporal de tramitación de expedientes de adopción internacional con la Federación Rusa* de 18 de diciembre de 2008³¹.

El propósito de la Entidad pública competente es la de condicionar la tramitación de adopciones con los citados países dado que a través de la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas en ambos Estados las garantías jurídicas que han de rodear los procesos adoptivos se ven aseguradas, pero en ningún momento se trata de prohibir los procesos de adopción; por tanto, es jurídicamente incorrecto emplear conjuntamente los apartados 2 y 1 letra c) del artículo 4. Parece que se quisiera reforzar la adecuación de la medida adoptada pero en este empeño se emplean fundamentos jurídicos que no se corresponden con la misma.

²⁷ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5328 de 27 de febrero de 2009.

²⁸ Boletín Oficial de Canarias, núm., 178, viernes de 5 de septiembre de 2008.

²⁹ Puede consultarse el escrito en la página de la Asociación <http://www.asfaru.org/>

³⁰ Boletín Oficial de Canarias, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

³¹ Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246 de 23 de diciembre de 2008.

19. El mismo error vuelve a repetirse, a mi juicio, la Entidad pública cántabra. Ahora adoptando una decisión con la que sí prohíbe la tramitación de adopciones con más de una docena de Estados, para ello no selecciona el fundamento jurídico correcto –letra c) del apartado 1 del artículo 4– dado que vuelve a sumar los apartados 1 y 2. La aplicación del apartado 1 no sólo es suficiente sino que es la jurídicamente correcta para fundamentar la resolución³².

20. Parece evidente que condicionar no es prohibir y viceversa, pero más aún no es posible en el marco del artículo 4 prohibir y condicionar a la vez.

C) Resolución de la medida sin referencia a los apartados 1 y 2 del artículo 4

21. Se han producido otros supuestos en los que las Entidades Públicas correspondientes de cada CCAA no se refieren como fundamentos jurídicos aplicables para su resolución, a ninguno de los apartados del artículo 4 de la LAI. A modo de ejemplo las autoridades del Principado de Asturias mediante *Resolución de 20 de marzo de 2009, por la que acuerda suspender la tramitación de solicitudes de adopción internacional a Rusia sin la intervención de Entidades Colaboradas de Adopción Internacional*³³, no emplean como fundamento de derecho el apartado 2 del artículo 4, que hubiera sido el jurídicamente adecuado para adoptar tal medida.

La Resolución, en los fundamentos de derecho se refiere principalmente a la competencia de las distintas autoridades nombradas en la CCAA, o al procedimiento mediante el cual podrán adoptar decisiones así como la forma e incluso se alude al principio de colaboración en la actuación de las administraciones y aquí, en particular, en materia de adopción internacional sí se refiere citándolo en general al artículo 4 de la LAI. Pero en ningún momento alude al caso que en particular habilita al Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familias y Adolescencia, como Entidad Pública competente, para condicionar las adopciones con Rusia a la intervención de una entidad colaboradora de adopción internacional.

22. Tampoco se refiere a ninguno de los supuestos del artículo 4 párrafo 1 o 2 el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción en su *Resolución ASC/2366/2008, de 15 de julio, por la que se dispone la suspensión de la admisión de adopciones internacionales en Kazajstán*³⁴.

23. En el caso de la CCAA de Madrid, aunque se detallará más adelante cómo aplica el artículo 4³⁵, en sus resoluciones sólo indica el acuerdo de la Comisión Interautónomica de Directores Generales de la Infancia correspondiente en el que se basa sin mencionar ninguno de los apartados del artículo 4 en los que fundamentar su decisión³⁶.

D) Aplicación del artículo 4 a supuestos no incluidos en la LAI

24. La determinación del ámbito de aplicación de la LAI sirve tanto para delimitar de manera positiva su extensión a los casos que quedan cubiertos por la misma como para determinar aquellos supuestos que quedan excluidos. De esta forma, y una vez conocido su ámbito, los preceptos de la norma serán aplicables sólo a las adopciones internacionales a las que se refiere su ámbito de aplicación material, espacial y personal. A lo anterior hay que sumar que en el supuesto en cuestión no resulte aplicable una norma de origen convencional, en cuyo caso, evidentemente, se desplaza la aplicación de la normativa interna. Son dos los ejemplos que traemos a colación en los que aún existiendo una norma

³² Boletín Oficial de Canarias, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

³³ Boletín Oficial del Principado de Asturias, núm., 73 de 28 de marzo de 2009. Igual sucede en el caso de la Región de Murcia cuya Resolución no se apoya en el apartado 2 del artículo 4. Boletín Oficial de la Región de Murcia, de 27 de febrero de 2009.

³⁴ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm., 5181 de 25 de julio de 2008.

³⁵ *Vid., infra.*, apartado III. 3.

³⁶ Pueden consultarse en su página web las resoluciones con Etiopía, Rusia etc..

convencional aplicable, diferente para cada uno los casos, la aplicación de la norma interna se emplea como fundamento jurídico:

25. El primero de los casos se trata de un supuesto que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 y al que se aplica, para dictar la medida por la que se limita la tramitación de la adopciones a la intervención de entidades colaboradas acreditadas, el apartado segundo del artículo 4 de la LAI, ¿es jurídicamente correcto?

Este es el caso de la *Resolución de del Instituto Catalán de Acogimiento y de la Adopción ASC/2365/2008, de 27 de junio, por la que se acuerda la tramitación de la adopción internacional con Panamá únicamente a través de la mediación de las entidades colaboradoras de de adopción internacional (ECAI) acreditadas por el Instituto Catalán de Acogimiento Familiar y por el organismo competente en Panamá*³⁷. Las autoridades españolas competentes extienden la aplicación de la respuesta jurídica contenida en el apartado 2 del artículo 4 de la LAI a supuestos regulados por el Convenio de La Haya de 1993. A nuestro juicio lo correcto es buscar el fundamento jurídico que permite resolver la medida en el texto convencional aplicable.

26. En el segundo de los casos se trata de la prohibición de tramitar más solicitudes de adopción de menores provenientes de la República Socialista de Vietnam. Mediante *Resolución de 2 de agosto de 2010, el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, suspende provisionalmente la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional con la República Socialista de Vietnam*³⁸. Para tomar esta medida la Resolución cita los supuestos de la Ley de adopción internacional interna, en particular, el artículo 4 y fundamenta su competencia, para el procedimiento, en el apartado 4 del mismo precepto. ¿Olvida la autoridad pública en cuestión que existe un *Convenio de cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la Republica de Vietman*, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007³⁹, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de enero de 2009?⁴⁰ Pues bien, no existe referencia alguna al texto convencional citado, de obligado cumplimiento y aplicación por ambos Estados, y por tanto para todas las autoridades competentes en marco del mismo.

27. Es cierto que en ninguno de los dos textos convencionales referidos más arriba existe una disposición que recoja de forma expresa las medidas que las autoridades pueden tomar ante incumplimiento de los principios de rigen la adopción internacionales como sí sucede en el caso del artículo 4 de la LAI⁴¹; sin embargo, ello no quiere decir que las autoridades españolas, ante la falta de cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados tras la ratificación de las normas convencionales, y ante la vulneración de los estándares internacionales que presiden la tramitación de cualquier adopción internacional, no puedan disponer aquellas medidas que crean oportunas, y encontrar para ello el fundamento jurídico en el propio incumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas⁴². Ahora bien, se plantea a nuestro juicio una cuestión de mayor calado, y es que no puede olvidarse que en los dos supuestos citados no se trata de la ejecución de compromisos internacionales sino de la no ejecución o suspensión en el cumplimiento de un acuerdo internacional –en el primero limitado a la intervención

³⁷ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm., 5181, de 25 de julio de 2008.

³⁸ Boletín Oficial de Aragón, núm., 179, de 13 de agosto de 2010.

³⁹ BOE., núm., 16, de 18 de enero de 2008.

⁴⁰ BOE., núm., 44, de 20 de febrero de 2009.

⁴¹ Resulta de interés la lectura de la reflexión del profesor J. CARRASCOSA, «Adopciones internacionales y menores procedentes de Haití» sobre la ausencia de un artículo como el 4.1 de la LAI en el Convenio de La Haya de 1993 al hilo de la citación que se vivió en Haití. Puede verse en <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/02/colaboracion-invitada-adopciones.html>

En el marco del artículo 33 del Convenio de La Haya de 1993 si se hace referencia, aunque de una forma genérica, al supuesto de incumplimiento de las prerrogativas del Convenio.

⁴² A modo de ejemplo puede consultarse la *Resolución de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia de 30 de julio de 2010, por la que se suspende la admisión de solicitudes de adopción internacional dirigidas a Cabo Verde*. Boletín Oficial de Canarias, núm., 21899, de 20 de agosto de 2010. La Entidad pública española toma esta medida sin referirse al artículo 4 de la LAI, sino fundamentándola jurídicamente, de forma correcta, en la falta de cumplimiento de las previsiones del Convenio de La Haya de 1993.

sólo de Entidades de colaboración y el segundo directamente la suspensión de las adopciones de menores provenientes del mencionado Estado—. Para estas decisiones se está siguiendo el mismo trámite o funcionamiento que el supuesto de artículo 4 de la LAI, siendo este aplicable para los casos en los que no hay texto internacional, ¿esta práctica es adecuada cuando estamos en el ámbito de la no ejecución de un Convenio internacional? Un nuevo interrogante más a una práctica que no deja de crear dudas.

III. Funcionamiento del artículo 4 en la práctica

28. Una vez analizados los supuestos y las consecuencias que el artículo 4 prevé en sus apartados 1 y 2 es el momento de analizar cuál es el procedimiento que la norma ha arbitrado para la aplicación del precepto. De ello se ocupa el apartado 4 del artículo 4 donde se establece:

«A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional».

El precepto ha sido muy criticado desde una perspectiva terminológica, aunque a mi juicio la cuestión más importante es como la imprecisión del lenguaje permite que se produzca una aplicación del mismo poco satisfactoria.

29. Empecemos por el principio. La Entidad competente para tomar las medidas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 es aquella designada para desarrollar las funciones de tramitación de los expedientes adoptivos en el marco de cada CCAA; ahora bien, a renglón seguido se dice que esta decisión se puede someter a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional.

30. Las preguntas que nos surgen son: ¿quién ejerce en esta materia como órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas?, ¿la decisión que adopte sobre la prohibición o condicionamiento de los trámites de adopción con uno o varios Estados es de obligado cumplimiento?; ¿es preceptivo o no que la Entidad pública de las CCAA sometan las medidas a adoptar en el marco del artículo 4 a la consideración de dicho órgano? Contestadas estas preguntas pasaremos a analizar determinadas prácticas en torno al funcionamiento a la hora de aplicar el artículo 4 que nos han suscitado algunas reflexiones.

1. Coordinación interautonómica en la materia

31. La coordinación interautonómica se viene impulsando desde el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad⁴³ a través de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia así como de las Comisiones Técnicas Interautonómicas⁴⁴. La primera de las referidas Comisiones desarrolla la función de coordinación institucional de las Administraciones Públicas en el ámbito del precepto del que trata este estudio. Está compuesta por los Directores Generales de la Infancia de las distintas CCAA, y por parte del Ministerio de Sanidad y Política Social, a las reuniones asiste, entre otros cargos, el Director General de Política Social de las Familias y la Infancia. Sus decisiones se adop-

⁴³ No está demás apuntar como en alguna ocasión el Gobierno español ha sido preguntado sobre como se asegura la cooperación en temas de infancia entre la Administración del Estado y las CCAA. Recientemente puede verse el Comité de los Derechos del Niño 55º Periodo de Sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010, sobre la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Lista de cuestiones con respecto a la información adicional y actualizada relacionada con el examen de los informes periódicos tercero y cuarto de España (CRC/C/ESP/3-4).

⁴⁴ Las Comisiones Técnicas Interautonómicas se reúnen para materializar la coordinación a nivel técnico en temas concretos, de acuerdo con el mandato de la Comisión Interautonómica. Se pueden reunir al completo o para temas más puntuales hacer grupos más pequeños.

tan mediante consenso contando, entre sus fuentes, con la información que llega desde el Ministerio de Asuntos Exteriores quien a su vez lo recibe de las Embajadas y Consulados españoles, así como de los técnicos vinculados a Naciones Unidas, el Servicio Social Internacional y también se puede contar con la información que se requiere a otras autoridades centrales de distintos Estados sobre su experiencia en la materia en el Estado del que se trate.

La Comisión Interautonómica de Directores Generales se reúne dos o tres veces al año con el fin de tratar y coordinar los temas relacionados con la infancia, incluida la adopción internacional. En sus reuniones adopta acuerdos mediante los que o bien establece no tramitar adopciones internacionales con un determinado Estado o bien condicionar los trámites a la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas en ambos Estados⁴⁵.

Sería aconsejable que se articulara jurídicamente a la Comisión Interuatonómica y ello dado que se trata del organismo de coordinación institucional de las Administraciones Públicas, con el propósito de dotarle de la entidad jurídica suficiente como para evitar las disfunciones que luego se producen en la práctica al aplicar el artículo 4.

Junto a la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia también se cita al Consejo Consultivo de Adopción internacional⁴⁶, pues bien una lectura de las funciones atribuidas muestra como entre las mismas no se encuentra la toma de decisiones enmarcadas en el artículo 4, sino más bien desarrolla una labor de asesoramiento, recogida y análisis de información etc...

2. Aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4: procedimiento habitual

32. La vía habitual de aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4 es la siguiente: una vez tomada la decisión por la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia, en las reuniones que se convocan al efecto, se elabora un informe de uso interno con los acuerdos adoptados de forma consensuada. A partir de este momento las Comunidades Autónomas o adoptan directamente el acuerdo sin que sea necesario publicarlo en su boletín o diario Oficial o procederán a su publicación.

33. En el primero de los casos, no publicación en el boletín o diario oficial, la eficacia del Acuerdo adoptado por la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia se produce desde el momento en el que se indique en el mismo (normalmente desde el día que se toma y con los matices que se establezcan). A modo de ejemplo tanto la CCAA gallega⁴⁷ como la CCAA de Madrid sigue este procedimiento, dando cuenta de la situación sobre la tramitación de las adopciones internacionales con los países de origen del menor en sus respectivas páginas web. Además, en la CCAA de Madrid, la Directora Gerente del Instituto del Menor y la Familia, dicta resolución, que como decimos no se publica en el Boletín de la CCAA sino en la página web, para los supuestos en los que con el país de origen, con el que ya se tramitaban adopciones en la CCAA de Madrid⁴⁸, se limite las vías de actuación a la intervención de las Entidades acreditadas (supuesto de Rusia), o se imponga una limitación de otro tipo (por ejemplo suspensión de adopciones monoparentales en Etiopía), o se prohíba en su totalidad la adopción de menores procedentes de un Estado.

34. En el segundo la eficacia práctica de la medida estará supeditada a la publicación en el Boletín Oficial de cada CCAA. Ahora bien, en este segundo supuesto la fecha a tener en cuenta desde

⁴⁵ También hay situaciones con determinados Estados a las que se refiere dicha Comisión que se encuentran en vía de estudio. Toda la información puede verse en www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/inform-PaisesOrigen/home.htm

⁴⁶ Creado por Real Decreto de 521/2005, de 13 de mayo de 2005. *BOE* núm., 136 de 8 de junio de 2005. En la actualidad se está planteando su modificación así como que pase a denominarse Consejo Consultivo de Adopción.

⁴⁷ En la CCAA Gallega, de forma que no se publican resoluciones de la Entidad pública correspondiente de esta CCAA en el Boletín Oficial adoptando tales Acuerdos. El nuevo portal gallego de adopción internacional mantiene al día toda la información sobre el estado de la tramitación de las adopciones con los países de origen de los menores. <http://adopcions.xunta.es/>

⁴⁸ Para el supuesto en el que la CCAA de Madrid no tramitara adopciones internacionales con ese Estado y se produzca un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia prohibiendo o limitando tales procedimientos no se emite resolución alguna.

que se aplica la medida puede variar: bien habrá que estar a la fijada en la reunión de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia⁴⁹, o bien hay casos en los que el acuerdo de la Comisión se ha producido incluso años antes de que posteriormente se publique en el boletín de la CCAA la decisión tomada⁵⁰, de igual forma existen supuestos, como veremos más adelante, en los que la decisión ha sido adoptada por la CCAA y publicada en su boletín con anterioridad al acuerdo de la Comisión Interautonómica, lo que conlleva, evidentemente, que la fecha a partir de la cual es efectiva difiere⁵¹, o supuestos en los que la fecha desde que la medida tiene efecto no coincide ni con la del acuerdo adoptado en el marco de la Comisión Interautonómica ni con la fecha de su publicación en el boletín correspondiente⁵².

Las decisiones publicadas por la Entidad Pública correspondiente de cada CCAA serán susceptibles de recurso⁵³. Ahora bien también en este aspecto existe diferencia: mientras que en aquellas CCAA que publican sus resoluciones en el boletín o diario oficial detallan las vías de recursos existentes, en los que no se publica, por ejemplo la CCAA de Madrid, en sus resoluciones no indica nada, ahora bien esto no quiere decir que tales decisiones no puedan ser objeto de recurso. Pero hay un supuesto más sobre el que se plantea el siguientes interrogante: ¿qué sucede, por ejemplo en la CCAA gallega donde no se dictan resoluciones por la Entidad competente de la CCAA, y el procedimiento seguido es que dicha Comunidad hace suyo el Acuerdo de la Comisión Interautonómica mediante la publicación del Estado de tramitación de los países de origen de los menores en su página web, o dando cuenta directamente de los últimos Acuerdos de la Comisión en el mismo sitio? En este caso, si el acuerdo afecta a algún expediente en curso se notifica a los interesados para que puedan recurrir, ¿qué acto es objeto de recurso, ante la inexistencia de una resolución de la Entidad pública correspondiente de la CCAA, el acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia? y, ¿ante quien habrá de recurrirse?

Hay que observar que el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad publica en su página web un listado con el estado de la tramitación de adopciones internacionales con distintos países. Este listado es el reflejo de los acuerdos adoptados en la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia cuya última reunión fue a finales de julio de 2010⁵⁴.

3. Otras circunstancias a tener en cuenta en la aplicación del artículo 4

35. El tercero de los interrogante que plantea la lectura del artículo 4 gira en torno a la cuestión de si es perceptivo o no que una CCAA, antes de tomar una decisión, en base al artículo 4 de la LAI para cualquiera de los casos que recoge, someta su decisión a la consideración de la Comisión Interautonómica de Directores Generales como organismo de coordinación. Lo cierto es que el propio precepto no da un mandato al respecto sino que emplea las palabras *pudiendo someter*, lo que evidentemente no supone una obligación.

⁴⁹ Por ejemplo en la Resolución dictada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, de 27 de febrero de 2009 para limitar las adopciones con Rusia a través sólo de la intervención de entidades colaboradoras se adopta que la fecha de aplicación de la medida sea la misma en la que se adoptó el acuerdo de la Comisión Interautonómica.

⁵⁰ Por ejemplo la lectura de Notificación de la resolución por la que se suspende la admisión y tramitación de las solicitudes de adopción internacional en la Comunidad Cantabria, muestra como en distintos casos los acuerdos de la Comisión Interautonómica se pueden remontar hasta el año 2003 (supuesto con Haití) o incluso al 2000 con Guatemala y la publicación en el Boletín Oficial se produce el 17 de septiembre de 2009, Boletín Oficial de Cantabria, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

⁵¹ Ha sido por ejemplo en el caso de la Diputación Foral de Guipúzkoa para los supuestos de la tramitación de adopciones con Rusia. Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246, de 23 de diciembre de 2008.

⁵² A modo de ejemplo en la Resolución del Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción por la que se suspende la tramitación de la adopción internacional en la Federación Rusa sin la intervención de entidades colaboradoras de adopción internacional, que además está recurrida, la fecha de eficacia de la medida es del 3 de febrero. No coincide ni con el acuerdo de la Comisión que es del día 2 de febrero de 2009 ni con la fecha de publicación que es del 27 de febrero del mismo año.

⁵³ Recuérdese el recurso planteado contra la Resolución del Instituto Catalán de adopción y Acogimiento por parte de la Asociación de Familias Adoptantes en Rusia el 10 de septiembre de 2009 ante el Juzgado Contencioso Administrativo num., 17 de Barcelona.

⁵⁴ Listado actualizado a septiembre de 2010. www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/home.htm

36. Para ello traemos a colación ejemplos en los que la decisión adoptada por parte de la Entidad Pública de la CCAA fue tomada antes de que se produjera un acuerdo al respecto en la reunión de la Comisión Internautonómica. Me refiero a dos casos: el de la CCAA Canaria⁵⁵ y de la Diputación foral de Guipúzkoa⁵⁶. En ambos se trataba, y así se hizo, de suspender la tramitación de adopciones internacionales sin la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas con la Federación Rusa, y en los dos supuestos las decisiones se tomaron de forma previa al acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia (de febrero de 2009); en ninguno de los dos casos se hace referencia alguna a una comunicación entre las CCAA y la Comisión Interautonómica para que esta emitiera opinión sobre la decisión de la Entidad pública competente de la CCAA correspondiente antes de tomar la decisión.

4. Distintos ejemplos de descoordinación

37. Es evidente que cualquiera de los modelos de gestión de protección de menores, ya sea de forma descentralizada o centralizada, ofrecen tanto ventajas como desventajas; ahora bien, lo que no parece deseable es que un modelo descentralizado, que conlleva la participación de las distintas administraciones, propicie quiebras como las que a modo de ejemplo se detectan en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4. Estas circunstancias son el resultado de la ausencia de medidas que tratan de suplirse con una coordinación, por otro lado no obligatoria según la lectura del apartado 4 del citado precepto, entre las distintas autoridades implicadas que parece insuficiente. A modo de ejemplo, para observar como existen situaciones reales de descoordinación en la aplicación de las previsiones del artículo 4 y como habría que reclamar un tratamiento unánime y de conjunto, traemos a colación la situación de la adopción internacional por ejemplo con Haití. Esta elección se debe simplemente a que fue tras la catástrofe sufrida en enero de 2010 cuando se dio a conocer la limitación que el artículo 4 de la LAI suponía para la tramitación de adopciones internacionales desde el territorio español⁵⁷.

Para el caso de Haití existía desde el año 2003 un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia por el que se suspendían la tramitación de adopciones internacionales con dicho Estado⁵⁸. Con base a este acuerdo la CCAA de Cantabria interrumpe la tramitación de adopciones internacionales con Haití a través de una Resolución publicada en septiembre de 2009⁵⁹. Tres años antes, en 2007, el Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción con fecha 8 de junio de 2007 acuerda no tramitar adopciones con Haití⁶⁰. En la CCAA de Canarias la suspensión se produce un año más tarde en agosto de 2008, y sin que en la Resolución se haga referencia alguna al Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia⁶¹. Esta paralización no se produce en la Región de Murcia hasta febrero de 2009⁶², y con igual fecha se imposibilita la admisión y tramitación de expedientes

⁵⁵ Boletín Oficial de Canarias, núm., 178, viernes de 5 de septiembre de 2008.

⁵⁶ Para los supuestos de la tramitación de adopciones con Rusia. Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246, de 23 de diciembre de 2008

⁵⁷ Como se recordará cuando ocurrió el suceso el artículo 4 «frustró» el interés que se despertó por parte de familias españolas de adoptar menores haitianos; pero este precepto no resultó aplicable a aquellos supuestos en los que la adopción de menores por parte de familias murcianas y catalanas estaba muy adelantadas.

⁵⁸ Puede consultarse en: <http://www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/home.htm>

⁵⁹ Boletín Oficial de Cantabria, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

⁶⁰ Aunque no se ha podido acceder a la publicación oficial esta información puede consultarse en la página web de CORA <http://www.coraenlared.org/index.php?id=países>

⁶¹ *Resolución de 19 de agosto de 2008, por la que se acuerdan suspender temporalmente la admisión y tramitación de solicitudes de adopción internacional en Haití, Kazajstán y República Democrática del Congo*, BOC-Canarias N° 178, de 5 de septiembre de 2008.

⁶² *Resolución de la Dirección General de Familia y Menor por la que se suspende la tramitación de los expedientes de adopción internacional a Haití en la Región de Murcia*. BORM., de 27 de febrero de 2009. Hay que observar que fue a principios de 2007 cuando la Entidad pública correspondiente de la Región de Murcia acreditó para tramitar expedientes en Haití a la ECAI3AI, entidad que tramitó los expedientes de las familias murcianas que estaban a punto de finalizar el procedimiento cuando se produjo el terremoto en dicho país.

de adopción con Haití en la CCAA de La Rioja⁶³. Para la CCAA cántabra, supuesto al que nos hemos referido antes, la publicación de la Resolución por la que se suspende la tramitación de adopciones con Haití se produce en septiembre de 2009 y finalmente, para la Ciudad Autónoma de Ceuta dicha suspensión tiene lugar por Decreto adoptado el 29 de diciembre de 2009 y publicada el 19 de enero de 2010⁶⁴.

38. Este baile de fechas son una muestra de descoordinación, y la situación descrita con Haití no es un ejemplo único⁶⁵. Desde luego, como se ha reclamado para otros aspectos relativos a la protección de menores⁶⁶, es necesario una coordinación real con objeto de que no se produzcan situaciones como la descrita que se podría traducir en que frente a un mismo Estado de origen de los menores, que no ofrece las garantías jurídicas adecuadas que han de rodear todo proceso de adopción, la respuesta desde el territorio español sea distinta dado que en una CCAA se podría seguir permitiendo la admisión y tramitación de expedientes de adopción y no que no ocurriese lo mismo en la CCAA vecina. Esta circunstancia ha de evitarse con objeto de no propiciar un cambio intencionado de residencia de los futuros padres adoptivos, dado que es este el criterio que generalmente se sigue a la hora de solicitar la tramitación de una adopción ante las autoridades de una CCAA o de otra⁶⁷.

IV. Infracción del artículo 4

39. Es lógico deducir que el efecto de la incorporación de una norma como el artículo 4 en el marco de la LAI llevaría a que los requisitos para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero habrían de ser menos rígidos⁶⁸; sin embargo, una de las cuestiones menos pacíficas entre la doctrina ha sido, precisamente, el endurecimiento de tales requisitos. La idea de una cierta acción preventiva del artículo 4 se corresponde con aquellas adopciones que se han tramitado contando con la intervención de las autoridades españolas. Estas indicarán a los adoptantes sobre los países donde tramitar y que, por tanto, ofrecen las garantías adecuadas, o si se quiere superan el *test* el artículo 4 al no estar incluidos en la lista de Estados con los que se prohíbe las adopciones o en los que se condiciona a la intervención de entidades colaboradoras acreditadas.

⁶³ Notificación de la Resolución Administrativa nº 314, en relación a la suspensión temporal de la tramitación de los procedimientos de adopción internacional con Haití, BOR núm., 21, de 13 de febrero de 2009.

⁶⁴ Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Ceuta, núm., 4914, de 19 de enero de 2010.

⁶⁵ Por ejemplo en el caso de Madagascar existe un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia por el que se acuerda, en julio de 2009, no tramitar expedientes de adopción. En la CCAA de Cataluña la ECAI Yamuna, acreditada por el ICAA, en este momento está tramitando expedientes con dicho Estado dado que en esta CCAA y a pesar del referido acuerdo se continúan las adopciones con dicho Estado. Por contra, sin embargo en la CCAA se ha publicado en el Boletín Oficial una Resolución de 30 de julio de 2010 por la que se suspende temporalmente de la tramitación de los procedimientos de Adopción Internacional con Madagascar; Boletín Oficial de La Rioja núm., 100, de 16 de agosto de 2010.

Para finalizar con el caso de Haití un simple apunte: es cierto que desde España tras el terremoto sufrido en Haití no pueden tramitarse más expedientes de adopción internacional de menores provenientes de dicho Estado en aplicación del artículo 4.1 de la LAI; sin embargo, y aunque se han celebrado reuniones de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia con posterioridad a la fecha de la citada catástrofe natural no ha habido un Acuerdo expreso en este sentido. Motivos de seguridad jurídica aconsejarían un Acuerdo en este sentido sobre todo a efectos de cuando se vuelvan a reanudar las adopciones de menores procedentes de Haití se haga en todas las CCAA a la vez con objeto de llevar a cabo una política homogénea; no pasan desapercibidas las voces de algún presidente de CCAA, posteriormente matizadas, reclamando reanudar en su Comunidad las adopciones con dicho país.

⁶⁶ Resulta de interés revisar el Informe de la Comisión Especial de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BO de las Cortes Generales Serie, Senado, IX Legislatura, I, núm., 545 de 17 de noviembre de 2010. Entre otras cuestiones se reclama la necesaria profundización de la coordinación de los agentes implicados en la materia.

⁶⁷ Esta observación no es exagerada de la misma manera que se ha apuntado como personas deseosas de adoptar a un menor podrían trasladar intencionadamente su lugar de residencia al Estado de origen del menor con objeto de evitar la perceptiva obtención del certificado de idoneidad si su residencia estuviera en España, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *cit.*, p. 22. Véase al respecto el interesante trabajo de S. ADROHER, «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (1)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 701, 2007, pp. 949-999.

⁶⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz...», *cit.*, pp. 62-63.

40. Pero imaginemos otro supuesto. Se trata de un caso en el que se constituye una adopción en el extranjero, sobre un menor nacional y residente en el país de constitución, por dos españoles con residencia en dicho Estado al margen de cualquiera de las prohibiciones de los apartados primero o segundo del artículo 4. En este caso todo el procedimiento de constitución de la adopción se produce sin tener en cuenta por la autoridad correspondiente la ley española ni contando con la intervención de las autoridades españolas. Posteriormente se pretende por las partes el reconocimiento de la adopción en España⁶⁹.

La autoridad competente española revisará que se han cumplido los requisitos que determina el artículo 26 de la LAI (constitución por autoridad extranjera competente, aplicación de las normas de conflicto del país de la autoridad que constituye la adopción, equivalencia de efectos entre la adopción constituida por autoridad extranjera y la adopción regulada por derecho español, la validez formal del documento en el que conste la adopción). Salvo el apartado cuarto del mencionado precepto los demás se han cumplido. El apartado cuarto del artículo 26 se refiere al certificado de idoneidad. Al haberse constituido la adopción, al margen de las autoridades y de la ley española, los adoptantes españoles residentes en el extranjero no habrán obtenido el certificado de idoneidad, necesario para que la adopción pueda ser reconocida en España; por tanto en principio la adopción constituida en el extranjero, encuentra una primera dificultad para su reconocimiento. Ahora bien, la LAI sólo establece, según su artículo 26, su obligatoriedad para los adoptantes nacionales españoles y con residencia en España (ahora ya se ha de obtener antes de la constitución de la adopción). Por tanto, el certificado no es exigible para adoptantes españoles con residencia en el extranjero cuando se constituye la adopción aunque sí tengan residencia en España en el momento del reconocimiento⁷⁰ (tampoco se exige certificado de idoneidad a los extranjeros con residencia en España⁷¹). Para el supuesto en el que se produzca un cambio intencionado de residencia con objeto de evitar la obligatoria obtención del certificado de idoneidad hay quien se inclina porque se acuda al fraude de ley como mecanismo que frustre dicho traslado de forma intencionada⁷². En cualquier caso lo cierto es que al final la situación que se presenta a la autoridad española es la misma que tenía cuando al ser aplicable el 9.5 del Código civil no se prohibía que el certificado de idoneidad se pudiera obtener tras la constitución de la adopción⁷³, y aunque es cierto que esta situación no era deseable, en definitiva la autoridad española se encontrará con un menor residiendo ya en su territorio en una familia, su familia de acuerdo con su ordenamiento de origen, y ante la tesitura de que si no reconoce la adopción deja al menor en lo que se ha denominado «limbo jurídico»⁷⁴.

⁶⁹ Véase por ejemplo el asunto resuelto por la AP de Barcelona (Sección 18) Auto núm., 3/2010 de 13 de enero JUR/2010/114935. Nota, E. RODRÍGUEZ PINAU, *REDI.*, 2010-1, pp. 236-239.

Aunque es cierto que en este caso no eran aplicables las prohibiciones del artículo 4, toda la tramitación de la adopción se produjo al margen de la actuación de las autoridades españolas. En relación a la tramitación de los expedientes de adopción con Camboya, lugar donde se produjo la adopción, existe ya un Acuerdo de la Comisión de Interautonomía de Directores Generales de la Infancia por el que se suspenden las adopciones con dicho Estado con fecha de 14 de julio de 2009.

⁷⁰ Una argumentación *in extenso* de las razones que han llevado al legislador español a requerir el certificado de idoneidad sólo para el supuesto de adoptantes españoles con residencia en España *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional», *cit.*, pp. 115-117.

⁷¹ En este supuesto creo que se deja de lado la consideración de la adopción como medida de protección del menor que llevaría a no situar la nacionalidad de los adoptantes como criterio para requerir o no el certificado de idoneidad, y ello con independencia de que efectivamente, como ha sido apuntado con acierto, dicha adopción no vaya a tener acceso al Registro civil español conforme a lo previsto en el artículo 15 de la LRC. De igual forma creo que es acertado que no se requiera el certificado de idoneidad para los supuestos en los que el adoptante español reside en el extranjero, si se observan las condiciones que a través del mismo se verifican —a las jurídicas hay que sumar aspectos sicosociales— que requieren el medio de vida de una persona sea cercano a la autoridad que finalmente lo emite.

⁷² R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *cit.*, p. 22.

⁷³ En relación al certificado de idoneidad los siguientes trabajos muestran la práctica realizada con la normativa anterior M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, B. CAMPUZANO DÍAS, «El certificado de idoneidad en las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español» *BIMJ.*, núm., 188, marzo de 2001, pp. 5-30. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi Civil*, núm., 12, octubre de 2008.

Sobre este aspecto la Resolución Circular de 15 de julio de 2006 de la DGRN aceptaba la posibilidad de que dicho certificado se obtuviera una vez constituida la adopción. *BOE* núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

⁷⁴ En una reciente decisión se ha concretado el interés del menor ante una situación como la que planteamos determinando como el reconocimiento de la adopción se identifica con la continuidad de la relación filial constituida en el extranjero. «*El*

Pero vamos más allá, ¿qué sucede si superados todos los requisitos para que la adopción fuera reconocida en España se tratara de una adopción constituida en infracción del artículo 4, o lo que es igual una adopción constituida en un Estado con el que las autoridades españolas han prohibido, apartado 1, o condicionado, apartado 2, la tramitación de las adopciones?⁷⁵

La validez de la adopción cumplidos los requisitos del artículo 26 estaría asegurada –tanto desde la perspectiva del ordenamiento que se aplicó para su constitución como desde aquel en el que se pretende el reconocimiento–, pero aquí se trata de la infracción de una norma imperativa que hubiera impedido la tramitación de la adopción si se hubiera tratado de realizar desde el territorio español. Podría decirse que se trata de una norma preventiva, eficaz cuando se aplica antes de la constitución de cualquier adopción, pero y ¿después? Evidentemente su aplicación a posteriori supondría la nulidad del acto, así de conformidad con el artículo 6.3 del Código civil supone que los «actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto en caso de contravención». Ahora bien, hay quien ya alza la voz contraria a esta actuación al establecer que el carácter radical de esta norma, no obstante, probablemente obligue a acoger una posición interpretativa más matizada, «desligando la validez de la adopción de la irregularidad del acto»⁷⁶.

Superados los requisitos del artículo 26 de la LAI quedaría todavía que la adopción pasara la barrera del orden público. No entramos en el descuido del legislador al redactar el artículo 31, porque como ya se ha dicho el sistema tiene mecanismos para que la cláusula pueda alegarse. Es aquí donde hay que poner especial cuidado y donde se pueden presentar situaciones sobre las que el artículo 4 de la LAI trata de actuar de una forma preventiva (la prohibición de tramitar adopciones con un Estado o su limitación a la intervención de Entidades colaboradoras tratan de evitar que se constituyan adopciones en las que los consentimientos no están asegurados, la adopción de menores en circunstancias jurídicas que no responden con la realidad, etc.). Pues bien se ha dicho que la cláusula del orden público «podrá intervenir en relación a los siguientes casos: (...) 2º) Cuando se ha prescindido de los consentimientos o audiencias absolutamente indispensables para garantizar el interés del menor, como el consentimiento o audiencia del mayor de doce años; 3º) Cuando se constate que el consentimiento se obtuvo mediante pago monetario»⁷⁷. Sin duda se produce una identidad en los derechos protegidos, ya sea desde el artículo 4 o desde el orden público.

Ahora bien imaginemos que se constata que el orden público no ha sido transgredido pero la constitución de la adopción se ha producido en un Estado sobre el que existe una prohibición impuesta por las autoridades españolas vía artículo 4. En este punto no puede obviarse como para el rechazo del reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero en relación o con motivo de la infracción de las prohibiciones del artículo 4 se habrá de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la *Sentencia Wagner c. Luxemburgo* (de 28 de junio de 2007)⁷⁸. Aquella decisión

interés del menor recogido y proclamado en diversos cuerpos legales, -Convención de los Derechos del Niño ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), (...) exige dotar de protección jurídica a la menor permitiendo y garantizando la integración jurídica plena de la misma en el seno de la familia que la ha adoptado según la legislación interna de su país de origen, ello teniendo en consideración que todo el proceso de adopción llevado a cabo por los instantes, que iniciaron cuando dicho proceso en el país de origen de la menor con posterioridad a saber la situación de la menor, con ocasión de un viaje que no tenía por objeto ni finalidad la adopción, sino otros fines igualmente legítimos y sin que conste la intervención de intermediarios ni pueda racionalmente presumirse la irregularidad de la adopción o que la misma se haya llevado a efecto contrariando los intereses o necesidades de la menor o con infracción de sus derechos» (la cursiva es nuestra). AP de Barcelona (Sección 18) Auto núm., 3/2010 de 13 de enero JUR/2010/114935.

⁷⁵ No es difícil imaginar el supuesto: una pareja de médicos españoles con residencia en Murcia deciden prestar sus servicios para una ONG que trabaja en Haití en la lucha contra la epidemia de cólera que se declaró tras el terremoto de enero de 2010. Durante su labor conocen a una menor en el orfanato donde trabajan y tras un año de residencia deciden tramitar la adopción en dicho territorio. La constitución de la adopción se produce ante las autoridades de dicho Estado y el vínculo de filiación adoptiva queda validamente establecido. Una vez finalizados todos los trámites, y en total habiendo residido dos años en Haití, la pareja vuelve a España con el propósito de volver a establecer su residencia en España y reconocer la adopción validamente constituida en Haití. ¿Cuál será la suerte de la adopción teniendo en cuenta que se ha infringido la prohibición de tramitar adopciones con Haití de acuerdo con el artículo 4 apartado 1 de la LAI?

⁷⁶ J.M. DÍAZ FRAILE, «La adopción internacional ante el Registro civil», Seminario Julio González Campos celebrado en la UAM, junio de 2010.

⁷⁷ Resolución -Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006. BOE., núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

⁷⁸ STEDH (Sección 1ª). Caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo. Sentencia de 28 junio 2007. JUR/2007/147388.

entendió que el no reconocimiento en Luxemburgo de una adopción, validamente constituida en Perú, con motivo de que no se había respetado en su constitución el derecho luxemburgués que prohíbe la constitución de adopciones plenas a personas solteras, era contrario al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida que suponía una injerencia a la vida familiar que se había constituido en Perú. Y tales injerencias sólo estaban permitidas «si constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad jurídica, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

41. Por tanto, parece que para denegar el reconocimiento de una adopción, validamente constituida en el extranjero, en base al artículo 4 de la LAI no sólo tendrá que producirse la infracción del propio precepto, es decir que haya por parte de las autoridades españolas un mandato que prohíbe tramitar adopciones con un Estado o que las condiciona a la intervención de las entidades acreditadas de colaboración, sino que habrá de argumentarse los motivos que llevan adoptar tales prohibiciones y los resultados a los que conduciría su incumplimiento de producirse el reconocimiento de la adopción.

42. Se trata de un aspecto especialmente delicado, como ya ha sido advertido, la cifra de menores adoptables ha descendido y en muchas ocasiones quien desea adoptar acude a Estados con garantías más que dudosas y no es difícil que tales Estados se encuentren en alguna de las situaciones cubiertas por el artículo 4. La dificultad que se presenta a la autoridad española a la hora de decidir sobre la aplicación de este precepto se produce sobre todo en los casos en los que se proyecte en el momento del reconocimiento de la adopción porque en definitiva está concretando donde situar no sólo el interés del menor sino el superior interés del menor, en el rechazo al reconocimiento del estatus jurídico constituido en el extranjero o en la continuidad del mismo aún habiendo infringido una prohibición de adoptar.

V. Reflexiones finales

43. La aprobación con la que ha sido recibido el artículo 4 de la LAI contrasta con la crítica que se puede verter sobre su práctica a tenor de los ejemplos que se han mostrado. Se han comprobado dos situaciones: una incorrecta aplicación en un número nada desdeñable de casos de los apartados 1 y 2 del artículo 4, y una aplicación del precepto de manera descoordinada propiciando situaciones en las que no se proyectan los objetivos de la norma. Esto último se debe, principalmente, a que los mecanismos de coordinación *ad intra* no solucionan las divergencias o fragmentaciones en una decisión tan importante como la de prohibir o condicionar desde el territorio español las adopciones internacionales de menores con un Estado.

44. Es reprochable que los fines perseguidos en una norma puedan quedar frustrados al amparo de una práctica inadecuada, pero es sin duda más reprochable cuando, es el ansia competencial de los integrantes de un Estado descentralizado la que propicia quiebras en el sistema de protección de menores. Y al final la pregunta es la misma que la formulada para muchos de los aspectos de la adopción internacional en España ¿no sería el momento de poner orden? La LAI no lo hizo, al menos en el artículo 4, aunque esto último no quite el valor que tiene un precepto como el que ha sido analizado a lo largo de este estudio.

LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL PARA EL FUTURO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES*

STEFAN LEIBLE

*Catedrático de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado
y Director del Instituto de Derecho Económico y Derecho de la Comunicación
Universidad de Bayreuth*

Recibido: 10.11.2010 / Aceptado: 23.11.2010

Resumen: La autonomía conflictual en el Derecho de los contratos internacionales no es ninguna solución de compromiso, sino un principio general de conexión. Este artículo expone las razones de la vigencia de la autonomía conflictual en este sector y analiza las condiciones y las consecuencias de una elección del derecho en el Derecho de los contratos internacionales así como sus límites a la luz del Reglamento Roma I y de la Convención de México.

Palabras clave: autonomía conflictual, Reglamento Roma I, derecho no estatal, normas imperativas, orden público.

Abstract: Freedom of choice of law in international contract law is not a mere stopgap, but a general connection principle. This paper shows the reasons of the contemporary validity of party autonomy in conflict of contract laws and analyses the consequences of the freedom of choice of law as well as its limits in light of the Rome I Regulation and the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts.

Key words: freedom of choice of law, Rome I Regulation, non-state law, mandatory rules, ordre public.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de la autonomía conflictual. III. Desarrollo de la autonomía conflictual. IV. Razones para la concesión de autonomía conflictual. 1. Respeto de los intereses de las partes. 2. Garantía de seguridad jurídica. 3. ¿Solución a través de una unificación internacional del Derecho de los contratos? 4. La apuesta por la libertad de elección del derecho como salida para el dilema. V. El principio de libertad de elección del derecho aplicable. VI. «Internacionalidad del supuesto de hecho» como presupuesto para una elección del derecho. VII. La elección del derecho como contrato. 1. Punto de partida. 2. Acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable al contrato. A) Elección expresa. B) Elección tácita. 3. Momento de la elección del derecho: elección inicial y elección posterior. 4. Elección parcial y elección condicionada. A) Elección parcial. B) Cláusulas flotantes de elección del derecho. VIII. Derechos eligibles. 1. Norma general. 2. Problemas en el marco de contratos con empresas estatales o «ceranas al Estado». 3. Derecho no estatal. A) Punto de partida. B) Consideración desde el punto de vista de la política legislativa. a) Contrato sin ordenamiento jurídico. b) Principios generales del Derecho. c) Derecho mercantil transnacional (lex mercatoria). d) Catálogos de principios. IX. Límites de la elección del derecho. 1. Normas imperativas. A) El concepto de norma imperativa. B) Normas imperativas del foro. C) Normas imperativas de otros Estados. 2. Orden público. X. Resumen.

* Abreviaturas: AcP=Archiv für die civilistische Praxis; AEDIP=Anuario Español de Derecho Internacional Privado; AG=Amtsgericht; AJCL=American Journal of Comparative Law; BGH=Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán); BGHZ=Sentencias del Bundesgerichtshof en asuntos civiles; Clunet=Journal du droit international; EGBGB=Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EuLF=The European Legal Forum; EuZW=Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht;

I. Introducción

1. La autonomía de la voluntad conflictual es sin lugar a dudas uno de los logros más importantes en el desarrollo del Derecho internacional privado en el siglo XX, y su afianzamiento y desarrollo es una de las tareas de futuro del Derecho internacional privado en el siglo XXI, no solamente en Europa sino a nivel global.

2. Para justificar esta tesis se va a explicar el concepto de autonomía de la voluntad conflictual y se van a realizar unos breves apuntes sobre su historia. Acto seguido ha de abordarse la cuestión sobre el por qué de la concesión de la libertad de elección del derecho aplicable a las partes de un contrato internacional. Después será el momento de analizar uno por uno los requisitos de la elección del derecho, para finalmente efectuar un breve resumen.

II. Concepto de la autonomía conflictual

3. La autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado.¹ Por autonomía privada entendemos la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual², que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma.

4. De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual³, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas. Así por ejemplo, los cónyuges residentes en Alemania de un matrimonio hispano-francés tienen, de acuerdo con el derecho alemán, la posibilidad de elegir el derecho: si quieren, pueden determinar a través de una elección del derecho que los efectos generales del matrimonio se sometan al derecho español o al derecho francés⁴. Si no hacen uso de esta posibilidad va a aplicarse derecho alemán porque viven en Alemania⁵. Sin embargo la mayor importancia de la autonomía conflictual no se encuentra en el Derecho de familia o de sucesiones, sino en el derecho internacional de los contratos.

GYIL=German yearbook of International Law; IHR=Internationales Handelsrecht; IPRax=Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; IPRspr=Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts; IPR=Internationales Privatrecht; JPIL=Journal of Private International Law; LG=Landgericht; NiemZ=Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht; NJW=Neue Juristische Wochenschrift; NJW-RR=Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report; OGH=Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco); OLG=Oberlandesgericht (Tribunal Superior territorial); OLGZ=Sentencias de los Oberlandesgerichte en asuntos civiles; RabelsZ=Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; Rev. crit. DIP=Revue critique de droit international privé; RG=Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich); RGZ=Sentencias del Reichsgericht en asuntos civiles; RIW=Recht der Internationalen Wirtschaft; TranspR=Transportrecht; Rn.=número marginal; UfR=Ugeskrift for Restvaesen; VersR=Versicherungsrecht; WM=Wertpapier-Mitteilungen; YPIL=Yearbook of Private International Law; ZeuP=Zeitschrift für Europäisches Privatrecht; ZPO=Zivilprozessordnung (Ley alemana de Enjuiciamiento Civil); ZvgIRWiss=Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

¹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *Anwaltkommentar BGB*, t. 1, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2005, Art. 27 EGBGB Rn. 1.

² Con más detalle al respecto K. LARENZ/E. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München, 2004, § 34 Rn. 22 ss.

³ Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Madrid, 2007, p. 452 s.

⁴ Art. 15 Abs. 3 S.º1 EGBGB.

⁵ Art. 14 Abs. 1 S.º2 EGBGB.

III. Desarrollo de la autonomía conflictual

5. Por lo visto, ya en el Egipto ptolomeico se encuentran teorías sobre la concesión de autonomía conflictual.⁶ Sin embargo se considera a DUMOULIN como el creador de la misma.⁷ En cualquier caso, en la doctrina y la jurisprudencia existe, especialmente desde SAVIGNY⁸ y MANCINI⁹, un consenso a la hora de considerar que debe aplicarse el derecho querido por las partes. Lo que esto en concreto significa fue desde luego controvertido durante mucho tiempo. Sobre todo la doctrina alemana contradujo de forma vehemente hasta finales del siglo XIX la afirmación según la cual la determinación del derecho aplicable *solamente* se podía dejar a la voluntad de las partes.

6. Entonces se alegaba que la voluntad de las partes solamente podía tener efectos jurídicos en la medida en que la ley lo permitiese. Pues «lo que las partes pactan es aire jurídico, si antes no es aplicable un ordenamiento jurídico del que estos pactos puedan obtener eficacia jurídica»¹⁰. Por tanto, se tendría que determinar primero el ordenamiento jurídico válido con carácter primario a través de una simple conexión objetiva. Sólo en un estadio posterior podría preguntarse en qué grado las normas allí contenidas permiten esta remisión a la autonomía conflictual. Así pues, en la terminología actual la elección del derecho efectuada por las partes no se concebía más que como una simple incorporación por referencia.¹¹

7. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina se han apartado con razón de estas objeciones.¹² El Reichsgericht alemán ya permitió la elección del derecho en el plano conflictual pese a la crítica de la entonces opinión mayoritaria en la doctrina¹³, y el Bundesgerichtshof le ha seguido en este punto¹⁴. La autonomía conflictual se ha impuesto, al menos en el Derecho internacional de los contratos, como modelo de conexión casi en todo el mundo¹⁵, y por ello puede calificarse como su principio más importante.¹⁶

⁶ STURM, «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht», en *Festschrift für E. Wolff*, Berlín, 1985, p. 637.

⁷ Así por ejemplo M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts*, Basilea, 1977, p. 74 y 78; F. MEILI, *Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, 1902, p. 93; R. MOSER, *Vertragsschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, St. Gallen, 1948, p. 135; A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübinga, 1932, p. 22 y 215; L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Berlín, 1961, p. 456; A. WICKI, *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Winterthur, 1965, p. 18 ss.; M. WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3ª ed., Berlín, 1954, p. 14 (en la nota 12); con otra opinión F. GAMILLSCHEG, *Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlín, Tübinga, 1955, p. 110 ss.; P. E. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 4.

⁸ Es cierto que Savigny no apuesta expresamente por la libertad de remisión a cualquier derecho, pero justifica la aplicación de la regla del lugar de cumplimiento con la voluntaria sumisión de las partes y llega así –aunque bajo otras premisas– al mismo resultado, cfr. F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, 2ª reimpresión, Aalen, 1981, p. 203 y 206.

⁹ Cfr. sobre todo P. MANCINI, *Clunet* I (1874), p. 221 ss., 285 ss., en especial 295 ss.

¹⁰ K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, t. II, edición fascimil, Múnich, 1980, p. 456.

¹¹ Cfr. K. G. v. WÄCHTER, «Über die Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten», *AcP* 25 (1842), p. 1 (35 s.); después igualmente L. VON BAR, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, t. II, 2ª ed., Hannover, 1889, p. 4 ss.; E. FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, t. II, Fráncfort del Meno, 1929, p. 159 ss.; M. GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, Berlín, 1930, p. 1605; H. LEWALD, *Das deutsche Internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung*, Leipzig, 1931, p. 201 ss.; K. NEUMEYER, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Múnich, 1930, p. 6 y 29; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. II, Leipzig, 1912, p. 375. Una amplia exposición del desarrollo se encuentra entre otros en J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlín, 1995.

¹² Básicamente W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht*, Berlín, 1931, p. 47 ss., y G. MAYER, «Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm», *NiemZ* 44 (1931), p. 103, 121 ss.; cfr. además G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlín, 1932, p. 498 ss.; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, Heidelberg, 1930.

¹³ Cfr. por ejemplo RGZ 4, p. 224 (247); 6, p. 125 (132); 34, p. 72 (81). Ampliamente y con ulteriores referencias de la jurisprudencia del RG J. PÜLS, *op. cit.*, p. 126 ss.

¹⁴ Cfr. por ejemplo BGHZ 7, p. 231, 234; 7, p. 110, 111.

¹⁵ Breve exposición de derecho comparado en P. NYGH, *op. cit.*, p. 13 s.; cfr. además O. LANDO, en *International Encyclopedia of Comparative Law* III, Leiden, 1976, Capítulo 24, n° 13 - 33; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung I*, Heidelberg, 1980, Rn. 263 ss.; F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berna, 1962, p. 39 ss.

¹⁶ P. LALIVE, *Rec. des Cours* 1967-I, p. 569 (621).

IV. Razones para la concesión de autonomía conflictual

8. Esto lleva a la cuestión sobre por qué para empezar debe concederse a las partes de un contrato internacional la libertad de elección del derecho. La legitimación de la libre elección del derecho en el plano del derecho positivo parte exclusivamente del derecho estatal vigente, y no de un principio de la libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure. La *lex fori* debe declarar qué derecho es aplicable. Son por tanto las normas de conflicto del foro y no las partes quienes determinan los criterios internacionalprivatísticos de conexión para el contrato.¹⁷ Estas normas conforman el «punto arquimédico» a partir del cual se puede paralizar la aplicación del derecho material interno¹⁸. Existen muchas razones que hablan a favor de una legitimación interna, por así decirlo de política legislativa de la libre elección del derecho: el principio «in dubio pro libertates»¹⁹, el sincronismo de las valoraciones en el plano conflictual y material,²⁰ la ganancia de seguridad jurídica,²¹ la superación de dificultades para realizar la conexión, etc.²²

1. Respeto de los intereses de las partes

9. No obstante, el argumento de más peso es sin lugar a dudas el respeto de los intereses de las partes. El que las partes mismas sean quienes decidan sobre cómo quieren perseguir y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato. Las partes deben saber «lo que les conviene»²³, y lo dicho no vale solamente para la relación contractual material, sino también para la cláusula de remisión de derecho conflictual. En aquellos casos en los que debido a la internacionalidad del supuesto de hecho la aplicación de un derecho ya no resulta obvia, constituye «la reacción natural [de las partes] el tomar en sus manos el ordenamiento de sus relaciones jurídicas»²⁴. La autonomía conflictual *no* se presenta por lo tanto como la continuación de la autonomía privada, sino que es expresión de una idea de autonomía y de libertad por encima del derecho positivo.²⁵

10. El reconocimiento de los intereses de las partes es especialmente el Derecho del comercio internacional de particular importancia. Autonomía conflictual es una «doctrine of convenience and business efficacy». ²⁶ En muchos contratos mercantiles internacionales pueden existir motivos de peso que empujen a las partes a elegir un derecho concreto. Así, puede ocurrir que estén interesadas en someter un contrato a un ordenamiento que contiene las normas más adecuadas para ese contrato o que domina el tráfico comercial internacional en ese ámbito. ²⁷ Un ejemplo típico de ello es la elección del derecho inglés para muchos contratos de suministro de cereales debido al papel predominante de la Corn Trade Association de Londres.

¹⁷ L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Berlín, 1961, p. 457; K. SIEHR, «Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht», en *Festschrift für Keller*, Zúrich, 1989, p. 485 (486); F. VISCHER, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸ H. DÖLLE, «Die 7. Haager Konferenz», *RabelsZ* 17 (1952), 170, (173 s.); P. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976, p. 256.

¹⁹ P. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 257.

²⁰ P. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 257.

²¹ S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286 (289); W.-H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tubinga, 1985, p. 435; H. SCHACK, «Das IPR - Ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat?» en *Liber amicorum Kegel*, Múnich, 2002, p. 179 (190); U. SPELLENBERG, *Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht*, Múnich, 1979, p. 193; H. MURIEL-CICERI, «Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable», *AEDIPr*, 2008, p. 645-652 (648).

²² Resumen en J. SCHMEDING, «Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht», *RabelsZ* 41 (1977), p. 298 (305 s.).

²³ L. RAAPE, *op. cit.*, p. 458. De modo parecido W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 436; U. SPELLENBERG, *op. cit.*, 1979, p. 192.

²⁴ A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1990, S. 100; A. JUNKER, «Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen - Zur veränderten Rolle der Privatautonomie im Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1993, p. 1 (2).

²⁵ Parecido E. JAYME, *Rec. des Cours* 251 (1995), p. 9 (147 ss.).

²⁶ W. LORENZ, *Vertragsschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, Heidelberg, 1957, p. 154.

²⁷ F. GAMILLSCHEG, «Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht», *AcP* 157 (1958/59), p. 303 (312).

11. Pero las partes también pueden elegir un derecho neutral²⁸, lo que en la práctica ocurre sobre todo cuando en la negociación coinciden dos partes con el mismo peso. Puede ocurrir que ninguno esté de acuerdo con la elección del derecho de la otra parte porque teme que la otra parte pueda sacar de ello algún provecho al conocer mejor su propio derecho. Entonces se acuerda la aplicación de un derecho neutral, que en la práctica a menudo es el de Suiza. Esto es también aconsejable sobre todo porque el derecho suizo concede a las partes una considerable libertad para configurar sus relaciones jurídicas²⁹. Las normas imperativas son en el ordenamiento jurídico suizo bastante infrecuentes, y el control de contenido de las condiciones generales de la contratación es bastante rudimentario.³⁰ Todo ello simplifica para las partes la propia valoración del contenido del contrato que se va a pactar.

12. Y, finalmente, el deseo de pactar la aplicación de un determinado derecho puede también existir porque las partes ya han efectuado esta elección en bastantes ocasiones, y cuentan con experiencias en este sentido.

2. Garantía de seguridad jurídica

13. Pero a favor de la libertad de elección de derecho habla también la ganancia en seguridad jurídica que ésta comporta. La autonomía del individuo y el principio de igualdad requieren que el ciudadano pueda adaptarse al derecho también en el tráfico transfronterizo.³¹ Para ello sirve la conexión del contrato obligacional mediante la voluntad de las partes, que hace previsible el ordenamiento aplicable. Mediante la elección del derecho las partes obtienen un conocimiento seguro acerca del derecho vigente, es decir, el derecho aplicable. Sólo a partir de esta base pueden disponer lo necesario para sus negocios y adaptar su conducta jurídicamente querida a los presupuestos del ordenamiento jurídico elegido. Una conexión puramente objetiva puede no transmitirles este conocimiento necesario para su actuación con la necesaria seguridad.³²

14. Al celebrar el contrato, las partes no pueden prever ante qué jurisdicción va a recaer éste en caso de conflicto. Por tanto, no pueden adaptarse a las normas de conflicto del foro al que luego se acceda. Los pactos de jurisdicción son desde luego un medio probado para contrarrestar esto y lograr claridad jurídica, pero no está claro que siempre sean eficaces. Normalmente no se podrá objetar nada contra sus efectos prorrogatorios, pero la experiencia demuestra que su efecto derogatorio a menudo no es reconocido. Sin embargo, y debido a las inseguridades en materia de derecho internacional privado existentes en muchos países, incluso cuando la jurisdicción se haya determinado de antemano al celebrar el contrato esto no constituiría una garantía de que el derecho al que las partes sometieron su contrato fuera el efectivamente aplicado por el tribunal del Estado de la jurisdicción.

3. ¿Solución a través de una unificación internacional del Derecho de los contratos?

15. La única solución podría ser una unificación internacional del derecho internacional de los contratos. De hecho existen ya como se sabe ciertos ejemplos regionales de ello, debiéndose hacer

²⁸ Sobre los peligros y posibles sorpresas en la elección de un derecho neutral cfr. P. MANKOWSKI, «Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie», en Eger/Bigus/Ott/von Wangenheim (coord.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Wiesbaden, 2008, p. 369 (374 s.).

²⁹ Cfr. al respecto K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tubinga, 1996, p. 171 ss.

³⁰ Cfr. al respecto también M. GREINER, *Die Wahl Schweizer Rechts aufgrund von Vorteilen bei der AGB-Kontrolle*, Saarbrücken, 2008.

³¹ E. JAYME, «Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als Grundwerte des Internationalen Privatrechts - Betrachtungen zum Lebenswerk von Karl Firsching», en Gottwald/Jayme/von Hoffmann (coord.), *Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht im Wandel der Zeit*, Ratisbona, 1992, p. 31 (33).

³² Ampliamente S. LEIBLE, «Comercio exterior y seguridad jurídica», en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 31 (1998), p. 397.

referencia al Reglamento Roma I³³, o a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Convención de México).³⁴

16. Pero a una vinculación jurídicamente unificada de las obligaciones contractuales, puramente objetiva, se oponen sobre todo, además de las dificultades políticas de un proyecto semejante, razones materiales. La historia ha demostrado que no es posible encontrar un punto de conexión que sirva para la totalidad de los contratos. *Kegel* formula acertadamente «es difícil vincular las relaciones contractuales».³⁵ Otra es la situación por ejemplo en el Derecho internacional de cosas. Aquí rige el principio difundido mundialmente de la *lex rei sitae*. El lugar en el que se halla la cosa es el centro de gravedad natural de las relaciones en materia de derechos reales, y, al mismo tiempo, el punto de conexión más seguro y claro³⁶. En cambio, en las obligaciones contractuales no existe un centro de gravedad unívoco. Ni el lugar de celebración del contrato, ni el lugar del cumplimiento o de la prestación, ni el de la nacionalidad común de los contratantes ni ningún otro criterio de conexión resulta adecuado para brindar una solución válida para todos los casos en el derecho internacional de los contratos.³⁷ Con puntos de conexión rígidos no se logra la armonía internacional de decisiones, ni la previsibilidad y planeabilidad de las transacciones.

17. Esto se debe fundamentalmente a dos razones: Por un lado, algunas de estas conexiones –lugar de cumplimiento y lugar de celebración del contrato– provienen conceptualmente del derecho material y son definidas en forma diferente por los distintos ordenamientos jurídicos, lo que conlleva necesariamente falta de armonía internacional de decisiones.³⁸ Por otro lado, sin embargo, es imposible

³³ Reglamento (CE) N° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE 2008 L 177/6. Cfr. al respecto B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, 2008, así como las contribuciones en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (coord.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zúrich, 2008; F. FERRARI/S. LEIBLE (coords.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Jena, 2009; además por ejemplo A. BONOMI, «The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations», *YPIL* 10 (2008), p. 165; S. FRANCO, «Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI (Clunet)* 2009, p. 41; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much do about nothing?», *EuLF* 2008, p. I-1; H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome I », navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *JDI (Clunet)* 2009, p. 3; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement», *Rev. crit. DIP* 97 (2008), p. 727; S. LEIBLE, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht*, Bonn, 2009; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I«)», *RIW* 2008, p. 528; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR der Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133; T. PFEIFFER, «Neues Internationales Vertragsrecht. Zur Rom I-Verordnung», *EuZW* 2008, p. 622; D. SOLOMON, «The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats», *Tul. L. Rev.* 82 (2008), p. 1709.

³⁴ CIDIP-V, México 1994, OEA/Ser.C/VI.21.5. Cfr. al respecto también J. C. ARCAGNI, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *La Ley* 1996, p. 1434; H. S. BURMAN, «International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s», *Vanderb. J. Transn. L.* 28 (1995), p. 367; A. DREYZIN DE KLOR/T. SARACHO CORNET, «Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994)», *La Ley* 1995, p. 1037; D. R. FERNÁNDEZ ARROYO, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V (hecha en México, D. F., el 17 de marzo de 1994)», *Rev. Esp. Der. Int.* 46 (1994), p. 929; EL MISMO, «La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux - certains chemins conduisent au-delà de Rome», *Rev. crit. dr. int. pr.* 84 (1995), p. 178; A. GEBELE, *Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens*, Birkenau, 2002; R. HERBERT, «La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *Rev. Urug. Der. Int. Priv.* 1 (1994), p. 1; F. K. JUENGER, «The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts - Some Highlights and Comparisons», *Am. J. Comp. L.* 42 (1994), p. 381; L. PEREZNIETO CASTRO, «Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», *Riv. dir. int. priv. proc.* 30 (1994), p. 765; G. L. SOSA, *El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de Integración*, Santa Fe, 1996, p. 97 ss.

³⁵ G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7ª ed., Múnich, 1995, p. 477.

³⁶ Desde luego entre tanto también en derecho de cosas se concede un espacio a la autonomía conflictual, al menos para bienes muebles, cfr. por ejemplo D. EINSELE, «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht», *RabelsZ* 60 (1996), p. 417 (437 ss.); E. JAYME, «Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten», en *Festschrift für Serick*, Heidelberg, 1992, p. 241 (246); H. STOLL, «Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen», *RabelsZ* 38 (1974), p. 450 (452 ss.); R. H. WEBER, «Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?», *RabelsZ* 44 (1980), p. 510 ss.

³⁷ H. BATIFFOL, «Zur Parteiautonomie im IPR», *ZfRV* 1 (1960), p. 1; M. WOLFF, *op. cit.*, p. 137 ss.; U. SPELLENBERG, *op. cit.* p. 192; E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Fráncfort del Meno, 1958, p. 250.

³⁸ W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 434.

establecer una regla fija que se adecue a los múltiples supuestos de hecho y a los diferentes intereses de las partes. ¿Por qué debería tener preferencia el lugar de cumplimiento frente al lugar de la prestación efectiva? ¿Por qué debería resultar decisivo el lugar de la prestación característica, por qué el lugar de celebración? Está claro que cada punto de conexión particular tiene, por cierto, sus ventajas, pero, al mismo tiempo, también sus desventajas. Todavía no ha sido hallado el huevo de Colón en materia de conflicto de leyes para la localización de las obligaciones contractuales internacionales. Hasta el momento no se ha logrado consenso internacional acerca de un único elemento rígido de conexión.

4. La apuesta por la libertad de elección del derecho como salida para el dilema

18. Conexiones divergentes tienen sin embargo como consecuencia que no es posible lograr ni la armonía internacional de decisiones, que representa el ideal formal del Derecho internacional privado, ni la seguridad jurídica. Solamente la conexión de acuerdo con la voluntad de las partes es adecuada para intentar solucionar estos problemas. La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho.³⁹ El afán de seguridad jurídica conlleva además el efecto colateral, en absoluto indeseado, de una unificación del derecho internacional privado y un favorecimiento de la armonía internacional de decisiones. Ello es así porque el reconocimiento global de la autonomía conflictual como punto de conexión permite esperar un consenso internacional más elevado que las extendidas conexiones rígidas, y se compatibiliza mejor no sólo con los intereses de las partes, sino, asimismo, con el interés público en la seguridad y sencillez del tráfico comercial internacional.⁴⁰

V. El principio de libertad de elección del derecho aplicable

19. En lo que sigue es necesario centrarse en la configuración de la libertad de elección del derecho a través del Reglamento Roma I, y ello por tres motivos: En primer lugar, el Reglamento Roma I, que como se sabe entró en vigor el 17 de diciembre de 2009, es actualmente la más moderna regulación del Derecho internacional de los contratos. En segundo lugar, este Reglamento rige en una multitud de Estados. Y, en tercer lugar, en base a este Reglamento se pueden tratar numerosas cuestiones del Derecho internacional de los contratos de forma ejemplar.

20. El Reglamento Roma I parte del principio de la libertad de elección del derecho. Ello se deriva ya de su Considerando 11, que destaca especialmente el significado de la libertad de elección del derecho como «una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales», y se recoge posteriormente por el art. 3, relativo a la conexión subjetiva, que establece que el contrato se rige, por norma general, por la ley elegida por las partes.

VI. «Internacionalidad del supuesto de hecho» como presupuesto para una elección del derecho

21. Sin embargo, la libertad de elección del derecho no opera cuando el supuesto de hecho no presenta ningún elemento de extranjería, ya que solamente se le concede preferencia a los intereses de

³⁹ K. F. KREUZER, «Parteiautonomie und fremdes Außenwirtschaftsrecht», en Schlechtriem/Leser (coord.), *Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht*, Tubinga, 1983, p. 87 (108); K. FIRSCHING, «Internationales Schuldrecht», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 10^a/11^a ed., t. I, Berlín, 1978, Rn. 330; J. PÜLS, *op. cit.*, 1995, p. 157.

⁴⁰ J. KROPHOLLER, «Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei», *RabelsZ* 42 (1978) p. 634 (645); O. SANDROCK, «„Versteinerungsklauseln« in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge», en *Festschrift für Riesenfeld*, Heidelberg, 1983, p. 211 (221); J. G.-A. SCHMEDING, «Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht», *RabelsZ* 41 (1977), p. 299 (305); F. VISCHER, «The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts», *Rec. des Cours* 142 (1974-II) p. 1 (37).

las partes cuando la aplicación del derecho nacional no resulta obvia. Si no se da la necesaria internacionalidad, el interés de las partes no puede prevalecer frente a la pretensión de validez del derecho nacional.⁴¹ El Reglamento Roma I se limita por estos motivos la libertad de elección del derecho para los casos puramente internos. En el art. 3. 3 se dice lo siguiente al respecto:

«Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

22. Por tanto en este tipo de casos las partes sí pueden elegir el derecho de otro Estado, pero las disposiciones imperativas del primer ordenamiento no resultan afectadas por ello. Entonces la elección del derecho tiene meramente los efectos de una incorporación por referencia. En el Considerando 15 RRI se destaca además que esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional.

VII. La elección del derecho como contrato

1. Punto de partida

23. El art. 3 del Reglamento Roma I continúa considerando a la elección del derecho como un contrato independiente, desligado del contrato principal. Por tanto siempre habrá dos contratos diferenciados, incluso cuando fueron concluidos simultáneamente. La validez de uno no afecta a la validez del otro. El contrato principal, que entonces sin embargo se tendría que conectar objetivamente, puede ser igualmente válido cuando la elección del derecho sea inválida. Por otro lado, la validez del contrato de remisión no se ve afectada por el hecho de que conduzca a la aplicación de un derecho según el cual el contrato principal es inválido.⁴²

24. La perfección y la validez de la cláusula de elección del derecho⁴³ deben apreciarse conforme al derecho que resultaría aplicable si la elección del derecho fuese válida⁴⁴. Lo mismo rige también cuando el contrato principal resulta inválido desde el punto de vista del derecho elegido.⁴⁵

2. Acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable al contrato

25. Como la elección del derecho es un contrato, para la validez de la elección del derecho es necesario un acuerdo entre las partes. Este acuerdo puede tener lugar de forma expresa o tácita. Sin embargo, no existe una elección del derecho unilateral.⁴⁶

A) Elección expresa

26. Una elección expresa del derecho a menudo se realizará de forma individual en un contrato. Pero también puede producirse, y de hecho es lo que en la práctica ocurre con más frecuencia, a través de condiciones generales de la contratación, lo cual en principio está permitido.

⁴¹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 74.

⁴² S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 65.

⁴³ Ampliamente al respecto M. KOST, *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 1995; P. STANKEWITSCH, *Entscheidungsnormen im IPR als Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl*, Fráncfort del Meno, 2003, p. 415 ss.

⁴⁴ BGHZ 123, p. 380 (383).

⁴⁵ W. MEYER-SPARENBERG, «Rechtswahlvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen», *RIW* 1989, p. 347 (349).

⁴⁶ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 43.

27. Cuando las partes acuerdan expresamente la vigencia de un derecho determinado debe tenerse en cuenta que éste puede abarcar también normas de derecho unitario, como el Convenio de Viena. Si la cláusula de elección del derecho dice «Este contrato está sometido al derecho alemán», esto lleva normalmente a la aplicación del Convenio de Viena, ya que éste forma parte del derecho alemán y debe aplicarse en contratos internacionales de forma preferente frente al BGB alemán.⁴⁷ Si las partes quieren evitar esto, deben vincular la elección del derecho a una cláusula de descarte, que debería entonces decir: «Este contrato está sometido al derecho alemán con exclusión del Convenio de Viena». En la práctica, por desgracia, este paso es a menudo omitido.

28. La elección del derecho no debe realizarse tan sólo en forma positiva, sino que también puede formularse de forma negativa. Por ejemplo se podría pactar la no sumisión del contrato al derecho alemán. Si falta una remisión simultánea a otro derecho, debe conectarse el contrato objetivamente. Si la conexión objetiva conduce a la aplicación del derecho que expresamente se ha descartado, se deberá aplicar el derecho con el que exista la segunda conexión más estrecha.⁴⁸

B) Elección tácita

29. Además, la elección del derecho no tiene por qué ser expresa, sino que también puede tener lugar de forma tácita. Sin embargo, a la hora de constatar la existencia de una elección tácita es necesaria cautela. La correspondiente voluntad de las partes ha de resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (art. 3.1.1. RRI). Por tanto, deben existir indicios que apunten a la existencia de una elección tácita del derecho, y sólo cuando, bajo consideración de todas las circunstancias del caso concreto, todos o como mínimo la mayor parte de los indicios apuntan a un ordenamiento concreto, se puede partir de la existencia de una elección tácita del derecho.⁴⁹

30. El pacto de una competencia exclusiva es un indicio de mucho peso para concluir que al mismo tiempo las partes han elegido el derecho vigente en el lugar del foro. Rige pues el antiguo principio jurídico: Qui eligit forum vel iudicem eligit ius.⁵⁰ La aplicación de la *lex fori* obedece también al interés de las partes, puesto que el tribunal puede utilizar su propio derecho. Así las partes se ahorran tiempo y costes de averiguación del derecho, y además aumenta la garantía de corrección de la sentencia.⁵¹

31. Las cláusulas arbitrales desempeñan una función como indicio equiparable a las cláusulas de elección de foro – qui eligit arbitrum eligit ius.⁵² En este caso se añade desde luego la condición de que el tribunal arbitral tiene que utilizar el derecho material del lugar de su sede. Esto presupone de un lado un lugar fijo de sesiones y del otro una vinculación al derecho de ese lugar.⁵³

32. Un indicio de peso para la afirmación de la existencia de una elección del derecho es, por último, la referencia expresa del contrato a preceptos o institutos propios de un ordenamiento concreto.⁵⁴ Si por ejemplo las condiciones de uso del operador de una plataforma de apuestas en Internet remiten a

⁴⁷ BGH, *NJW* 1999, p. 1259 (1260); OGH, *IHR* 2002, p. 24 (26); OLG Dresden, *TranspR-IHR* 2000, p. 20; OLG Hamburg, *IHR* 2001, p. 109; *IHR* 2004, p. 148 (153); US Court of Appeals (5th Cir), *IHR* 2003, p. 189 (191).

⁴⁸ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 44.

⁴⁹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 47.

⁵⁰ BGHZ 104, p. 268 (269); BGH, *NJW-RR* 1990, p. 183 s.; *NJW* 1991, p. 1418 (1420); *NJW* 1996, p. 2569 (2570); OLG Celle, *RIW* 1988, p. 137 (138); OLG Hamburg, *TranspR* 1993, p. 111 (112); OLG Frankfurt, *RIW* 1989, p. 911 (912); *RIW* 1998, p. 477; LAG Düsseldorf *RIW* 1987, p. 61.

⁵¹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 48.

⁵² OLG Hamburg *IPRspr.* 1982 Nr. 38; OLG Düsseldorf, *TranspR* 1992, p. 415 (417); OLG Hamm, *NJW-RR* 1993, p. 1445; LG Hamburg *RIW* 1997, p. 873; Schiedsgericht Hamburger Freundschaftliche Arbitrage *RIW* 1999, p. 394 (395); P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 63 (69).

⁵³ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 50.

⁵⁴ BGH, *NJW-RR* 1996, p. 1034; 1997, p. 686 (687); *WM* 1999, p. 1177, *IPRax* 2002, p. 37; BAG, *NZA* 2003, p. 339 (340); OLG Köln, *RIW* 1993, p. 414 (415); *IPRspr.* 2000 Nr. 21; LG Waldshut-Tiengen, *IPRax* 1984, p. 100; AG Rostock, *IPRspr.*

las normas de un determinado Estado de los Estados Unidos, su inclusión en el acuerdo contractual entre el licitador y quien entrega la cosa lleva a una elección tácita del derecho.⁵⁵ Lo mismo ocurre cuando el contrato toma en consideración los usos o los requisitos de un ordenamiento concreto o cuando las partes utilizan formularios o condiciones estandarizadas que fueron desarrolladas de forma evidente sobre la base de un determinado derecho.⁵⁶

33. El lugar de conclusión del contrato tiene por el contrario solamente una eficacia secundaria,⁵⁷ y lo mismo puede decirse del pacto de un lugar de cumplimiento unitario.⁵⁸ Igualmente presentan una eficacia débil como indicio la lengua del contrato, la moneda utilizada o la residencia de las partes. Es este caso será necesaria una acumulación lo más grande posible de estos indicios concretos para poder aceptar la existencia de una elección tácita del derecho.⁵⁹ La concurrencia de unos pocos indicios débiles no es suficiente.⁶⁰

3. Momento de la elección del derecho: elección inicial y elección posterior

34. En la práctica la elección inicial representa la regla general. Las partes concluyen el contrato principal y al mismo tiempo se ponen de acuerdo sobre el derecho aplicable. Pero el Reglamento Roma I permite también una elección del derecho posterior. En el art. 3.2. se dice:

«Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento».

35. La elección posterior se somete en esencia a los mismos principios que la elección inicial, y puede realizarse expresamente o de forma tácita.

36. La perfección y la validez de la elección posterior del derecho también se determinan de acuerdo con el derecho elegido. Dependerá de lo pactado por las partes si los efectos de la elección posterior tendrán lugar ex nunc o ex tunc.⁶¹ En caso de duda debe partirse de la eficacia retroactiva a partir del momento de la conclusión del contrato,⁶² siempre que ésta no tenga como consecuencia la invalidez del mismo⁶³.

37. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros. Terceros en este sentido lo pueden ser por ejemplo fiadores, acreedores pignoratícios o beneficiarios de un contrato a favor de tercero⁶⁴.

1997 Nr. 30; AG Hamburg, *NJW-RR* 2000, p. 352 (353); F. PULKOWSKI, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Streitigkeiten aus grenzüberschreitenden Bauverträgen», *IPRax* 2001, p. 306 (309).

⁵⁵ R. FREITAG, en Leible/Sosnitz (coords.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004, Rn. 773.

⁵⁶ BGH, *NJW-RR* 1999, p. 813.

⁵⁷ BGH, *NJW* 2001, p. 1936 (1937).

⁵⁸ P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (78); K. THORN, «Internationaler Warenkauf: Anwendbares Recht bei Wahl niederländischen Rechts; Fälligkeit der Kaufpreisforderung bei vereinbarter Möglichkeit eines Kompensationsgeschäftes», *IPRax* 1996, p. 257 (258).

⁵⁹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 57.

⁶⁰ LG Hamburg, *RIW* 1993, p. 144 (145).

⁶¹ LG Essen, *RIW* 2001, p. 943, 944.

⁶² BGH *WM* 1970, p. 454 (1455); *IPRax* 1998, p. 479 (481); OLG Bremen, *VersR* 1978, p. 277; OLG Koblenz, *RIW* 1982, p. 354; G. REINHART, «Zur nachträglichen Änderung des Vertragsstatuts nach Art 27 Abs 2 EGBGB durch Parteivereinbarung im Prozeß», *IPRax* 1995, p. 365 (367 ss.); K. THORN, «Entwicklungen des Internationalen Privatrechts 2000-2001», *IPRax* 2002, p. 349 (361); con otra opinión OLG Frankfurt, *IPRax* 1992, p. 314 (317); LG Essen, *RIW* 2001, p. 943 (944); W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1987, p. 269 (273).

⁶³ LG Essen, *RIW* 2001, p. 943 (944).

⁶⁴ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 64.

4. Elección parcial y elección condicionada

A) Elección parcial

38. El Reglamento Roma I permite además expresamente en su art. 3.1 una elección parcial del derecho. Una elección de este tipo puede tener lugar de forma expresa o tácita. Como en determinadas circunstancias la fragmentación del contrato puede dar lugar a importantes problemas de adaptación, se debe ser especialmente cauteloso a la hora de afirmar la existencia de una elección parcial tácita.⁶⁵

39. Una elección parcial del derecho solamente se permite cuando la cuestión parcial es realmente susceptible de un tratamiento diferenciado. Debe tratarse de una cuestión jurídica con una mínima autonomía. Solamente se puede separar una parte del contrato que no se encuentre, por motivos de derecho material, en una insoluble relación de simultánea dependencia con otra parte del contrato. Se considera aceptable someter a derechos distintos la conclusión del contrato por un lado y su cumplimiento por el otro,⁶⁶ y también se puede distinguir entre validez formal por un lado y validez material por el otro.⁶⁷ Por el contrario es insoluble la cuestión del consenso material en el momento de la conclusión del contrato. Si un contrato se ha generado por dos declaraciones de voluntad coincidentes solamente se puede determinar según un único derecho.⁶⁸ Si el entramado de las obligaciones existentes entre las partes se puede separar «horizontalmente», sometiendo por ejemplo las consecuencias del incumplimiento de cada una de las partes a un derecho distinto, es una cuestión discutida.⁶⁹

B) Cláusulas flotantes de elección del derecho

40. No está claro cómo deben tratarse las llamadas cláusulas flotantes de elección del derecho. Se trata de cláusulas que solamente conducen a una conexión subjetiva tras el ejercicio de un derecho opcional por una de las partes. En la práctica son habituales cláusulas por las que se declara aplicable el derecho de la sede de quien sea parte demandante o demandada⁷⁰, y la actualización tiene lugar en el momento de presentar la demanda. Hasta entonces se debe realizar una conexión objetiva. Por su naturaleza se trata de una elección del derecho sometida a la condición suspensiva de la presentación de la demanda. A través de la interpretación tendrá que esclarecerse si, una vez producida la condición, la elección del derecho deberá surtir efectos desde el momento de la conclusión del contrato, lo cual debe afirmarse en caso de duda.⁷¹

41. Las cláusulas opcionales de elección del derecho no topan con reparos de calado. La elección del derecho no afecta al ejercicio unilateral de un derecho de opción, sino a su previo pacto y a la condición suspensiva que con él se genera. Aún cuando el pacto de elección del derecho aplicable había sido realizado originariamente, debe tratarse como una elección ex post, ya que su actualización tiene lugar en un momento posterior.⁷² En cualquier caso, la eficacia formal del contrato y los derechos de terceros generados entre tanto quedan intactos.⁷³

⁶⁵ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 36.

⁶⁶ OLG Frankfurt, *IPRax* 1992, p. 314 (316).

⁶⁷ OLG Hamm, *IPRspr.* 1995 Nr. 36.

⁶⁸ U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 94.

⁶⁹ Lo niegan E. JAYME, «Betrachtungen zur „dépeçage« im internationalen Privatrecht», en *Festschrift für Kegel*, Stuttgart, 1987, p. 253 (263); D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Heidelberg, 2004, Art. 27 EGBGB Rn. 20; con otra opinión W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht», *IPRax* 1987, p. 269 (272); U. MAGNUS, en *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 94.

⁷⁰ Ampliamente H. E. RASMUSSEN-BONNE, *Alternative Rechts- und Forumswahlklauseln*, Fráncfort del Meno, 1999, p. 34 ss.

⁷¹ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 40.

⁷² Véase M. B. JASPERS, *Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 2002, p. 136 ss.; U. KÖTTERS, *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen*, Fráncfort del Meno, 1989, p. 49; P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (106); H. E. RASMUSSEN-BONNE, *op. cit.*, p. 121 ss.

⁷³ S. LEIBLE, en Dauner-Lieb/Heidel/Ring (coords.), *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 41.

VIII. Derechos elegibles

1. Norma general

42. Generaciones enteras de internacionalprivatistas se han ocupado de la cuestión sobre si el abanico de los derechos elegibles es limitado o si las partes pueden elegir cualquier derecho. El Reglamento Roma I se ha posicionado claramente en este punto y ha establecido que las partes pueden someter el contrato a cualquiera de los derechos de este mundo. No es necesario un especial vínculo material o espacial con el derecho escogido, ni tampoco es necesario un interés especial de las partes en el derecho escogido. Las partes pueden y deben decidir sin intromisión de un poder estatal. Con ello se les concede sobre todo la posibilidad de elegir un derecho neutral, lo que por ejemplo representa la práctica habitual en los contratos internacionales de suministro de energía.⁷⁴

2. Problemas en el marco de contratos con empresas estatales o «cercanas al Estado»

43. No obstante, la otra parte contractual no siempre va a estar conforme con la elección de un derecho neutral. Si es él y no su contraparte quien ostenta una situación de poder en el mercado, puede ser que consiga la aplicación del derecho de su Estado de origen. Esto puede ser fuente de problemas en contratos con empresas estatales o «cercanas al Estado», ya que, ¿quién puede impedir que el Estado cambie su derecho posteriormente, dejando sin validez aquellos pactos contractuales que perjudican a sus intereses o los de sus empresas cercanas?

44. Sobre todo para grandes proyectos de inversión se intenta en la práctica limitar estas posibilidades de manipulación mediante las llamadas *stabilization clauses*. En la práctica contractual se han desarrollado aquí una multitud de tipos distintos de cláusulas, debiendo hacerse referencia a las *freezing clauses*, *consistency clauses* o *economic equilibrium clauses*.⁷⁵ A través de las *freezing clauses* se va a «congelar» el derecho en el estado en que se encontraba en el momento de la conclusión del contrato. Reformas posteriores carecen entonces de significado para la relación contractual. Una cláusula de este tipo podría tener el siguiente contenido:

«Este contrato está sometido al derecho de la República Bolivariana de Venezuela vigente en el momento de su conclusión.»

45. Es cierto que la opinión mayoritaria en Europa reconoce la «retención temporal» del derecho pactado que se pretende con estas cláusulas, pero tan sólo como incorporación por referencia,⁷⁶ ya que solamente así se puede garantizar que las normas imperativas presentes y futuras del derecho aplicable al contrato no se vean afectadas.⁷⁷ Con ello se ayuda a las partes sólo en raras ocasiones, puesto que normalmente es precisamente el derecho imperativo el que provoca los quebraderos de cabeza. En realidad no se pueden vislumbrar motivos convincentes por los que el pacto de una «*freezing clause*» no

⁷⁴ Cfr. al respecto S. LEIBLE, «Private International Law: Contracts for Delivery of Gas», *German Yearbook of International Law* (GYIL) 52 (2009), p. 327-340.

⁷⁵ Cfr. al respecto por ejemplo P. FIEDLER, *Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht*, Fráncfort del Meno, 2001; J. F. LALIVE, *Contrats entre Etats et Entreprises étatiques et Personnes privées*, La Haya, 1984, p. 76 ss.; H. J. MENGEL, «Erhöhter völkerrechtlicher Schutz durch Stabilisierungsklauseln in Investitionsverträgen zwischen Drittstaaten und privaten Investoren?», *RIW* 1983, p. 739; H. MERKT, *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, Heidelberg, 1990.

⁷⁶ B. VON HOFFMANN, en Soergel, *BGB*, 10ª ed., Stuttgart, 2001, Art. 27 EGBGB Rn. 23; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 15; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny (coords.), *Internationales Vertragsrecht*, 6ª ed., Colonia, 2004, Rn. 81; C. VON BAR, *Internationales Privatrecht II*, Múnich, 1991, Rn. 482.

⁷⁷ Cfr. también el Art. 8 de la Resolución de Basilea del Institut de Droit international de 1991, impreso en E. JAYME, *IPRax* 1991, p. 429 (430) = *RebelsZ* 56 (1992) p. 560 con informe de F. RIGAUD, *ibid.*, p. 547: «Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, ses dispositions seront appliquées comme clauses matérielles incorporées dans le contrat; si toutefois, cette loi a été modifiée ou abrogée par des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cours, ces règles doivent être appliquées».

pueda comportar una remisión conflictual.⁷⁸ De todos modos se aconseja a las partes que en el momento de incorporar una «freezing clause» a sus contratos realicen pacten también una cláusula arbitral, ya que «las freezing clauses» son reconocidas sin más por el arbitraje internacional.

3. Derecho no estatal

A) Punto de partida

46. Una de las cuestiones más controvertidas del Derecho internacional de los contratos es la siguiente: ¿Pueden las partes elegir tan sólo derecho estatal? Europa responde a esta cuestión con un rotundo «no». Una elección en el plano conflictual de derecho no estatal no es posible para las partes. Si sin embargo la han llevado a cabo, ésta se queda en una mera «incorporación por referencia». ⁷⁹ La Convención de México es en este punto mucho más avanzada. En su art. 7 no se dice, como en el art. 3 del Reglamento Roma I, que «el contrato se regirá por *la ley elegida*», sino «El contrato se rige por el derecho elegido por las partes».

47. «Derecho» es sin embargo un término mucho más amplio que «ley», y puede abarcar tanto derecho estatal como no estatal.⁸⁰ Esto viene subrayado en el art. 10 de la Convención, donde se lee:

«Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto».

48. Estas diferencias entre el Reglamento Roma I y la Convención de México⁸¹ dan pie a algunas reflexiones de política legislativa.

B) Consideración desde el punto de vista de la política legislativa

a) Contrato sin ordenamiento jurídico

49. El contrato por sí solo no puede desde luego ser el único fundamento de los derechos y obligaciones de las partes, ya que –como una vez formulara certeramente TALLON– «In absence of any, jus cogens⁴ international trade would be ruled by jungle law» ⁸². Por lo tanto se necesita siempre un ordenamiento jurídico que controle el contrato. En esto están de acuerdo tanto el Reglamento Roma I como la Convención de México. No es posible, por tanto, un contrato sin ordenamiento jurídico. ⁸³ Por consiguiente, incluso si por ejemplo las partes hubiesen rechazado todos los ordenamientos jurídicos, se tendría que determinar el derecho aplicable mediante una conexión objetiva.

⁷⁸ Por tanto a favor de la eficacia conflictual por ejemplo S. LEIBLE, «Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?», en *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, 2004, p. 485 (490); P. NYGH, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁹ Cfr. S. LEIBLE, «Choice of the Applicable Law», en Cashin Ritaine/Bonomi (coord.), *op. cit.*, p. 61 (68 ss.).

⁸⁰ H. MURIEL-CICERI, «Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable», *AEDIPr*, 2008, p. 645-652 (651 s.).

⁸¹ Sobre la algo confusa norma del Art. 17 de la Convención de México cfr. A. GEBELE, *op. cit.*, p. 132 s.

⁸² D. TALLON, «Comparative Law: Expanding Horizons», *J. Soc. P. T. L.* 10 (1968/69), p. 271, citado en J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., Tubinga, 2006, p. 464.

⁸³ B. VON HOFFMANN, en Soergel, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 19; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 45; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.* Rn. 74.

b) Principios generales del derecho

50. La elección de principios generales del derecho (general principles of law) se considera admisible, aunque sin embargo según la opinión general comporta solamente una incorporación por referencia,⁸⁴ mientras que algunos sí le conceden a esta elección una eficacia conflictual, no obstante parcialmente limitada a los contratos entre Estados y particulares.⁸⁵ A esto último se le pueden poner reparos, al menos en el marco de los procesos ante tribunales estatales, ya que si bien la indagación de principios generales es teóricamente posible, en la práctica es casi imposible de llevar a cabo⁸⁶. Además, no está claro qué grado de generalidad debe tener un principio para poder ser un «principio general del derecho».⁸⁷

c) Derecho mercantil transnacional (lex mercatoria)

51. La objeción de la falta de publicidad también se puede presentar frente a la doctrina de la lex mercatoria. El gran internacionalprivatista Gerhard KEGEL ya formuló en su famosa clase magistral de La Haya de 1964: «The law is public, if it is anything».⁸⁸ ¿Cómo han de saber las partes y los tribunales qué es lo que a parte de usos del comercio internacional pertenece en concreto a las normas unitarias del comercio internacional, si estos preceptos no están publicados?

52. Además, hoy en día aún no está claro qué reglamentaciones deben considerarse «lege mercatorium» y cuáles no. Mientras no haya la suficiente publicidad⁸⁹, una toma en consideración de la lex mercatoria debe tener en todo caso los efectos de una incorporación por referencia⁹⁰, pero no los de una remisión conflictual.⁹¹

53. No obstante, parece que en el arbitraje comercial internacional el avance de la lex mercatoria es imparable. Cada vez más ordenamientos permiten que las partes en un proceso arbitral puedan pactar en lugar de derecho estatal la aplicación de derecho no estatal.⁹² El reconocimiento de laudos arbitrales que se emitieron en aplicación de la lex mercatoria por parte de los tribunales nacionales está aumentando. En muchos Estados ya no existe el riesgo de que se deniegue la ejecución de estos laudos, siempre que lleven a cabo al menos una cierta precisión de las reglas jurídicas generales.

⁸⁴ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 12; Staudinger/Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 47; P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (102).

⁸⁵ B. VON HOFFMANN, en Soergel, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 29; D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.*, Rn. 71.

⁸⁶ S. GRUNDMANN, «General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?», en *Liber amicorum Richard M. Buxbaum*, Londres, 2000, p. 213 (223).

⁸⁷ P. MANKOWSKI, en Leible (coord.), *op. cit.*, p. 63 (102).

⁸⁸ G. KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», *Rec. des Cours* 112 (1964-II), p. 87 (262). Parecido W. LORENZ, «Die Lex mercatoria: eine internationale Rechtsquelle?», en *Festschrift für Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 407 (408).

⁸⁹ Por el contrario considera que existe suficiente publicidad R. SCHROEDER, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002, 2003, p. 257 (273).

⁹⁰ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 10; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlín, Art. 27 EGBGB Rn. 49; P. MANKOWSKI, «Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs», *RIW* 2003, p. 2 (13 s.); W.-H. ROTH, «Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts», en *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, 2004, p. 757, 766; A. SPICKHOFF, «Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten», *RabelsZ* 56 (1992), p. 116, 133 s.; C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht I*, 2ª ed., Múnich, 2003, § 2 Rn. 86.

⁹¹ Pero sin embargo H. COING, «La Détermination de la Loi Contractuelle en Droit International Privé Allemand», en Klein/Vischer, *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, 1983, p. 29 (49 ss.); P. F. WEISE, *Lex mercatoria*, Fráncfort del Meno, 1990, p. 141. A favor incluso de una preferencia de la «lex mercatoria», es decir, su aplicación sin necesidad de acudir previamente al derecho internacional privado B. GOLDMAN, *Études en l'honneur de Lalive*, 1991, p. 241 (252 ss.).

⁹² Así, como establece por ejemplo también el § 1051 ZPO, las partes no están sometidas a los límites a los que se somete la elección del derecho según la EGBGB cfr. W. VOIT, en Musielak (Coord.), *ZPO*, 7ª ed., Múnich, 2009, § 1051 ZPO Rn. 3.

d) Catálogos de principios

54. No obstante, la objeción de la falta de publicidad no puede plantearse para distintos catálogos de principios publicados en el pasado. Los más importantes para el comercio internacional son por supuesto los «Principles of International Commercial Contracts» elaborados por UNIDROIT⁹³, los cuales se entienden como una moderna formulación de la *lex mercatoria*.

55. Sin embargo, muchos quieren que el pacto de la aplicación de estos principios al contrato tenga solamente el rango de una incorporación por referencia. En este sentido se argumenta que la autonomía solamente puede ser concedida por las autoridades estatales, y que por eso a nivel conflictual solamente es posible la remisión al derecho de un determinado Estado. Esta concepción puramente positivista no consigue convencer, ya que el monopolio de la producción normativa del Estado no se cuestiona a la hora de efectuar una remisión a derecho no estatal. La autorización estatal ha tenido lugar simplemente en un estadio previo, cuando se permite la elección conflictual del derecho no estatal. La última palabra la continúa teniendo sin embargo siempre el derecho estatal.⁹⁴

56. El concepto de derecho no debería entenderse desde un punto de vista institucional, es decir, como las normas creadas por el Estado, sino funcional, es decir, como un ordenamiento con garantía de justicia. Al derecho estatal se le puede presuponer esta garantía de justicia. Por el contrario, a las normas no estatales de conducta se las debe someter a un sumario control previo.⁹⁵ Siguiendo esta concepción, no debería excluirse la elección (conflictual) de aquellas partes de la *lex mercatoria* que sean accesibles públicamente, es decir, examinables por cualquiera, y que debido a su estructura hacen presumible la consecución de resultados considerados como justos. El derecho internacional privado y el principio de la libertad de elección del derecho allí anclado no conceden a las partes del contrato una libertad sin condiciones, sino que se reservan un control residual. Pueden ser sin más elegibles conflictualmente reglamentaciones como los Principios de UNIDROIT. La Convención de México lo permite y con ello es mucho más progresista que el Reglamento Roma I.

IX. Límites de la elección del derecho

57. Por último se debe tratar aún de los límites de la elección del derecho. Se tienen que citar aquí por un lado las llamadas normas imperativas y por otro la excepción de orden público.

1. Normas imperativas

58. Las normas imperativas, cada vez más frecuentes e importantes en la práctica, erosionan el finamente graduado sistema de conexiones del Reglamento Roma I al desplazar el derecho declarado aplicable en virtud de éste.⁹⁶

⁹³ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, 1994; UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 1994.

⁹⁴ S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286, 315.

⁹⁵ Frente a una argumentación de este tipo se alega, desde luego, que la posibilidad de una elección de conjuntos normativos no estatales en el plano conflictual no se podría limitar a los Principios UNIDROIT, sino que se tendría que reconocer también para otros conjuntos normativos elaborados por personas jurídico-privadas; no es posible diferenciar entre «obra maestra y chapuza»; y aún menos se puede diferenciar según su grado de ponderación, puesto que en dicho caso se acabaría en un círculo vicioso, «porque el criterio para un control de este tipo por parte de un tribunal estatal (!) sólo puede ser por consiguiente un ordenamiento estatal, y al final se acabaría realizando una incorporación por referencia» (W. CANARIS, en Basedow [coord.], *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tubinga, 2000, p. 5 [19]). Pero esta objeción no consigue convencer, puesto que no se pretende un control exhaustivo, por ejemplo de cada una de las disposiciones, sino que es necesario solamente un control sumario previo, lo cual no lleva a una reducción de la libertad de elección del derecho por la vía de la incorporación por referencia. Además no es perjudicial el que este control se base en criterios estatales de justicia, ya que con este control previo se trata en realidad de un control anticipado de orden público, pero del respeto al orden público no se dispensa ni el derecho estatal extranjero.

⁹⁶ Ampliamente sobre las normas imperativas J. HARRIS, «Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation», en: Ferrari/Leible (coord.), *op. cit.*, p. 269 ss.

a) El concepto de norma imperativa

59. Lo que debe entenderse por norma imperativa es discutido en todo el mundo. El Reglamento Roma I efectúa en su art. 9.1 un intento de definición que, afortunadamente, no se centra solamente en la eficacia imperativa de dichas normas, sino que también describe su contenido. La allí utilizada remisión a la salvaguardia de intereses públicos, en especial la organización política, social y económica, se basa en una formulación de SAVIGNY⁹⁷, modificada por FRANCESKAKIS⁹⁸ y adoptada por el TJCE.⁹⁹ Dicha definición se tiene que saludar en principio favorablemente, ya que pone de relieve también para los no versados en Derecho internacional privado que no cualquier norma del derecho nacional destinada a la protección de determinados intereses de un grupo puede ser declarada sin más norma imperativa.¹⁰⁰ Sin embargo, se trata de todos modos de una definición muy amplia¹⁰¹, que genera la duda sobre si futuras normas imperativas realmente se pueden reducir a determinados preceptos fundamentales. Al fin y al cabo, según la fórmula elegida en el art. 9.1 RRI, es suficiente con que el Estado de turno considere una norma determinada como decisiva para el interés público.

60. Aún cuando el TJCE no pusiera límites a la noción de norma imperativa, como hizo en su día con la cláusula de orden público, en el futuro las normas imperativas no serán «domesticadas» a través del Derecho internacional privado, sino con ayuda de las libertades fundamentales¹⁰². Aún así, con la definición en el art. 9.1 RRI se ha dado un primer y muy importante paso.

b) Normas imperativas del Estado del foro

61. El Reglamento Roma I diferencia según si las normas imperativas son normas del Estado del foro o de otro Estado:

«Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro».

62. La aplicación de las normas imperativas de la *lex fori* es por tanto siempre posible. Una regulación parecida se encuentra en el art. 11 de la Convención de México. Veamos un ejemplo sobre esto:

Una empresa alemana concluye con una empresa estatal libanesa una compraventa sobre modernos rifles automáticos. Los rifles son fabricados en Alemania, y las partes eligen para el contrato derecho libanés.

El pacto de aplicación del derecho libanés no excluye la aplicación de la Ley alemana de control de armamento bélico, que somete la exportación de armamento bélico a una autorización con independencia del derecho aplicable al contrato de compraventa. Con ello el ámbito de aplicación de esta norma se extiende a todo el armamento bélico situado en Alemania.

c) Normas imperativas de otros Estados

63. La posibilidad de tener en cuenta normas imperativas del foro es poco espectacular y era de sentido común ya antes del Reglamento Roma I. Sin embargo, desde siempre había sido mucho más

⁹⁷ F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, t. 8, 1849, p. 36.

⁹⁸ P. FRANCESKAKIS, en *Répertoire Dalloz de Droit international*, 1968, entrada: Conflit de lois (principes généraux), n° 137; véase ampliamente P. FRANCESKAKIS, «Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Rev. crit. DIP* 55 (1966), p. 1.

⁹⁹ TJCE. As. C-369/96 y C-376/96, Arblade, Rec. 1999, I-8430, Rn. 30.

¹⁰⁰ Parecido A. BONOMI, «Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats», en Cashin Ritaine/Bonomi (coord.), *op. cit.*, p. 217 (225).

¹⁰¹ Cfr. también –con ejemplos– P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (147).

¹⁰² Sobre las diferencias cfr. K. THORN, «Eingriffsnormen», en: Franco Ferrari/Stefan Leible (coords.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, p. 129 (136 s.).

difícil contestar a la cuestión sobre si el juez también puede o debe tener en cuenta normas imperativas extranjeras y, en caso afirmativo, cómo. La doctrina respondía a ello con numerosas y muy variadas teorías (teoría del poder, teoría del estatuto de la deuda, consideración material, conexión especial, teoría de la combinación, etc.).¹⁰³ La jurisprudencia (por ejemplo en Alemania¹⁰⁴ y, aunque con otros matices, en Inglaterra¹⁰⁵ se las arreglaba normalmente tomando en consideración las normas imperativas extranjeras en la aplicación del derecho material interno. El art. 7.1 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contribuyó poco a la solución de este problema. Si bien es cierto que dicha norma permitía que al aplicar la ley de un Estado determinado se diese efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presentase un vínculo estrecho, el art. 22.1 a) del CR ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de efectuar una reserva frente al art. 7.1, y de esta posibilidad hicieron uso numerosos Estados.¹⁰⁶

64. Teniendo en cuenta el escepticismo expresado por muchos Estados respecto de una regulación legal de las normas imperativas extranjeras y de las experiencias recogidas¹⁰⁷ en el proceso de elaboración del Reglamento Roma II¹⁰⁸, sorprendió el hecho mismo de que en el Proyecto para un Reglamento Roma I la Comisión pretendiese aún codificar esta cuestión¹⁰⁹. Por tanto no fue motivo de asombro el que la propuesta originaria de la Comisión fuese sin duda uno de los puntos más controvertidos en el transcurso del proceso legislativo. En especial la City de Londres realizó una oposición considerable, y finalmente tuvo éxito gracias al apoyo del gobierno británico.¹¹⁰

65. El definitivo Reglamento Roma I permite también a los tribunales dar eficacia a las normas imperativas de otros Estados. Sin embargo en este punto se pueden constatar importantes diferencias con la Convención de México. Según la Convención de México será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato

¹⁰³ Breve resumen en S. LEIBLE, «Außenhandel und Rechtssicherheit», *ZVglRWiss* 97 (1998), p. 286 (297 ss.); cfr. además por ejemplo R. FREITAG, en Reithmann/Martiny (coords.), *op. cit.*, Rn. 470 ss.; EL MISMO, «Einfach und international zwingende Normen – Anmerkungen zu einem restatement des Art. 7 EVÜ in einem künftigen „Gemeinschaftsinstrument über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht», en Leible (coord.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, München, 2004, p. 167 (181 ss.).

¹⁰⁴ Cfr. por ejemplo BGHZ 59, 82; 69, 295; 94, 268. Cfr. además M. KUCKEIN, *Die „Berücksichtigung» von Eingriffsnormen im deutschen und englischen Vertragsrecht*, Tubinga, 2008, p. 72 ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Ralli Bros. v. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920) K. B. 287 (C.A.). Cfr. además M. KUCKEIN, *op. cit.*, p. 195 ss.

¹⁰⁶ Alemania, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Portugal, Eslovenia, Reino Unido.

¹⁰⁷ Art. 12.1 del Proyecto de Reglamento de la Comisión (COM [2003] 427 final, p. 40) se preveía a imitación del art. 7.1 CR la posibilidad de dar efecto a las normas imperativas de otros Estados, cfr. al respecto S. LEIBLE/A. ENGEL, *Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung. Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa*, *EuZW* 2004, p. 7 (16). La norma desapareció posteriormente en el transcurso del proceso legislativo.

¹⁰⁸ Reglamento (CE) N° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) DOUE 2007 L 199/40. Cfr. al respecto J. AHERN/W. BINCHY (coord.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime*, Leiden, 2009; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, 2008; C. W. FRÖHLICH, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome II Regulation*, Hamburgo, 2008. Además dan una visión panorámica del Reglamento Roma II C. BRIÈRE, «Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles („Rome II«)», *JDI (Clunet)* 135 (2008), p. 31; J. VON HEIN, «Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung», *ZEuP* 2009, p. 6; T. KADNER GRAZIANO, «Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung», *RabelsZ* 73 (2009), p. 1-76; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)», *RIW* 2007, p. 721; S. C. SYMEONIDES, «Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity», *AJCL* 56 (2008), p. 173; G. WAGNER, *Die neue Rom II-Verordnung*, *IPRax* 2008, p. 1.

¹⁰⁹ El art. 8.3 del Proyecto de la Comisión (COM [2005] 650 final, p. 19) decía: «También podrá darse efecto a las leyes de policía de otro país que no sea el del foro, con el que la situación presente un vínculo estrecho. Para decidir si debe darse efecto a estas leyes, el juez tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto de acuerdo con la definición del apartado 1, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación para el objetivo perseguido por la ley de policía en cuestión y para las partes.» Cfr. al respecto también A. DICKINSON, «Third-Country Mandatory rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?», *JPIL* 3 (2007), p. 53.

¹¹⁰ Más detalladamente sobre el proceso de creación del art. 9.3 del Reglamento Roma I R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 par. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (110 s.).

tenga vínculos estrechos. Sin embargo, el Reglamento Roma I es más comedido, estableciendo la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía del país en 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 ilegal, teniendo en cuenta para ello su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

66. Dicha norma es claramente el resultado de un compromiso, para algunos incluso «un retroceso a la edad de piedra del Derecho internacional privado». ¹¹¹ El resultado, fruto de largas negociaciones, se parece a una síntesis de las viejas teorías de WENGLER y de ZWEIGERT. ¹¹² El primero estaba a favor de una conexión especial para las normas imperativas, mientras que el segundo sólo las quería tener en cuenta en el plano material como impedimentos para el cumplimiento. Según el Reglamento Roma I las normas imperativas de terceros Estados son objeto de una conexión especial, pero solamente cuando son originarias del Estado en el que tiene lugar el cumplimiento. Esta norma conlleva sin duda una ganancia en seguridad jurídica, porque las partes ya no tienen que contar con la aplicación de normas imperativas de cualquier Estado con el que a juicio del tribunal el caso presente un vínculo estrecho y que requiera la aplicación de su derecho, sino que se pueden concentrar en las normas imperativas del Estado en el que tiene lugar el cumplimiento.

67. Desde luego con ello empiezan también los problemas, ya que tampoco está claro si además se deben aplicar las normas imperativas del estatuto de la obligación, que podrían quedar abarcadas al realizar la remisión al derecho extranjero.¹¹³ Y además el compromiso alcanzado no es satisfactorio porque el lugar de cumplimiento no es fácil de determinar, como demuestra la experiencia práctica¹¹⁴ con el art. 5. 1 del Reglamento Bruselas I. De ahí se ha aprendido también que a falta de instrucciones especiales el lugar de cumplimiento se debe determinar de forma individualizada para cada una de las obligaciones, lo que comporta una multiplicación de las normas imperativas aplicables.¹¹⁵ Además existen muchos problemas parecidos en relación con el concepto del lugar de cumplimiento.¹¹⁶

68. Por último cabe preguntarse si solamente con la aplicación de las normas imperativas del lugar de cumplimiento se pueden tomar suficientemente en cuenta las justificadas exigencias políticas, económicas y sociales de terceros Estados. Sobre ello versa el siguiente ejemplo:

La empresa de Alemania A se obliga frente a la empresa B de el Emirato de Dubai a transmitirla acciones de una empresa filial suya que reside y desempeña sus actividades en Japón. Los lugares de cumplimiento de las obligaciones recíprocas están en Alemania y Dubai. De acuerdo con el Reglamento Roma I no se pueden aplicar las normas japonesas de control de fusiones, aunque Japón resulte afectado por la transacción.

69. Lo cual lleva a otra cuestión, que es si la norma del art. 9.3 RRI es excluyente, es decir, si tiene un efecto de bloqueo frente a otras normas imperativas ajenas al foro que no sean las del Estado de cumplimiento.¹¹⁷

¹¹¹ P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148).

¹¹² W. WENGLER, «Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht», *ZVglRWiss* 54 (1941), p. 168; K. ZWEIGERT, «Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote», *RabelsZ* 14 (1942), p. 283.

¹¹³ Cfr. sobre la discusión P. MANKOWSKI, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *IPRax* 2006, p. 101 (110); K. THORN, «Eingriffsnormen», en: Franco Ferrari/Stefan Leible (coord.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, p. 129 (145 s.).

¹¹⁴ Véase por último TJCE, As. C-386/05, *Color Drack/Lexx International*, *EuZW* 2007, p. 370 con comentario de S. LEIBLE/C. REINERT; TJCE, As. C-204/08, *Rehder*, *EuZW* 2009, p. 569 con comentario de S. LEIBLE. Más referencias en S. LEIBLE, en Rauscher (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Múnich, 2006, Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 51 ss.

¹¹⁵ Cfr. P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148).

¹¹⁶ Cfr. también las reflexiones sobre el lugar del cumplimiento en el contexto del art. 9.3 del Reglamento Roma I en R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (113 s.).

¹¹⁷ A favor del efecto de bloqueo R. FREITAG, «Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach

2. Orden público

70. La aplicación del derecho material designado por la norma de conflicto está en todos los Estados del mundo sometida a la reserva de que esta aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del tribunal competente. Así se dice por ejemplo en el art. 21 RRI y en el art. 18 de la Convención de México. La utilización de la palabra «manifiestamente» pone de relieve que se trata de un supuesto absolutamente excepcional. La relevancia práctica de la cláusula de orden público es en cualquier caso muy escasa en el Derecho internacional de contratos. Esto es debido sobre todo a que con los artículos 6 a 8 del Reglamento Roma I existen normas que aseguran una protección de la parte débil en el plano conflictual.

71. Aún así existen naturalmente unos pocos casos. Así por ejemplo el Tribunal Supremo alemán apreció una vulneración del orden público en la reclamación a un fiador que había afianzado las obligaciones de su empresa situada en el extranjero cuando la acreedora de la fianza, residente en Alemania, estaba sometida al mismo Estado extranjero que había expropiado sin indemnizar todas las acciones de la deudora principal que tenía el fiador¹¹⁸. También se pueden corregir mediante la cláusula de orden público cláusulas penales desproporcionadas, cuando el estatuto de la obligación no prevé ninguna posibilidad de corrección.¹¹⁹ Por lo que a acciones de indemnización por daños y perjuicios se refiere, es necesario realizar una diferenciación. La cuestión sobre si los requisitos y consecuencias de la acción de indemnización por daños y perjuicios coinciden con las del derecho extranjero no pertenece en principio al orden público alemán¹²⁰ pero sí la concesión de indemnizaciones exorbitantes con carácter penal (punitive damages).¹²¹

X. Resumen

72. La autonomía conflictual en el Derecho de contratos internacionales no es ninguna solución de compromiso, sino un principio general de conexión.¹²² Si se quiere dar al particular «un derecho a la aplicación del derecho apropiado para él»¹²³, será primeramente su voluntad y ningún otro punto de conexión la que fije la relación con el «derecho apropiado». Sólo de manera subsidiaria o para proteger a terceros y a intereses generales predominantes se debe acudir a la conexión objetiva para determinar el derecho mejor desde un punto de vista espacial. Las conexiones objetivas deben ser por tanto la «excepción a justificar, no la regla».¹²⁴

Art. 9 par. 3 Rom I-VO», *IPRax* 2009, p. 109 (115); P. MANKOWSKI, «Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR* 2008, p. 133 (148); O. LANDO/P. A. NIELSEN, «Rom I-forordningen. (Forfatterne redegør for Romforordningen der skal erstatte Rom-traktaten.)», *UfR* 2008, B p. 234 (241).

¹¹⁸ BGHZ 104, 240.

¹¹⁹ D. MARTINY, en Reithmann/Martiny, *op. cit.*, Rn. 281; con otra opinión H. RAU, «Zur Vertragsstrafe und ihrer Herabsetzung im spanischen Recht», *RIW* 1978, p. 23 (26); desde el punto de vista del derecho comparado sobre la posibilidad de moderación S. LEIBLE, Richterliche «Herabsetzung von Vertragsstrafen nach spanischem Recht», *ZEuP* 2000, p. 322.

¹²⁰ BGHZ 141, 286 (299); parecido BGHZ 118, 312 (330 s.).

¹²¹ BGHZ 118, 312 (334 ss.); D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 7; U. MAGNUS, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª revisión, Berlin, Art. 27 EGBGB Rn. 19.

¹²² Cfr. al respecto también G. HOHLOCH, «Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip (Zur Bedeutung des Parteiwillens im europäischen Internationalen Privatrecht)», en Frantzen/Giertsen/Cordero Moss (coords.), *Rett og toleranse. Festschrift til Helge Johan Thue*, Oslo, 2007, p. 321 ss.; E. JAYME, «Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie», en Jud/Rechberger/Reichelt (coords.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts*, Viena, 2008, p. 63 ss.; G. RÜHL, «Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht», en *Festschrift für Kropholler*, Tubinga, 2008, p. 187 ss. Además en general J. M. JACQUET, «Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution», en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 727 ss.

¹²³ E. JAYME, «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», en Jayme (coord.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2003, p. 5 (14).

¹²⁴ H. SCHACK, «Das IPR - Ein Buch mit sieben Siegeln, reif für das moderne Antiquariat?», en *Liber amicorum Gerhard Kegel*, München, 2002, p. 179 (196); parecido J. BASEDOW, «Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung», en *Festschrift für Stoll*, Tubinga, 2001, p. 405 (413).

73. A la vista de este posicionamiento de política legislativa no es posible valorar suficientemente la importancia del Reglamento Roma I y de la Convención de México, ya que ambos textos normativos reconocen la libertad de elección del derecho como principio general de conexión. Las diferencias entre el Reglamento Roma I y la Convención de México aparecen sobre todo en la elección de derecho no estatal. En este punto el Nuevo Mundo es más progresista que el Viejo. En Europa aún no había llegado el momento para dar este paso, pero nada obsta a que se dé en un futuro.

SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI NELL'UNIONE EUROPEA: IL COORDINAMENTO TRA IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 E LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1980

CLELIA PESCE

*Dottorando di ricerca in Giustizia Penale e Internazionale
–Indirizzo Diritto Internazionale Privato–
Università di Pavia*

Recibido: 27.01.2011 / Aceptado: 07.02.2011

Riassunto: Quando un episodio di sottrazione internazionale di minori coinvolge due Stati membri dell'Unione europea si applicano le norme della Convenzione dell'Aja del 1980, integrate dalle disposizioni del Regolamento (CE) n. 2201/2003. L'art. 11, parr 6 - 8, del regolamento prevede che, se nel procedimento viene emesso –in base all'art. 13 della Convenzione de L'Aja del 1980– un provvedimento contrario al ritorno del minore, si apre una fase supplementare di giudizio in forza della quale l'ultima parola sulla domanda di restituzione è riservata al giudice dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale prima del trasferimento illecito. La decisione assunta nel corso di tale procedimento influisce sulla ripartizione della giurisdizione tra gli Stati interessati e, se prevede il ritorno del minore, prevale sulla precedente decisione di segno contrario. Tuttavia, la natura del giudizio introdotto dall'art. 11, parr. 6-8, è controversa: la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione italiana sono intervenute a chiarire gli elementi di continuità e discontinuità tra il sistema previsto dal regolamento e quello convenzionale.

Parole chiave: sottrazione internazionale di minori, Regolamento n. 2201/2003, giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale, ritorno del minore sottratto, esecuzione dell'ordine di ritorno.

Abstract: Where a child is abducted from one Member State of the European Union to another Member State, the 1980 Hague Convention apply as complemented by the provisions of the Regulation (EC) n. 2201/2003. Where a court decides that a child shall not return pursuant to Article 13 of the 1980 Hague Convention, the Regulation foresees a special procedure to assure that the courts of the Member State where the child was habitually resident before the abduction will have the final say in determining whether or not the child shall return. Such a decision will affect the attribution of jurisdiction on the substance of the case, i.e. the question of custody, and, if the decision entails the return of the child, such judgment is directly recognised and enforceable in the other Member State. The interpretation of these rules is controversial: the Court of Justice and Italian Corte di Cassazione ascertain which provisions of the Regulation are intrinsically connected with the 1980 Hague Convention and which others diverge from the pre-existing system.

Key words: international child abduction, Regulation (EC) N. 2201/2003, jurisdiction in matters of parental responsibility, judgment ordering the return of the child, enforcement of the return of a child.

Sumario: I. Il coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. II. Le principali novità introdotte dal regolamento n. 2201/2003 anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. 1. Ripartizione della competenza tra gli Stati membri coinvolti dal trasferimento illecito di un minore. 2. Il procedimento di «riesame» previsto dall'art. 11, parr. 6- 8, del regolamento n. 2201/2003. 3. L'esecuzione degli ordini di ritorno certificati ai sensi dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003. III. Margini di «autonomia» della disciplina del regolamento n. 2201/2003 rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980.

I. Il coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori

1. In materia di sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea, si pone il problema del coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale¹ e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori².

Il regolamento n. 2201/2003 detta una specifica disciplina dei propri rapporti con gli strumenti normativi preesistenti il cui ambito di applicazione *ratione materiae* si sovrappone parzialmente a quello del regolamento stesso³. L'art. 60 prevede infatti la preminenza del regolamento su una serie di convenzioni, espressamente elencate –tra le quali la Convenzione dell'Aja del 1980– che, sebbene continuino ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne fanno parte, si applicano in via residuale e sussidiaria negli ambiti non coperti dal regolamento (art. 62).

Tuttavia, l'esplicito rinvio che il regolamento stesso fa al procedimento previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980 rende i due strumenti indissolubilmente connessi sul piano applicativo e comporta una stretta complementarietà tra le loro rispettive disposizioni. Come previsto dal diciassettesimo considerando del regolamento, infatti, «in caso di trasferimento o mancato rientro illeciti di un minore, si dovrebbe ottenerne immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, *quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'articolo 11*». L'art. 11, par. 1, del regolamento ribadisce che il titolare del diritto di affidamento, che intende ottenere il ritorno di un minore illecitamente trasferito in uno Stato membro diverso da quello nel quale aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, deve seguire le regole procedurali previste dalla Convenzione dell'Aja del 1980, integrate dalle disposizioni dei par. 2-8 dell'art. 11 del regolamento⁴.

2. Il rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1980, uno strumento consolidato che vanta un'ampia adesione da parte degli Stati⁵, si giustifica in ragione della condivisione, da parte del regolamento, della finalità di assicurare la reintegrazione della situazione antecedente al trasferimento illecito e, con essa, il ripristino del rapporto genitoriale arbitrariamente interrotto.

I tratti essenziali del sistema di cooperazione istituito dalla Convenzione rimangono invariati⁶. Quando un minore, abitualmente residente in uno Stato membro dell'Unione europea, viene illecitamente

¹ 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 di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE L* 338 del 23 dicembre 2003, p. 1.

² Il testo della Convenzione è disponibile sul sito Internet della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (<http://www.hcch.net>). Per una versione in italiano, cfr. G. DE MARZO, DE SANTI, *Minori oltre confine. Sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Ipsa - Wolters Kluwer, 2009, p. 223 ss.

³ Sul problema del coordinamento tra le norme adottate dalle istituzioni dell'Unione europea e le convenzioni di diritto internazionale privato concluse tra Stati membri e Stati terzi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile cfr. G. ROSSOLILLO, *Convenzioni concluse tra gli Stati membri e diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 305 ss. Per un inquadramento del problema v. anche F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, Utet, 2010.

⁴ Del resto, la stessa Convenzione dell'Aja del 1980 ammette la possibilità di essere affiancata da altri strumenti di cooperazione regionale aventi il medesimo ambito di applicazione. Nello specifico, l'art. 36 della Convenzione autorizza gli Stati contraenti a derogare alle disposizioni della Convenzione per adottare criteri più favorevoli al raggiungimento delle sue finalità, ossia di assicurare il rapido rientro del minore sottratto nella sua residenza abituale, limitando l'operatività delle restrizioni al ritorno.

⁵ Attualmente gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sono 84. Si segnala in particolare la recente adesione del Marocco, primo Stato nord-africano a firmare il trattato (<http://www.hcch.net>).

⁶ Per una ricostruzione della disciplina della Convenzione dell'Aja del 1980 cfr. F. MOSCONI, *La sottrazione di minori da parte di un genitore: studi e documenti sul «kidnapping» internazionale*, Padova, Cedam, 1988; G. CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, n. 3; P. R. BEAUMONT, P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 1999. V. anche F. CORBETTA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 715 ss.

te trasferito in altro Stato membro⁷, continua ad applicarsi la regola generale secondo la quale lo Stato in cui il minore è stato condotto ha l'obbligo di assicurarne l'immediato rientro nella residenza abituale (art. 12 della Convenzione) e il rigetto della domanda di restituzione è ammesso solo in presenza di circostanze eccezionali, tassativamente previste dall'art. 12, par. 2, e dall'art. 13 della Convenzione. Nello specifico, l'art. 13, che si riferisce ai casi in cui la domanda è stata presentata entro l'anno dall'avvenuto trasferimento, consente di negare il ritorno nei seguenti casi: l'affidatario non esercitava di fatto il diritto di custodia al momento della sottrazione o aveva prestato il proprio consenso al trasferimento (art. 13, lett. a); il rientro nella residenza abituale potrebbe esporre il minore a pericoli fisici o psichici o al rischio di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13, lett. b); il minore ha manifestato, nel corso del procedimento, la sua opposizione al ritorno presso il genitore richiedente (art. 13, par. 2).

3. L'art. 11 del regolamento n. 2201/2003 interviene sul sistema preesistente con una serie di disposizioni dal contenuto eterogeneo⁸. Mentre i primi cinque paragrafi integrano il disposto convenzionale senza suscitare particolari difficoltà di coordinamento⁹, gli ultimi tre se ne distanziano significativamente, introducendo elementi di novità che non hanno una portata meramente complementare o rafforzativa della Convenzione. Infatti, qualora le autorità dello Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione abbiano rigettato la domanda di rientro in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, il regolamento consente l'apertura di una nuova fase di giudizio di fronte al giudice dello Stato dove il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, che esamina «*la questione dell'affidamento del minore*» e, all'esito delle proprie valutazioni, può confermare la decisione contraria al ritorno ovvero sostituirla con un ordine di rientro. Se conferma le conclusioni del primo provvedimento, lo Stato in cui il minore si trova acquisisce la giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale; viceversa, se viene disposto il ritorno, il relativo provvedimento è eseguibile in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, senza bisogno di *exequatur* e senza possibilità di opposizione. Le disposizioni dell'art. 11, par. 6-8, devono infatti essere coordinate e integrate con le norme del regolamento relative alla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, materie non contemplate dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

In riferimento a questi aspetti della disciplina regolamentare sono sorte le maggiori difficoltà nella ricostruzione delle interazioni tra la Convenzione dell'Aja del 1980 e il regolamento n. 2201/2003, e nell'applicazione integrata e combinata dei due sistemi. Tuttavia, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata in più occasioni a dirimere i conflitti sorti tra gli Stati membri coinvolti in episodi di sottrazione internazionale di minori, ha chiarito quali disposizioni del regolamento vadano interpre-

⁷ Per quanto riguarda i presupposti per l'accoglimento della domanda, le definizioni di diritto di affidamento e di trasferimento illecito, contenute rispettivamente negli artt. 5 e 3 della Convenzione dell'Aja, sono state «comunitarizzate» dall'art. 11, num. 9) e 11), del regolamento ma rimangono sostanzialmente identiche (seppur sussistono in realtà alcune minime differenze che, tuttavia, non rivestono una grande rilevanza pratica). Si segnala inoltre che la Corte di Giustizia è recentemente intervenuta sulla nozione di trasferimento illecito, chiarendo che, in assenza di un titolo da cui derivi il diritto di affidamento in conformità alla legislazione dello Stato membro interessato, il trasferimento non può essere considerato «illecito» ai sensi del regolamento e della Convenzione dell'Aja del 1980, pertanto non può essere esperita la tutela reintegratoria prevista in caso di sottrazione internazionale di minori. V. CGUE, 15 ottobre, 2010, C-400/10 PPU, J. *McB.*, inedita (<http://curia.europa.eu>).

⁸ Riguardo alla disciplina della sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea, cfr. P. J. BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008; R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra Regolamento 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di Famiglia e Unione europea*, Giappichelli, 2008, Torino, pp. 283 ss.; M.C. BARUFFI, *Spunti sul Regolamento 2201/2003 e sulla sua applicazione giurisprudenziale*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, 2009, n. 3, pp. 12 ss.; I. QUEIROLO, *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell'applicazione di esse*, in AA. VV. *Le controversie in materia di filiazione*, Milano, Cedam, 2010, pp. 191 ss. Sul regolamento (CE) n. 2201/2003, v. anche E. GALLANT, *Règlement Bruxelles IIbis (Matières matrimoniale et de responsabilité parentale)*, in *Répertoire de droit international Dalloz*, août, 2007.

⁹ Di fatto, le disposizioni dell'art. 11, par. 2 - 5, non fanno che rispondere ai problemi emersi nella prassi applicativa della Convenzione dell'Aja del 1980, introducendo una serie di obblighi da adempiere nel corso delle procedure per l'esame della domanda di rientro, da parte del giudice dello Stato ove il minore si trova a seguito della sottrazione. Nello specifico, si impongono il trattamento della domanda di ritorno nel termine di sei settimane, il divieto di negare il rientro ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. b), qualora nello Stato di residenza abituale siano adottate misure idonee ad assicurare la protezione del minore, e l'obbligo di ascolto sia della parte che domanda il ritorno sia del minore che abbia un'età e un grado di maturità sufficienti.

tate alla luce della Convenzione, in una logica di continuità ed analogia, e quali invece si fondino su principi estranei al sistema preesistente, propri del diritto dell'Unione europea. La Corte si è così mostrata molto attenta nell'individuazione del «valore aggiunto» del regolamento attraverso un confronto puntuale tra le disposizioni regolamentari e quelle convenzionali.

II. Le principali novità introdotte dal regolamento n. 2201/2003 anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia

1. Ripartizione della competenza tra gli Stati membri coinvolti dal trasferimento illecito di un minore

4. La Convenzione dell'Aja del 1980 non contiene norme sulla competenza, ma si limita a stabilire che la domanda di restituzione, per ragioni di prossimità e opportunità, venga esaminata nello Stato dove il minore è stato illecitamente condotto (art. 12). Specifica tuttavia che, nell'esame della questione, il giudice adito è tenuto ad applicare unicamente le norme della Convenzione, senza poter deliberare in materia di affidamento¹⁰. L'art. 16 della Convenzione dispone infatti che, in pendenza del procedimento sul ritorno, le questioni inerenti ai diritti di affidamento potranno essere esaminate soltanto di fronte ai giudici dello Stato della residenza abituale¹¹. Vale infatti la presunzione secondo la quale il foro potenzialmente più idoneo a decidere sul merito dei diritti di custodia è quello del luogo in cui il minore aveva la propria residenza abituale prima della sottrazione. La reintegrazione del minore nella sua residenza abituale ha pertanto anche la funzione di restituire il giudizio sull'affidamento al suo giudice naturale, impedendo che il mutamento di circostanze determinato dall'*abductor* possa influire sull'individuazione del foro¹². La preclusione prevista dall'art. 16 viene meno solo nel caso in cui il giudice adito sul ritorno riscontri che questo non può avere luogo per la presenza di circostanze ostative.

5. Il regolamento n. 2201/2003 ha introdotto norme imperative sulla competenza, dirette a garantire la prevalenza del giudice del luogo in cui il minore risiedeva abitualmente prima del trasferimento illecito.

I titoli di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale¹³ si distinguono a seconda che si versi in ipotesi di trasferimento lecito o illecito di un minore. Quando la controversia sui diritti di affida-

¹⁰ Questa lettura dell'art. 16 della Convenzione è stata accolta anche dalla Corte di Cassazione che ha specificato che, nel corso del giudizio di rimpatrio, al giudice adito sono precluse valutazioni inerenti il regime di affidamento più opportuno, il migliore collocamento per il minore, e le capacità genitoriali delle parti. Per motivare la decisione di accoglimento o rigetto della domanda di ritorno, infatti, il giudice adito deve limitarsi a rilevare l'esistenza dei presupposti della sottrazione (illiceità del trasferimento e violazione dei diritti di affidamento) e l'eventuale presenza delle circostanze ostative che rendono inopportuno un rientro nella residenza abituale. V. Cass., 31 ottobre 2007, n. 22962, in *Famiglia e minori*, 2007, n. 11, pp. 54 ss. Cfr. anche M. MANFREDONIA, *Il giudice minorile opera all'interno di confini ristretti*, in *Famiglia e minori*, 2008, n. 2, pp. 32 ss. Tale interpretazione è del resto avallata anche dal *Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, par. 123, pubblicato in G. DE MARZO, DE SANTI, *Minori oltre confine*, cit., pp. 235 ss. (<http://hcch.net>).

¹¹ In pratica, nei due Stati interessati dal trasferimento illecito del minore, vengono condotti, parallelamente, due distinti procedimenti, l'uno sulla domanda di ritorno, nello Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione, l'altro sulla regolamentazione dei rapporti genitoriali, nello Stato di residenza abituale.

¹² *Rapport explicatif*, cit., par. 66 e 71.

¹³ Non ci si sofferma in questa sede sulla nozione di residenza abituale del minore, definita nei suoi tratti essenziali dalla Corte di Giustizia, in termini sostanzialmente analoghi a quelli elaborati in precedenza dalla Corte di Cassazione italiana. Per un commento alla giurisprudenza di riferimento e per approfondimenti, si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, n. 2 (ottobre 2010), pp. 244 ss., e M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, n. 3, pp. 685 ss. e S. MARINO, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, n. 2, pp. 467 ss. Si segnala, inoltre, che la Corte di Giustizia è tornata recentemente a occuparsi della materia con riferimento ai criteri per la determinazione della residenza abituale dei minori di pochi mesi o neonati, v. CGUE, 22 dicembre 2010, C-497-10 PPU, *Mercredi*, inedita, punti 56 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

mento riguarda un minore illecitamente trasferito da uno Stato membro all'altro, al fine di evitare un utilizzo strumentale dei cambiamenti di residenza per sottrarre la controversia al suo giudice naturale, l'art. 10 deroga al foro generale previsto dall'art. 8, prevedendo che continui ad essere competente il giudice del luogo in cui il minore aveva la propria residenza abituale immediatamente prima della sottrazione¹⁴.

Allo stesso giudice il regolamento riserva anche la decisione definitiva sul ritorno del minore. Come già anticipato, infatti, l'art. 11, par. 6, del regolamento prevede che le autorità che emanano un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della Convenzione sono tenute a trasmettere copia della decisione e di tutti i documenti pertinenti allo Stato in cui il minore risiedeva prima della sottrazione. Se non ancora adito dalle parti, il giudice della residenza abituale le invita a presentare le proprie conclusioni entro un termine perentorio di tre mesi. Se il termine decorre inutilmente, il procedimento viene archiviato; in caso contrario, il giudice potrà esaminare *la questione dell'affidamento del minore* (art. 11, par. 7) e decidere se confermare il precedente provvedimento oppure sostituirlo con un ordine di rientro (art. 11, par. 8).

6. Il trasferimento della competenza allo Stato nel quale il minore si trova a seguito del trasferimento illecito è ammesso solo al ricorrere delle circostanze tassativamente previste dall'art. 10 del regolamento, due delle quali si ricollegano agli esiti del procedimento previsto dall'art. 11, parr. 6-8. La prima (art. 10, *iii*), si configura nel caso in cui le parti non assumano le iniziative processuali necessarie affinché il giudice della residenza abituale si pronunci sulla domanda di ritorno. Come anticipato, infatti, l'art. 11, par. 7, del regolamento richiede la presentazione delle osservazioni di parte entro il termine perentorio di tre mesi. La seconda ipotesi (art. 10, *iv*), invece, si realizza quando il giudice dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, adito in base all'art. 11, par. 7, del regolamento, conferma il provvedimento precedente e, così facendo, declina la propria competenza a deliberare sulla responsabilità genitoriale a favore dello Stato nel quale il minore è trattenuto. Se, invece, avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 11, par. 8, del regolamento, il giudice competente ordina il rientro del minore sottratto all'interno della propria giurisdizione, avoca a sé, definitivamente, ogni decisione riguardante il minore e lo Stato in cui il minore si trova è competente solo in ordine all'esecuzione dell'ordine di rientro, certificato conformemente all'art. 42 del regolamento.

2. Il procedimento di «riesame» previsto dall'art. 11, parr. 6- 8, del regolamento n. 2201/2003

7. Il regolamento non specifica quale sia il *thema decidendum* del giudizio che si apre di fronte al giudice della residenza abituale con l'adempimento delle procedure previste dall'art. 11, parr. 6 - 7 del regolamento né quali relazioni intercorrano tra tale procedimento e la fase processuale precedente, svoltasi nello Stato in cui il minore è stato condotto. Non è chiaro, in particolare, quali elementi debbano essere presi in considerazione per l'adozione della decisione con la quale confermare il provvedimento di non restituzione ovvero ordinare il rientro del minore.

Si osserva, infatti, che, a differenza del giudice dello Stato del trasferimento, soggetto al regime di preclusioni imposto dall'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1980¹⁵, quello dell'ultima residenza abituale del minore è competente a deliberare anche sul merito dei diritti di affidamento. Ci si chiede pertanto se il giudizio sul ritorno previsto dal regolamento debba svolgersi sulla scorta di valutazioni inerenti l'affidamento e la responsabilità genitoriale o se, al contrario, sia sottoposto unicamente alle regole di cui agli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, come avveniva nella fase antecedente (obbligo di disporre il rientro immediato salvo gravi motivi, espressamente previsti)¹⁶.

¹⁴ L'art. 8 del regolamento, infatti, prevede un criterio temporalmente limitato e flessibile, che segue i cambiamenti di residenza del minore, secondo il quale spetta al giudice dello Stato in cui il minore risiede abitualmente al momento della domanda pronunciarsi sulle questioni relative alla responsabilità genitoriale (salvo il periodo di ultrattività di tre mesi previsto dall'art. 9).

¹⁵ In proposito v. M. MANFREDONIA, cit., pp. 32 ss.

¹⁶ Il problema era stato posto in termini analoghi anche da G. DE MARZO, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e diritto*, 2010, n. 1, p. 47.

Il tenore letterale dell'art. 11 contribuisce a creare una certa ambiguità. Stando alla previsione del par. 7, infatti, gli atti relativi al procedimento conclusosi con la decisione contraria al ritorno devono essere trasmessi al giudice della residenza abituale, affinché questo esamini «*la questione dell'affidamento del minore*». Parimenti, l'art. 10, iv), prevede un trasferimento di competenza dal giudice della residenza abituale a quello dello Stato nel quale il minore è stato illecitamente trasferito nel caso in cui il primo abbia emanato «*una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore*». Si sarebbe pertanto indotti a ritenere che, assegnando l'ultima parola sulla questione del ritorno allo stesso giudice cui è riservata la competenza a deliberare sulla definitiva regolamentazione dei rapporti familiari, il regolamento abbia inteso istituire un collegamento di tipo sostanziale tra l'eventuale ordine di restituzione e la deliberazione circa l'assetto definitivo dei rapporti genitoriali, per cui il ritorno potrebbe essere disposto solo qualora si decidesse di affidare il minore allo stesso genitore che ne chiede il rientro. Se si accogliesse un'interpretazione siffatta, la decisione sull'affidamento del minore conteso assumerebbe carattere preliminare rispetto a quella sul ritorno.

8. Il problema interpretativo è stato di recente affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *Povse*¹⁷. La controversia riguardava il trasferimento illecito di una minore dall'Italia all'Austria. Il padre, italiano, aveva chiesto alle autorità austriache di disporre il rientro immediato della figlia nella residenza abituale italiana, in applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980. Dato il rigetto della domanda sulla scorta dell'art. 13, par. 1, lett. b) della Convenzione, il Tribunale per i Minorenni di Venezia, in virtù della facoltà riconosciutagli dall'art. 11, par. 8, del regolamento, aveva ordinato l'immediato ritorno della minore in Italia, prima ancora di aver deliberato in via definitiva in merito all'affidamento. L'ordine di restituzione, munito del certificato di cui all'art. 42 del regolamento, veniva trasmesso all'Austria per la sua immediata attuazione. Di qui, il ricorso in via pregiudiziale urgente con cui le autorità austriache chiedono alla Corte di Giustizia se, per poter essere eseguito, l'ordine di ritorno di cui all'art. 11, par. 8, del regolamento debba fondarsi su una decisione definitiva in merito all'affidamento. Secondo l'interpretazione del giudice remittente, infatti, se il ritorno del minore sottratto non fosse subordinato all'attribuzione del diritto di affidamento allo stesso genitore che ne chiede il rientro (o, comunque, a una decisione che ne prevede la collocazione presso il genitore richiedente), il minore correrebbe il rischio di essere sottoposto a una serie di spostamenti inutili. Inoltre, l'accertamento di fatti rilevanti per la decisione in materia di affidamento, garantirebbe una maggiore fondatezza del provvedimento sul ritorno rispetto ad una decisione assunta nell'ambito di un procedimento monitorio e vincolato, come quello previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

La Corte di Giustizia respinge questa interpretazione, che reputa priva di ogni fondamento testuale nel regolamento. Secondo l'analisi della Corte, il par. 7 dell'art. 11 del regolamento, allorché affida al giudice della residenza abituale l'esame della *questione dell'affidamento del minore*, «non fa che indicare l'obiettivo finale dei procedimenti amministrativi e giudiziari, vale a dire la regolarizzazione della situazione del minore, ma da ciò non è lecito dedurre che la decisione sull'affidamento del minore costituisca una condizione preliminare all'adozione di una decisione che dispone il ritorno del minore»¹⁸.

Non esiste, osserva la Corte, un collegamento obbligato e necessario tra la deliberazione sull'affidamento del minore e il provvedimento che ne dispone il rientro nella residenza abituale antecedente: il regolamento consente di ordinare il ritorno anche *prima* di decidere sull'affidamento. Mentre infatti la decisione sul ritorno resta soggetta all'imperativo di celerità che governa la procedura istituita dalla Convenzione dell'Aja del 1980 (ribadito anche dall'art. 11, par. 3, del regolamento), l'urgenza che caratterizza il giudizio sulla domanda di restituzione non è compatibile con le esigenze del giudizio sulla responsabilità genitoriale. Se, pertanto, la decisione sul ritorno dovesse essere preceduta da quella sul definitivo assetto dei rapporti genitoriali, questo «si tradurrebbe in un vincolo tale da obbligare il giudice competente a prendere una decisione sull'affidamento senza disporre di tutte le informazioni e di tutti

¹⁷ CGUE, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU, *Povse*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 8, pp. 83 ss, con nota di A. LEANDRO. Per ulteriori commenti cfr. A. DEVERS, *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, in *La Semaine juridique*, 2010, n. 39, pp. 956 ss.; C. CONTI, R. FOGLIA, *Il trasferimento illecito del minore e provvedimenti provvisori*, in *Il corriere giuridico*, 2010, n. 8, pp. 1087 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

¹⁸ CGUE, *Povse*, cit., par. 53.

gli elementi pertinenti, né del tempo necessario a valutarli in modo obiettivo e pacato»¹⁹. Al contrario, per pronunciarsi sul merito, il giudice della residenza abituale dovrebbe disporre di elementi sufficienti a fondare il proprio convincimento e del tempo necessario per acquisirli e valutarli, rischiando di ritardare ulteriormente il ripristino delle relazioni genitoriali arbitrariamente interrotte. Del resto, il ritorno del minore, sia nel regolamento che nella Convenzione, non è concepito come una collocazione definitiva o permanente, ma è finalizzato esclusivamente a consentire che la decisione sul merito sia assunta in presenza del minore, nel foro più appropriato, quello del luogo in cui il minore risiedeva prima del trasferimento illecito.

La finalità del giudizio supplementare previsto dal regolamento, pertanto, è essenzialmente quella di consentire un «duplice esame» della domanda di restituzione, in distinte fasi processuali e da parte di giudici diversi, dei quali l'uno è più adeguato a tenere conto delle attuali circostanze nelle quali il minore si trova a seguito del trasferimento e l'altro è più idoneo a valutare le circostanze in cui ha vissuto prima della sottrazione e nelle quali vivrà in caso di ritorno nella residenza abituale. Il secondo giudice è tenuto in particolare a verificare se esista effettivamente un motivo legittimo e imperativo che si opponga al rientro del minore, poiché, come osserva l'Avvocato Generale Sharpston nelle sue conclusioni²⁰, per poter revocare la precedente decisione, il giudice competente in base all'art. 11, parr. 6-8, deve essere persuaso che il motivo dedotto dal primo giudice non impedisca il ritorno del minore; pertanto, tenuto conto dei motivi sui quali si fonda la decisione contraria²¹, deve escluderne la sussistenza in base ad altri elementi di cui il primo giudice non era a conoscenza.

Sulla scorta delle osservazioni sinora esposte, la Corte esclude dunque che l'ordine di ritorno debba fondarsi necessariamente su una decisione definitiva in merito all'affidamento, ma, allo stesso tempo, lascia intendere che nulla vieta al giudice della residenza abituale, dal momento in cui riceve gli atti del primo procedimento, di pronunciarsi in via definitiva sui diritti di custodia e, per l'effetto, ordinare la restituzione del minore. L'art. 11, par. 8, in combinato con l'art. 10 del regolamento, consente infatti al giudice competente sia di occuparsi solo della questione del ritorno, rinviando eventualmente la deliberazione sul merito ad una fase successiva al rientro del minore, sia di decidere immediatamente sull'affidamento²². Anche in questa seconda ipotesi, tuttavia, la decisione sul ritorno non potrà essere subordinata a valutazioni inerenti la migliore e più opportuna regolamentazione dei rapporti genitoriali²³ dal momento che l'art. 42, par. 2, del regolamento (che richiede di tenere conto dei motivi alla base del provvedimento fondato sull'art. 13 della Convenzione dell'Aja) impone al giudice competente di ripetere l'esame già svolto dal primo giudice circa l'eventuale sussistenza di motivi ostativi e, pertanto, di fondare la propria decisione riguardo al ritorno sulle previsioni della Convenzione dell'Aja del 1980²⁴.

9. Sulle questioni affrontate dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Povse*, è intervenuta, con una sentenza di poco successiva, anche la Corte di Cassazione italiana²⁵. La vicenda processuale coinvolge-

¹⁹ *Ibidem*, par. 62.

²⁰ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentata il 16 giugno 2010, nella causa C-211/10 PPU, *Povse*, cit., par. 72 (<http://curia.europa.eu>).

²¹ Come imposto dall'art. 42, par. 2, *lett. c*), del regolamento. Si tratta di una delle condizioni per il rilascio del certificato: il giudice rilascia il certificato solo se «ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980».

²² Nel giudizio previsto dall'art. 11, par. 7, pertanto, la questione del ritorno non deve necessariamente rimanere distinta da quella sull'affidamento, come invece nel procedimento di ritorno instaurato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980 (in forza della preclusione imposta dall'art. 16) ma sta al giudice dello Stato di residenza abituale, competente anche in materia di responsabilità genitoriale, valutare se, al momento in cui riceve gli atti del procedimento convenzionale sul ritorno, dispone di elementi di valutazione sufficienti per assumere la decisione definitiva sul merito. Ovviamente, questa ipotesi è plausibile solo nel caso in cui, prima della comunicazione degli atti, il giudice della residenza abituale fosse già stato investito del giudizio sul merito, in base all'art. 10 del regolamento.

²³ Condotta sulla base del diritto sostanziale applicabile al caso, designato dall'ordinamento del foro.

²⁴ In pratica, a parere di chi scrive, sebbene l'ordine di rientro possa essere inserito nell'ambito di una decisione dal contenuto più ampio, inerente l'assetto delle relazioni familiari e/o genitoriali, la decisione inerente il ritorno dovrebbe essere motivata separatamente rispetto alle altre questioni di merito e fondarsi sull'art. 13 della Convenzione, come imposto dall'art. 42 del regolamento, che fissa il «contenuto minimo» della decisione sul ritorno.

²⁵ CASS., 14 luglio 2010, n. 16549, annotata da G. DE MARZO, *Sottrazione internazionale di minori e disciplina comunita-*

va una minore, convivente con entrambi i genitori in Italia, successivamente trasferita in Spagna dalla madre, senza il consenso del padre naturale. Poiché la Spagna aveva negato il rientro in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, il padre si rivolgeva al Tribunale per i Minorenni di Palermo affinché, esercitando i poteri previsti dall'art. 11, parr. 7 e 8, del regolamento, ordinasse il ritorno della minore in Italia. Il Tribunale per i Minorenni, tuttavia, confermava il provvedimento spagnolo, rigettando la domanda di rientro del padre, che interponeva ricorso in Cassazione.

La Corte di Cassazione, nel confermare la decisione impugnata, osserva che l'oggetto del giudizio previsto dall'art. 11, parr. 6 ss., del regolamento «è costituito esclusivamente dal riesame del provvedimento contro il ritorno di un minore, emesso ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980», sulla base degli atti trasmessi dal primo giudice e degli elementi probatori acquisiti nel corso del precedente procedimento. Il giudice della residenza abituale del minore, infatti, «ha il potere di effettuare una nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti dal giudice che ha negato il rientro - eventualmente integrandoli con quelli da lui ulteriormente acquisiti a seguito di sommarie informazioni - e di procedere ad un'autonoma interpretazione della disciplina convenzionale e del Regolamento»²⁶. All'esito di tali valutazioni, potrà confermare il provvedimento di diniego del ritorno, eventualmente anche per ragioni ulteriori o diverse da quelle addotte dall'altro giudice, ovvero sostituirlo con un ordine di restituzione.

La Corte si premura inoltre di chiarire che, per deliberare sul ritorno, il giudice resta vincolato unicamente dalle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 e del regolamento n. 2201/2003, nello specifico, «dagli artt. 12, par. 2, (...) e 13 della Convenzione, nonché dall'art. 11, par. 4, del regolamento che introduce un'ulteriore ipotesi che fa eccezione alla regola generale del rientro immediato del minore illecitamente trasferito»²⁷. Mentre, quindi, la regolamentazione della responsabilità genitoriale è disciplinata dal diritto sostanziale dello Stato del foro (o di altro Stato designato dall'ordinamento dello Stato del foro)²⁸, l'esame e il riesame della questione del ritorno sono vincolati ai rigidi criteri imposti dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja, come integrati dai parr. 2-5 dell'art. 11 del regolamento.

10. Le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione italiana appena esaminate, seppur attraverso distinti percorsi interpretativi, configurano il procedimento istituito dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e il giudizio previsto dal regolamento n. 2201/2003 come momenti distinti di un solo e unico procedimento.

Questo assunto incide anche sull'individuazione del rito e del modello procedimentale applicabile al giudizio di riesame che, dato il rinvio alla «legislazione nazionale» contenuto nel par. 7 dell'art. 11 del regolamento, si svolge secondo le procedure designate dagli ordinamenti giuridici nazionali. Stante il rapporto di analogia che unisce il procedimento disciplinato dalla Convenzione dell'Aja e il successivo giudizio di riesame introdotto dal regolamento, la Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, riconduce le due parentesi procedimentali allo stesso modello di giudizio²⁹, che si svolge secondo i canoni di specialità, sommarietà e urgenza richiesti dall'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1980 e dall'art. 11, par. 3, del regolamento³⁰.

ria, in *Il Corriere Giuridico*, 2010, n. 11, pp. 1466 ss.

²⁶ *Ibidem*, par. 2.4.

²⁷ *Ibidem*, par. 2.3.

²⁸ Né la Convenzione dell'Aja del 1980 né il regolamento n. 2201/2003 si occupano infatti della legge applicabile alla regolamentazione dei rapporti genitoriali.

²⁹ La Suprema Corte estende al giudizio di riesame il rito applicabile al procedimento sulla domanda di ritorno previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e, nello specifico, i commi 3 e 4 dell'art. 7 della *Legge 15 gennaio 1994, n. 64, di ratifica ed esecuzione, tra le altre, della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma all'Aja il 25 ottobre 1980*, in *G.U.* del 19 gennaio 1994, n. 23, S. O. In virtù delle suddette norme, sulla domanda di ritorno decide il Tribunale per i Minorenni del luogo in cui si trova il minore «entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta» (par. 3), con decreto immediatamente esecutivo. Contro tale provvedimento «può essere proposto ricorso per cassazione» (par. 4), senza necessità di previa impugnazione in appello. Si tratta di un procedimento speciale e urgente che si svolge secondo il rito camerale e sommario tipico della giurisdizione volontaria, in cui l'attività istruttoria è limitata all'assunzione «se del caso» di «sommarie informazioni». In proposito, v. *CASS.*, 04 luglio 2007, n. 8481, in *Guida al diritto*, 2007, pp. 47 ss., *CASS.*, 19 maggio 2010, n. 12293, in *Guida al diritto*, 2010, pp. 63 ss., e *CASS.*, 27 maggio 2008, n. 13829, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2009, pp. 1617 ss., con nota di SALZANO, *Note sull'applicazione dell'Aja del 15 ottobre 1980 in Italia e all'estero*, *ibidem*, pp. 2004 ss.

³⁰ Le norme processualistiche di diritto interno, inoltre, devono essere integrate con i requisiti richiesti dall'art. 42, par. 2,

11. Il procedimento di riesame consentito dal regolamento, poiché non subordinato al previo esaurimento dei mezzi di impugnazione di diritto interno, rappresenta un vantaggio anche in termini di economia processuale. Come osservato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rinau*³¹, infatti, l'unica condizione perché il giudice della residenza abituale possa pronunciarsi sul ritorno è l'adozione di un *qualsiasi* provvedimento fondato sull'art. 13 della Convenzione³², anche provvisorio, senza bisogno di aspettare che questo sia divenuto esecutivo, definitivo o abbia acquisito efficacia di giudicato nello Stato d'origine³³. Di conseguenza, il riesame da parte del giudice della residenza abituale si pone come una valida alternativa ai mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato in cui il minore è trattato: la decisione in merito ad un'eventuale riforma o revisione del procedimento viene sottratta alla giurisdizione dello Stato in cui si trova il minore per essere trasferita allo Stato di ultima residenza abituale.

3. L'esecuzione degli ordini di ritorno certificati ai sensi dell'art. 42 del regolamento

12. La Convenzione dell'Aja del 1980 non si occupa del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni che ordinano il ritorno di un minore sottratto. Nel sistema convenzionale, infatti, la fase esecutiva non presenta profili di transnazionalità³⁴: l'ordine di restituzione, emesso nello Stato in cui si trova il minore, è destinato ad essere eseguito nello stesso Stato, secondo le procedure di diritto interno (art. 47 della Convenzione).

Il sistema istituito dal regolamento assicura invece che l'ordine di rientro emesso in base all'art. 11, par. 8, del regolamento, riceva attuazione nello Stato in cui il minore si trova e le cui autorità si erano espresse contro il ritorno.

Il regolamento predispone pertanto un regime speciale di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di rientro, distinto da quello riservato alla generalità dei provvedimenti in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale³⁵. Gli aspetti essenziali di tale sistema sono efficacemente

del regolamento, che prescrive le condizioni necessarie per il rilascio del certificato, da cui dipende l'immediata esecutività della decisione negli altri Stati membri. In particolare, è previsto l'obbligo di ascolto delle parti e del minore (salvo che l'audizione sia inopportuna in ragione della sua età e grado di maturità) e si impone al giudice della residenza abituale di tenere conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento di diniego adottato ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja. Rileva, inoltre, l'art. 11, par. 7, che stabilisce un'autonoma tempistica processuale e, pertanto, dovrebbe prevalere sul termine ordinario di 30 giorni previsto dalla legge di attuazione della Convenzione dell'Aja del 1980, legge n. 64 del 1994, cit.

³¹ CGUE, 11 luglio 2008, C-195/08 PPU, *Rinau*, *Raccolta*, 2008, p. I-05271. Per un commento alla sentenza v. C.M. CAAMIÑA DOMINGUEZ, *Las resoluciones de restitución de menores en la Unión europea: el caso Rinau*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 222 ss.; M. CASTELLANETA, *L'atto è possibile se lo Stato di esecuzione di è espresso contro il ritorno del bambino*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 31, p. 121 ss; H. MUIR WATT, *Du 11 juillet 2008. - Cour de justice de Communautés européennes. - PPU. - Aff. C-195/08*, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, n. 4, pp. 881 ss.

³² Diversamente, nel caso in cui la decisione contro il ritorno sia fondata sull'art. 12, par. 2, della Convenzione, non essendo ammessa alcuna revisione da parte del giudice della residenza abituale, le uniche forme di impugnazione possibili sono quelle previste dall'ordinamento dello Stato che ha adottato la decisione.

³³ In teoria, nulla vieta di impugnare il provvedimento che nega il rientro sulla base dell'art. 13 della Convenzione mediante gli strumenti di ricorso previsti nello Stato che lo ha emesso. Se tali impugnazioni si rivelassero infruttuose e la decisione contraria al ritorno fosse confermata nei successivi gradi di giudizio, la questione potrebbe comunque essere riesaminata dal giudice della residenza abituale, con le modalità previste dall'art. 11 del regolamento.

³⁴ Nonostante ciò, l'esecuzione delle decisioni che ordinano il ritorno nella residenza abituale ai sensi dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja del 1980 costituisce uno dei principali punti deboli del sistema convenzionale. Nella prassi è infatti frequente che il provvedimento di ritorno non riceva poi attuazione, determinando il consolidamento della situazione originata dalla sottrazione. La consistenza del problema è testimoniata anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, in varie pronunce, ha condannato per violazione dell'art. 8 Cedu gli Stati parte della Convenzione dell'Aja del 1980 che non avevano portato ad esecuzione gli ordini di ritorno precedentemente adottati. L'argomento, troppo complesso per essere approfondito in questa sede, è stato affrontato da P. R. BEAUMONT, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on The Hague Convention on International Child Abduction*, in *Recueil des cours de l'Académie de la Haye del droit international*, 2008, pp. 12 ss.

³⁵ Il regolamento disciplina il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni sulla base di due modelli distinti. Il primo, generale, si applica alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e si svolge secondo le procedure previste dal capo III, sezione 2, del regolamento, in virtù delle quali sono ammesse alcune limitazioni al riconoscimento (artt. 21, parr. 1 e 3, e 23) ed è necessario richiedere l'*exequatur* nello Stato dell'esecuzione. Il secondo modello, invece, ha carattere speciale rispetto al primo, riguarda le decisioni che ordinano il ritorno del minore in base all'art. 11, par. 8, e quelle relative al diritto di visita e segue le regole della sezione 4 dello stesso capo.

sintetizzati nel ventiquattresimo considerando del regolamento: «le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno, che siano state certificate nello Stato membro d'origine conformemente alle disposizioni del presente regolamento, dovrebbero essere riconosciute e hanno efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto qualsiasi altro procedimento» e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento o all'esecuzione.

Per accedere a tale regime agevolato la decisione di ritorno deve essere certificata dall'autorità che l'ha emessa, conformemente al par. 2 dell'art. 42, ossia indicando che, nel corso del procedimento di riesame, sono state rispettate determinate regole di carattere procedurale e, in particolare, che le parti e il minore (salvo fosse inopportuno in ragione della sua età e grado di maturità) hanno avuto la possibilità di essere ascoltati e che, nel corso dell'istruttoria, sono stati tenuti in debito conto i motivi e gli elementi probatori che avevano indotto il primo giudice a negare il rientro del minore conteso. Dal momento del rilascio del certificato, la decisione di ritorno del minore è automaticamente riconosciuta e immediatamente esecutiva in ogni Stato membro, senza necessità di *exequatur*.

Con la nota sentenza *Rinau*³⁶, la Corte di Giustizia ha chiarito che, anche nella fase dell'esecuzione, il regolamento stabilisce una netta ripartizione di competenze tra lo Stato della residenza abituale, che ha disposto il rientro del minore, e lo Stato che deve dare attuazione alla decisione certificata, privato di ogni possibilità di paralizzare l'immediata esecutività del provvedimento attraverso la contestazione del certificato o della decisione certificata. Non è quindi ammesso alcun mezzo di impugnazione contro il rilascio del certificato, ad eccezione della domanda di rettifica³⁷ in caso di errori materiali, di cui all'art. 43 del regolamento. Tutte le questioni inerenti alla legittimità della decisione certificata, incluse le eventuali contestazioni riguardo alla competenza o alla sussistenza dei presupposti per l'adozione e l'esecuzione dell'ordine di rientro, devono essere sollevate dinanzi ai giudici dello Stato che ha emesso la decisione e sono esaminate in conformità al suo ordinamento giuridico, mediante gli strumenti di impugnazione e revisione da esso previsti.

13. La Corte di Giustizia è tornata recentemente a pronunciarsi sul tema con la sentenza *Aguirre Zarraga*³⁸, nella quale ha specificato che l'opposizione all'esecuzione della decisione di rientro certificata in base all'art. 42 non è ammessa in alcun caso, neanche quando la decisione sia viziata da una grave violazione dei diritti fondamentali.

La vicenda all'origine della controversia riguardava una minore, abitualmente residente in Spagna, condotta illecitamente dalla madre in Germania. Le autorità tedesche respingevano la domanda di rientro sulla base dell'art. 13, par. 2, della Convenzione (opposizione del minore al ritorno). La Spagna, pertanto, ricevuta comunicazione del provvedimento tedesco riesaminava la questione e disponeva il rientro della minore, rilasciando il certificato di cui all'art. 42. La Germania, poiché nel corso del procedimento spagnolo non era avvenuta l'audizione della minore, riteneva che l'ordine di ritorno fosse viziato da una grave violazione dei diritti fondamentali, segnatamente del diritto del minore ad essere ascoltato, previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ribadito dall'art. 42, par. 2, del regolamento, e, pertanto, ricorreva alla Corte di Giustizia per sapere se, in caso di violazioni dei diritti fondamentali, fosse ammissibile l'opposizione all'esecuzione della decisione certificata.

La Corte di Giustizia respinge questa tesi e ribadisce che lo Stato deputato all'esecuzione del ritorno non ha alcun potere di controllo né sulla legittimità della decisione né sul rilascio del certificato: ogni questione relativa ai presupposti per l'adozione dell'ordine di rientro o alla legittimità di tale decisione deve essere sollevata dinanzi ai giudici dello Stato d'origine. I principi della prevalenza del giudice dello Stato di residenza abituale e dell'autonomia procedurale dell'ordine di rientro, pertanto, non ammettono eccezioni, neanche nel caso di presunta violazione dei diritti fondamentali³⁹.

³⁶ CGUE, *Rinau*, cit.

³⁷ Domanda che, comunque, dovrà essere esaminata conformemente alla legge nazionale dello Stato di provenienza della decisione.

³⁸ CGUE, 22 dicembre 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, inedita (<http://curia.europa.eu>).

³⁹ *Ibidem*, par. 69.

Inoltre, il diritto fondamentale del minore ad essere sentito, recepito dall'art. 42, par. 2, lett. a) del regolamento, ha un contenuto autonomo, proprio del diritto dell'Unione europea⁴⁰, indipendente da quello riconosciuto dalle leggi fondamentali dei singoli Stati membri.

14. Vi è un importante elemento di differenziazione tra la disciplina generale dell'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e il regime speciale riservato alle decisioni di rientro emesse ai sensi dell'art. 11, par. 8, del regolamento. Nel primo caso, infatti, l'art. 23, lett. b), del regolamento, consente l'opposizione al riconoscimento delle decisioni emesse «*senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto*». Al contrario, quando si tratta di un ordine di ritorno certificato, lo Stato dell'esecuzione non ha alcun potere di controllo sulla decisione relativamente al rispetto dei diritti fondamentali previsti dal suo ordinamento giuridico poiché l'art. 42, n. 2, lett. a), del regolamento - a differenza dell'art. 23 - non contiene nessun riferimento all'ordine pubblico degli Stati membri. Sotto questo aspetto, pertanto, come rileva l'Avvocato Generale Bot⁴¹, il regolamento si distingue nettamente anche dalla Convenzione dell'Aja del 1980, che consente di rifiutare la restituzione del minore qualora non consentito dai principi fondamentali propri dello Stato ove il minore è stato condotto, relativi ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali (art. 20 della Convenzione)⁴². Pertanto, conclude l'Avvocato Generale, «il valore aggiunto del regolamento n. 2201/2003 rispetto a tale Convenzione consiste nel consentire di superare le situazioni di stallo che potrebbero derivare da divergenze di valutazione relative all'interesse superiore del minore nei casi in cui tale valutazione venga effettuata dal giudice di origine e dal giudice richiesto alla luce dei rispettivi diritti fondamentali»⁴³.

15. Nella già ricordata sentenza *Povse*, la Corte di Giustizia ha osservato che, perché il certificato produca gli effetti riconosciuti dal regolamento, è necessario che la decisione di ritorno sia esecutiva (art. 44) e non «incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente» (art. 47). Ne consegue che, se l'ordine di ritorno fosse invalidato o sostituito dalla decisione successiva emessa nello Stato d'origine, in sede di appello o di revisione, esso perderebbe la propria efficacia esecutiva nello Stato dell'esecuzione⁴⁴. La Corte ha pertanto chiarito che l'incompatibilità con una decisione emessa posteriormente, cui si riferisce l'art. 47, par. 2, del regolamento, riguarda esclusivamente le decisioni pronunciate successivamente all'ordine di rientro, nello Stato di residenza abituale, mentre sono del tutto irrilevanti le decisioni assunte nello Stato dell'esecuzione. Del resto, ove possibile, «il regolamento dovrebbe essere interpretato in maniera conforme alla Convenzione dell'Aja»⁴⁵: l'art. 17

⁴⁰ Esso va inteso nel senso che il minore dotato di una sufficiente capacità di discernimento abbia la possibilità di esprimere la propria opinione in merito al ritorno. Spetta pertanto al giudice, nell'esercizio della discrezionalità a lui conferita, valutare l'opportunità di procedere all'audizione, in base alle circostanze del caso. L'opinione espressa dal minore, inoltre, non è vincolante, ma costituisce solo un elemento utile alla ricostruzione del superiore interesse del minore. Nel caso all'esame della Corte di Giustizia, il Giudice spagnolo aveva disposto l'audizione della minore e della madre, convocandole in Spagna. In seguito alla loro mancata comparizione, tuttavia, l'autorità spagnola non aveva ritenuto opportuno procedere all'audizione né tramite videoconferenza né delegando i servizi giudiziari tedeschi. Tali valutazioni, tuttavia, a parere della Corte, rientravano nella facoltà concessa al giudice di prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco.

⁴¹ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentata il 7 dicembre 2010, relativamente alla causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, cit. (<http://curia.europa.eu>).

⁴² Sul diritto del minore ad essere ascoltato nelle controversie inerenti la sottrazione internazionale di minore v. CASS., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, con nota di M. G. RUO, «*The long, long way*» del processo minorile verso il giusto processo, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2010, pp. 106 ss.

⁴³ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Bot, cit., par. 76.

⁴⁴ L'art. 42 prevede la possibilità di rilasciare il certificato quando la decisione diventa «esecutiva», il che implica, in genere, che il termine per proporre appello sia scaduto. «Tuttavia, questa norma non è assoluta e il giudice di origine può, se lo ritiene necessario, dichiarare che la decisione è esecutiva nonostante l'appello. Il regolamento conferisce questo diritto al giudice anche se non è previsto dal diritto nazionale. Lo scopo è quello di evitare la proposizione di appelli dilatori che ritardino indebitamente l'esecuzione», cfr. *Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II*, 1° giugno 2005, p. 40 (<http://ec.europa.eu>).

⁴⁵ «E soprattutto non in modo da attribuire al potere di decisione rafforzato, conferito ai giudici dello Stato membro della residenza abituale anteriore dall'art. 11, n. 8, del regolamento e dal sistema di certificazione di cui all'art. 42 dello stesso, una portata che finirebbe con l'indebolirla rispetto alla disposizione di cui all'art. 17 della Convenzione», cfr. presa di posizione dell'Avvocato Generale Sharpston, cit., par. 115.

della Convenzione prevede infatti che l'adozione, nello Stato ove si trova il minore, di una decisione relativa all'affidamento non può giustificare il rifiuto di fare ritornare il minore. Come già chiarito nella sentenza *Rinau*, infatti, l'unica condizione perché il giudice della residenza abituale disponga il ritorno ai sensi dell'art. 11, n. 8, è l'esistenza di un provvedimento contro il ritorno (basato sull'art. 13 della Convenzione dell'Aia). Non occorre che tale provvedimento sia definitivo né che abbia acquisito forza di giudicato in base all'ordinamento dello Stato che lo ha emesso: le vicende processuali successive alla sua adozione sono irrilevanti. Dal momento in cui si instaura il procedimento di riesame previsto dal regolamento, infatti, la parola sul ritorno passa definitivamente al giudice della residenza abituale, senza che lo Stato in cui si trova il minore possa più pronunciarsi al riguardo.

III. Margini di «autonomia» della disciplina del regolamento n. 2201/2003 rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980

16. A parere di alcuni autori, le innovazioni introdotte dal regolamento rappresenterebbero un forte elemento di rottura rispetto al sistema preesistente⁴⁶. In effetti, mentre nel contesto convenzionale, il rigetto della domanda di rientro determina la definitiva acquisizione della competenza a deliberare sull'affidamento da parte dello Stato in cui si trova il minore, il regolamento prevede che sia il giudice dello Stato di residenza abituale a declinare eventualmente la propria competenza in materia di responsabilità genitoriale o ad impedire il passaggio di giurisdizione, ordinando il ritorno del minore. Gli effetti della pronuncia fondata sull'art. 13 della Convenzione, tuttavia, non sono aggirati o «neutralizzati»⁴⁷ ma piuttosto subordinati alla valutazione ultima del giudice della residenza abituale. Le sentenze esaminate, infatti, hanno chiarito che il giudice designato dall'art. 11, parr. 6 - 8, del regolamento è tenuto a ripetere l'esame sottoposto al primo giudice e a valutare la sussistenza dei gravi motivi impeditivi previsti dalla Convenzione; di conseguenza, la definitiva assegnazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale continua ad essere condizionata, al pari di quanto avviene per la Convenzione dell'Aja del 1980, dalla decisione sul ritorno.

Ma, se il procedimento di riesame presenta ancora importanti «legami» con il disposto convenzionale –non fosse altro che per la determinazione dell'oggetto del giudizio–, l'esecuzione dell'ordine di ritorno segue invece regole del tutto autonome, che rivestono natura eccezionale persino rispetto alle altre previsioni del regolamento in materia di responsabilità genitoriale. In virtù del sistema di certificazione previsto dal regolamento, infatti, l'ordine di ritorno si impone nello Stato dell'esecuzione su ogni decisione precedente e successiva e non è impugnabile, neanche in caso di irregolarità procedurali o vizi di legittimità, rilevabili solo di fronte al giudice della residenza abituale.

⁴⁶ Così P. McELEVAY, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, in *Journal of Private International Law*, 2005, n. 1, pp. 11 e 22 ss.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 22 ss.

VARIA

NOTAS CRÍTICAS EN TORNO A LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 OCTUBRE 2010 SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

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: 16.01.2011 / Aceptado: 28.01.2011

Resumen: La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm 243 de 7 octubre 2010) ha intentado proporcionar seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación en España de los nacidos mediante dichas técnicas reproductivas cuando dicha filiación ha quedado acreditada por autoridades de otros países. Se trata de una Instrucción con numerosos límites operativos. La Instrucción exige que la filiación de estos sujetos conste en sentencia judicial extranjera y contiene un elenco poco acertado de requisitos que debe reunir tal sentencia para poder acceder al Registro civil español. Estas exigencias ignoran la realidad de las normas vigentes de Derecho internacional privado español y burocratizan de modo artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero.

Palabras clave: gestación por sustitución, Ley aplicable, norma de conflicto, exequatur, Derecho registral internacional, filiación, interés superior del menor.

Abstract: The «Instrucción DGRN» of October 5, 2010 on filiation by surrogacy (Spanish Official Journal BOE October 7, 2010) tried to provide legal certainty with regard to children born abroad. This «Instrucción» presents numerous operative limits. In particular, the requirement of a foreign judicial decision on filiation in these cases ignores the Spanish legal rules of Private International Law and reates a wall of bureaucracy which is not consistent with the superior welfare of the child.

Key words: Surrogate mothers, applicable Law, conflict rule, exequatur, filiation, superior welfare of the minor.

Sumario: I. Introducción. II. Puntos clave de la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. III. Perfiles críticos en torno a la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. IV. Litigación judicial en España en torno a la filiación del nacido en virtud de gestación por sustitución. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ha visto la luz en el BOE núm 243 de 7 octubre 2010. Se trata de una Instrucción largamente esperada. En efecto, la deficiente práctica seguida por los funcionarios aplicadores de las normas españolas sobre gestación por sustitución ha generado, por una parte, un descontento generalizado en los afectados personalmente por dichas actuaciones funcionariales, y por otra parte, una polémica de dimensiones muy notables en el ámbito de los especialistas de Derecho internacional privado¹. Debe subrayarse que la Instrucción citada no ha calmado la tormenta. Todo lo contrario. La Instrucción ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión. Ha dejado, además, en una situación de desesperanza, descontento y abandono a los ciudadanos personalmente afectados por la misma, y especialmente, a los menores implicados. Aunque algún *blog* facundo y diletante de los que proliferan por Internet haya colmado de bendiciones, halagos, plácemes y parabienes el contenido de esta Instrucción, lo cierto es que, como se podrá comprobar a continuación, ésta no satisface las necesidades sociales existentes y muestra unas carencias jurídicas alarmantes en el campo del Derecho internacional privado y del Derecho Civil.

II. Puntos clave de la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

2. Con extrema frecuencia, y a pesar de la existencia de un acta registral extranjera en la que consta la filiación de los nacidos en el extranjero a través de estas técnicas, las autoridades españolas aplican directamente la Ley material española a la determinación de la filiación de tales sujetos. Este ejercicio de legefórmismo extremo (= que ignora la presencia de elementos internacionales en el caso), constituye un error jurídico monumental. Este error (= legefórmismo exacerbado) resulta especialmente grave en los casos en los que se dispone de un documento expedido por el Registro Civil extranjero (= acta registral extranjera) y también en los casos en los que el nacido pudiera no ser español. Esta actitud equivocada, contraria al tenor y al espíritu de las normas vigentes del Derecho internacional privado español, comporta arduos problemas para documentar al nacido como sujeto de «nacionalidad española». La práctica seguida por numerosas autoridades registrales españolas, que rechazan que los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución sean «españoles», comporta para tales menores la imposibilidad de obtener la documentación oficial que le acredita como «nacional español» (= y especialmente el pasaporte español). Ello complicará su salida del país extranjero con destino a España, en particular, si las autoridades del país extranjero de su nacimiento consideran que tal sujeto es nacido de español y no le potorgan su nacionalidad por hecho de haber nacido en tal país (= como sí ocurre, por ejemplo en los Estados Unidos de América, cuya legislación sigue, en este punto, el criterio *jus soli*), pues entonces el menor resultará apátrida. En dicho supuesto, obtener una documentación para cruzar de manera eficaz y válida las fronteras estatales resulta complicado.

¹ En torno a la cuestión de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *CDT*, 2009-II, pp. 294-319; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 208-212; M. ATIENZA, «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; S. BOLLÉE, «Nota a Sent. Cass. Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]», *JDI Clunet*, 2009, pp. 577-586; C. CAMPGLIO, «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604; G. CUNIBERTI, «Nota a la Sent. Cour d'appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octubre 2007 [gestación por sustitución en California]», *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153; E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret.com*, enero 2010; P. LAGARDE, «Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]», *RCDIP*, 2009, pp. 320-331; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; A. QUINONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *Indret*, julio 2009, versión *on line*; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, 3 noviembre 2010, pp. 13-15.

3. Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue «*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*» y también proteger «*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*», especialmente, se persigue «*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*» y también «*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*» de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece los siguientes puntos clave.

1º) *Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación.* La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido. En consecuencia, y como indica la misma Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

2º) *Exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera.* Precisa la DGRN que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los Convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en el art. 954 LEC 1881. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.

3º) *Exigencia de reconocimiento incidental.* Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un «procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria», no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

4º) *Extremos a controlar en el reconocimiento incidental.* Cuando el Encargado del Registro Civil español debe controlar, incidentalmente, el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: (I) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (II) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (III) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (IV) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (V) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Estas exigencias persiguen constatar: (a) La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; (b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

5º) *Decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral.* Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro civil español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur* de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si el encargado del Registro estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

III. Perfiles críticos en torno a la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

4. Como ya se ha señalado, la citada Instrucción no ha resuelto los problemas jurídicos derivados de la errónea aplicación práctica de la normativa vigente por los Encargados del Registro Civil español. Por el contrario, ha introducido nuevas exigencias contrarias a la Ley, lo que es consecuencia de que esta Instrucción no maneja con solvencia jurídica ni los métodos propios del Derecho internacional privado ni las normas vigentes del Derecho internacional privado español. Pueden realizarse diversas críticas generales al contenido de esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

5. a) *Primera crítica.* El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras. La DGRN trata de justificar la exigencia de una previa resolución judicial extranjera en la que conste la filiación del nacido tras técnicas de gestación por sustitución para poder inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de dicho nacido, en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana². El art. 10 Ley 14/2006 indica: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. | 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. | 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». El precepto viene a decir que, en los supuestos de gestación por sustitución, la madre es la mujer que da a luz y el padre es el sujeto al que las reglas generales sobre filiación propias del Derecho español, atribuyen dicha cualidad. Así, por ejemplo, el marido de la mujer que da a luz será el padre del nacido. Sin embargo, añade el número 3 del citado artículo, el padre biológico puede reclamar su paternidad mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales.

No obstante, para que el citado art. 10 Ley 14/2006 sea aplicable, debe serlo también, lógicamente, con carácter previo, toda la Ley 14/2006, esto es, la cuestión de la filiación de estos menores debe quedar sujeta al Derecho sustantivo español. Debido a un deficiente manejo de los métodos del Derecho internacional privado, la DGRN no percibe que, en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes: mediante una «tutela por declaración» o mediante una «tutela por reconocimiento»³. Ambos mecanismos deben ser clara y cuidadosamente diferenciados.

Primero: *Tutela por declaración o proceso de cognición directo.* Si la filiación de un sujeto nacido tras gestación por sustitución no ha quedado determinada por autoridades extranjeras en una «decisión extranjera», se instará por vez primera la determinación de la filiación ante autoridades españolas, registrales o judiciales (= se solicitará una «tutela por declaración» a las autoridades españolas para que éstas «declaren» cuál es la filiación del nacido). Al tratarse de un supuesto «internacional», las autoridades españolas aplicarán, en primer término, una norma de Derecho internacional con el objetivo de precisar el Derecho estatal regulador de la filiación. En concreto, deben aplicar el art. 9.4 CC, precepto que ordena dar aplicación a la Ley personal del hijo (= que es la Ley nacional del hijo: art. 9.1 CC). En segundo término, las autoridades españolas aplicarán las disposiciones materiales de la Ley nacional del hijo y, en consecuencia, los criterios sustanciales que hayan sido acogidos por tal ordenamiento jurídico para atribuir la filiación al nacido tras una gestación por sustitución (= criterio del parto, criterio del contratante, criterio del material genético aportado, etc.). Sólo si el nacido es español, se aplicará el Derecho español, y, en consecuencia, la Ley 14/2006 y el art. 10 de la misma.

Segundo: *Tutela por reconocimiento.* En estos casos, se ha acudido ya a autoridades públicas extranjeras, que ya han declarado, mediante una «decisión», cuál es la filiación del nacido tras una gestación por sustitución. Se trata, ahora, de concretar qué efectos jurídicos puede surtir en España esa deci-

² BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

³ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 38-40.

sión pública extranjera (= sentencia extranjera, acta registral extranjero, etc.). En esta perspectiva, debe subrayarse que el acceso de estas actas registrales extranjeras al Registro Civil español no suscita una cuestión de «Ley aplicable» a la filiación, sino una cuestión de «reconocimiento», en España, de actas registrales extranjeras. Por ello, el art. 9.4 CC es inaplicable en estos casos. También es inaplicable, en los supuestos de «tutela por reconocimiento», el art. 10 Ley 14/2006. Este precepto sólo debe aplicarse si se trata de fijar por vez primera en España la filiación de estos nacidos. Y no es aplicable si de lo que se trata es de determinar si una filiación «ya determinada» en virtud de una decisión pública extranjera (= sentencia extranjera, acta registral extranjera, etc.) puede producir efectos jurídicos en España. En tal supuesto, debe insistirse en que el art. 10 Ley 14/2006 resulta inaplicable. Nótese que el mismo párrafo segundo del art. 10 Ley 14/2006 precisa que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución *será determinada* por el parto» (cursiva añadida). El precepto arranca de una situación jurídica muy concreta: la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución no ha sido todavía «determinada». Precisamente por ello, es preciso «determinar» dicha filiación, que es lo que, efectivamente, hace el párrafo 2 del art. 10 Ley 14/2006. Ello significa que el precepto sólo es aplicable a los casos en los que los nacidos no tienen determinada su filiación y la cuestión jurídica radica en concretar, en primer lugar, qué Ley estatal rige la determinación de la filiación (= «cuestión conflictual» o «cuestión de Derecho internacional privado», resuelta por el art. 9.4 CC), y, en segundo lugar, consiste en precisar qué reglas materiales se deben seguir para determinar la filiación de estos nacidos (= cuestión material o de segundo escalón: deben concretarse si se fija la filiación a partir del dato del parto, o a partir del dato de la aportación del material genético, o cualquier otro criterio). El art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de «tutela por declaración», es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un «proceso de cognición directo» y la Ley aplicable a la filiación es, por mandato de las normas de conflicto españolas, la Ley sustantiva española.

En consecuencia, resulta obvio que el art. 10. Ley 14/2006 no es aplicable cuando la filiación ya ha sido determinada por autoridades extranjeras en una «decisión pública». En tal supuesto, la cuestión suscitada no estriba en «establecer la filiación del nacido», sino en decidir si una «filiación ya establecida» en virtud de una decisión pública extranjera puede ser introducida en el orden jurídico español y surtir en España sus efectos legales (= si puede ser «importada» con destino a España). En estos casos de «tutela por reconocimiento», la Ley 14/2006 no resulta aplicable y su art. 10, tampoco. La DGRN de 5 octubre 2010 no cita ni una sola vez el art. 9.4 CC, precepto cuya aplicación precede, necesariamente, en los casos «internacionales» (= casos con elementos extranjeros), la de la Ley 14/2006 y la del art. 10 de la misma. Debe recordarse que dicha Ley 14/2006 no se elaboró con la intención de ser aplicada de modo espacialmente imperialista. El legislador no pretende que «todos» los casos internacionales de filiación en supuestos de gestación por sustitución tengan que ajustarse y solventarse con arreglo a la Ley sustantiva española. Sólo los casos que el legislador entiende vinculados con España (= que son aquéllos en los que el hijo ostenta la nacionalidad española: art. 9.4 CC), deben regirse por la Ley material española.

6. b) Segunda crítica. *La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley.* Según la DGRN, del art. 10 Ley 14/2006 se deriva la necesidad de una resolución judicial para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Conviene subrayar que esta exigencia de una «resolución judicial» en la que conste la filiación del nacido a través de estas técnicas, es contraria la Ley. Por diversos motivos.

1º) Como antes se ha indicado, esta exigencia es totalmente improcedente por la sencilla razón de que el art. 10 Ley 14/2006 sólo puede resultar aplicable, lógicamente, cuando la entera Ley 14/2006 sea, a su vez, aplicable. Y dicha Ley 14/2006 no debe aplicarse cuando se solicita ante un encargado del Registro Civil español la inscripción de nacimiento de una persona mediante la presentación, como título inscribible, de un «acta registral extranjero» (= casos de «tutela por reconocimiento»).

2º) Los arts. 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjero, que opera como

«título válido» para la inscripción en España⁴. Tales preceptos no exigen, a los efectos de la inscripción del hecho en el Registro Civil español, que los funcionarios del Registro Civil extranjero hayan aplicado el Derecho sustantivo español ni tampoco que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución. Una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros (Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil)⁵. Ni tampoco puede vulnerar el art. 9.4 CC, disposición contenida en una norma con rango de Ley ordinaria. En efecto, el art. 1.2 CC indica que «[c]arecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Por lo tanto, esta Instrucción de la DGRN, que exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC para la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, carece de validez.

3º) Esta exigencia de previa resolución judicial persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro. Éstos quedan exonerados de tener que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en estos casos de gestación por sustitución. Sólo inscribirán tales nacimientos si, previamente, los jueces españoles han otorgado un «reconocimiento» a la resolución judicial extranjera. Sin embargo, esta «judicialización artificial» de los hechos con relieve registral resulta contraria, precisamente, a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de aquéllas (arts. 2 y 92 LRC)⁶. Con esta Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN ha judicializado el Registro Civil en estos casos de gestación por sustitución, lo que perjudica gravemente el cumplimiento de la función primordial de tal Registro.

4º) La exigencia de resolución judicial extranjera podría incluso resultar discriminatoria por razón de filiación. En efecto, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los «discrimina» o hace de peor condición jurídica. Ello no sintoniza correctamente ni con el art. 14 CE 1978 ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el «interés superior del menor» y, por tanto, de todos los menores sin distinción alguna por razón de filiación.

5º) Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a «judicializar», ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el Derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (= pues basta que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).

6º) Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Puede suceder, en efecto, que en el país extranjero del que se trate, la filiación se acredite,

⁴ Art. 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales». Art. 85 RRC: «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. | Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. | La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante Título suficiente». Este art. 85 RRC no regula las condiciones de acceso al Registro Civil español de las actas registrales, pues dicho extremo ya se encuentra contemplado por el citado art. 81 RRC. El art. 85 RRC sólo recuerda al operador jurídico que no toda acta registral puede ser título válido para una inscripción registral en España, sino exclusivamente aquéllas actas registrales extranjeras que procedan de Registros civiles extranjeros que cumplan con exigencias de autenticidad y rigurosidad similares a las que presenta el Registro Civil español.

⁵ Publicación original en BOE núm.296 de 11 diciembre 1958 y corr. errores en BOE núm.18 de 21 enero 1959.

⁶ Artículo 2 LRC: «El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento». Art. 92 LRC: «Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario. | La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes. | En este juicio no tiene lugar la restricción de pruebas que establece el artículo 2».

exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad.

7. c) *Tercera crítica. Incorrecta distinción de la DGRN entre «reconocimiento» y «exequatur».* Por otro lado, la DGRN confunde «reconocimiento» y el «exequatur». Conceptos muy distintos que sirven a finalidades diferentes⁷. La DGRN exige un *exequatur* de la resolución judicial extranjera, a llevar a cabo ante juez de primera instancia español, en el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado a consecuencia de un procedimiento contencioso (Regla Primera, número 2, Instrucción 5 octubre 2010)⁸. Por el contrario, la DGRN exige un «reconocimiento», a llevar a cabo ante el encargado del Registro civil español, en el caso de que la resolución judicial extranjera «*tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*» (Regla Primera, número 3 Instrucción DGRN 5 octubre 2010). Aunque la DGRN lo ignore, es sabido que el *exequatur* sólo se requiere en el caso de que la resolución extranjera contenga «pronunciamientos de ejecución» que exijan, en efecto, «actos materiales de ejecución». En los supuestos de acciones declarativas (= como las acciones declarativas de filiación que se ejercitan en este tipo de casos), el *exequatur* es innecesario. Lo que los interesados persiguen es que la resolución extranjera despliegue en España su «efecto constitutivo» y, en su caso, de «cosa juzgada». Para ello, es preciso, exclusivamente, un «reconocimiento», que puede solicitarse, efectivamente, ante el juez de primera instancia competente (= caso en el que se tratará de un reconocimiento con efectos *erga omnes*), o ante el mismo encargado del Registro civil (= caso en el que el reconocimiento surtirá efectos incidentales, limitados al procedimiento del que se trate). El art. 85.5 LOPJ, cuya redacción actual es obra de la Ley 19/2003 de 23 de diciembre, y también la letra del actual art. 955 LEC 1881, cuya redacción obedece a la Ley 62/2003 de 20 de diciembre 2003, incorporan una importante distinción. Ambos preceptos hacen referencia, por separado, a las solicitudes de «reconocimiento» por un lado, y de «ejecución», por otro lado, de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Por tanto, hoy día es perfectamente posible solicitar bien el «reconocimiento», o bien el *exequatur* de una resolución judicial extranjera, por separado. De ahí que resulte inadmisibles esa confusión.

8. d) *Cuarta crítica. La DGRN olvida el «orden público internacional» como motivo de rechazo del «reconocimiento incidental» en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución.* La lista de extremos, que según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, muestra diversos defectos. Por un lado, la lista es incompleta, y por otro lado, la lista contiene requisitos erróneos y desfados. Ambos aspectos deben analizarse de modo separado. Así pues, en primer lugar, debe subrayarse que la lista de requisitos a controlar, no se ha incluido el «orden público internacional». ¿Se ha evaporado? ¿Desaparecido en combate quizás? ¿Ya no existe un orden público internacional español? ¿O sí que existe pero no es preciso asegurar que la resolución extranjera no produce efectos contrarios a los principios fundamentales y básicos del Derecho español que permiten la adecuada cohesión jurídica de

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 391-398.

⁸ No obstante, en el párrafo 10 de la Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN alude al «reconocimiento» de la resolución judicial extranjera en el caso de que ésta fuese el resultado de un procedimiento contencioso llevado a cabo en el extranjero, si bien en la Regla citada (Regla primera, número 2) de la misma Instrucción, hace referencia, con ose ha indicado, al *exequatur* de tal resolución. Precisa *expressis verbis* el párrafo 10 de la Instrucción de 5 octubre 2010: «*En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción*».

la sociedad española? Podría pensarse, por ser benévolos con la Instrucción, que la DGRN ha preferido «diseccionar» el orden público internacional y concretarlo en distintos motivos concretos (= recogidos en la Regla primera, número 3 de la Instrucción). Podría imaginarse, en efecto, que la DGRN ha querido escapar, así, del famoso «magma indiferenciado» característico del orden público internacional (= su excesiva amplitud y carácter general, propio de un concepto jurídico indeterminado lo hacen difícil de aplicar y contrario a la seguridad jurídica). Ahora bien, si ello fuera así, el remedio sería peor que la enfermedad. En efecto, dicho proceder (= especificación del orden público internacional en una serie de motivos concretos) constituye un error jurídico de portentosa envergadura. Todo experto en Derecho internacional privado es consciente de que este debate no es nuevo. En efecto, durante siglos se han enfrentado dos «corrientes de pensamiento» en torno al problema de «cómo concretar» los casos en los que la aplicación de un Derecho extranjero vulnera el orden público internacional (A.N. MAKAROV, C. FOCARELLI)⁹. Para ciertos especialistas, debería elaborarse una «lista cerrada» de supuestos específicos en los que se considera que la aplicación de un Derecho extranjero o los efectos de una resolución judicial extranjera vulnera el orden público internacional del Estado del foro (= «método enumerativo») (L. RENAULT, B. V. BLOKLAND)¹⁰. Ello reforzaría la seguridad jurídica. Sin embargo, este objetivo resulta inalcanzable: la realidad internacional no se puede encapsular en «listas cerradas», pues la vida siempre produce más casos de los que puede prever el legislador. La lista «cerrada» sería una lista incompleta y lagunosa y, en definitiva, una lista inútil. Por ello, otros expertos en Derecho Internacional privado consideraron que era preferible que el sistema legal contase con una cláusula general de orden público internacional (= sistema de la «lista abierta»). Así, en 1893 el gran jurista T.M.C. ASSER sostuvo que el orden público internacional sólo puede expresarse mediante «cláusulas generales»¹¹. Esta idea, mucho más práctica que la anterior, cristalizó en casi todos los sistemas nacionales y en los Convenios internacionales de Derecho internacional privado (J. WESTLAKE). En el ámbito de los conflictos de Leyes, el art. 12.3 CC acepta esta perspectiva, y en el contexto del reconocimiento de resoluciones extranjeras, el art. 954 LEC 1881 también la sigue. En consecuencia, resulta más operativo y práctico contar con este tipo de cláusulas generales de orden público internacional. El orden público internacional, como ya se ha indicado, es un «concepto jurídico indeterminado» (ATS 24 octubre 1979, SAP Guadalajara 23 marzo 2006, SAP Gipúzcoa 29 febrero 2008 [divorcio entre cónyuges marroquíes y custodia de menores]), que se debe concretarse «caso por caso» (P. LAGARDE)¹². Y visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse «caso por caso», son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España vulneran, en el caso concreto, el orden público internacional español. Esta perspectiva del orden público como concepto jurídico indeterminado, universalmente admitida, ha sido ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010. De ese modo, y mediante *reductio ab absurdo*, podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase tal «filiación múltiple» del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras.

9. e) *Quinta crítica. El sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado.* Debe subrayarse que exigir, para el reconocimiento inci-

⁹ A.N. MAKAROV, «Die Haager internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel», en *Ius et lex, Festgabe Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 303-324, esp. pp. 304-307; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, Morlacchi Ed., 2006, p. 70. Más referencias sobre la historia de esta cuestión polémica y sobre la posición de L. RENAULT, BEECKMAN, y BELARTS VON BLOKLAND durante la primera sesión de la Conferencia de La Haya (1893), pueden seguirse en G. PARRA ARANGUREN, «General Course of Private International Law, Selected Problems», *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224, esp. p. 92 y nota [175].

¹⁰ *Vid.* nota anterior.

¹¹ *Vid.* referencias de estos autores en G. PARRA ARANGUREN, «General Course of Private International Law, Selected Problems», *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224, esp. p. 92 y nota [175].

¹² P. LAGARDE, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; *Id.*, «Private International Law: Public Policy», *IECL*, 1994, pp. 23-25.

dental de la resolución extranjera que ha establecido una filiación en casos de gestación por sustitución, que «*el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*» es exigir lo que no puede ni debe exigirse. En este mundo llamado «realidad», los tribunales de un Estado se declaran competentes cuando concurren los foros de competencia internacional establecidos en *su propio Derecho*. Las normas de competencia judicial internacional de producción interna de un Estado presentan, desde esta perspectiva, una «carácter atributivo» y «unilateral» (= determinan la competencia de los tribunales del Estado al que pertenece el tribunal en cuestión). En consecuencia, las normas de competencia judicial internacional españolas no pueden precisar los casos en que los órganos jurisdiccionales de otro Estados pueden conocer o dejar de conocer de litigios internacionales. Dos razones lo explican¹³.

En primer lugar, ello constituiría un atentado a la Soberanía de los demás Estados extranjeros (= pues cada Estado es exclusivamente competente para fijar los casos en los que los órganos de «su Poder Judicial» deben conocer, como ha indicado el TC en su STC 61/2000 de 13 marzo 2000).

En segundo lugar, ello sería totalmente inútil, pues sean cuales fueren los foros de competencia internacional recogidos en las normas españolas, cuando el litigio se suscita ante tribunales extranjeros, éstos aplicarán «sus» normas de competencia judicial internacional para decidir sobre la cuestión y nunca las normas españolas. Por consiguiente, exigir, como hace la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010, que los tribunales extranjeros se hayan declarado competentes mediante de la aplicación de foros «equivalentes» a los recogidos en la legislación española (= el llamado «sistema bilateralista»), no tiene el más mínimo sentido.

Resulta oportuno recordar que durante decenios, y en el marco del art. 954 LEC, el TS aplicó, con algunas inflexiones, este llamado «sistema bilateralista». En efecto, el TS estimaba que un tribunal extranjero resultaba «internacionalmente competente» cuando un tribunal español lo hubiera sido en un caso semejante. Es decir, el juez extranjero debía haber empleado, para declararse internacionalmente competente, los foros de competencia judicial previstos en la legislación española (*vid.* entre otros: ATS 21 octubre 1982, ATS 3 febrero 1986, ATS 15 diciembre 1987, ATS 23 junio 1989). Sin embargo, este sistema es xenófobo, imperialista, rígido y simplista (A. BONOMI)¹⁴. No tiene en cuenta que cada Estado tiene «sus» propios foros de competencia judicial internacional, que no tienen por qué ser inadecuados (= ya que pueden, perfectamente, reflejar una «proximidad razonable» del asunto con el Estado cuyos tribunales dictan la resolución), ni tampoco tienen por qué ser los mismos que los que rigen en España (D. HOLLEAUX, P. MAYER)¹⁵. El sistema bilateralista, ahora semi-resucitado por la DGRN en esta Instrucción de 5 octubre 2010, persigue «imponer» al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles. Este sistema arranca del presupuesto, falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española (= los foros españoles de competencia judicial internacional o foros «equivalentes» a los mismos). Un sistema antiguo, provinciano y corto de miras. Precisamente por todas estas razones, en 1998 el TS cambió de criterio y adoptó el «nuevo modelo francés» de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que ahora pretende ser reconocida en España (Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, *Simitich*: «*existence d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige*»). Se trata del «sistema de los contactos razonables». Este nuevo sistema consiste en lo siguiente: el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como «internacionalmente competente» si el

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 477-482.

¹⁴ A. BONOMI, «Le droit international privé entre régionalisme et universalisme quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers», *RSDIDE*, 2006, pp. 295-309; A. BONOMI, «Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile *erga omnes*», *RDIPP*, 2007, pp. 314-328; A. BONOMI, «Globalización y Derecho internacional privado», *Globalización y comercio internacional, XX Jornadas AEPDIRI*, Madrid, 2005, pp. 223-237.

¹⁵ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, Dalloz, 1970, pp. 33-38; P. MAYER, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence», *RCDIP*, 1979, vol. XLVIII, pp.1-29, 349-388 y 537-583.

litigio en cuestión presenta «contactos razonables» con el país donde se desarrolló el proceso (ATS 24 diciembre 1996, ATS 10 febrero 1998, ATS 20 enero 1998, ATS 7 abril 1998, ATS 21 abril 1998, ATS 28 abril 1998, ATS 10 septiembre 1996, ATS 15 octubre 1996, ATS 5 mayo 1998, ATS 23 junio 1998, ATS 12 enero 1999, ATS 2 febrero 1999, ATS 25 mayo 1999, ATS 27 abril 1999, ATS 27 abril 1999, ATS 13 abril 1999, ATS 23 marzo 1999, ATS 30 marzo 1999, ATS 18 mayo 1999, ATS 8 junio 1999, ATS 8 junio 1999, ATS 15 junio 1999, ATS 25 mayo 1999, ATS 7 septiembre 1999, ATS 26 octubre 1999, ATS 14 marzo 2000, ATS 15 febrero 2000, ATS 8 febrero 2000, ATS 28 mayo 2002, ATS 2 julio 2002, ATS 11 junio 2002, ATS 31 julio 2002, ATS 3 diciembre 2002, ATS 24 julio 2003, ATS 31 julio 2003, ATS 15 julio 2003, ATS 8 julio 2003, ATS 1 julio 2003, ATS 1 abril 2003, ATS 25 marzo 2003, ATS 17 febrero 2004, ATS 20 enero 2004, ATS 1 marzo 2005, ATS 17 octubre 2006, ATS 21 marzo 2006, etc.). Las Audiencias Provinciales españolas, que ahora deciden en apelación en torno al reconocimiento / *exequatur* de sentencias extranjeras con arreglo a los arts. 954 y 955 LEC 1881, siguen este nuevo enfoque (= «sistema de los contactos razonables») (= *vid. ad. ex.*: SAP Madrid 12 febrero 2008 [sentencia dictada en Pensilvania]). La Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional, con buen criterio, y en la línea trazada por el TS, eliminó este sistema bilateralista y obsoleto, y lo sustituyó por el sistema de los contactos razonables a la hora de controlar los requisitos que debe satisfacer una resolución extranjera de adopción para lograr su reconocimiento en España (art. 26.1.1º de la Ley de adopción internacional)¹⁶.

Por último, debe subrayarse que la Instrucción de 5 octubre 2010 no exige que los foros empleados por las autoridades judiciales extranjeras sean «iguales» a los recogidos en la legislación española, sino que sean «equivalentes» a los mismos. Este matiz terminológico reviste una evidente importancia. En efecto, si los foros de competencia recogidos en la legislación española se inspiran en el «principio de proximidad razonable» (= porque así lo requiere la tutela judicial efectiva: art. 24 CE 1978 y art. 6 CEDH 1950), ello significa que se exigirá que los foros empleados por la autoridad extranjera reflejen, también, una vinculación razonable del supuesto con la jurisdicción extranjera. Si esta exigencia se interpreta de este modo, se salva el carácter imperialista de la misma y se sorteja igualmente la absurda pretensión de requerir que las autoridades de todos los países del mundo observen los foros de competencia internacional españoles. Ahora bien, la cuestión no resulta tan diáfana como podría pensarse en un primer momento. Así es, porque los foros empleados por la legislación española en materia de filiación presentan un carácter «casi exorbitante». En efecto, con arreglo a los arts. 21 y 22 LOPJ, los tribunales españoles son competentes para conocer de los supuestos internacionales relativos a la filiación natural y a las relaciones paterno-filiales cuando concorra uno de estos foros: (a) Residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda (AAP Soria 16 julio 2010 [menor con residencia habitual en Brasil]); (b) Nacionalidad española del demandante; (c) Residencia habitual del demandante en España; (d) Domicilio del demandado en España. Como es fácil apreciar, la mera nacionalidad española del demandante otorga competencia internacional a los jueces españoles. Por la misma razón, *ad ex.*, si un foro de competencia recogido la legislación india otorga competencia a un juez indio por la mera nacionalidad india del demandante, la decisión dictada por el tribunal indio debería ser reconocida en España, a pesar de que el caso muestra una vinculación débil con la India. Es decir, que exigir una «equivalencia» entre los foros de competencia extranjeros y los foros de competencia españoles, precisamente en materia de filiación (= sector en el que el Derecho español contiene foros «casi exorbitantes»), no es una buena solución. Con ello, habría que dar eficacia en España a resoluciones judiciales dictadas por tribunales extranjeros sobre la base de foros casi exorbitantes, lo que no garantiza una vinculación razonable y previsible entre el supuesto concreto y el Estado cuyos tribunales deciden la cuestión de filiación en casos de gestación por sustitución. Hubiera sido mucho más sencillo y efectivo exigir, simplemente, que el Estado al que pertenece el tribunal extranjero que dicta la sentencia presentara vínculos razonables con el supuesto objeto de la resolución judicial extranjera y que el tribunal hubiera aplicado correctamente sus foros de competencia internacional (= para evitar dar efectos en España a decisiones nulas o ilegales en el país de origen).

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 237-241.

10. f) Sexta crítica. *El art. 10 Ley 14/2006 rompe la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz.* Al arrancar de la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 a un supuesto en el que la filiación del nacido mediante gestación por sustitución ya ha quedado acreditada por autoridades extranjeras, se verifica un preocupante «estrechamiento funcional» del razonamiento jurídico. En efecto, encapsulada en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, la Instrucción citada sólo podrá permitir la inscripción en el Registro civil español de la filiación paterna del menor nacido mediante estas técnicas y respecto del varón que fuera, en su caso, padre biológico. Ello significa, clara, simple y llanamente, que la filiación de un menor, determinada por sentencia extranjera en favor de dos varones, nunca podrá ser inscrita en el Registro civil español. El art. 10.3 Ley 14/2006 no permite otra cosa. De ese modo, la Instrucción, que dice defender el «interés superior del menor», se vuelve autoatentoria. Así es, pues el menor tendrá «padres distintos». Los padres legales del menor en el país de su nacimiento serán los determinados en la sentencia extranjera o en el Registro Civil extranjero, y los padres legales en España, serán los fijados a través del art. 10.3 Ley 14/2006, de los que, necesariamente, la madre deberá ser la mujer que ha dado a luz al menor. Este resultado antijurídico (= recuérdese el texto del vigente art. 3 CDN) desemboca en la negativa del derecho del menor a una «identidad única» (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad) (E. JAYME, A. GATTINI)¹⁷. La Instrucción DGRN 5 octubre 2010 quiebra, por lo tanto, «*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*» (A. GOUTTENOIRE)¹⁸.

11. g) Séptima crítica. *Los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca.* Resulta muy frecuente que la nacionalidad española dependa, en cierta medida, de la filiación del sujeto. El art. 17.1 CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *jus sanguinis* y precisa, en efecto, que son españoles los «nacidos de padre o madre españoles». No los «hijos de españoles», que es algo muy diferente. El art. 17.1.a) CC no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación (= no exige ninguna sentencia judicial que acredite la filiación del nacido). Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil, español o extranjero o por el hecho, acreditado, de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español (= normalmente, aunque no necesariamente, un varón), como suele suceder con extrema frecuencia en la realidad práctica¹⁹. La distinción clave entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», magistralmente expuesta hace más de veinticinco años por el maestro J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, y que fue recibida expresamente por el legislador en la Ley 18/1990, de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de

¹⁷ E. JAYME, «Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca», *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1. pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, «Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza», *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95. Texto del art. 3 CDN: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada». Vid. igualmente, el art. 8 CDN: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

¹⁸ Vid. el comentario de A. GOUTTENOIRE en <http://blog.dalloz.fr>, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d'Appel de Paris de 25 octubre 2007.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 194-199.

nacionalidad (BOE núm. 302 de 18 diciembre 1990), ha sido completamente ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010. Ello se ha producido quizás más por desconocimiento de esta doctrina por parte de la DGRN que por un cambio de orientación legal (= que sería, en todo caso, imposible, pues el criterio se halla expresamente recogido por el art. 17.1.a) CC y la misma DGRN lo había seguido en innumerables resoluciones)²⁰.

Esta tesis comporta consecuencias muy relevantes. Si existen tales «indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español», el menor nacido en el extranjero a través de técnicas de gestación por sustitución debe ser considerado «español» (art. 17.1.a CC). Debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su pasaporte, como todo ciudadano español. Si posteriormente se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil español, se impugna entonces la filiación de un «sujeto español», de forma, modo y manera que la cuestión de la determinación / impugnación de dicha filiación se regirá por el Derecho español, en sintonía con el art. 9.4 CC.

La DGRN ignora paladinamente la distinción entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», y olvida también el papel que desarrolla el art. 9.4 CC en la cuestión. Nada bueno puede surgir de errores tan palmarios.

IV. Litigación judicial en España en torno a la filiación del nacido en virtud de gestación por sustitución

12. Si se litiga en España (= «tutela por declaración» / «proceso de cognición directo») en torno a la filiación de un sujeto nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, dicha filiación se determinará con arreglo a la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC). Si el nacido ostenta nacionalidad española, se aplicará el Derecho español y, en consecuencia, la Ley 4/2006 y el art. 10 de la misma. En la aplicación de este art. 10 Ley 14/2006 deben tenerse presentes los siguientes datos.

1º) El art. 10 Ley 14/2006 no contiene un criterio delimitador de su aplicación espacial. No indica, por ejemplo, que se aplicará «a los extranjeros y/o españoles, «a los nacidos fuera de España», «en los casos en los que la mujer que da a luz se encuentre fuera de España», etc. Tampoco la Ley 14/2006 contiene ningún indicador de su «aplicación en el espacio» o en relación con los supuestos «internacionales». El silencio del precepto y de la Ley 14/2006 al respecto significa que debe recurrirse a las reglas generales del Derecho internacional privado que determinan la «Ley aplicable» a la cuestión de la filiación de los hijos nacidos tras una gestación por sustitución. En concreto, deberán aplicarse las normas de conflicto españolas que señalan la Ley aplicable a la filiación. El art. 9.4 CC (= «*el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo [...]»*) es aplicable, de modo que la filiación del nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, deberá establecerse con arreglo a la Ley nacional de dicho nacido. Como ya se ha indicado, el art. 10 Ley 14/2006 no puede aplicarse a supuestos «internacionales» de «gestación por sustitución» de un «modo directo». Dicho precepto no es una norma de Derecho Internacional privado. Sólo puede aplicarse a los supuestos internacionales cuando, previamente, el art. 9.4 CC (= que sí es una norma de Derecho internacional privado) así lo indique, es decir, cuando el hijo ostente nacionalidad española. En consecuencia, si el nacido no es español, la Ley 14/2006 no es aplicable y su filiación se determina, naturalmente, con arreglo a la Ley nacional del sujeto (= una Ley extranjera).

2º) En el caso de que el nacido como consecuencia de una gestación por sustitución fuera español, la Ley 14/2006 es aplicable. En tal caso, el art. 10 Ley 14/2006 es también aplicable. El precepto determina una filiación que no ha sido todavía determinada (= es una «regla material de precisión de la

²⁰ La distinción clave entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», magistralmente expuesta hace más de veinticinco años por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Art. 17 CC», en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 17-53. Han seguido esta distinción, entre otras, la RDGRN 7 mayo 1965, RDGRN 4 febrero 1966, RDGRN 29 diciembre 1971, RDGRN 19 diciembre 1973, RDGRN 11 agosto 1975, RDGRN 19 enero 1976, RDGRN 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, RDGRN 5 marzo 1986, RDGRN 28 octubre 1986 y la Circular DGRN 6 junio 1981.

filiación»). El art. 10 Ley 14/2006 contiene reglas sustanciales que sirven para concretar quiénes son los progenitores legales del nacido por gestación de sustitución cuando se insta la inscripción registral del nacido o se suscita un pleito declarativo relativo a la filiación de dicho nacido. Es un precepto que resuelve la cuestión material de la filiación de tal nacido, es decir, que solventa las cuestiones de «segundo escalón» en los litigios o controversias jurídicas relativas a la filiación de los nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Este art.10 Ley 14/2006 sólo resulta aplicable cuando la cuestión jurídica de la filiación se plantea ante autoridades españolas a través de la «tutela por declaración» y no cuando la cuestión surge en el contexto de una «tutela por reconocimiento».

3º) La DGRN estima que el art. 10.3 Ley 14/2006 exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial «para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución». Esta afirmación constituye un error jurídico de dimensiones preocupantes. Se trata, en efecto, de una afirmación errónea. El precepto legal citado sólo exige una resolución judicial para determinar la paternidad «respecto del padre biológico» (= y no para determinar la «filiación paterna»). Si el nacido ostenta nacionalidad española y la mujer que da a luz al mismo está casada, el padre (legal) de la criatura es el marido de ésta y no hace ninguna falta, diga lo que diga la DGRN, acudir a ningún tribunal ni obtener ninguna sentencia judicial que acredite la «filiación paterna», ya que para eso existen las reglas de presunción de paternidad en el Código Civil²¹. Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que el varón que haya aportado material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz. El empeño contumaz y tozudo de la DGRN por judicializarlo todo, le lleva a exigir lo que no debe exigir. Complicar lo simple parece haberse convertido en el lema de la DGRN en esta Instrucción de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación de sustitución.

4º) A pesar del tenor literal del art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que indica que, desde un punto de vista legal, la «madre» debe ser la mujer que da a luz al hijo, debe tenerse presente el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España²². Dicho precepto «monitoriza» todo el Derecho español, y puede impedir dicho resultado. En efecto, los tribunales españoles pueden acreditar que la constatación como «madre legal» a favor de la mujer que ha dado a luz perjudica el «interés superior del menor». En tal caso, los tribunales están obligados a rechazar dicho resultado debido a la primacía del Convenio sobre los derechos del niño sobre las normas españolas de producción interna y a la primacía valorativa del principio del interés superior del menor. En otras palabras: con independencia de lo que indique la letra del citado art. 10 Ley 14/2006, si dicho precepto conduce a una solución que, en el caso específico, vulnera el interés superior del niño, los tribunales españoles deben rechazar tal solución y optar, mediante un desarrollo judicial del art. 3 CDN, por una respuesta jurídica que sintonice correctamente con el interés del menor en el caso concreto.

V. Consideraciones finales

13. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución presenta una extensa batería de puntos débiles e incorrecciones jurídicas. Ambos defectos harán que, con un alto grado de probabilidad, dicha Instrucción no resulte útil para resolver los problemas relativos a la filiación, en España, de los nacidos en países extranjeros como consecuencia de técnicas gestación por sustitución. Pero no sólo resultará inútil, sino que es de temer que será altamente nociva para regular un fenómeno que requiere soluciones jurídicas edificadas sobre pilares metodológicos sólidos de Derecho internacional privado. Pilares de los que la Instrucción citada carece.

²¹ Art. 116 CC: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

²² BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

14. Esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 está plagada de errores mayúsculos. Por resumir algunos de los ya citados, baste recordar que la Instrucción citada confunde el Derecho aplicable a la filiación, con el reconocimiento de una filiación ya legalmente determinada por autoridades públicas extranjeras. La Instrucción no distingue entre «tutela por declaración» y «tutela por reconocimiento», lo que constituye un desacierto de singular envergadura. La Instrucción no aplica ni tampoco se refiere al art. 9.4 CC, precepto cuya aplicación previa es necesaria para poder activar el art. 10 de la Ley 14/2006. La Instrucción ignora que los nacidos de padre o madres españoles son españoles y afirma, por el contrario, con profundo error antijurídico, que son españoles los hijos de españoles. Esta distinción entre «hijos de españoles» y «nacidos de españoles», resulta clave en la hermenéutica de los arts. 17.1.a) CC y 9.4 CC. El desconocimiento de la misma conduce a ulteriores equivocaciones, pues se deja de atribuir la nacionalidad española a los «nacidos de españoles», como manda de modo meridianamente claro el art. 17.1.a) CC. Pero hay más. La Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Y dicha exigencia es ilegal, porque no se deriva ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa (art. 2 CC). Tampoco hila fino la Instrucción al confundir repetidamente los conceptos y efectos del «reconocimiento» y del «*exequatur*». No puede dejar de subrayarse que la Instrucción DGRN desconoce los requisitos que debe cumplir una resolución judicial extranjera para ganar en España un «reconocimiento incidental», ya que imagina unos y olvida otros, como el elemental requisito del ajuste de la resolución extranjera al «orden público internacional» español. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 se mueve con extrema dificultad a la hora de precisar el método para acreditar la competencia del tribunal extranjero que ha dictado la resolución judicial relativa a la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Hasta el extremo de que atribuye al TS, en esta cuestión, una doctrina que el Alto Tribunal no sigue desde hace más de diez años.

15. Se ha dicho también que la DGRN debería elaborar una (= otra) normativa para el desarrollo de esta Instrucción de 5 octubre 2010 (= la «Instrucción de la Instrucción», «Instrucción²» o «Instrucción versión 2.0»). Esta solución de «remisión al futuro» no resuelve nada. En efecto, dicha futura y eventual normativa estaría condicionada por los graves errores que contiene la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010. Es de temer, y mucho, que una posible futura normativa de desarrollo de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 eleve la burocracia hasta la séptima potencia. Con ello se trataría de enmascarar las carencias de la citada Instrucción tras un muro de requisitos documentales ilegales. Ello impediría, *de facto*, que los nacidos en otros países como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución conserven, en España, la filiación que ya ha sido legalmente acreditada en un Estado extranjero.

Los colectivos afectados por los equívocos introducidos por la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, han puesto de relieve que la aplicación de dicha Instrucción no permite que la filiación de estos menores, legalmente acreditada en un Estado extranjero, conste, en los mismos términos, en el Registro Civil español (<http://sonnuestroshijos.blogspot.com/>). A fecha 13 enero 2011, y con arreglo a las noticias de acceso público sobre la cuestión, la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha permitido a ningún menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, que conserve en España su «filiación extranjera». Ni, presumiblemente, lo va a permitir.

16. La solución legal a los supuestos de determinación de la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución podía ser alcanzada mediante un uso inteligente y coherente de las normas de Derecho internacional privado ya vigentes en el sistema jurídico español. La resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, plenamente incomprensible por algunos, ya solventó la cuestión con éxito en relación con un caso particular²³. Para ello, la DGRN empleó

²³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *CDT*,

el «método del reconocimiento de decisiones» y puso en su sitio a la norma de conflicto. La DGRN, en la citada Resolución, trató como una auténtica «decisión» a la certificación registral extranjera de nacimiento y filiación de los menores y, recurrió, como no podía ser de otro modo, a las normas que en Derecho internacional privado español regulan esta cuestión, esto es, al art. 81 RRC. Una vez situada en tal precepto, la DGRN rechazó la existencia de fraude de Ley y de *Bad Forum Shopping*, y defendió que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. La DGRN indicó, en efecto, que el principio-valor del interés superior del menor aconseja que los menores tengan la misma filiación en el país de su nacimiento y en España y que su identidad sea una sola identidad, de modo que tales menores no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras. Trató a los menores como españoles por ser «nacidos de españoles», lo que hizo que pudieran obtener documentación oficial española, DNI y pasaporte. La solución jurídica contenida en la citada resolución DGRN de 18 febrero 2009 pudo resolver estas complejas cuestiones gracias a la correcta utilización de las mejores técnicas y métodos de Derecho internacional privado. Dicha resolución, plenamente enmarcada en el escenario legal vigente, solventó estos problemas de manera más sencilla, más eficaz y más acorde con los derechos de los menores afectados, *comme il faut*. En consecuencia, y desde esta perspectiva, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 era totalmente innecesaria.

Debe también subrayarse que otros países europeos han seguido la línea de solución marcada por la Resolución DGRN 18 febrero 2009, tan desafortunadamente abandonada por la Instrucción DGRN 5 octubre 2010. Así, como indica P. WAUTELET, la jurisprudencia belga (sentencia Cour d'appel Liège 6 septiembre 2010), ha subrayado varios extremos de interés²⁴: 1º Los certificados o actas registrales norteamericanas que acreditan la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución suscitan, en Bélgica, cuestiones de validez extraterritorial de decisiones y no de Derecho aplicable a la filiación. Por ello, no procede aplicar ni la norma de conflicto belga sobre filiación ni el Derecho sustantivo belga; 2º Los nacidos en California presentaban indicios racionales de haber sido generados de material genético de padre belga, luego eran belgas al ser nacidos de padre belga y ello bastaba para reconocer parcialmente el acta registral californiana de nacimiento, de modo que la filiación de los nacidos respecto del varón padre biológico de los nacidos en California fue aceptada en Bélgica en interés de los menores. Ese resultado, esto es, la filiación de los menores respecto de su padre biológico, se habría alcanzado también en Bélgica y ante autoridades públicas belgas. Esta solución (= operatividad parcial del orden público internacional belga frente los efectos en Bélgica del acta registral californiana) podría haber sido seguida también en España por la DGRN sin necesidad de recurrir a inventos artificiosos fundados en un *exequatur* innecesario, sin sentido y burocratizante. Sin embargo, para ello es preciso un dominio transparente, sólido y efectivo de los fundamentos del Derecho internacional privado.

17. La Instrucción DGRN 5 octubre 2010 no emplea instrumentos fiables de navegación jurídica en las procelosas aguas del Derecho internacional privado, escenario movedizo en el que la continuidad en el espacio de las situaciones legalmente creadas en otro país constituye un punto fundamental. Olvidarse del interés superior del menor, expresado en el derecho subjetivo del mismo a una identidad transfronteriza de su filiación, y derivado de los arts. 3 y 8 CDN 1989, no es, precisamente, un reflejo del dominio de las estructuras esenciales del Derecho internacional privado. El «estrechamiento funcional» del razonamiento jurídico de Derecho internacional privado que padece esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, es la raíz de todos sus errores, confusiones y desaciertos.

18. En conclusión, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 constituye un ejemplo de burocratización artificial del Derecho internacional privado, una *glissade* administrativa que falsea el correcto

2009-II, pp. 294-319; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Comares, Granada, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 208-212. Crítico con la resolución citada, pero también carente de argumentos de Derecho internacional privado: J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, 3 noviembre 2010, pp. 13-15.

²⁴ P. WAUTELET, «Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy», en www.conflictoflaws.net, *post* de 2 noviembre 2010.

funcionamiento del Derecho internacional privado español. Este fenómeno se produce al carecer dicha Instrucción de las bases metodológicas jurídico-internacionales precisas para proporcionar una solución jurídica de calidad a un fenómeno poliédrico complejo como es el relativo a la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución. El futuro nadie lo conoce. Queda sólo esperar que la diosa fortuna salga al encuentro de los menores afectados (= *melius*, damnificados) por esta Instrucción DGRN 5 octubre 2010 y les proporcione, en ese futuro incierto, un mejor tratamiento legal acorde con el principio del «interés superior del menor», tal y como recogen las normas españolas vigentes de Derecho internacional privado y tristemente olvidado por la Instrucción.

NOTAS BREVES SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 25 FEBRERO 2010 (*CAR TRIM*: ASUNTO C-381/08): LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL REGLAMENTO 44/2001

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

Recibido: 04.02.2011 / Aceptado: 11.02.2011

Resumen: La STJUE Car Trim de 25 de febrero de 2010, as. C-318/08 realiza un análisis de la aplicación del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001 y en concreto de la delimitación de los contratos de suministro y de compraventa. Para realizar esta definición el Tribunal se remite a normativa comunitaria e internacional que ayuda a perfilar estos conceptos.

Del mismo modo, el Tribunal aclara el modo de determinar el lugar donde debe considerarse que deben ser entregadas las mercancías en los contratos de venta por correspondencia, huyendo en este caso de la referencia a normas de derecho internacional privado del juez que se declara competente para conocer del asunto y también de normas materiales a que derivarían estas normas.

Palabras clave: contrato de compraventa, contrato de prestación de servicios, contratos celebrados por correspondencia.

Abstract: The ECJ Judgement *Car Trim* (C-381/08) of May 25, 2010, makes an analysis of the applicability of art. 5.1 R. 44, and focuses especially on the contract of sale of goods and provision of services. In order to define those concepts the Court refers to European and international rules.

The Judgement deals also with the determination of the place of performance of the obligation in question in contracts of sale involving carriage of goods. The Court avoids the application of conflict of law rules of the court seised for the case and also the material rules that could be determined by the application of the aforementioned system.

Key words: contract of sale of goods, contract of supply, contracts involving carriage of goods.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos en que se basa la cuestión prejudicial III. Compraventa versus prestación de servicios. IV. La venta por correspondencia. V. Conclusiones

I. Introducción

1. Esta nota de jurisprudencia pretende abordar el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2010 que responde a una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Bundesgerichtshof (Alemania). En ella se recogen, fundamentalmente, dos cuestiones que afectan ambas a la aplicación del artículo 5.1 del Reglamento 44/200.

La primera que se analiza, cuestiona la interpretación de los conceptos de compraventa y prestación de servicios con el fin de determinar cuál de los párrafos del artículo 5.1 resulta de aplicación en un asunto concreto.

Se discute en este sentido si los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente deben considerarse compraventas de mercaderías y no prestaciones de servicios, aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación, la fiabilidad de suministro o la buena gestión administrativa de los pedidos y se plantea igualmente cuáles deben ser los criterios pertinentes para establecer la distinción entre uno y otro contrato en los casos concretos.

La otra cuestión que se plantea pretende aclarar cuál debe considerarse lugar en que se han entregado o debían entregarse las mercancías en el caso de ventas por correspondencia ante las alternativas de si debe atenderse al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador.

II. Hechos en que se basa la cuestión prejudicial

2. Los hechos que fundamentan el proceso que da lugar a la cuestión prejudicial afectan a las empresas KeySafety, con domicilio social en Italia, que suministra sistemas de airbags a fabricantes italianos de automóviles y a Car Trim que, durante el período comprendido entre julio de 2001 y diciembre de 2003, suministra a la primera componentes que se utilizan en la fabricación de dichos sistemas, de conformidad con cinco contratos de suministro.

A finales de 2003 KeySafety resuelve dichos contratos, pero Car Trim considera que existen sendos incumplimientos contractuales, dado que los contratos debían surtir parcialmente, según su criterio, efectos hasta el verano de 2007. Por ello presenta una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante el Landgericht Chemnitz, tribunal del lugar de producción de los componentes.

El Landgericht Chemnitz se declaró incompetente para conocer de la demanda, por falta de competencia internacional de los tribunales alemanes. El Oberlandesgericht desestimó el recurso de apelación interpuesto por la recurrente al considerar que los contratos obligaban a la sociedad recurrente, en su condición de empresa productora de partes, equipos y piezas de automóviles, a fabricar airbags de una forma determinada, utilizando para ello productos comprados a proveedores determinados de antemano, con el fin de estar en condiciones de entregar los referidos airbags a medida que fueran siendo solicitados, ajustándose a las necesidades del proceso de producción de la sociedad KeySafety y con sujeción a un elevado número de prescripciones relativas a la organización del trabajo, control de calidad, empaquetado, etiquetado, albaranes de entrega y facturas.

Car Trim interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof que considera cuestionable la decisión del Landgericht Chemnitz de negar la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes basándose en el Reglamento 44.

Esta apreciación depende de la interpretación que se dé al artículo 5.1.b del Reglamento 44, en la medida en que ningún otro foro podría dar competencia a los tribunales requeridos (al no existir competencias exclusivas, ni sumisiones y no estar situado en Alemania el domicilio del demandado). Debe aclararse por tanto, para conocer de la demanda de daños y perjuicios, si el lugar de producción puede considerarse o no el lugar de «cumplimiento de la obligación que sirviere de base a la demanda».

3. Para realizar esta determinación, el tribunal remitente considera que el tribunal competente es aquél con el que el asunto presente un vínculo de conexión geográfico más estrecho y para ello se fija en el lugar de ejecución de la prestación característica del contrato. Siguiendo esta interpretación, el tribunal considera que debe determinarse la prestación contractual preponderante en función de criterios económicos, si no existe otro vínculo de conexión adecuado, tal como se deriva del artículo 3, apartado 2, de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y del artículo 6, apartado 2, de la Convención de las Naciones Unidas de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

En caso de considerar que nos encontremos ante un contrato de compraventa, el tribunal requiriente considera que el lugar de cumplimiento que determine el foro deberá definirse teniendo en cuenta

el lugar en el que las mercancías vendidas hubieren sido o debieren ser entregadas según los contratos y considera que incluso en lo que atañe a las ventas por correspondencia, tal lugar de cumplimiento se refiere al lugar en el que el comprador adquiere o hubiera debido adquirir el poder de disposición efectiva sobre la cosa entregada según los contratos.

III. Compraventa versus prestación de servicios

4. Se plantea en este asunto de qué manera procede delimitar los «contratos de compraventa de mercaderías» y los «contratos de prestación de servicios» en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, en el caso de un contrato relativo a la entrega de mercancías que han de fabricarse o producirse previamente, cuando el comprador formula determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de tales mercancías¹.

5. Señala en este caso el Tribunal que en determinados sectores de la economía moderna, como puede ser el automovilístico que da lugar a este asunto, la producción de mercancías puede venir acompañada de una prestación de servicios que contribuye, junto con la posterior entrega del producto acabado, a la realización del objeto final del contrato en cuestión².

En ambos tipos de contratos el R 44 emplea como criterio para determinar el foro de competencia el lugar de prestación de la denominada prestación característica³.

De este hecho deriva el Tribunal que el criterio de determinación de la naturaleza de un contrato determinado debería basarse en el concepto de obligación más significativa: Un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de «compraventa de mercaderías» y un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios habrá de ser calificado de «prestación de servicios»⁴.

6. Procede por tanto establecer los criterios que pueden ayudar a desarrollar el concepto jurídico indeterminado de «obligación característica» en los citados contratos y para ello se plantea que debe realizarse una referencia a otras normas comunitarias e internacionales que analizan la citada cuestión⁵.

Se refiere el Tribunal en primer lugar al artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44 que establece que los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse se considerarán contratos de compraventa⁶.

Por su parte, el artículo 3, apartado 1, de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, considera compraventas a los contratos de suministro de mercaderías que hayan de

¹ 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. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Ed.Comares, Granada, 2010, pp. 153-156; 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, M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*. Litigación internacional, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 304-308, 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.

² J. KOTRUSZ, «Gap-filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts» en *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 14, 1/2, 2009, pp. 119-163, H. MUIR WATT, «Aspects économiques du droit international privé», RCADI, 2004, t. 307, pp. 29-383.

³ Véase, en este sentido, la sentencia de 23 abril 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch, C-533/07, apartado 54.

⁴ Sobre la definición del contrato de prestación de servicios, véase J.J.A. BURKE, «Brussels I Regulation (Ec) 44/2001: Application To Financial Services Under Article 5(1) (B)» en *Columbia Journal of European Law*, Summer, 2004.

⁵ P. L. FITZGERALD, «The international contracting practices survey project: an empirical study of the value and utility of the United Nation's Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to practitioners, jurists, and legal academics in the United States. Journal of law and commerce (Pittsburgh, Pa.) 27, 2008, pp 1-111, <http://ssrn.com/abstract=1127382>

⁶ Según el artículo 1, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, cualquier bien mueble corpóreo se calificará de «bien de consumo», con algunas excepciones que no resultan pertinentes para un asunto como el que se ventila en el litigio principal.

ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción⁷.

Lo mismo podría decirse del artículo 6, apartado 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 14 de junio de 1974, que prevé que se equiparan a las compraventas los contratos de suministro de objetos mobiliarios corpóreos que hayan de ser manufacturados o producidos, a menos que la parte que los encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción⁸.

7. Debe señalarse además que los elementos aportados por el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no bastan para establecer criterios de delimitación con carácter general entre «compraventa de mercaderías» y «prestación de servicios». Como se desprende del apartado 33 de la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch, el concepto de «servicio» utilizado en el Reglamento n 44/2001 tiene un contenido autónomo, independiente de la interpretación de este concepto en el marco del artículo 50 CE o de normas de Derecho comunitario derivado distintas del Reglamento n 44/2001. Lo mismo puede decirse del concepto de «mercadería». En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta los conceptos de «servicio» y «mercadería» en relación con las libertades fundamentales del mercado interior no es de aplicación en el contexto del Reglamento n 44/2001⁹. Resulta por ello interesante que el Tribunal de Justicia realice esta referencia a textos internacionales que, si bien son de indudable relevancia práctica en el comercio internacional actual, no han sido adoptados por todos los Estados miembros de la organización y por tanto no resultan norma común de funcionamiento en los contratos intracomunitarios¹⁰.

Todo ello lleva al Tribunal a concluir que el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba fabricarse o producirse previamente no modifica la calificación del contrato en cuestión como contrato de compraventa¹¹.

8. Habida cuenta de las múltiples facetas de la vida económica, una delimitación con carácter general entre los dos contratos no es objetivamente posible¹²; por ello, y dado que claramente nos encontramos ante dos contratos que tienen zonas de convergencia entre sí el Tribunal emplea, además del criterio citado, una presunción para aclarar los casos problemáticos¹³.

⁷ Véase entre otros, J. O. HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. Harry M. Flechter, ed. 4th ed. Austin, Tex.; Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009. xlv, 713 p; S. EISELEN, «Literal interpretation: the meaning of the words», p. 61-89, en A. JANSSEN, O. MEYER, *CISG methodology*. Munich, Sellier, 2009; S. J. MARTIN-DAVIDSON, «Selling goods internationally: scope of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods» en *Michigan State journal of international law*, vol. 17:3, 2009, pp. 657-702; K. SAARE, K. SEIN y M. -A. SIMOVART, «The buyer's free choice between termination and avoidance of a sales contract.» *Juridica international* (Tartu, Estonia) Vol 15, 2008, pp. 43-53, en <http://www.juridicainternational.eu/index/2008/vol-xv/the-buyers-free-choicebetween-termination-and-avoidance-of-a-sales-contract>.

⁸ Resultan especialmente interesantes los trabajos realizados en la Comisión de Naciones Unidas a este respecto que pueden consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_travaux.html

⁹ Véanse las conclusiones del Abogado General JÁN MAZÁK presentadas el 24 de septiembre de 2009, en su párrafo 18.

¹⁰ De sobra conocida es la reticencia de algunos estados comunitarios, especialmente Reino Unido, a formar parte de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa Internacional de mercaderías. Pueden comprobarse los Estados miembros en la dirección http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

¹¹ Lo mismo ha establecido el Tribunal de Justicia en materia de contratos públicos. En el apartado 64 de la sentencia de 11 junio 2009, Hans & Christophorus Oymanns C-300/07, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «contratos públicos de suministro», contenido en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), incluye la compra de productos, con independencia de si el producto considerado se pone a disposición de los consumidores tal cual o después de haber sido fabricado con sujeción a las exigencias de aquéllos. En el apartado 66 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, en caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías forma parte del suministro de las mismas.

¹² Véanse las conclusiones del Abogado General JÁN MAZÁK presentadas el 24 de septiembre de 2009, en su párrafo 20.

¹³ S. A. KRUISINGA, «The impact of uniform law on national law: limits and possibilities — CISG and its incidence in Dutch law». *Electronic journal of comparative law*. Vol 13.2, May 2009. pp- 1-20 <http://www.ejcl.org/132/art132-2.pdf>

Así, si el comprador suministra la totalidad o la mayor parte de los materiales con los que se fabrica la mercancía, tal circunstancia puede constituir un indicio a favor de la calificación del contrato como «contrato de prestación de servicios». En cambio, en el caso contrario –es decir, si el comprador no suministra los materiales– existirá un indicio sólido para calificar el contrato de «contrato de compraventa de mercaderías»¹⁴.

Determina igualmente la Alta instancia que la responsabilidad del proveedor también puede ser un factor que haya de considerarse a la hora de calificar la obligación característica del contrato en cuestión. De este modo, puede considerarse que si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad con el contrato de la mercancía, que es el resultado de su actividad, resultará más adecuado calificar el contrato como «contrato de compraventa de mercaderías». Por el contrario, si el vendedor es responsable tan solo de ejecutar de manera correcta y siguiendo las instrucciones del comprador, podremos calificar el contrato como «prestación de servicios»¹⁵.

Por todo ello concluye el Tribunal que «aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato»¹⁶.

IV. La venta por correspondencia

9. Otra de las cuestiones que aborda la sentencia hace referencia a la determinación del lugar de entrega de las mercancías cuando se trata de un contrato celebrado por correspondencia.

Se discute en este punto si el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser «entregadas» las mercaderías, debe determinarse basándose en el lugar de la entrega material al comprador¹⁷. Tal como recuerda el Abogado General, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el concepto de «venta por correspondencia» procede del Derecho nacional y que puede tener un contenido diferente en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros. Por ello, considera el MAZAK, que no sería apropiado que el Tribunal de Justicia interpretara la expresión «el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías» concretamente en relación con las ventas a distancia, sino que únicamente debería limitarse a emitir la interpretación de dichos términos refiriéndose al contrato de compraventa en general¹⁸.

10. El primer elemento que cabe subrayar en la apreciación de la Corte es que las partes en un contrato disponen de autonomía de voluntad para determinar el lugar de entrega de las mercancías de modo que el lugar de entrega de las mercancías será, en principio, el que designen las partes en el contrato¹⁹.

¹⁴ G. M. DUHL, «International sale of goods» en *Business lawyer* (Chicago, Ill.), 64: 1281-1293, August 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546060#

¹⁵ Véase en este sentido B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: LGDJ, 1990.

¹⁶ En general sobre el artículo 5 del Reglamento puede consultarse la obra Mankovski, P. «Article 5», en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007.

¹⁷ S. TROIANO, «To what extent can the notion of «reasonableness» help to harmonize European contract law? Problems and prospects from a civil law perspective» en *European review of private law* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 17, 5, 2009, 749-787.

¹⁸ Véanse las conclusiones del Abogado General JÁN MAZÁK presentadas el 24 de septiembre de 2009, en su párrafo 32.

¹⁹ A. VENEZIANO, «A common European law on sales? In European private law beyond the common frame of reference» *Essays in honour of Reinhard Zimmermann*. A. VAQUER, ed. Groningen, Europa Law Pub., 2008. Ch. 5. p. 43-53. Véase igualmente M.J. BONELL, «Usages and practices». En C.M. BIANCA, M.J. BONELL, et al. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè, 1987, pp. 103 - 115; M.J. BONELL, «Artículo 9». En C.M. BIANCA, et al. *Convenzione di Viena sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*. Padova: CEDAM, 1992, pp. 37 - 43; F. ENDERLEIN, y D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the limitation for the International Sale of Goods*. USA: Oceana, 1992, pp. 67 - 71; K.H. NEUMAYER, y C. MING, *Con-*

Teniendo en cuenta sin embargo que la autonomía de la voluntad puede no ser ejercida, debe considerarse, según el Tribunal, que la regla contenida en el artículo 5.1 del Reglamento está basada en un objetivo de proximidad que tiene su razón de ser en la existencia de un vínculo de conexión entre el contrato y el Tribunal que debe conocer de los problemas que suscita²⁰.

Por ello la regla de competencia especial en materia contractual que consagra el lugar de entrega como criterio de vinculación autónomo, debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa de mercancías y no sólo a las basadas en la propia obligación de entrega, buscando en todo caso «paliar los inconvenientes del recurso a las reglas del Derecho internacional privado del Estado cuyo tribunal conozca del asunto» o al derecho material que sería aplicable en virtud de tal derecho, estableciendo un criterio de determinación puramente factual²¹.

11. A efectos de determinar el lugar de cumplimiento en el que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías, dos puntos podrían servir de lugar de entrega a efectos de fijar tal criterio autónomo, aplicable si no existe ninguna cláusula contractual pertinente. El primero de ellos es el lugar de la entrega material de la mercancía al comprador y el segundo el de la entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador²².

Determina el Tribunal a este respecto que el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final es el que corresponde mejor a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento, en tanto que «lugar de entrega» en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del mismo.

Las razones que llevan al Tribunal a optar por este criterio frente al otro expuesto son, en primer lugar el elevado grado de previsibilidad que éste supone e, igualmente, el objetivo de proximidad, en la medida en que este criterio garantiza la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo²³.

En particular, cabe señalar que, en principio, las mercancías –que constituyen el objeto material del contrato– habrán de encontrarse en ese lugar tras la ejecución del propio contrato. Además, el objetivo fundamental de un contrato de compraventa de mercaderías es transmitir éstas del vendedor al comprador, operación que tan sólo culmina por completo cuando las mismas llegan a su destino final²⁴.

vention de Vienne sur les contract de vente internationale de marchandises: commentaire. Paris: Centre de Droit de l'Enterprise de l'Université, Laussane, 1993, pp. 116 - 121; J. O. HONNOLD, *Uniform Law for interantional sales Under the 1980 United Nations Convention.* 3rd edition. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 124 - 131; B. CAMPUZANO, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías.* Sevilla: Universidad de Sevilla - Secretario de publicaciones, 2000, pp. 195 - 213; F. FERRARI, «Trade Usage and Practices established between the parties: Article 9». En F. FERRARI, H. FLECHTNER, R.A. BRAND, *et al. The draft UNCITRAL digest and beyond: cases, analysis and unresolved issues in the U.N. Sales Convention. Papers of the Pittsburgh Conference organized by the Center of International Legal Education (CILE).* London: Thomson- Sweet & Maxwell, 2004, pp. 191 - 205; M. SCHMIDT-KESSEL, «Article 9». En P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *et al. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 141-153.

²⁰ B. ZELLER, «Uniformity of laws: a reality or just a myth?» en *International journal of private law* (London) 2, 1, 2009, pp. 3-14; 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.

²¹ Véase en este sentido la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM(1999) 348 final, p.14].

²² G. ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional.* Madrid: Civitas, 1991, pág. 130; M. ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa.* Madrid: Montecorvo, 1972, pp. 103-104; E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional.* Granada: Comares, 1998, pp. 5 y 16; KAHN, P. *La vente commerciale internationale.* París: Sirey, 1961, pág. 223; F. ENDERLEIN, y D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the limitation for the International Sale of Goods.* USA: Oceana, 1992, pág. 256.

²³ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión transatlántica» en *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII, 2006 (1), pp. 19-60

²⁴ F. VIGLIONE, «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective. *European business law review* (Paris) 20 6, 2009, 835-850; F. OLIVA BLÁZQUEZ, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 91-92.

12. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriormente expuestas, determina el Tribunal que el artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato.

Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.

V. Conclusiones

13. Recapitulamos a continuación las conclusiones del Tribunal.

14. El artículo 5, número 1, letra b), del 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, debe interpretarse en el sentido de que aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato.

15. El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento n 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.

LA LITERALIDAD INTERPRETADA DESDE LA COHERENCIA DEL SISTEMA. LAS RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO BRUSELAS I Y LOS CONVENIOS SOBRE MATERIAS PARTICULARES SEGÚN EL TJUE

FEDERICO. F. GARAU SOBRINO

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

Recibido: 17.01.2011 / Aceptado: 27.01.2011

Resumen: El art. 71 del Reglamento Bruselas I no impide la aplicación de los convenios sobre materias particulares en que los Estados miembros fueren parte. Sin embargo, la aplicación de las reglas de los convenios en materias específicas sobre competencia judicial internacional y sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales no pueden entrar en contradicción con los principios que rigen la cooperación judicial internacional en materia civil en el seno de la Unión Europea. En definitiva, la literalidad del art. 71 debe interpretarse teniendo en cuenta la coherencia del sistema.

Palabras clave: Reglamento Bruselas I, convenios internacionales sobre materias particulares, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: Article 71 of Brussels I Regulation not affect any conventions on particular matters in which the Member States are parties. However, the rules governing jurisdiction, recognition and enforcement of judgments that are laid down by a specialised convention cannot compromise the principles which underlie judicial cooperation in civil and commercial matters in the European Union. Thus, the wording of Article 71 must be interpreted taking into account the consistency of the system.

Key words: Brussels I Regulation, Conventions on particular matters, Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments, Court of Justice of the European Union.

Sumario: I. El asunto TNT Express Nederland. II. El Reglamento Bruselas I y la jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas. III. La colisión del Reglamento Bruselas I con convenios multilaterales sobre materias específicas: el art. 71 del Reglamento. 1. El problema. 2. La solución: regla general (art. 71.1). 3. Interpretación auténtica de la regla general (art. 71.2). A) Colisión con convenios especiales con reglas de competencia internacional directa. B) Colisión con convenios especiales con reglas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad. IV. Un paso más en la interpretación del art. 71: la STJUE de 4 mayo 2010. V. La competencia del TJUE para interpretar convenios internacionales en los que los Estados miembros son parte. VI. Conclusiones: literalidad y coherencia del sistema. VII. Epílogo. Aplicación de las reglas del Convenio CMR.

I. El asunto TNT Express Nederland

1. Pocas ocasiones ha tenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] para pronunciarse sobre el nada fácil art. 71 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [«RBI»] –antiguo art. 57 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la

competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [«CB»]¹-. El mencionado precepto intenta solventar el tema de la colisión entre el RBI –anteriormente, el CB– y los convenios multilaterales sobre materias particulares incluidas en el ámbito del RBI y ratificados por los Estados miembros. Así que una nueva sentencia² sobre el tema es bienvenida, cuando no por la luz que ha arrojado, adoptando una nueva perspectiva en la interpretación de los preceptos del RBI.

2. El asunto *TNT Express Nederland*³ tiene su origen en un contrato de transporte de mercancías por carretera concluido entre las empresas holandesas «Siemens Nederland» y «TNT Express Nederland», que tenía por objeto el transporte de una mercancía desde los Países Bajos a Alemania y que jamás llegó a su destino. Como sucede en estos casos, apareció la compañía aseguradora, «AXA Versicherung», que pretendía recuperar del transportista las cantidades abonadas al remitente por la pérdida de la mercancía. Todo ello dio lugar a dos litigios. Uno en Holanda, instado por TNT contra AXA, por el que se pretendía que se declarase que el porteador solamente era responsable frente a la aseguradora de las cantidades que, en concepto de indemnización, establece el art. 23 del *Convenio de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)*⁴. El segundo lo inició AXA contra TNT ante los tribunales alemanes con el objeto de obtener una reparación por el daño causado a Siemens por la pérdida de la mercancía. La existencia simultánea de ambos procesos llevó a TNT a invocar ante la jurisdicción alemana la excepción de litispendencia, prevista en el art. 31.2 CMR, solicitud que fue desestimada, condenándose a la empresa transportista a abonar el pago de la indemnización. Como consecuencia de ello, AXA solicitó en Holanda que la resolución alemana que condenaba a TNT fuera declarada ejecutiva de conformidad con lo establecido en el RBI, pedimento que le fue concedido. En los sucesivos recursos de TNT, ante el *Rechtbank te Utrecht* y el *Hoge Raad der Nederlanden*, frente a la concesión de la declaración de ejecutividad se alegó la contrariedad de la resolución germana con el orden público holandés, invocándose el motivo de denegación del reconocimiento previsto en el art. 34.1 RBI. Frente a ello, AXA contraargumentó que, de conformidad con el art. 35.3 RBI, en el concepto de orden público no pueden incluirse los foros de competencia judicial internacional directa. TNT opuso a ello que, de acuerdo con el art. 71.2.b), p. 2º, RBI, la reglas de competencia internacional recogidas en el art. 31.1 CMR conforman una excepción a la prohibición de control de la competencia del juez de origen del art. 35.3 RBI. Todo ello hizo que el tribunal de casación holandés, el *Hoge Raad*, planteara ante el TJUE seis cuestiones prejudiciales en las que se planteaban las relaciones en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad entre el RBI y un convenio específico, como el CMR, con reglas específicas de competencia internacional directa, así como la interpretación del convenio CMR⁵. En definitiva, se solicitaba al Tribunal comunitario que interpretase el art. 71 RBI y el art. 31 CMR.

II. El Reglamento Bruselas I y la jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas

3. El asunto planteaba una interesante cuestión preliminar, que tenía que resolver el TJUE antes de entrar en el fondo del asunto. Me refiero a la vinculación, y consiguiente aplicación, de su jurisprudencia dictada en interpretación del CB, en la medida en que este último texto es antecedente inmediato del RBI y que, es más, el Reglamento sustituyó al texto convencional. El Tribunal comunitario viene admitiendo la vinculación siempre que las disposiciones de ambos textos sean idénticas⁶ o, incluso, puedan considerarse equivalentes⁷. Por tanto, había que determinar la igualdad o equivalencia entre el

¹ Versión consolidada en *DOUE C 27* de 26 enero 1998.

² Hasta el momento se han dictado las SSTJUE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. I-5439, y 28 octubre 2004, *Nürnberg Allgemeine Versicherung*, C-148/03, *Rec.* 2004, p. I-10327.

³ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, aún no publicada.

⁴ *BOE* de 7 de mayo 1974.

⁵ Véase *DOUE C44* de 21 febrero 2009, pp. 32 y 33.

⁶ STJUE 14 mayo 2009, *Ilsinger*, C-280/06, *Rec.* 2009, p. I-3961, ap. 41.

⁷ STJUE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-6917, ap. 18.

art. 57 CB y el art. 71 RBI, cuyo objeto es reglamentar la colisión con los convenios multilaterales sobre materias particulares suscritos por los Estados comunitarios.

Realizado un estudio comparativo entre ambos textos, y dejando de lado la lógica utilización de términos diferentes para referirse a las respectivas partes –«Estados contratantes» (CB), «Estados miembros» (RBI), «Estado de origen/Estado requerido» (CB) «Estado miembro de origen/Estado miembro requerido» (RBI)–, puede verse que la única diferencia importante está en que el texto convencional se refiere en el ap. 1 a «los convenios en que los Estados contratantes fueren o llegaren a ser parte», mientras que en el RBI ha desaparecido el inciso «o llegaren a ser»⁸. El origen de esta supresión radica en el mayor poder decisorio del que goza en la actualidad la UE en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil entre Estados miembros, bien sea por la atribución directa de competencias [art. 81 TFUE (antiguo art. 65 TCE)], bien sea por la asunción de competencias basada en el principio de subsidiariedad, y que permite a la UE impedir a los Estados miembros la ratificación de nuevos convenios internacionales que pudieran entrar en contradicción con las normas sobre cooperación judicial, en general, y con las disposiciones del RBI, en particular. Así, recuerda una vez más el TJUE que la aprobación de normas comunes entre los Estados miembros lleva a que estos pierdan la facultad, individual o colectiva, de contraer con terceros Estados obligaciones que afecten a dichas normas o alteren su alcance, por lo que solamente la UE puede asumir o ejecutar los compromisos contraídos con países terceros que afecten a dichas normas o a su alcance⁹. Realizadas estas precisiones sobre el inciso suprimido, puede concluirse la identidad entre los preceptos de ambos textos y, por tanto, la aplicabilidad de la jurisprudencia dictada en interpretación del art. 57 CB al art. 71 RBI.

Una cuestión que, por obvia, no trata el TJUE es que la identidad entre los preceptos de ambas normas permite también concluir que los comentarios al art. 57 CB contenidos en los *Informes oficiales al Convenio* son igualmente aplicables al art. 71 RBI¹⁰. Sin duda, estos textos constituyen un valioso complemento, que ayudan a comprender mejor las disposiciones del Reglamento.

III. La colisión del Reglamento Bruselas I con convenios multilaterales sobre materias específicas: el art. 71 del Reglamento

1. El problema

4. Resuelta la aplicabilidad de la jurisprudencia sobre el CB al RBI, pasemos a la problemática que intenta solventar el art. 71 RBI (la misma que subyacía en el art. 57 CB). Su finalidad es resolver la colisión que puede surgir entre el RBI y los convenios multilaterales sobre materias específicas incluidas en el ámbito material de aplicación del Reglamento¹¹. El art. 71 no recoge, por obvios, dos principios básicos. El primero es que el RBI se aplicará siempre que exista un convenio sobre una materia específi-

⁸ La última redacción del art. 57 CB tenía su origen en las modificaciones introducidas por el Convenio de adhesión de 1978 (art. 25.1) y el Convenio de adhesión de 1989 (art. 19). Por su parte, el ap. 3 del art. 57 CB ha desaparecido de ese precepto, pasando a configurar, con una redacción prácticamente idéntica, el nuevo art. 67 RBI. En la propuesta de reforma del RBI no se contiene modificación alguna del art. 71: véanse los documentos COM(2009) 175 final (Bruselas, 21.4.2009): Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y COM(2010) 748 final (Brussels, 14.12.2010): Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast).

⁹ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 38, y STJUE 31 marzo 1971, *Comisión/Consejo*, 22/70, *Rec.* 1971, p. 263, aps. 17, 18 y 22; igualmente, STJUE 5 noviembre 2002, *Comisión/Dinamarca*, C-467/98, *Rec.* 2002, p. I-9519, ap. 77. Sobre el tema, P. MANKOWSKI, «Artikel 71», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, München, Sellier, 2007 [cit. P. MANKOWSKI, «Artikel 71»], NM 3.

¹⁰ Puesto que la redacción del art. 71 RBI proviene de la correspondiente al art. 57 CB que le había dado el Convenio de adhesión de 1978, el texto interpretativo fundamental es el INFORME AL CONVENIO DE ADHESIÓN DE 1978 AL CONVENIO DE BRUSELAS [cit. INFORME SCHLOSSER], *DOUE* C 189 de 28 julio 1990, pp. 184 ss.

¹¹ Una relación actualizada de convenios multilaterales con disposiciones sobre competencia judicial y sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad puede verse en F. GARAU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª edic. act. y renov., Palma de Mallorca, 2008 [cit. F. GARAU, *Lecciones DPCI*], Apéndice, pp. 190-192 y 199-200.

ca que no contenga normas sobre competencia internacional directa. Mediante el segundo, primarán las normas convencionales sobre competencia directa siempre que todos los Estados miembros implicados sean parte en el convenio sobre la materia específica¹². Frente a ello, el art. 71 contiene las reglas que intentan resolver el resto de casos de colisión: solamente es parte en el convenio específico uno de los Estados implicados (el país de origen o el país requerido), o el texto convencional contiene únicamente disposiciones sobre competencia directa.

5. En el *Informe Schlosser* podemos ver la complejidad de los temas planteados en la colisión de normas¹³. Si los Estados implicados son parte en un convenio sobre una materia específica que solamente contienen disposiciones sobre competencia internacional directa, ¿son aplicables las reglas del RBI sobre verificación de la competencia (art. 26), sobre litispendencia (art. 27) y sobre declaración de ejecutividad? Cabe preguntarse igualmente sobre la aplicabilidad de las disposiciones del RBI que regulan el procedimiento de reconocimiento cuando colisione con un convenio específico sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales que no necesite de ese procedimiento. Una persona domiciliada en un Estado miembro que no sea parte en el convenio sobre una materia específica, ¿puede ser emplazada ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros de competencia directa contenidos en el convenio?; en el Estado miembro del domicilio ¿deben aplicarse únicamente los foros de competencia directa del RBI? En el plano del exequátur, ¿debe reconocerse y ejecutarse en una Estado miembro que no es parte en un convenio sobre una materia específica una sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro cuya competencia se basa exclusivamente en un foro del convenio específico? Finalmente, también cabe plantearse qué sucede cuando el convenio sobre la materia específica no prevé foros exclusivos.

6. En todo caso, el art. 71 RBI presenta una indudable ventaja sobre su antecesor, porque, como ya hemos visto y a diferencia del art. 57 CB, no intenta resolver las colisiones que puedan originar los convenios que en el futuro puedan ratificar los Estados miembros (*supra* NM 3). La desaparición de este factor, que hacía difícil lograr en el CB una solución general para todos los casos, presentes y futuros, ha simplificado el tema. Ahora, los posibles problemas de colisión de futuro tienen que ser previstos por las autoridades comunitarias en el momento de negociar la adhesión de la UE al texto convencional y establecer las correspondientes normas específicas de colisión si no pudieran ser resueltas por la regla general del art. 71 RBI.

2. La solución: regla general (art. 71.1)

7. ¿Cómo sale al paso el Reglamento de esta compleja problemática? Pues empieza por enunciar una *regla general*, según la cual el Reglamento «no afectará» a los convenios sobre materias específicas ratificados por los Estados miembros y que contuvieran normas sobre competencia judicial, reconocimiento o declaración de ejecutividad (art. 71.1). Por tanto, el RBI no inaplica en principio los convenios específicos, conteniendo el art. 71 una excepción a la regla general de que el RBI prevalece sobre los convenios entre Estados miembros sobre competencia internacional, reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones (véase art. 69). La finalidad de esta excepción es respetar las disposiciones de los convenios especiales, dictadas en atención a las materias específicas a las que afectan¹⁴.

Ahora bien, en el *Informe Schlosser* se afirma que el Reglamento deberá aplicarse sobre los textos convencionales cuando estos no contengan una regulación específica o cuando contengan normas sobre competencia que «no se acomodan al vínculo lógico entre las diferentes subdivisiones del

¹² INFORME SCHLOSSER, p. 246.

¹³ Véase INFORME SCHLOSSER, p. 246, del que he realizado una adaptación al RBI. Un caso real en el que se plasma la problemática aplicación del art. 71 RBI es el *Deaville./Aeroflot Russian International Airlines*, comentado en B. HESS Y OTROS, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Study JLS/C4/2005/03 (Final Version September 2007)*, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Universität Heidelberg), NM 144.

¹⁴ Véase el considerando 25 de la exposición de motivos del RBI. Igualmente, STJUE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. I-5439, ap. 24; STJUE 28 octubre 2004, *Nürnbergger Allgemeine Versicherung*, C-148/03, *Rec.* 2004, p. I-10327, ap. 14.

[Reglamento] ni, en particular, con el que existe entre las disposiciones en materia de ejecución y la obligación de reconocimiento»¹⁵. En estas afirmaciones, bastante generales e imprecisas, encontramos el boceto de la línea argumental de la sentencia objeto de este comentario: las reglas contenidas en los convenios específicos no pueden entrar en contradicción con los objetivos del RBI, fundamentalmente con los principios de la cooperación jurídica internacional (*infra* NM 14 ss.).

3. Interpretación auténtica de la regla general (art. 71.2)

8. Con el objeto de evitar cualquier duda o problema de interpretación de un principio tan genérico, como es el respeto de las normas convencionales, el RBI inserta en el apartado siguiente su interpretación auténtica —«con el fin de asegurar una interpretación uniforme» dice el art. 71.2—, que contiene dos subreglas, una para las normas de competencia y otra para las disposiciones sobre exequatur. Comparando las redacciones del CB y del RBI puede comprobarse que, a pesar de que únicamente se han cambiado los términos «convenio» por «Reglamento» y «Estado contratante» por «Estado miembro», la redacción ha ganado en claridad. Y ello no por nada especial, sino porque en el CB la redacción acababa siendo críptica debido a la confusión que se producía por el uso de la palabra «convenio», utilizada para designar tanto al CB como al «convenio relativo a una materia particular». Ello tenía como resultado que, por ejemplo, cuando en el art. 57.2.a) CB se afirmaba que se podía fundamentar la competencia «en dicho Convenio», *prima facie* no se sabía si se estaba haciendo referencia al CB o al convenio sobre una materia particular¹⁶. Ahora, en el RBI, al introducirse la distinción entre el «Reglamento» y el «convenio relativo a una manera particular», el problema ha desaparecido.

A) Colisión con convenios especiales con reglas de competencia internacional directa

9. La primera subregla del art. 71.2 se refiere a la colisión con convenios específicos con normas sobre competencia internacional directa. En estos caso, la letra a) del art. 71.2 permite que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que es parte en un convenio especial con normas de competencia puedan basar su jurisdicción en los foros del convenio, incluso cuando la parte demandada se halle domiciliada en un Estado miembro que no ha ratificado el convenio. Ahora bien, en este último caso, y para evitar la indefensión del demandado, se toma la cautela de exigir al órgano jurisdiccional la aplicación del art. 26 RBI, que le impone el examen de oficio de su propia competencia —las reglas de competencia directa del convenio especial están fundamentadas «en las disposiciones del presente Reglamento», puesto que el texto convencional es aplicable de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71¹⁷—. Esta precaución garantiza que, en caso de incomparecencia del demandado, la resolución sea adoptada por un tribunal competente¹⁸. Es más, el art. 26 libera al demandado de la obligación de comparecer ante el tribunal ante el que se le ha emplazado con el objeto de denunciar su falta de jurisdicción¹⁹.

¹⁵ INFORME SCHLOSSER, p. 247.

¹⁶ Sobre esta problemática, F. GARAU, «Artículo 57», 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, NM 4 y 5.

¹⁷ STJUE 28 octubre 2004, *Nürnberger Allgemeine Versicherung*, C-148/03, *Rec.* 2004, p. I-10327, aps. 17 y 18.

¹⁸ No entraré aquí, por no ser el lugar ni el momento oportuno, en la problemática que plantea el art. 26 RBI, como que para activarse sea preciso que el demandado haya sido emplazado ante los tribunales de un Estado miembro distinto al de su domicilio, no cubriendo los casos en que coincidan Estado de emplazamiento y del domicilio, debiendo aplicarse en este último caso la ley procesal del foro; o que la parte demandada deba estar domiciliada en un Estado miembro, excluyéndose así el control en algunos casos de sumisión *ex art.* 23 o en el *forum connexitatis* del art. 6.1. Sobre la problemática del precepto véase R. GEIMER, R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2010 [cit. GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*], «A1 – Art. 26 EuGVVO», NM 4-6; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 8. Aufl., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2005 [cit. J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*], «Artikel 26», NM 1; en relación con el art. 20 CB, antecedente del art. 26 RBI, 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*], p. 326.

¹⁹ Con matizaciones, GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*, «A1 – Art. 26 EuGVVO», NM 13. En relación con el art. 20 CB, GEIMER/SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, p. 327.

Según se desprende del *Informe Schlosser*, este control de oficio tiene por objeto comprobar que no existe un foro atributivo de jurisdicción contenido en el RBI que permitiera emplazar al demandado ante los tribunales de un Estado miembro distinto del de su domicilio, para posteriormente, si eso es así, comprobar que se le ha emplazado correctamente en virtud de un foro del convenio especial²⁰. Por tanto, el Informe plantea la utilización de los foros del convenio con carácter subsidiario a la de los contenidos en el Reglamento, lo que no se desprende de la letra del art. 71.2.a) RBI.

10. Esta problemática puede ilustrarse con un ejemplo, que a estos efectos tomo y adapto del *Informe Schlosser*²¹. En el curso superior del Rin tiene lugar un accidente fluvial, en el que, debido a que el río en algunos tramos es frontera natural entre Francia y Alemania, no puede determinarse dónde se ha producido el daño ni su lugar de procedencia, por lo que los tribunales franceses y los alemanes no pueden basar su jurisdicción en el foro del art. 5.3 RBI. Sin embargo, ambos países son parte en el *Convenio revisado para la navegación del Rin, de 17 de octubre de 1868*, en la versión del Protocolo de 17 de octubre de 1979, cuyos arts. 34.2.c) y 35 *bis* otorgan jurisdicción al único o primer tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Si el armador fluvial (parte demandada) está domiciliado en Luxemburgo –Estado miembro que no es parte en el convenio especial–, en virtud del art. 71.2.a) RBI, puede ser válidamente emplazado ante un tribunal francés o alemán de acuerdo con las normas de competencia directa del Convenio para la navegación del Rin, aunque esté domiciliado en un Estado miembro que no es parte en este convenio especial. Ahora bien, si la demanda se interpone ante un tribunal luxemburgués –competente por ser el país del domicilio de la parte demandada (art. 2 RBI)–, Francia y Alemania deben aceptar la jurisdicción de aquel por basarse en un foro del Reglamento, aun cuando ambos sean parte en el Convenio para la navegación del Rin y no admita el foro del domicilio del demandado. En ambos casos, especialmente el primero en el que la jurisdicción se basa en el convenio especial, el tribunal aplicará el art. 26 RBI, por lo que, ante la incomparecencia del demandado, el órgano jurisdiccional francés o alemán deberá verificar la imposibilidad de determinar el lugar donde se ha producido el hecho dañoso (foro del Reglamento), para así poder basar su jurisdicción en el Convenio para la navegación del Rin²².

B) Colisión con convenios especiales con reglas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad

11. La segunda subregla que interpreta el criterio general de colisión es la contenida en el art. 71.2.b) y se refiere a los convenios especiales con normas sobre exequátur. El principio por el que se rige el tema es claro y lógico: las resoluciones adoptadas por los tribunales de un Estado miembro que hubiesen basado su jurisdicción en un foro contenido en un convenio especial serán reconocidas y declaradas ejecutivas de acuerdo con lo dispuesto en el RBI [art. 71.2.b), p. 1º]. Esto es una consecuencia lógica de haber admitido antes (art. 71.2.a) que la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puede fundarse en las normas de competencia de un convenio especial. Además, es la única vía posible cuando el Estado requerido no ha ratificado el convenio específico.

Este principio general es matizado inmediatamente, en el párrafo segundo del art. 72.2.b), cuando *Estado de origen y Estado requerido son parte en el convenio especial* (cuando el Estado requerido no es parte, solamente tiene la vía del RBI):

— Si el texto convencional contiene «*condiciones*»²³ para el reconocimiento y ejecución», se aplicarán estas y no las del RBI. Ahora bien, cuando el convenio especial prevea expresamente la aplicación de las normas más favorables al reconocimiento (p.ej., el art. 23 del Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obliga-

²⁰ INFORME SCHLOSSER, p. 247.

²¹ Véase la p. 247.

²² Obsérvese lo que he advertido antes, sobre la utilización subsidiaria de los foros del convenio específico, que plantea el Informe. Son Estados parte en el convenio Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Reino Unido y Suiza.

²³ Con el término «condiciones» se hace referencia a los *presupuestos* (p.ej., competencia del tribunal de origen) y a los *motivos de denegación* (p.ej., contrariedad con el orden público) del reconocimiento, así como a los presupuestos de la declaración de ejecutividad (ejecutividad de la resolución en el Estado de origen, firmeza de la resolución en origen).

ciones alimenticias), y estas sean las del Reglamento, entonces serán de aplicación los arts. 32 y ss. RBI²⁴.

- Siempre pueden aplicarse las *normas procedimentales* –el cauce procesal– del RBI para obtener el reconocimiento²⁵ y la declaración de ejecutividad de las resoluciones adoptadas al amparo del convenio especial.
- Cuando el convenio especial contenga un *procedimiento específico* para la obtención del reconocimiento y la declaración de ejecutividad, podrá este aplicarse. Esta posibilidad queda implícita cuando se afirma que «*podrán aplicarse las disposiciones del presente Reglamento*»²⁶.

12. Continuando con el ejemplo que he utilizado (*supra*, NM 10), y por lo que se refiere al reconocimiento de la resolución que se dicte, cuando el pleito se haya sustanciado ante un tribunal francés, la resolución debe reconocerse en Alemania, siendo aplicables las condiciones para el reconocimiento y la ejecución previstas en el Convenio revisado para la navegación del Rin –no pueden aplicarse las condiciones del RBI (arts. 34 y 35) porque el convenio especial contiene condiciones específicas, y país de origen y país requerido son parte en el convenio especial–. Por lo que respecta al *procedimiento* para obtener la declaración de ejecutividad, el solicitante podrá optar entre el regulado en el RBI y el previsto en el Convenio para la navegación del Rin. Para el caso que la sentencia francesa (adoptada de acuerdo con las normas sobre jurisdicción del convenio especial) pretenda ser ejecutada en Luxemburgo, y como este país no es parte en el convenio especial, el reconocimiento y la declaración de ejecutividad deberá hacerse al amparo del RBI, aplicándose sus condiciones del reconocimiento (arts. 34 y 35), así como el procedimiento para obtener la declaración de ejecutividad contenido en su Título III. Si la resolución ha sido dictada en Luxemburgo y pretende ser ejecutada en Francia, deberá utilizarse el RBI, aplicándose sus condiciones y su procedimiento.

13. Se ha discutido si el art. 71 incluiría también los convenios especiales que obligan a no reconocer determinadas resoluciones judiciales. Este sería el caso de un texto convencional que prevé la competencia exclusiva de los tribunales de uno de los Estados que son parte en él o, de manera indirecta, cuando el convenio vincula la competencia internacional con un determinado régimen de responsabilidad²⁷. En mi opinión, y teniendo presente la doctrina de la sentencia de 4 de mayo de 2010 sobre la interpretación del art. 71 RBI, objeto de estas páginas, este tipo de textos convencionales que incorporan obligaciones negativas de no reconocimiento no tiene cabida en el art. 71, puesto que contradice principios de la cooperación judicial internacional en materia civil, como son la libre circulación de resoluciones y la confianza recíproca en la justicia²⁸. Quizás la vía para que el Estado requerido pudiera cumplir con su compromiso internacional, contenido en el convenio especial, sería denegar el reconocimiento de la resolución por contrariedad con su orden público (art. 34.1 RBI)²⁹. Si bien el resultado es el mismo, la vía para lograrlo es diferente: no se aplica directamente el convenio específico, sino que se impide que una resolución despliegue sus efectos por contravenir un principio

²⁴ Así, GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*, «A1 - Art. 71 EuGVVO», NM 20; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, «Artikel 71», NM 5.

²⁵ Debido al principio del reconocimiento automático de las resoluciones, que preside el RBI (art. 33.1), la mención al «procedimiento de reconocimiento» ha de entenderse referida a la posibilidad de controlar las condiciones del reconocimiento a título principal, mediante el proceso declarativo de reconocimiento (art. 33.2), así como al control del reconocimiento con motivo de la obtención de la declaración de ejecutividad, en la medida que el reconocimiento es presupuesto de la declaración de ejecutividad (arts. 38 ss.). Sobre el control de las condiciones del reconocimiento véase F. GARAU, *Lecciones DPCI*, pp. 146 ss.

²⁶ En el *Informe Schlosser* se afirma que la parte solicitante posee un *derecho de opción* entre ambos procedimientos (p. 247). Igualmente, GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*, «A1 - Art. 71 EuGVVO», NM 22.

²⁷ Sobre este tipo de convenios véase INFORME SCHLOSSER, p. 248, que pone como ejemplo de la incompatibilidad indirecta el régimen de responsabilidad diseñado por el Convenio de París sobre responsabilidad civil en material nuclear, de 29 de Julio de 1960, modificado por los Protocolos de 28 de enero de 1964 y de 16 de noviembre de 1982 (*BOE* de 2 febrero 1967, de 9 julio 1968 y de 1 noviembre 1988, respectivamente).

²⁸ Véase *infra* NM 14. A favor de su inclusión GEIMER/SCHÜTZE, *EuZVR*, «A1 - Art. 71 EuGVVO», NM 74; con dudas J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, «Artikel 71», NM 17.

²⁹ Así, INFORME SCHLOSSER, p. 248; J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, «Artikel 71», NM 17.

fundamental del ordenamiento jurídico del Estado requerido, que ha sido incorporado por un convenio internacional.

IV. Un paso más en la interpretación del art. 71: la sentencia de 4 mayo 2010

14. Me he permitido la extensa introducción anterior para situar el problema y sus implicaciones prácticas. De no conocer la problemática que subyace al art. 71 y sus soluciones, se corre el riesgo de no valorar correctamente el pronunciamiento del TJUE. Así que, sin mayores dilaciones, pasemos a la sentencia de 4 de mayo de 2010.

El núcleo de las cuestiones planteadas al Tribunal comunitario estaba en determinar si las normas del Convenio CMR sobre litispendencia y cosa juzgada (art. 31.2 CMR), así como sobre fiscalización de la competencia del juez de origen, entendida como motivo de denegación del reconocimiento (art. 31.3 CMR)³⁰ debían aplicarse con preferencia a las normas equivalentes del RBI (arts. 27, 34.1, 35 y 36). En otras palabras, si las disposiciones del texto convencional prevalecían sobre las del Reglamento comunitario.

Hemos visto que el tenor literal del art. 71.1 RBI determina que cuando sea aplicable un convenio especial, en principio deberán aplicarse sus normas: el Reglamento «no afectará» a las normas de los convenios especiales. Ahora bien, la literalidad del precepto debe interpretarse en atención al contexto y a los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte³¹. En este sentido, el TJUE considera relevantes *los principios en los que se basa la cooperación jurídica internacional*, y que se encuentran recogidos a lo largo de la exposición de motivos del RBI: la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (considerando 6); el alto grado de previsibilidad de los foros atributivos de jurisdicción y el principio de seguridad jurídica (considerando 11); la buena administración de justicia (considerando 12); la máxima reducción de la posibilidad de procedimientos paralelos y la prevención de adopción de resoluciones inconciliables (considerando 15); la confianza recíproca en la justicia dentro de la UE, lo que implica el reconocimiento de pleno Derecho de las resoluciones adoptadas y la existencia de un procedimiento rápido y eficaz para declarar ejecutiva las resoluciones (considerandos 16 y 17). En definitiva, todos estos principios inspiradores del RBI no pueden ser obviados por una interpretación del art. 71 que permita que un convenio especial conduzca a resultados menos favorables para el buen funcionamiento del mercado interior que los que se pueden conseguir mediante la aplicación de las disposiciones

³⁰ El art. 31 CMR establece:

«1. Para todos los litigios a que puedan dar lugar los transportes sometidos a este Convenio, el demandante podrá escoger, fuera de las jurisdicciones de los países contratantes designadas de común acuerdo por las partes del contrato, las jurisdicciones del país en el territorio del cual:

a) El demandado tiene su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte o

b) Está situado en el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para la entrega de la misma, no pudiendo escogerse más que estas jurisdicciones.

2. Cuando en un litigio de los mencionados en el párrafo 1 de este artículo una acción esté incoada ante una jurisdicción competente en los términos de este párrafo, o cuando en dicho litigio se ha pronunciado fallo por tal jurisdicción, no se podrá intentar ninguna nueva acción por la misma causa y entre las mismas partes, a menos que la decisión de la jurisdicción ante la que se utilizó la primera acción no sea susceptible de ser ejecutada en el país donde la nueva acción ha sido interpuesta.

3. Cuando en un litigio de los mencionados en el párrafo 1 de este artículo un juicio fallado por una jurisdicción de un país contratante ha llegado a ser ejecutorio en este país, llega a ser igualmente ejecutorio en cada uno de los otros países contratantes, sobre todo después del cumplimiento de las formalidades prescritas a este efecto en el país interesado. Estas formalidades no pueden implicar revisión de la causa.

4. Las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo se aplican a los juicios con oposición de parte, a los juicios por rebeldía y a las transacciones judiciales, pero no se aplicarán a los juicios que no sean ejecutorios, a no ser por provisión, ni a las condenas por daños y perjuicios que hubieran sido pronunciados en concepto de costas contra el demandante cuya demanda sea rechazada total o parcialmente.

5. [...]»

³¹ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 44. En igual sentido, y entre muchas otras, STJUE 18 mayo 2000, *KVS International*, C-301/98, *Rec.* 2000, p. I-3583, ap. 21; STJUE 23 noviembre 2006, *ZVK*, C-300/05, *Rec.* 2006, p. I-11169, ap. 15; STJUE 16 octubre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-298/07, *Rec.* 2008, p. I-7841, ap. 15; STJUE 22 octubre 2009, *Bogiatzi (de casada Ventouras)*, C-301/08, *Rec.* 2009, p. I-10185, ap. 39; STJUE 23 diciembre 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU, ap. 33.

del RBI. Esta línea argumental se ve reforzada con la jurisprudencia que establece que los convenios entre Estados miembros y países terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados miembros en detrimento de los objetivos del Derecho comunitario³².

15. Una vez fijados los principios de la cooperación jurídica internacional, que constituyen la base del RBI, es preciso determinar cómo inciden en una interpretación del art. 71 RBI, tanto en el plano de las reglas sobre competencia (art. 72.2.a) como en el de las relativas al reconocimiento y declaración de ejecutividad (art. 72.2.b). En relación con el primero, el TJUE considera que las normas sobre competencia judicial internacional, incluidas las disposiciones sobre litispendencia, contenidas en los convenios especiales a los que se refiere el art. 71, pueden aplicarse en las relaciones entre los Estados miembros *siempre que tengan un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos*³³.

Por lo que se refiere a las disposiciones sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones contenidas en convenios especiales incluidos en el art. 71, solamente podrán aplicarse entre Estados miembros *si respetan el principio de libre circulación de resoluciones y de confianza recíproca en la justicia (favor executionis)*³⁴. En este sentido, el principio de confianza recíproca no permite el control de la competencia del juez de origen por un tribunal del Estado requerido, salvo que así se prevea expresamente, como en los arts. 35 y 45.1 RBI³⁵. En consecuencia, el art. 31.3 CMR, que permitiría al juez requerido ejercer un control de la competencia, solamente puede aplicarse entre Estados miembros si permite alcanzar los dos mencionados objetivos en condiciones que sean al menos tan favorables como las que resultan de la aplicación del RBI³⁶.

V. La competencia del TJUE para interpretar convenios internacionales en los que los Estados miembros son parte

16. Finalmente, el Tribunal comunitario aborda la interesante cuestión de su propia competencia para interpretar prejudicialmente los textos convencionales en los que los Estados miembros son parte. En su jurisprudencia se diferencian dos planos:

- 1) *Convenios internacionales ratificados por la Unión*. Una vez han entrado en vigor forman parte del ordenamiento comunitario, por lo que el Tribunal es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre su interpretación³⁷.
- 2) *Convenios internacionales celebrados entre Estados miembros y países terceros*. Si bien en principio el Tribunal no tiene competencia para interpretarlos en el marco de una cuestión prejudicial³⁸, sin embargo puede llegar a adquirirla cuando el texto convencional tenga

³² STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 52. Igualmente, STJUE 22 septiembre 1988, *Deserbais*, 286/86, *Rec.* 1988, p. 4907, ap. 18; STJUE 6 abril 1995, *RTE e ITP*, C-241/91 P y C-242/91 P, *Rec.* 1995, p. I-743, ap. 84, STJUE 2 julio 1996, *Comisión/Luxemburgo*, C-473/93, *Rec.* p. I-3207, apartado 40; STJUE 22 octubre 2009, *Bogiatzi (de casada Ventouras)*, C-301/08, *Rec.* 2009, p. I-10185, ap. 19.

³³ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 53.

³⁴ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 54. También, STJUE 14 diciembre 2006, *ASML*, C-283/05, *Rec.* 2006, p. I-12041, ap. 23. Sobre los principios de la cooperación jurídica internacional en el RBI véase STJUE 10 febrero 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, *Rec.* 2009, p. I-663, ap. 24; STJUE 28 abril 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Rec.* 2009, p. I-3571, ap. 73.

³⁵ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 55. En este sentido, STJUE 27 junio 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. y otros*, C-351/89, *Rec.* 1991, p. I-3317, ap. 24; STJUE 7 abril 2004, *Turner*, C-159/02, *Rec.* 2004, p. I-3565, ap. 26; STJUE 10 febrero 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, *Rec.* 2009, p. I-663, ap. 29.

³⁶ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 56.

³⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 60; STJUE 30 abril 1974, *Haegemann*, 181/73, *Rec.* 1974, p. 449, aps. 3 a 6; STJUE 30 septiembre 1987, *Demirel*, 12/86, *Rec.* 1987, p. 3719, ap. 7; STJUE 15 junio 1999, *Andersson y Wåkerås-Andersson*, C-321/97, *Rec.* 1999, p. I-3551, ap. 26; STJUE 11 septiembre de 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, C-431/05, *Rec.* 2007, p. I-7001, ap. 31.

³⁸ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 61; STJUE 27 noviembre 1973, *Vandeweghe y otros*, 130/73, *Rec.* 1973, p. 1329, ap. 2; ATJUE 12 noviembre 1998, *Hartmann*, C-162/98, *Rec.* 1998, p. I-7083, aps. 9 a 12; STJUE 22 octubre 2009, *Bogiatzi (de casada Ventouras)*, C-301/08, *Rec.* 2009, p. I-10185, ap. 24.

por objeto una materia que en un principio era ejercida por los Estados miembros y que, con posterioridad, la Unión ha asumido las competencias y, por tanto, las disposiciones convencionales han devenido vinculantes para la Unión aun cuando no haya ratificado el convenio³⁹.

El CMR, si bien es un texto convencional en el que Estados miembro eran ya parte en el momento de la entrada en vigor del RBI, tiene por objeto una materia que no es competencia de la Unión. Por tanto, y de acuerdo con la jurisprudencia citada, no forma parte del ordenamiento comunitario y el Tribunal carece de competencia para interpretar sus normas, que era lo que pretendía el tribunal nacional de remisión en varias de las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto⁴⁰.

VI. Conclusiones: literalidad y coherencia del sistema

17. La sentencia de 4 de mayo de 2010 ha venido a matizar la regla del art. 71 RBI, sobre la colisión del Reglamento con textos convencionales en materias particulares. Si bien los principios básicos continúan siendo válidos, como no podía ser de otra manera, el TJUE ha precisado las condiciones en las que las normas de los convenios especiales pueden aplicarse por encima de las del Reglamento. Su interpretación se basa en el equilibrio entre el principio de literalidad y el principio de coherencia del sistema⁴¹.

De conformidad con la *literalidad* del art. 71 RBI, es posible aplicar las disposiciones sobre competencia, reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones contenidas en convenios internacionales especiales que tengan por objeto materias coincidentes con las del Reglamento (art. 72.1).

Lo anterior tiene como consecuencia que los tribunales de un Estado miembro parte en un convenio especial con normas de competencia puedan basar su jurisdicción en los foros del convenio, incluso cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro que no ha ratificado el convenio, en cuyo caso debe examinar de oficio su competencia (art. 71.2.a). Las resoluciones que se dicten en estos casos serán reconocidas y declaradas ejecutivas de acuerdo con lo dispuesto en el RBI [art. 71.2.b), p. 1º]. Ahora bien, si Estado de origen y Estado requerido son parte en el convenio especial y este reglamenta las condiciones para el reconocimiento y ejecución, se aplicarán estas y no las del Reglamento; siempre pueden aplicarse las normas procedimentales del Reglamento para la obtención del reconocimiento y la declaración de ejecutividad pero si el convenio contiene un procedimiento específico, podrá aplicarse este [art. 71.2.b), p. 2º].

18. Este tenor literal del art. 71 debe interpretarse de tal manera que exista una *coherencia del sistema*, de manera que las normas del convenio especial no entren en contradicción con los principios de la cooperación judicial internacional en materia civil de la UE, sector jurídico en el que se incardina el RBI.

De este modo, *las normas sobre competencia internacional*, incluidas las disposiciones sobre litispendencia y control de la competencia del juez de origen, contenidas en un convenio específico solamente pueden ser aplicadas entre Estados miembros, desplazando a las normas equivalentes del RBI,

³⁹ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 62; STJUE 12 diciembre 1972, *International Fruit Company y otros*, 21/72 a 24/72, *Rec.* 1972, p. 1219, aps. 10 a 18; STJUE 14 julio 1994, *Peralta*, C-379/92, *Rec.* 1994, p. I-3453, ap. 16; STJUE 3 junio 2008, *Intertanko y otros*, C-308/06, *Rec.* 2008, p. I-4057, ap. 48; STJUE 22 octubre 2009, *Bogiatzi (de casada Ventouras)*, C-301/08, *Rec.* 2009, p. I-10185, ap. 25.

⁴⁰ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, aps. 39 y 62. Hasta el momento, el TJUE no ha utilizado en sus decisiones las normas de Derecho internacional sobre la sucesión en el tiempo de los tratados, contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 mayo 1969; sobre el tema, A. VETTOREL, «Una pronuncia della Corte di giustizia sui rapporti fra il regolamento (CE) n. 44/2001 e le convenzioni in materie particolari», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, n° 3, p. 827.

⁴¹ Se ha afirmado que el TJUE ha desarrollado una función legislativa 'preventiva', desde el momento en que exige no solo un requisito no previsto en la norma sino difícilmente deducible de ella (A. VETTOREL, «Una pronuncia della Corte di giustizia...», p. 829).

cuando tengan un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos. Por otro lado, *las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* contenidas en un convenio específico únicamente pueden ser aplicadas entre Estados miembros cuando permitan alcanzar, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el RBI, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (*favor executionis*).

19. La hasta ahora escasa jurisprudencia del TJUE sobre el art. 57 CB (art. 71 RBI) se había limitado a realizar una mera interpretación literal, mediante la cual se descartaba la aplicación del RBI a las cuestiones de competencia internacional reguladas en un convenio especial⁴². Sobre esta base, la sentencia de 4 de mayo de 2010 ha dado un paso más, sometiendo la literalidad a los objetivos de la norma. Esta evolución de la jurisprudencia no entraña un cambio de criterio sino que supone una evolución lógica en el marco del desarrollo de la cooperación judicial comunitaria.

El CB nació y evolucionó en el contexto de facilitar la simplificación de las formalidades a las que se sometían el reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales, lo que se conseguía mediante la conclusión de convenios internacionales entre los Estados miembros (antiguo art. 220, luego 293, TCE). El Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, introdujo la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior como uno de los objetivos de la Unión (artículo B, apartado 4º), dotado de una regulación específica en el Título VI, artículo K –la cooperación en materia civil aparecía recogida en el artículo K.1, núm. 6–. Pero sería el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, el que daría el impulso definitivo, creando en el TCE el Título IV (Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), en el que se incardina la cooperación judicial en materia civil (art. 65)⁴³.

Con la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia y el consiguiente establecimiento de los instrumentos legislativos para la consecución de la cooperación judicial civil, el tema pasa de ser una materia regulada mediante acuerdos entre Estados miembros a convertirse en un objetivo y una competencia de la Unión. En este contexto se debe incardinar la fundamentación de esta sentencia del Tribunal comunitario, en la que el peso fundamental de la interpretación se desplaza hacia los principios generales que rigen el sistema de la cooperación judicial. Las disposiciones del RBI no pueden ser interpretadas como preceptos aislados de una norma comunitaria también aislada sino teniendo en cuenta la coherencia del conjunto del sistema.

VII. Epílogo. Aplicación de las reglas del Convenio CMR

20. Las relaciones (extramatrimoniales) entre el RBI y el Convenio CMR, al igual que las relaciones postconyugales de los matrimonios De Cavel⁴⁴ o Purrucker/Vallés⁴⁵, han sido objeto de dos sentencias del Tribunal comunitario, lo que puede calificarse de auténtico logro. Esto justifica que dedique unos párrafos a sistematizar la doctrina jurisprudencial sobre la colisión entre las reglas de competencia de ambos textos en las relaciones entre Estados miembros⁴⁶.

El TJUE carece de competencia para interpretar las normas del CMR, puesto que se trata de un texto convencional que no ha sido ratificado por la UE y que, además, tiene por objeto una materia que no es competencia de la Unión. Por tanto, sus pronunciamientos se circunscriben a los preceptos del

⁴² STJUE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. I-5439, ap. 25; STJUE 28 octubre 2004, *Nürnberger Allgemeine Versicherung*, C-148/03, *Rec.* 2004, p. I-10327, ap. 20.

⁴³ Sobre la evolución de la cooperación judicial, véase más extensamente H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 311-315.

⁴⁴ SSTJUE 27 marzo 1979, *De Cavel*, 143/78, *Rec.* 1979, p. 1055, y 6 marzo 1980, *De Cavel*, 120/79, *Rec.* 1980, ap. 731.

⁴⁵ SSTJUE 15 julio 2010, *Purrucker*, C-256/09, aún no publicada, y 9 noviembre 2010, *Purrucker*, C-296/10, aún no publicada.

⁴⁶ Sobre el tema, más extensamente, J. KROPHOLLER, *Eur.ZPR*, «Artikel 71», NM 13-16; P. MANKOWSKI, «Artikel 71», NM 16-19.

RBI, que se relacionan con la aplicación de las normas del Convenio CMR en la medida que respeten los principios de la cooperación judicial en materia civil⁴⁷.

Las *reglas de competencia internacional* del Convenio CMR son aplicables siempre que no contradigan los principios de la cooperación jurídica internacional en materia civil: alto grado de previsibilidad, buena administración de justicia, reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos. Lo mismo puede aplicarse de las reglas que solventan las cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional, como las relativas a la litispendencia⁴⁸.

Ahora bien, la competencia del juez de origen, basada en las reglas de competencia directa del CMR, debe ser examinada de oficio de acuerdo con el art. 26.1 RBI cuando la parte demandada esté domiciliada en un Estado miembro y no compareciere, o niegue la competencia internacional del tribunal y no quisiera formular alegaciones sobre el fondo del asunto. En estos casos, si el órgano jurisdiccional constata que no es competente de acuerdo con los foros del Convenio CMR, se declarará de oficio incompetente. Ello es así porque los foros del Convenio no se ven afectados por el RBI, debiendo ser respetados [art. 71.1 e.r. con art. 71.2.a) RBI]⁴⁹.

Por lo que se refiere a las *disposiciones sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* adoptadas al amparo del CMR, serán aplicables en la medida en que respeten el principio de libre circulación de resoluciones y de confianza recíproca en la justicia (*favor executionis*). Así, el control de la competencia del juez de origen por el tribunal requerido (art. 31.1 CMR) únicamente podrá realizarse cuando permita alcanzar los mencionados objetivos en condiciones al menos tan favorables como las que resultan de la aplicación del RBI⁵⁰.

⁴⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 62.

⁴⁸ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 53.

⁴⁹ STJUE 28 octubre 2004, *Nürnberger Allgemeine Versicherung*, C-148/03, *Rec.* 2004, p. I-10327, aps. 17-20.

⁵⁰ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 55.

NOTAS SOBRE LA COLISIÓN DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y PROTECCIÓN DEL NIÑO

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

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

Recibido: 30.01.2011 / Aceptado: 04.02.2011

Resumen: La ratificación por España del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección del niño (la UE autorizó a los Estados miembros su ratificación) plantea problemas de compatibilidad con las normas sobre responsabilidad parental de la UE (Reglamento Bruselas II) y las españolas de origen interno que regulan los diferentes aspectos de Derecho Internacional Privado. Sería aconsejable que la UE replantease su política de incorporar normas que poseen una gran complejidad y que plantean problemas sobre la coherencia de su sistema normativo.

Palabras clave: responsabilidad parental, protección del niño, Reglamento Bruselas II, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1996 sobre protección del niño, colisión de fuentes jurídicas.

Abstract: The ratification by Spain of the Hague Convention of 1996 on the protection of children (the EU authorized the ratification to the Member States) raises some problems of compatibility with EU Rules on parental responsibility (Brussels II Regulation) so as with the Spanish laws governing the aspects of Private International Law. It would be advisable that the EU reassess its decision to incorporate legal sources with a great complexity that opens some questions about the consistency of its own system.

Key words: parental responsibility, protection of children, Brussels II Regulation, Hague Conference on Private International Law, Convention of 1996 on Protection of Children, conflict of legal sources.

Sumario: I. El cambio de modelo teórico en materia de incapacidad. II. Pluralidad de sistemas de protección del niño en el Derecho Internacional Privado español. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II. 2. Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996. 3. Ámbito de aplicación de la normativa de origen interno: arts. 9.4º y 9.6º Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 LAI, arts. 954 ss. LEC de 1881. III. Conclusiones de *lege lata* y *de lege ferenda*.

I. El cambio de modelo teórico en materia de incapacidad

1. La reciente entrada en vigor para España del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* [«CLH 1996»]¹ ha venido a com-

¹ España ratificó el CLH 1996 el 6 de septiembre de 2010, entrando en vigor el 1 de enero de 2011 (BOE de 2 diciembre 2010). Sustituye entre Estados contratantes al *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores* y al *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 para regular la tutela de los menores*, todo ello sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 1961 (véase art. 51 del Convenio de 1996). España ha formulado una Declaración al texto convencional –Declaración impuesta por la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 diciembre 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 (DOUE L 48 de 21 febrero 2003)–, mediante la que ha manifestado que las resoluciones

plicar sobremanera el marco normativo sobre la protección del niño. Este texto convencional se suma al *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, denominado Reglamento Bruselas II [«RBII»]² y a un conjunto de disposiciones de origen interno que reglamentan diversos aspectos de la protección del niño desde la perspectiva del DIPr.: determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, así como el reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales extranjeras en esta materia.

La primera cuestión con la que se enfrenta un jurista es la determinación del ámbito de aplicación de las normas, debiendo resolver la colisión entre las que, en principio, podrían ser aplicables. En materias como esta, con una hiperinflación normativa, el problema de la colisión normativa cobra una especial relevancia. Las páginas que siguen son unas notas que, a modo de primera reflexión tras la entrada en vigor del CLH 1996, he preparado sobre la colisión normativa del ordenamiento español sobre medidas de protección del niño³.

2. En DIPr. se ha venido utilizando un esquema clásico para abordar la cuestión de la ley aplicable a la incapacidad de las persona físicas, distinguiéndose entre la *incapacidad genérica* o minoría de edad y las *incapacitaciones* reguladas por la ley y graduadas por sentencia (p.ej., en caso de enfermedades mentales). Frente a la incapacidad de una persona, los ordenamientos jurídicos prevén la adopción de medidas para proteger su persona y sus bienes. Los mecanismos de protección más importantes de *derecho privado* son la *patria potestad*, que se ejerce frente al incapaz –el menor de edad–, y la *tutela*⁴, referida a los menores no sometidos a patria potestad y a los mayores incapacitados. Así, con carácter general, se ha relacionado la patria potestad con la filiación, derivándola, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, a la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 Cc⁵. Este esquema teórico tenía como resultado la creación de dos parejas de conceptos: por un lado, la de «patria potestad – menor» y, por otro, la de «tutela – menor no sometido a patria potestad y mayor incapacitado». En el plano de la ley aplicable, mientras la primera pareja se derivaba a la norma de conflicto en materia de filiación, la segunda era sometida a la norma de conflicto específica, de origen interno o no, sobre incapacidad.

3. La integración en el ordenamiento español de normas de la UE y convencionales que contienen el concepto amplio de «responsabilidad parental» obliga a replantear el anterior esquema conceptual. Así, el RBII la define como el conjunto de «derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita» (art. 2.7). Es más, el art. 1.2 enumera entre las cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento el derecho de custodia y al derecho de visita (letra a), la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor,

dictadas en los Estados de la UE sobre una materia del Convenio se reconocerán y declararán ejecutivas en España mediante el Reglamento Bruselas II.

² *DOUE* L 338 de 23 diciembre 2003. Modificado por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004 (*DOUE* L 367 de 14 diciembre 2004). Texto consolidado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>

³ El día que se publicó en el BOE el Instrumento de ratificación del CLH 1996, redacté para mi blog *Conflictus Legum* unas apresuradas observaciones en las que dejaba constancia de mi preocupación por el tema de la colisión de normas en el ordenamiento español (véase <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/12/boe-de-2122010.html>). Con el paso de las semanas, mis temores iniciales se han acrecentado.

⁴ En DIPr. se utiliza el término amplio de «tutela» para referirse a esta concreta medida de protección de las personas citadas, sin identificarlo con la denominación que pueda recibir en los diferentes ordenamientos jurídicos: tutela, curatela, custodia, etc.

⁵ Para este esquema clásico véanse, por todos, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Persona física» en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, 11ª edic., Granada, Comares, 2010, pp. 38-39; ID., «Protección de menores» en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, op.cit., p. 280; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Madrid, Civitas, 2009, pp. 319-320.

de representarlo o de prestarle asistencia (letra c), así como las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes (letra e).

En parecidos términos, el CLH 1996 precisa que la expresión responsabilidad parental «comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño» (art. 1.2)⁶.

Por si todavía quedase alguna duda de la interrelación de los conceptos *patria potestad* y *responsabilidad parental*, en la página web de la UE sobre la *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*, al tratar el tema de la responsabilidad parental en el ordenamiento español, se utilizan indistintamente ambos conceptos⁷.

A la vista de las anteriores consideraciones, puede concluirse que *el concepto de patria potestad estaría incluido en el más amplio de responsabilidad parental*, presentando aspectos comunes, como la administración de los bienes del menor, su representación, responsabilidades y deberes de los padres hacia los hijos, etc. De este modo, siempre que sean aplicables las normas que utilizan este esquema conceptual (RBII, CLH 1996), la determinación de la ley aplicable y de la competencia internacional a las concretas cuestiones de la patria potestad incluidas en sus definiciones de responsabilidad parental se realizará mediante las reglas contenidas en estas disposiciones y no por las normas de origen interno relativas a la filiación: el art. 9.4 Cc (ley aplicable) y el art. 22.3, inciso cuarto, LOPJ (competencia internacional).

II. Pluralidad de sistemas de protección del niño en el Derecho Internacional Privado español

4. Con la incorporación de normas de origen no interno, el DIPr. español ha pasado a tener varios sistemas de responsabilidad parental, que configuran un entramado complejo de colisión normativa. Así, por un lado, nos encontramos con las normas de origen no interno: el RBII y el CLH 1996. Frente a ellas tenemos las disposiciones de origen interno: el art. 9.6 Cc, el art. 22 LOPJ, el art. 34 de la Ley de adopción internacional [«LAI»], así como los arts. 954 ss. LEC de 1881. Este último grupo queda desplazado por las normas de origen no interno, teniendo un carácter residual. Paso seguidamente a ocuparme del ámbito de aplicación de cada una de estas normas, con el objeto de intentar solventar la colisión entre ellas.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II

5. Forman parte del *ámbito de aplicación material* del RBII diversas cuestiones relacionadas con la protección del menor: tutela, curatela e instituciones análogas, acogimiento del menor, medidas de protección de su persona y de sus bienes [véase el art. 1.2, letras *b*), *c*), *d*) y *e*)] –ya me he referido a las cuestiones incluidas en el concepto «responsabilidad parental» (*supra* NM 3)–. Como quiera que el Reglamento no define qué se entiende por «menor», será esta una cuestión que se resolverá por la legislación de cada Estado miembro. Así, cuando la cuestión se suscite en España, será aplicable el art. 9.1 Cc,

⁶ El *Informe explicativo de Paul Lagarde al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996* [cit. *Informe Lagarde*] comenta el art. 1.2 en los siguientes términos: «También el párrafo 2 del artículo primero se esfuerza en aclarar esta noción de responsabilidad parental, dado que los debates mostraron que no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones. La definición dada es amplia. Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (*puissance*) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres» (NM 14).

⁷ Véase http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_spa_es.htm

que remite a la ley nacional del sujeto. Si la persona tiene plena capacidad de obrar, porque p.ej. está emancipada, los litigios que afecten a sus bienes quedan excluidos del concepto «responsabilidad parental»⁸.

Por lo que respecta a su *ámbito personal*, las cuestiones referentes a la responsabilidad parental tienen disposiciones específicas. El Reglamento se aplica con carácter general cuando *el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro*⁹ (art. 8). Ahora bien, con carácter excepcional y siempre que concurren ciertas circunstancias, bastará con que *el menor «esté presente» en un Estado miembro* (art. 13). En relación con el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, el elemento personal es indiferente, exigiéndose únicamente que *la resolución haya sido adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro* (art. 21.1).

6. En las relaciones entre *Estados de la UE*, el RBII prevalece sobre el CLH 1996 en cuestiones de *competencia judicial y reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* en aquellas materias coincidentes (responsabilidad parental) cuando el menor afectado resida habitualmente en un Estado miembro de la UE, o cuando deba reconocerse una resolución dictada por un órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro –incluso cuando la resolución afecte a un menor con residencia habitual en un Estado no miembro que ha ratificado el CLH 1996– (véase art. 61 RBII¹⁰).

7. Siempre que sea de aplicación, el RBII determinará la *competencia judicial internacional* de acuerdo con los foros de los arts. 8 y ss. Si de estos foros no resultan competentes los tribunales de un Estado miembro, entonces la competencia se establece en cada Estado miembro «con arreglo a las leyes de dicho Estado»; en España, de acuerdo con el CLH 1996 y, en su defecto, por la LOPJ.

El *reconocimiento* y, en su caso, la *declaración de ejecutividad* de las resoluciones relativas a la adopción de medidas de protección del menor se realizará de conformidad con las disposiciones del capítulo III, siempre que aquéllas hayan sido adoptadas en un Estado de la UE y deban ser reconocidas y declaradas ejecutivas en otro Estado de la UE (art. 21.1).

Como consecuencia de la declaración que están formulando los países de la UE en el momento de adherirse al CLH 1996, las disposiciones del RBII sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad también se aplican a todas las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (excepto Dinamarca) sobre materias incluidas en el ámbito del Convenio de 1996 y que pretenden ser ejecutadas en otro Estado miembro.

2. Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996

8. Como indica su título, este texto convencional regula fundamentalmente tres tipos de cuestiones: la determinación de las *autoridades competentes*¹¹ para adoptar las medidas de protección, la determinación de la *ley aplicable* a la adopción de dichas medidas, así como el *reconocimiento* y, en su caso, la *declaración de ejecutividad* de las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante en los demás Estados contratantes¹². Su ámbito material se circunscribe a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de la persona o de los bienes del *niño*, entendiéndose por tal los comprendidos entre el momento de su nacimiento y hasta que cumplen los 18 años de edad (art. 2), siendo indiferente que se hallen sometidos o no a patria potestad¹³.

⁸ Mientras el RBII utiliza el término «menor», sin definirlo, el CLH 1996 habla de «niño», dándole un contenido autónomo (art. 2). Véase *infra* NM 8.

⁹ En el término Estado miembro no se incluye a Dinamarca (art. 2.3 y considerando 31 de la exposición de motivos).

¹⁰ La declaración al CLH 1996 formulada por España, impuesta por la Decisión del Consejo 2003/93/CE, solamente se refiere al régimen del reconocimiento y declaración de ejecutividad. Por tanto, la prevalencia de las disposiciones del RBII en materia de competencia internacional deriva exclusivamente del art. 61.a) RBII.

¹¹ La referencia a las «autoridades» incluye tanto las judiciales como las administrativas (vid. *Informe Lagarde*, NM 10 y art. 5.1).

¹² No me ocupo del tema de la cooperación entre Estados parte a través de autoridades centrales (capítulo V) por carecer de relevancia a los efectos de estas reflexiones.

¹³ *Informe Lagarde*, NM 16. Sin embargo, el RBII se refiere al «menor», concepto que se determinará por el ordenamiento de cada Estado miembro (*supra* NM 5). Esto tienen como consecuencia que una misma persona sea «niño» para el CLH 1996 pero no pueda ser considerado «menor» a efectos del RBII (p.ej., el *niño* de 17 años emancipado). No estamos ante una cuestión sin importancia, puesto que cuando el niño no sea menor, las medidas adoptadas de conformidad con el CLH 1996 no

El texto convencional enumera las medidas de protección incluidas en su ámbito de aplicación (art. 3), así como las cuestiones que se hallan excluidas (art. 4). Se incluye en el ámbito del convenio la institución de protección propia del Derecho musulmán denominada *kafala* (véase art. 3.e)¹⁴.

El elemento territorial del *ámbito personal* de aplicación del Convenio puede variar según la cuestión de la que se trate. Así, en relación con la determinación de la *competencia* de las autoridades, aun cuando el criterio general es que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante (arts. 5, 7, 10), en ocasiones es suficiente con que se encuentre en un Estado parte en el Convenio (arts. 6, 11, 12) o simplemente que posea bienes en uno de los Estados contratantes (arts. 11, 12) –también pueden ser competentes las autoridades de un Estado miembro que se hallan «mejor situadas» para apreciar el interés superior del niño (Estado de la nacionalidad del niño, en el que se sitúen bienes del niño, en el que se conozca una demanda de nulidad, separación o divorcio de los padres del niño, o con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho) (arts. 8 y 9)–. En el ámbito de la *ley aplicable*, es indiferente que el menor tenga su residencia en un Estado parte, pues las normas de conflicto del capítulo III se aplican con carácter universal (art. 20). Finalmente, las normas sobre *reconocimiento y declaración de ejecutividad* se aplican con independencia de todo elemento territorial relativo al menor, puesto que lo determinante es que las medidas hayan sido adoptadas por las autoridades de un Estado contratante (art. 23.1)¹⁵.

9. Por lo que respecta a su colisión con el RBII, el CLH 1996 se aplica en las relaciones entre Estados de la UE y países terceros que han ratificado el texto convencional en las cuestiones de determinación de la *competencia internacional* cuando el niño afectado resida habitualmente en un Estado parte del convenio que no sea miembro de la UE. El Convenio no se aplicará para determinar la competencia internacional cuando el niño sea nacional de un Estado no miembro de la UE parte en el Convenio (p.ej., Marruecos) pero tenga su residencia habitual en un Estado miembro (p.ej., España). En este caso, la competencia se fijará de acuerdo con las reglas del RBII [art. 61.a) RBII]. Entiendo que la claridad y simplicidad del art. 61.a) exime de complicar innecesariamente la cuestión, distinguiendo entre el litigio con una vertiente extracomunitaria (determinación de la competencia de las autoridades de países de la UE en relación con un niño con residencia habitual en un Estado miembro pero nacional de un Estado tercero parte en el CLH 1996) o comunitaria (niño con residencia habitual en un Estado miembro y nacionalidad de un Estado miembro). Igualmente, la simplicidad de la regla del art. 61.a) debe interpretarse en el sentido de que las reglas de competencia del RBII no se aplican cuando el niño simplemente se halla («esté presente») en un Estado miembro, aun cuando las autoridades de ese Estado serían competentes de acuerdo con el foro del art. 13 RBII.

En relación con el *reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* en materia de responsabilidad parental, las normas del CLH 1996 desplazarán a las del RBII cuando las resoluciones hayan sido adoptadas por las autoridades de un país no miembro de la UE (y parte en el Convenio) y se quieran hacer valer en un Estado de la UE. Si la resolución ha sido adoptada por una autoridad de un Estado de la UE y se quiere reconocer y, en su caso, declarar ejecutiva en otro Estado miembro, la vía a utilizar es la del RBII [art. 61.b) RBII y Declaración al texto convencional formulada por los Estados miembros de conformidad con la Decisión del Consejo 2003/93/CE]¹⁶.

podrán reconocerse ni declararse ejecutivas en el ámbito de la UE a través del RBII, a pesar del tenor literal del art. 61 RBII. El Reglamento no será aplicable, en primer lugar, porque las medidas no afectan a un *menor*; y en segundo lugar, porque su art. 61, que es el que determina su aplicabilidad en relación con el CLH 1996, exige en todo momento que se trate de un *menor*.

¹⁴ Mediante la *kafala*, una autoridad judicial o administrativa confía un niño necesitado de protección a una institución pública o social o a una familia musulmana, quienes se ocuparán de su persona y, en su caso, de sus bienes, pudiendo incluso llegar a recibir una delegación de la tutela sobre el niño. En ningún caso la *kafala* produce efectos en el ámbito de la filiación. Esta figura jurídica se utiliza como solución a la prohibición de la adopción por el Derecho islámico. Sobre el tema véase el *Informe Lagarde*, NM 23.

¹⁵ Sobre la laxitud, o carácter flotante, del elemento territorial del ámbito personal de aplicación véase el *Informe Lagarde*, NM. 17. De conformidad con la reserva que vienen formulando los Estados de la UE, en el ámbito de la UE no se aplicarán las previsiones de los arts. 23 a 28 del Convenio, siendo de aplicación las reglas correspondientes del RBII.

¹⁶ También se aplicarán las disposiciones del CLH 1996 cuando la resolución haya sido adoptada por las autoridades de un país no miembro de la UE y se quieren hacer valer en otro país no miembro y ambos son parte en el Convenio.

El texto convencional prevé también el reconocimiento de las medidas adoptadas a través del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores* (véase art. 51 *in fine* CLH 1996). Esto implica que las medidas de protección adoptadas por autoridades de un país del Convenio de 1961 pero que no pertenece a la UE, y que son competentes de acuerdo con las reglas del Convenio de 1961, se deberán reconocer en un Estado de la UE a través del capítulo IV del CLH 1996 –si las autoridades pertenecen a un Estado de la UE (parte en el Convenio de 1961) y se quieren hacer valer en otro Estado de la Unión, el reconocimiento será a través del RBII–. La cuestión admite más variaciones –el Estado de origen y el requerido son parte en el Convenio de 1961 y han ratificado también el CLH 1996, o el menor es nacional de un Estado parte del Convenio de 1961 pero que no ha ratificado el CLH 1996–, ahora bien, creo que con lo dicho queda patente la complejidad de la colisión entre normas, así como la confusión y la inseguridad generadas¹⁷.

Finalmente, las normas de conflicto del CLH 1996 se utilizan siempre para *determinar la ley aplicable* a las medidas de protección del niño, puesto que es esta una cuestión excluida del RBII. Además, el art. 20 del Convenio establece su carácter universal, esto es, sus normas se aplican aun cuando remitan a la aplicación del ordenamiento de un Estado que no es parte.

3. **Ámbito de aplicación de la normativa de origen interno: arts. 9.4º y 9.6º Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 LAI, arts. 954 ss. LEC de 1881**

10. Por lo que se refiere a la normativa de origen interno, nos encontramos con una constelación de disposiciones que pueden ser aplicables: los *arts. 9.4 y 9.6 Cc*, que regulan la ley aplicable, el *art. 22 LOPJ*, que se ocupa de la competencia judicial internacional, el *art. 34 LAI*, que reglamenta el reconocimiento de las instituciones de protección de menores que no producen vínculos de filiación, así como los *arts. 954 ss. LEC de 1881*, que se ocupan del reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones extranjeras. Todas ellas son de aplicación residual, en la medida en que los hechos no caigan bajo el ámbito de aplicación de las disposiciones de origen no interno (el RBII y el CLH 1996).

11. Los *arts. 22.3 y 22.5 LOPJ y 9.6 Cc* se aplicarán en relación con las medidas de protección de todas aquellas personas excluidas del ámbito del CLH 1996 y del RBII; esto es, personas que tienen más de 18 años y que son «menores» (según su ley personal no han alcanzado la mayoría de edad) o son incapaces. Por tanto, *la competencia de las autoridades judiciales españolas* para adoptar las medidas de protección se establece mediante el inciso segundo del art. 22.3 LOPJ –foro de la residencia habitual del menor o del incapaz en territorio español– y 22.5 LOPJ –foro de la mera presencia en España para la adopción de medidas provisionales o cautelares–, siempre que la persona tenga más de 18 años y sea «menor» o sea incapaz. Igualmente, y por lo que se refiere a la determinación de la *ley aplicable* a las medidas de protección, se utilizará el art. 9.6 Cc cuando se trate de una persona de más de 18 años y sea «menor» o sea incapaz.

Por su parte, la norma de conflicto del *art. 9.4 Cc* determinará la ley aplicable a las cuestiones de patria potestad en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del CLH 1996¹⁸.

12. En el ámbito del *reconocimiento*, el *art. 34 LAI* establece un sistema específico para el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación –en este grupo de medidas se incluye básicamente la ya citada

¹⁷ El Informe del Convenio, consciente del jardín en el que se ha metido el texto convencional, se limita únicamente a apuntar los problemas: «Si, por ejemplo, la residencia habitual de un niño cambia del Estado A al Estado B, ambos antiguamente parte en el Convenio de 1961 pero convertidos en parte en el nuevo Convenio en el momento del cambio, el nuevo Convenio debería lógicamente aplicarse a sus relaciones. Pero si el niño tiene la nacionalidad del Estado C, parte en el Convenio de 1961, pero no en el nuevo, el Convenio de 1961 continúa vinculando a los Estados A y B con el Estado C que podrá, al reivindicar la competencia de sus autoridades o el respeto de la relación de autoridad *ex lege* resultante de su ley, bloquear la aplicación del nuevo Convenio en las relaciones entre los Estados A y B. El único camino sería quizá para estos Estados denunciar el Convenio de 1961, lo que el artículo 51 preferiría sin embargo evitar organizando un periodo de transición» (*Informe Lagarde*, NM 169).

¹⁸ Sobre la relación entre incapacidad y patria potestad véase *supra* NM 2 y 3.

institución musulmana de la *kafala*-. Estas medidas de protección se reconocerán en España a través de este precepto cuando hayan sido constituidas por una autoridad distinta de las competentes según los criterios de los arts. 5 a 10 del CLH 1996 (autoridades del *Estado parte del Convenio* en el que el niño tenga su residencia habitual, su nacionalidad, donde se encuentre, donde estén situados sus bienes, etc.).

13. Finalmente, los arts. 954 y ss. *LEC de 1881*, que se ocupan del reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones extranjeras en ausencia de norma de origen no interno, se aplicarán siempre que las resoluciones sobre las medidas de protección hayan sido adoptadas por las autoridades de un Estado que no sea parte en el CLH 1996 o de un Estado no miembro de la UE. También se aplicarán cuando las medidas adoptadas se refieran a personas de más de 18 años y sean «menores» o sean incapaces, así como cuando la medida de protección adoptada no sea una *kafala* u otra institución que no produzca vínculos de filiación (en estos últimos casos, el reconocimiento se realiza a través del art. 34 LAI).

14. Los arts. 32 y 33 LAI no modifican las anteriores conclusiones sobre el ámbito de aplicación de esta normativa. Se limitan a establecer que, ante la ausencia de normas de origen no interno que sean aplicables a la cuestión de la competencia (art. 32) o de la ley aplicable (art. 33), se hará uso de las normas de origen interno: el art. 22.3 y 22.5 LOPJ y el art. 9.6 Cc. Estos preceptos de la LAI son simple *normas didácticas*, al igual que el art. 951 LEC de 1881 o los arts. 3 ó 36 LEC, entre muchas otras¹⁹, que recuerdan al operador jurídico lo evidente y que en nada modifican la solución a la colisión de fuentes ni, mucho menos, el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

III. Conclusiones de lege lata y de lege ferenda

15. Cualquier persona que haya tenido la paciencia de leer hasta aquí se habrá podido dar cuenta que nos hallamos ante un lamentable galimatías normativo. Los que nos dedicamos al estudio del Derecho, en ocasiones nos quejamos del deficiente manejo de las fuentes por parte de los profesionales, de los prácticos. Pero a poco que nos fijemos en las normas que se están creando y hagamos un ejercicio de sinceridad, no puede extrañarnos su desconocimiento, así como su aplicación y manejo incorrectos. Parece que el legislador, sea quien sea (miembro del poder legislativo, del poder ejecutivo, nacional, de la UE o perteneciente a una organización internacional), ha olvidado el principio elemental de teoría general de Derecho que exige que las normas sean claras y precisas. Y ello concediendo que su quehacer viene respaldado por la mejor intención y por su deseo de evitar la inseguridad jurídica. Las normas excesivamente complejas acaban por convertirse en *misión imposible* para quienes tienen que aplicarlas (aunque, lamentablemente, no se *autodestruyen* después de un período de tiempo).

El CLH 1996 es un ejemplo de complejidad legislativa. Diez preceptos se ocupan de determinar las autoridades competentes: diez preceptos en los que hay una regla general (art. 5), una matización (art. 6), dos excepciones a las reglas anteriores (arts. 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (arts. 7 y 10), dos reglas especiales (arts. 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14). Para el establecimiento de la ley aplicable se utilizan cinco normas de conflicto (arts. 15 a 19), acompañadas de tres normas de funcionamiento (arts. 20 a 22). Seis preceptos se ocupan del reconocimiento –que es un reconocimiento automático– y la declaración de ejecutividad (arts. 23 a 28). Y así hasta 63 preceptos. El art. 47, por ejemplo, contiene diez reglas que aclaran la aplicación del texto convencional en Estados con diversas unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes. Quizás podría haberse pensado en una fórmula más sintética, como la que se ha venido utilizando tradicionalmente en los textos de la Conferencia de La Haya de DIPr.: «cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales sobre protección de los niños, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la deter-

¹⁹ En el Derecho comparado, art. 3 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Alemania), art. 2.1 *Legge 31 maggio 1995 n. 218 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (Italia), art. 1.2 *Loi fédérale sur le droit international privé* (Suiza), art. 2 *Loi 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé* (Bélgica).

minación de las cuestiones reguladas en el presente Convenio.» Esta opción incluso hubiese permitido añadir alguna disposición específica para situaciones más conflictivas, como la derivada de la remisión al Estado de la nacionalidad del niño, que podría haberse resuelto mediante la regla del actual art. 47.4.

16. Además de la claridad y precisión de los textos, debe cuidarse otro aspecto: la *coherencia del sistema*. Es decir, que la parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de reglamentar una cuestión, y en la que pueden integrarse normas de origen interno y no interno, sea coherente, mantenga una lógica interna –incluso, sea comprensible–. En las páginas anteriores he intentado analizar los problemas de colisión que se plantean entre una media docena de normas del ordenamiento español que se ocupan de la cuestión de la responsabilidad parental y de la protección del niño, y eso solamente desde la perspectiva del DIPr. Qué decir, por ejemplo, de la endiablada articulación entre el Convenio de La Haya de 1961, el CLH 1996 y el RBII a los solos efectos de reconocer las medidas de protección adoptadas por las autoridades competentes de acuerdo con las reglas del Convenio de 1961. ¿Es lógico este *embarras de richesse* legislativo en el que solamente hallar la fuente, la norma finalmente aplicable, se asemeja a la búsqueda del Santo Grial? No nos debe extrañar que los encargados de la aplicación del Derecho cometan errores sobre la elección de la norma aplicable o, sencillamente, no comprendan el entramado normativo.

Esta cuestión entronca con otra de política legislativa no exenta de calado: la bondad de integrar normas en nuestro ordenamiento jurídico que acaban por producir una incoherencia en el tratamiento del tema. A título de ejemplo, hemos visto que los conceptos de *menor*, utilizado por el RBII, y de *niño* del CLH 1996 no son coincidentes, con las consecuencias indeseables que ello tiene sobre su articulación. Parece que en los últimos años la política de la UE es la de adherirse –u obligar a los Estados miembros a hacerlo– a los textos convencionales de la Conferencia de La Haya de DIPr. Este es el caso del CLH 1996. O el del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁰, que precisa de la ratificación del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta técnica legislativa puede dar a entender, justa o injustamente, una incapacidad de la UE para crear sus propias normas y resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la Unión, viéndose abocada a acudir a normas convencionales pensadas para ámbitos territoriales más amplios, con soluciones que no tienen por qué encajar necesariamente con los problemas planteados en las relaciones intracomunitarias y cuya ratificación, como hemos visto, acaba planteando graves problemas de coordinación internormativa. En definitiva, su incorporación atentan contra la coherencia del sistema de la UE.

Personalmente, creo que debería replantearse esta política legislativa. La UE tiene que ser capaz de crear su propia normativa adaptada a sus necesidades, y determinar si es conveniente la incorporación de normas convencionales, o si su ratificación podrá generar problemas de aplicación o de incoherencia en el tratamiento de la materia por la normativa de la Unión. El legislador de la UE debería atender, en primer lugar, a la coordinación entre la normativa de la Unión y las normas nacionales, para, en un segundo momento, analizar la conveniencia para el sistema de incorporar textos convencionales, porque constata que no lo distorsiona ni le crea problemas de aplicación.

²⁰ DOUE L 7 de 10 enero 2009.

LA CONCRECIÓN DEL LUGAR DONDE SE HA PRODUCIDO EL HECHO DAÑOSO EN EL ART. 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001: NOTA A LA STJCE DE 16 DE JULIO DE 2009

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 05.01.2011 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: La STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/09, aborda un caso muy interesante para la industria europea de fabricación de productos porque clarifica la determinación del concreto lugar de manifestación de un daño con el fin de considerarlo *lugar donde se ha producido el hecho dañoso* y atribuir, por tanto, competencia a los tribunales de ese país en virtud del art. 5.3 del Reglamento 44/2001. En los supuestos en los que la empresa perjudicada se dedique a la manufactura del producto defectuoso, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso puede ser considerado el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado, y no sólo el lugar de entrega de la materia prima.

Palabras clave: cooperación judicial en materia civil y mercantil, competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, Reglamento (CE) nº 44/2001, competencias especiales, competencia en materia delictual o cuasidelictual, concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso».

Abstract: Judgment *Zuid-Chemie BV*, C-189/09, of 16th July 2009, sheds some light on a very important question for the European industry on manufacturing products. Article 5(3) of Regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters must be interpreted as meaning that, in a dispute concerning the damage caused to an undertaking by the delivery of a contaminated chemical product which rendered unusable the fertiliser that the undertaking produces from a number of raw materials and by the processing of that product, the words ‘place where the harmful event occurred’ designate the place where the initial damage occurred as a result of the normal use of the product for the purpose for which it was intended.

Key words: judicial cooperation in civil and commercial matters, jurisdiction and enforcement of judgments, Regulation (EC) No 44/2001, special jurisdictions, special jurisdiction in tort, definition of the «place where the harmful event occurred».

Sumario: I. Planteamiento de los hechos. II. Cuestiones jurídicas. III. Interpretación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso. IV. Daños comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 5.3 Reglamento 44/2001. V. Conclusiones.

I. Planteamiento de los hechos

1. La Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 constituye una más de las sentencias que este Tribunal ha debido dictar para la interpretación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de re-

soluciones judiciales en materia civil y mercantil o de su precedente en el Convenio de Bruselas¹. En este caso el Tribunal debe pronunciarse sobre la petición de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en el supuesto que enfrenta a dos empresas, *Zuid-Chemie BV*, empresa dedicada a la fabricación de fertilizantes y domiciliada en los Países Bajos, contra *Philippo's Mineralenfabriek* cuya actividad consiste en la fabricación de productos químicos y que está establecida en Essen (Bélgica)².

Los hechos que dieron lugar al litigio se retrotraen al año 2000 cuando la empresa *Zuid-Chemie BV* compra un producto químico denominado «micromix» a *HCI Chemicals Benelux BV* establecida igual que la compradora en los Países Bajos. Sin embargo, como la empresa vendedora no puede producir directamente el «micromix» lo encarga a otra empresa, *Philippo's*. Esta última produce el «micromix» en su fábrica de Essen (Bélgica) y de ese lugar lo retira la compradora *Zuid-Chemie BV*.

Posteriormente, *Zuid-Chemie BV* incorpora el producto químico adquirido como materia prima a su proceso de producción y lo transforma en fertilizante en su planta de los Países Bajos y desde allí vendió y remitió el producto final a sus clientes.

Una vez manipulado el «micromix» se descubrió que el contenido en cadmio era demasiado elevado, lo que ocasionaba que el fertilizante no pudiera utilizarse o sólo podía utilizarse en menor medida por lo que se causó un daño a *Zuid-Chemie BV*.

Ante la demanda planteada por la compradora ante los tribunales de los Países Bajos, a la sazón tribunales del lugar donde la empresa compradora tiene su establecimiento, éstos se declaran incompetentes porque entienden que, en aplicación del apartado 3º del art. 5 del Reglamento 44/2001, son competentes los tribunales del lugar donde se ha producido el perjuicio inicial y, en este caso, se consideró que el perjuicio inicial se había sufrido por *Zuid-Chemie BV* en Bélgica, lugar donde se retiró el producto químico contaminado. Esta resolución de primera instancia se ve confirmada por el tribunal de apelación porque se consideró como *elemento decisivo* la conducta supuestamente culpable del vendedor (todas las actuaciones de *Philippo's* se habían desarrollado en Bélgica) y no el hecho de que el «micromix» contaminado provocara la alteración del fertilizante producido por la empresa compradora en los Países Bajos. De modo que el tribunal de apelación concluye que el perjuicio inicial sufrido por la víctima del daño ha sobrevenido en Essen (Bélgica) que es el lugar donde se entregó el producto (*entrega en fábrica*).

II. Cuestiones jurídicas

2. Planteado el recurso de casación ante el Tribunal Supremo holandés, éste decide suspender el procedimiento y plantear el recurso prejudicial ante el TJCE solicitando la aclaración de las siguientes cuestiones:

A) En primer lugar, en una reclamación de daños ¿qué perjuicios han de tener la consideración de perjuicio inicial (*daño directo*) como consecuencia de la conducta del causante del daño, el perjuicio que se produce mediante la entrega del producto defectuoso o el perjuicio que se produce con la utilización normal del producto para la finalidad a la que estaba destinado?

B) En segundo lugar, en caso de considerarse el perjuicio relevante el producido por la utilización normal de producto para la finalidad a la que estaba destinado, debe ese perjuicio consistir en un daño físico a las personas o cosas o puede tratarse (en ese momento) de un daño meramente patrimonial.

¹ Vid. STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, 21/76; STJCE 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88; STJCE 26 marzo 1992, *Reichert*, C-261/90; STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill*, C-68/93; STJCE 19 septiembre 1995, *Antonio Marínari v. Lloyd's Bank*, 1995/153; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion Européenne*, C-51/97; STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*, C-96/00; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000.

² Véanse otros comentarios a la sentencia, R. BIANCHI, *Corte di Giustizia europea. Ambiente & sviluppo : consulenza e pratica per l'impresa e gli enti locali* 2009; 10, pp: 949-951; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2009, pp: 569-570; A. WITTWER, „Zuständigkeit bei internationaler Produkthaftung«, *European Law Reporter*, 2009 p: 354-355; L. Idot, «Compétence spéciale en matière délictuelle», *Europe*, Octubre 2009, Comm. n° 386, p.29 y M. GUZMÁN ZAPATER, «Jurisprudencia en materia de DIPr.», *REDI*, 2009, 2, pp. 489-492.

3. Analizaremos en primer lugar la concreción del lugar donde se ha producido en el daño (III) y, en segundo lugar, el alcance de los daños que abarca el art. 5.3 (IV).

III. Interpretación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso

4. En el presente caso, el Tribunal debe, en primer lugar, determinar para el caso de la entrega de un bien defectuoso cual es *el lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso*. Ya que ese lugar es el elemento incluido en el art. 5.3 Reglamento 44/2001 como criterio de atribución de competencia para esta materia. En concreto, se trata de un supuesto que la doctrina ha venido denominando *ilícitos a distancia*. Es decir, como en el caso de las *Mines de Potasse d'Alsace*, el ilícito se inicia o tiene su origen en un país pero produce el efecto dañoso en otro u otros países diferentes³. Y para estos casos de ilícitos a distancia el Tribunal ha aplicado la *teoría de la ubicuidad*, en virtud de la cual el *lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso* al que hace referencia el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 es tanto el país donde ha tenido lugar el hecho causante del daño como el lugar del país donde se verifica el resultado lesivo⁴. Y es la determinación del concreto lugar donde se ha producido el perjuicio a la víctima lo que está en juego en el caso *Zuid-Chemie* porque el Tribunal de Apelación holandés confirmó la sentencia de primera instancia con base en la incompetencia de los tribunales de los Países Bajos debido a que consideró como lugar donde se ha producido el perjuicio el territorio de Bélgica considerando como elemento decisivo la conducta supuestamente culpable de Philipppo's, esto es la entrega de la mercancía (que se produjo en Bélgica) y no el hecho de que el «micromix» contaminado provocara la contaminación del fertilizante producido por la víctima en los Países Bajos (F13) que fue el lugar de transformación del «micromix» en fertilizante.

5. Por el contrario, el TJCE pone el acento en el necesario nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina y entiende que el lugar del daño es aquel lugar en el que el producto químico -que es el producto defectuoso- se transforma en el fertilizante (que es el lugar de la transformación) causando el perjuicio material a la parte demandante al deteriorar el fertilizante. (F 28 y 29)⁵. En este caso dicho lugar coincide con el país del establecimiento del comprador. De tal manera que el lugar del resultado dañoso es a juicio del tribunal, aquél en el que se produce el *perjuicio material directo*, es decir, donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta y para el caso de un producto intermedio que va a ser utilizado para la elaboración de otro final, éste debe ser el lugar donde se transforma o manipula para la finalidad a la que estaba destinado. Ese es el lugar donde se manifiesta el perjuicio material sufrido por *Zuid-Chemie* que rebasa el daño inherente al propio micromix⁶.

6. Es de destacar, por otra parte, que el Tribunal está siempre teniendo en cuenta el daño directo sufrido por la víctima, en este caso la empresa *Zuid-Chemie* que sufre la lesión al incorporar el producto defectuoso a su proceso productivo. En ningún caso el Tribunal hace referencia a un daño indirecto, en cuyo caso no es posible acudir al art. 5.3 del Reglamento 44 para fundar la competencia del juez europeo⁷.

Ya algunos autores habían anunciado que, para el caso de las reclamaciones por daños producidos por productos defectuosos el lugar de adquisición de los productos defectuosos es irrelevante, siendo por el contrario relevante el lugar de fabricación de los productos o el lugar donde éstos producen

³ P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Art.5» en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 119-130, en particular p. 127 y A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., 2010, p. 798.

⁴ STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, 21/76.

⁵ M. GUZMÁN ZAPATER, «Jurisprudencia en materia de DIPr.», *REDI*, 2009, 2, pp. 489-492.

⁶ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-186/08, F. 29.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., 2010, p. 797.

el daño⁸. Sin embargo, para otros, el lugar de entrega de los productos al comprador es el que hay que tomar en consideración a efectos de la determinación del lugar del resultado dañoso en relación al art. 5.3 del Reglamento 44/2001⁹. Esta segunda solución es la más correcta, porque el lugar de entrega de la mercancía puede ser accidental y no constituir un lugar realmente vinculado con el caso cuando no coincide con el lugar de manipulación del producto o el lugar del establecimiento del fabricante que ha sufrido la lesión.

7. El Tribunal justifica su decisión aludiendo a que la regla especial de competencia establecida en el punto 3 del art. 5 del Reglamento 44/2001 tiene su fundamento en el *principio de proximidad razonable* ya que se basa en la existencia de una *conexión particularmente estrecha* entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso¹⁰. De tal manera que esta interpretación permite que conozca del asunto el órgano jurisdiccional más adecuado y, por tanto, que la regla de competencia especial establecida en el punto tres del art. 5 del Reglamento 44/2001 produzca su *efecto útil*¹¹. Dicho efecto útil consiste en permitir que otros tribunales diferentes a los fijados por el art. 2 del Reglamento 44/2001 puedan ser competentes¹².

Sin embargo, a la hora de determinar el lugar relevante de manifestación del daño directo ocasionado a la víctima, debería tenerse en cuenta la necesidad de la previsibilidad del foro para el demandado¹³. De tal manera, que si en caso semejante de entrega de productos defectuosos intermedios, el adquirente lo transforma en un lugar que el vendedor no hubiera podido prever; por ejemplo, en otro establecimiento desconocido para el proveedor del material, éste foro no sería razonablemente previsible para el demandado. Por lo tanto la previsibilidad del foro debería actuar como límite a la interpretación extensiva del art. 5.3 del Reglamento 44/2001¹⁴.

8. El Tribunal confirma, por otra parte, los criterios hermenéuticos utilizados en las sentencias previas en las que ha debido interpretar el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas acudiendo en primer lugar, a la *interpretación autónoma, remitiéndose a su sistema y a sus objetivos*¹⁵.

En segundo lugar, aplica el *principio de proximidad* ya anunciado en los casos *Dumez* y *Shevill*, al entender que esta regla de competencia especial, cuya elección depende de una opción del demandante, se basa en *la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el litigio y otros Tribunales distintos de los del domicilio del demandado*, que justifique la atribución de competencia a dichos órganos jurisdiccionales *en aras a una buena administración de la justicia, así como de una sustanciación adecuada del proceso*¹⁶.

⁸ CZERNICH, en CZERNICH/ TIEFENTHALER/ KODEK, *Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands-und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, LexisNexis, Viena, 2ª ed., 2003, p. 88. Véase, en cambio, la adecuación de éste lugar para la determinación del origen del daño para los supuestos de responsabilidad por productos colocados en un mercado en M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 191.

⁹ P. MANKOWSKI, «Art.5» en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Bussels I Regulation*, 2007, pp. 210-211.

¹⁰ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-186/08, (F24).

¹¹ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-186/08, (F 30).

¹² Efectivamente, el Tribunal recuerda que el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 no se refiere únicamente al lugar donde se ha producido el acto causante del daño sino también aquel en donde ha sobrevenido el daño ya que en otro caso esta disposición nos llevaría a determinar, en un número importante de casos, como competentes los tribunales del domicilio del demandado. Así que la mencionada norma de competencia especial perdería su efecto útil. Esta misma interpretación la realizó ya el Tribunal en la sentencia de 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, 21/76, (F16).

¹³ La previsibilidad del tribunal que puede declararse competente en aplicación de este foro ha sido exigida por el Tribunal en el caso *Dumez* y en el caso *Marinari*. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., 2010, p. 795.

¹⁴ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 187.

¹⁵ STJCE 2 octubre 2008, *Hassett y Doherty*, (F 17) y STJCE 23 abril 2009, *Draka NK Cables*, (F19).

¹⁶ STJCE 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88 y STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill*, C-68/93.

En tercer lugar, ya el tribunal había utilizado para determinar el lugar donde se produce el resultado dañoso al lugar donde se encontraba el bien que ha resultado dañado en el momento de la lesión, esto es, *el lugar donde el hecho causal...ha producido sus efectos dañosos en relación a la víctima*¹⁷.

Finalmente, el Tribunal una vez más, recuerda el carácter de excepción al principio fundamental de la competencia de los tribunales del domicilio del demandado. Para después, interpretar este foro especial de forma estricta¹⁸.

No obstante, el caso *Marinari v. Lloyd's Bank* debería actuar como *límite de la interpretación anterior* aunque en el caso *Zuid-Chemie* no se trate de daños indirectos en todo caso si que es aplicable el razonamiento de que la interpretación del art. 5.3 tiene que ser compatible con el objetivo del Reglamento de establecer reglas de competencia judicial internacional ciertas y previsibles. Además de que podría atribuir competencia a un tribunal que no tuviera ningún nexo con los elementos del litigio que es lo que justifica la competencia especial del art. 5.3 del Reglamento 44/2001¹⁹.

9. En otro orden de cosas, se echa de menos la inclusión en el razonamiento del Tribunal del art. 5 del Reglamento Roma II, desde el momento en el que el considerando número 7 del mismo se solicita la coherencia en la aplicación de ambas normas y en el considerando número 20 se nombran los objetivos de Roma II para la responsabilidad de productos defectuosos, entre los que están *el justo reparto de los riesgos inherentes a una sociedad moderna, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada y la simplificación de los intercambios comerciales*. Dichos objetivos, junto con los propios del Reglamento 44/2001, podían haber arrojado más luz a la lacónica sentencia del tribunal en una materia tan importante para la industria europea²⁰.

IV. Daños comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 5.3 Reglamento 44/2001

10. La segunda cuestión que se plantea por el Tribunal Supremo holandés ante el Tribunal europeo se refiere al daño a tener en cuenta en la aplicación del art. 5.3 Reglamento 44/2001. Esto es, se pregunta si para el caso en el que el perjuicio inicial considerado debe ser el producido por la utilización normal del producto para la finalidad a la que estaba destinado se refiere sólo a un daño físico a las personas o a las cosas o también si únicamente se ha sufrido (por el momento) un daño patrimonial.

11. El Abogado General *Strikwerda* plantea, a lo largo del proceso ante el Tribunal Supremo holandés, que el Tribunal europeo se había pronunciado hasta ese momento sobre la cuestión de si la distinción entre el lugar donde se ha producido el hecho causante del daño, *Handlungsort* y, el lugar donde se manifiesta el daño, *Erfolgsort* en casos en los que están presentes actos ilícitos que producen daños físicos a las personas o a las cosas. Por tanto, cuestiona si cuando se trata de un mero daño patrimonial dicha distinción no procede incluso cuando ese daño es un daño directo (inicial) consecuencia del acto causante del perjuicio «schadebrengende feit» (par. 14)²¹.

Efectivamente, en los casos en los que el Tribunal europeo ha debido pronunciarse sobre la interpretación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 en los que estaba en juego un daño patrimonial únicamente, el caso *Marinari y Kronhofer*, el Tribunal ha entendido que el perjuicio (daño directo) se ha manifestado en el mismo país donde se han producido los hechos causantes del mismo²². Es decir, no se

¹⁷ STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill*, C-68/93.

¹⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 11ª ed., 2010, p. 163, donde los autores opinan que los foros especiales por razón de la materia -por tanto, el art. 5.3- deben ser interpretados restrictivamente; porque son una excepción a la regla especial contenida en el art. 2. En sentido contrario, M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 134.

¹⁹ STJCE 19 septiembre 1995, *Antonio Marinari v. Lloyd's Bank*, 1995/153.

²⁰ P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2009 p. 570.

²¹ <http://conflictoflaws.net/2008/dutch-supreme-court-refers-questions-on-article-53-brussels-i-regulation/>

²² STJCE 19 septiembre 1995, *Antonio Marinari v. Lloyd's Bank*, 1995/153 y STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C- 168/02.

han considerado propiamente *illicitos a distancia*. Sin embargo, también es preciso señalar que el Tribunal ha dejado pasar la oportunidad de aclarar esta cuestión al no responder a la misma en su sentencia²³. Habrá que esperar, por tanto, a una futura decisión del Tribunal sobre esta importante cuestión para los productores europeos de sustancias intermedias. Se trata de una cuestión que puede plantearse con frecuencia, como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda, de 12 de mayo de 2005. En el caso *Crompton BV v. Leo Laboratories Ltd* el supuesto es muy similar al analizado aquí, ya que se trata de un empresa fabricante de productos farmacéuticos con sede en Irlanda que adquiere de una empresa con sede en Holanda una materia prima «parafina» para la elaboración de sus productos (medicamentos). Pero el fabricante holandés entrega la «parafina» contaminada con gasoil y deteriora el producto manufacturado por la compradora. La empresa perjudicada por la entrega de la parafina demanda ante los tribunales irlandeses por *tort* en virtud del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, alegando que el daño se ha manifestado en la fábrica irlandesa. Al impugnar el demandado la competencia del juez irlandés alegando los art.s 23, 27 o 28 del mismo Reglamento, el juez irlandés debe examinar su competencia a la luz del foro especial. El juez se plantea y tiene dudas sobre si en ese caso el art. 5.3 Irlanda constituye el lugar donde se ha producido el hecho dañoso, porque la sustancia defectuosa fue entregada al comprador en Holanda, aunque fue transformada en Irlanda donde deterioró los medicamentos a los que se incorporó. Finalmente, el Tribunal Supremo irlandés decide no plantear la cuestión prejudicial y no pronunciarse sobre esta cuestión ya que interpreta la cláusula de sometimiento en exclusiva a los tribunales holandeses pactada en el contrato en el sentido de que alcanza incluso al litigio en cuestión planteado ante los tribunales irlandeses que tiene por objeto la reclamación de daños producidos por la entrega de un producto contaminado²⁴.

V. Conclusiones

12. La solución adoptada en *Zuid-Chemie* es adecuada porque permite atribuir competencia a un tribunal vinculado objetivamente con los elementos del litigio por lo que es adecuado para la eficacia de la prueba. Es cierto que al considerar el Tribunal europeo, en los supuestos en los que la empresa perjudicada se dedique a la manufactura del producto defectuoso, que el lugar donde se ha producido el hecho dañoso puede ser el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado, y no sólo el lugar de entrega de la materia prima puede favorecer a la víctima y, por tanto, al ampliar las posibilidades de acceso a los tribunales del lugar de manifestación del perjuicio al usuario de un producto, favorecer el comercio entre los Estados miembros. Pero quedan todavía cuestiones importantes por aclarar al no pronunciarse el Tribunal sobre la cuestión de si para el caso en el que el perjuicio inicial considerado debe ser el producido por la utilización normal del producto para la finalidad a la que estaba destinado se refiere sólo a un daño físico a las personas o a las cosas o, también, si únicamente se ha sufrido un daño patrimonial.

²³ El Tribunal entiende que esta cuestión planteada es de carácter hipotético porque el micromix ya ha producido un daño físico a las cosas (F35).

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 12 mayo 2005, *Crompton BV vs. Leo Laboratories Ltd.*, IR, 2005, pp. 233 y ss.

DENIAL OF JUSTICE TO FOREIGN INVESTORS

CARLOS ANDRÉS HECKER PADILLA

Chilean Lawyer, LL.M. in International Economic Law

Ph.D candidate at the Université de Bourgogne

Recibido: 15.10.2010 / Aceptado: 09.11.2010

Resumen: El derecho de todo inversionista a acceder a la justicia (ya sea jurisdicción interna o internacional), así como su calificación jurídica, han sido objeto de numerosos artículos y estudios, restándole novedad a prácticamente cualquier análisis al respecto. Las situaciones en que dicho acceso ha sido obstaculizado, sin embargo, no han suscitado el mismo interés. Es la razón que nos ha impulsado a dedicarles el presente análisis; el cual, dada la especial naturaleza del Derecho de las Inversiones Internacionales, nos ha parecido coherente centrar en las decisiones entregadas por la justicia arbitral, más que en las pocas discusiones doctrinarias al respecto.

Palabras clave: denegación de justicia, inversión extranjera, arbitraje internacional, mala fe, trato justo y equitativo.

Abstract: The right of every investor to access justice (whether domestic or international), and its juridical qualification, have been the subject of numerous articles and studies, lessening novelty to any analysis thereof. Situations where such access has been hampered, however, did not elicit the same interest. It is the reason that has prompted us to compose the present analysis, which, given the special nature of International Investment Law, seemed consistent to focus on the decisions delivered by the arbitral justice, rather than the few doctrinal discussions regarding this subject.

Key words: denial of justice, foreign direct investment, International arbitration, bad faith, fair and equitable treatment.

Sumario: I. Introduction. II. The impediment of access to the courts. III. Breaches of the principle of fair and equitable procedure. 1. The denial of justice by the administration. 2. The denial of justice by the ordinary courts. IV. Conclusion.

I. Introduction

1. Access to justice is «the right of every person to have a forum in which to assert the right that she considers to be assisted and to obtain the satisfaction of it»¹. We can then clearly distinguish the two major components of the notion: the right of access to the courts and the right to a fair and equitable procedure.

2. In international investment law, access to justice has a particularly important character because of the arbitrariness that an investor can experience, due to his foreign status. It must be remembered that although the international law obligations incumbent on every State regarding the protection and the

¹ J. MARABOTTO, «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia», *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano*, 2003, p. 291.

respect for foreigners, there have been cases in which they exercised their authority abusively, affecting investors rights.

3. In the matter of foreign investment, the denial of justice must then be understood as «any failure of the State concerning its duty to organize and to exercise the judicial function, in order to ensure [foreign investors] minimal judicial protection»². In other words, obstruction of access to justice can take place by preventing access to the courts, or ignoring the right to a fair and equitable procedure.

II. The impediment of access to the courts

4. The fairness inherent to courts and the fair and equitable procedure, to which every person is entitled to, become worthless if the possibility of access to those courts is not guaranteed³. Arbitral tribunals have confirmed its importance, in the way we will proceed to explain:

5. The first example is the case that confronted the Iranian society NIOC with Israel. When a dispute arose between them, the State of Israel refused to choose an arbitrator to hear the case (situation not covered by the arbitration clause), thereby preventing the investor the possibility to access arbitral justice. In addition, to make it worse for the investor, we must remember that after the *Manbar*⁴ case, NIOC society was in total inability to access any type of jurisdiction, Iranian, Israeli and even international.

6. As the clause provided that in case of disagreement between the arbitrators appointed by the parties, the President would be chosen by the President of the International Chamber of Commerce in Paris, NIOC referred the matter to French domestic jurisdictions in order to obtain a favourable decision.

7. Besides the decision of the *TGI* of Paris that rejected the lawsuit, what is really interesting to emphasize, are the texts subsequently issued from the rulings of the Court of Appeal of Paris and the *Cour de Cassation* respectively.

8. The Court of Appeal held that NIOC society was indeed in absolute inability to access any jurisdiction; in consequence, considering that adopting a passive attitude would turn also into a denial of justice, the Court ruled in favour of the investor, giving Israel within one month to appoint an arbitrator.

9. The *Cour de Cassation* confirmed the decision on appeal, adding that by virtue of a connection with France, the denial of justice, even if not part of the conditions provided by Article 1493 of the *Code de Procédure Civile*, may grant jurisdiction to the French courts, as long as the international public order is respected. Thus, it ruled that: «l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France»⁵.

² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2009, Paris, p. 291

³ R. PELLOUX, «L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme», *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 21, 1975, p. 336

⁴ This judgment considered Iran as an enemy State, preventing the Israeli courts to recognize or enforce any ruling issued by Iranian courts. In addition, from that moment, no Israeli court could process any request filed by an Iranian citizen. F. KAHN «Investissements internationaux et droits de l'homme», en F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, p. 99

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, February 1, 2005 n°404, *Israel v. NIOC*, *Bull.* 2005 I n°53 p. 45

10. French authors, however, have not unanimously support this award. Some praise it saying that it is an accomplishment of the moralization process of arbitration⁶, and that it would virtually grant universal jurisdiction to the French *juge d'appui* to avoid a denial of justice in international arbitration⁷. Other authors, without directly criticizing it, consider that the French courts have gone too far: In this sense, they do not believe that France is vested with special powers to provide assistance to all litigants around the world who lack arbitrators. Professor Bertrand ANCEL has very well expressed this situation, though not without irony, by pointing: «Voici donc l'ordre juridictionnel français rivalisant avec les ONG, Médecins sans frontières, Reporters sans frontières, *Tribunaux sans frontières!*»⁸.

11. A more recent and illustrative case is the one that confronted the Italian company *Saipem* and Bangladesh to a vast number of jurisdictions, both domestic and international. The contract signed between both parties concerned the construction of a pipeline, whose delivery could not be fulfilled, primarily due to sabotage and to the strong opposition of local people: A dispute quickly arose between the parties based on the nonperformance of the contract.

12. In accordance with the investment contract, *Saipem* filed a petition for arbitration before the ICC. The state-owned *Petrobangla* opposed it before the domestic courts of Bangladesh, arguing that the ICC had no jurisdiction in this matter. The legal basis would be in Article 5 of the Bangladesh Arbitration Act from 1940⁹, which would give domestic courts priority over international jurisdiction. Under the terms of the Court of Appeal of Dhaka, the arbitral tribunal would have clearly ignored the law¹⁰, causing the Supreme Court of Bangladesh to consider the ICC tribunal's ruling to be void. This led *Saipem* to search for ICSID protection, under the BIT signed between Italy and Bangladesh.

13. Although the case brought before the ICSID is mainly about the expropriation of the investment, what is really interesting for our analysis, is the court's conclusion concerning the obstacles Bangladesh came up with to prevent *Saipem* from accessing the arbitral justice. The reasoning was developed based on the notion of abuse of rights. In this regard, the tribunal recognized that the authority of an arbitrator can be challenged in absence or misapplication of the law; however, none of these circumstances took place. According to the tribunal, to arbitrarily prevent the investor's access to a court, through the misuse of States judicial control power is contrary to the internationally accepted principle that prohibits the abuse of rights¹¹.

14. What seems interesting to notice is that the Asian State has resorted to all legal instruments, which became unlawful after depriving the investor of one of the fundamental rights that he had. As we shall see, the situation is quite similar when access to justice is hampered by the inobservance of the rules regarding fair and equitable procedure.

III. Breaches of the principle of fair and equitable procedure

15. The principle that states the need of a fair and equitable procedure may be disregarded, from our point of view, both by the administrative authorities (broadly defined), and the ordinary courts (regardless of the instance).

⁶ S. LAZAREFF, «De la parole donnée...», *Les Cahiers de l'Arbitrage. Gazette du Palais*, n° 2007/2, p. 4

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, February 1, 2005, État d'Israël c/ Société National Iranian Oil Company (NIOC), note H. MUIR WATT, *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°3

⁸ B. ANCEL, «L'arbitrage commercial international au pays des lumières», in R. MÉNDEZ-SILVA, *Contratación y arbitraje internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2010, p. 201

⁹ Art. 5: «The authority of the appointed Arbitrator or umpire shall not be revocable except by leave of the court, unless a contrary intention is expressed in the arbitration agreement»

¹⁰ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID ARB/05/7, award (June 30, 2009) §155 <http://ita.law.uvic.ca/>

¹¹ «In conclusion, the Tribunal is of the opinion that the Bangladeshi courts exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was instituted and thus violated the internationally accepted principle of prohibition of abuse of rights», *Saipem v. Bangladesh*, Ibid. §160

1. The denial of justice by the administration

16. The hypothesis of the host State's administration being the one that obstructs access to justice cannot be discarded, because as we know, most of the activities of investors require the intervention of the administration, either through permits, approvals, etc. The State in such cases, is just exercising its sovereign power. But, how far can he go?

17. The determination of the boundaries between legality and illegality of States actions is extremely difficult, and few jurisprudence can be found in this respect; the reason is that arbitral tribunals have been very cautious, in order to avoid interfering in specific aspects of national sovereignty¹².

18. However, it is an essential element to us. Recognition of this kind of denial of justice could open new possibilities of defense for investors, since it seems to be linked to the fair and equitable treatment standard.

19. Some tribunal judgments have covered this topic, adopting interesting conclusions. The first that deserves to be mentioned is the well-known case of *Metalclad v. Mexico*¹³, where one of the ICSID tribunal's task, was to evaluate the procedure that denied the construction permit to the investor. From the analysis made, authors have concluded that one of the factors taken into account by the tribunal to determine whether there was a denial of justice or not, was the legitimacy of the procedure. And even more specifically, whether or not the investor had internal channels for the review of administrative decisions that directly concerned him¹⁴. The tribunal finally considered being in the presence of a denial of justice, since «the permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to appear»¹⁵.

20. A more recent case to be commented is the *Middle East Cement v. Egypt*¹⁶ case. The Arab State, after a series of disputes with the investor, decided to seize a ship belonging to the latter and sell it at auction, as a compensation for a debt equivalent to £ 103,033.97, which would *Middle East Cement* had with the State. Despite Egyptian claims concerning the respect for its domestic law throughout the procedure, the ICSID tribunal decided to conduct a dual analysis of the situation, in terms of both domestic and international law. The result was the verification of a denial of justice.

21. In effect, the investor had never been notified, because the government authorities had acted in bad faith. Therefore, the arbitral tribunal held that the investor had been deprived of access to justice, by means of depriving him of a fair and equitable treatment, adding that a situation «as important as the seizure and auctioning of a ship of the claimant should have been notified by a direct communication»¹⁷.

22. It is interesting to notice that the denial of justice and the fair and equitable treatment standard, which all investors are entitled to, appear to be in close harmony, which, as we already said, may offer the investor an additional way to protect its investment in case of arbitrary administrative decisions. As noted by the arbitral tribunal in the *Genin c. Estonia*¹⁸ case, the fair and equitable treatment gives «a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law».

¹² I. KNOLL-TUDOR, «The fair and equitable treatment standard and human rights norms», in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI & E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Wiltshire, 2009, p. 323

¹³ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID ARB(AF)/97/1, award (August 30, 2000) <http://icsid.worldbank.org/>

¹⁴ I. KNOLL-TUDOR, *op. cit.* n° 12, p. 323

¹⁵ *Metalclad Corporation v. Mexico*, *cit. supra.* n°13, §91

¹⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID ARB/99/6, award (April 12, 2002) <http://icsid.worldbank.org>

¹⁷ *Ibid.* §143

¹⁸ *Alex Genin & Others v. Estonia*, ICSID ARB/99/2, award (June 25, 2001) §367 <http://icsid.worldbank.org/>

2. The denial of justice by the ordinary courts

23. As we mentioned, when a dispute arises, the State has to guarantee everyone the access to its domestic jurisdictions as well as a fair, equitable and impartial procedure. Certainly, this also applies to international investments.

24. In this sense, the most emblematic case regarding foreign investment is *Læwen v. United States*¹⁹, where the Canadian group was sentenced by a U.S. court by means of an unjust procedure, leading to bankruptcy just a few years later. Hence, it filed a complaint before the ICSID under the NAFTA arbitration rules, alleging among other reasons, lack of a fair and equitable procedure, and discrimination that it was subjected to by U.S. jurisdictions, because of its nationality²⁰.

25. The tribunal judgment was very interesting; despite having rejected *Læwen*'s claim for failure to exhaust domestic remedies previously. Indeed, the court recognized the denial of justice by the jurisdiction of Minnesota, and therefore, the violation of the right to access justice. In this regard, the court noted that «[b]y any standard of measurement, the trial involving O'Keefe and Læwen was a disgrace. By any standard of review, the tactics of O'Keefe's lawyers, particularly Mr Gary, were impermissible. By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford Læwen the process that was due» and that «[i]n the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant»²¹.

26. Then, the question that arises is: What constitutes a denial of justice during the course of judicial proceedings? According to *Læwen*'s tribunal, for violating Article 1105 of NAFTA «[a] manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial property is enough». And it is not the first judgement in this direction; ICSID tribunal in the *Azinian v. Mexico* case, considered that the denial of justice is synonymous of «clear and malicious misapplication of the law»²².

27. From the above, we can say that today, the notion of bad faith is a synonymous for denial of justice to arbitral jurisdictions. The fraud or bad faith implies the existence of an intention to injure, so that in principle, very few cases should be affected by this vice of consent. Then, we may ask the question: What happens in cases where it is not the fraud, but the negligence of the court, that will lead to an unjust result? In other words, can the simple negligence be considered resulting in a denial of justice?

28. International courts and authors have not pronounced themselves explicitly in this respect. This is why we think it is so important to provide a possible solution. In this regard, we believe that only the fraud can be a basis for denial of justice: Higher instances of each domestic jurisdiction can easily solve injustices arising from the negligence.

29. The *culpa lata* or gross negligence, however, might make us hesitate, given that it involves extremely careless actions or omissions, which are almost always equivalent to the fraud: *Culpa lata dolo æquiparatur*. In this regard, it seems impossible to us that in a procedure, all the domestic instances would make mistakes of this magnitude without a prior agreement, in order to harm the party. Thus, only the fraud can be considered as a source of denial of justice.

¹⁹ *The Læwen Group, Inc. & Raymond L. Læwen v. United States*, ICSID ARB (AF)/98/3, award (June 26, 2003) <http://www.state.gov/documents/organization/3921.pdf>

²⁰ P. KAHN, *op. cit.* n°4, p. 99

²¹ *The Læwen Group, Inc. & Raymond L. Læwen v. United States*, *cit. supra.* n°19, §119

²² *Robert Azinian & Others v. Mexico*, ICSID ARB(AF)/97/2, award (November 1, 1999) §103 <http://icsid.worldbank.org/>

IV. Conclusion

30. Access to justice is one of the most important human rights²³ that a person can have. This is why it is recognized as a fundamental right and therefore constitutionally protected in almost every domestic legal system, and in international law²⁴.

31. In the matter of foreign investment, this right acquires a very important dimension, specially because of the principle of fair treatment that every State must give to foreigners, who obviously are in a position of helplessness against possible arbitrariness.

32. Thus, government's probity appears to be the cornerstone of the system, in order to avoid any abuse of this type. The administrative authorities are charged with the duty of acting in good faith in all their activities that may affect the citizen's rights. This obligation also weigh on the judges (public servants after all) who must take all measures to ensure that the procedure is carried out in accordance with the law, and justify their decisions.

33. However, the obligations not only burden on public servants, but on everyone who presents itself before them asking to exercise their authority. In this sense, the investor is forced to accept decisions legitimately taken by these authorities, and if he considers that his right to access justice has been maliciously hindered, bad faith must be duly proven. Otherwise, the arbitral justice would end up being used as a «third instance» by investors, in order to obtain a review of the facts, every time they would obtain an unfavourable decision from domestic courts²⁵.

34. Besides, this was the position of the tribunal in the *Azinian v. Mexico* case, where it held that «the possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seized has plenary appellate jurisdiction»²⁶. Decision that has been followed by other courts, particularly in the *Monved v. United States* case, which stated that «[u]nder NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal»²⁷.

²³ If we accept the possibility of a human rights hierarchy

²⁴ C. HECKER, «El acceso a la justicia y la inversión extranjera», *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, year XI, n°22, July 2010, pp. 205-209

²⁵ I. KNOLL-TUDOR, *op. cit.* n°12 p. 323

²⁶ *Robert Azinian & Others v. Mexico*, *cit. supra.* n°22, §99

²⁷ *Monved International Ltd. v. United States*, ICSID ARB(AF)/99/2, award (October 11, 2002) §126 <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>

EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES: EL ASUNTO INTERCONTAINER INTERFRIGO Y SU REPERCUSIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 01.02.2011 / Aceptado: 10.02.2011

Resumen: A través de la sentencia de 6 de octubre de 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre una de las disposiciones que mayor divergencia doctrinal y jurisprudencial ha suscitado la aplicación del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: el artículo 4, -destinado a fijar el Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes-. El presente trabajo tiene por objeto analizar cada una de las cuestiones planteadas en torno a la mencionada disposición con el fin de determinar la posible repercusión que la solución mantenida por el Tribunal de Justicia respecto a cada una de ellas, pueda llegar a alcanzar en el Reglamento Roma I.

Palabras clave: obligaciones contractuales, ley aplicable, ausencia de elección, principio de proximidad, sistema de presunciones, cláusula de excepción, contrato de transporte, contrato de fletamento, Convenio de Roma, Reglamento Roma I.

Abstract: The ECJ Judgment, *Intercontainer Interfrigo* (C-133/08) of October 6, 2009 rule on one of the most controversial provision of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations: article 4, -designed to set the law governing the contract in the absence of choice by the parties-. Both the scholarship and the courts of different Members States hold contradictory points of views around the interpretation of article 4. This paper tries to explain each of the questions raised about this provision in order to determine the real impact, it could be reach in Rome I Regulation.

Key words: contractual obligations, choice of law, absence of an agreed choice, most closely connected principle, presumptions, escape clause, contracts of carriage of goods, charter-party contracts, Rome Convention, Rome I Regulation.

Sumario: I. Introducción. II. El asunto *Intercontainer Interfrigo*. 1. Hechos. 2. Cuestiones prejudiciales. 3. Posición del TJCE. III. El art. 4 CR a la luz del asunto *Intercontainer Interfrigo*. 1. Aspectos generales: art. 4 CR. 2. El contrato de fletamento: art. 4.4 CR. 3. El fraccionamiento judicial del contrato: art. 4.1.II CR. 4. El criterio de la vinculación más estrecha: art. 4.5 CR. IV. El Reglamento Roma I: la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes.

I. Introducción

1. El asunto *Intercontainer Interfrigo*, resuelto por el TJCE en su sentencia de 6 de octubre de 2009, goza de una especial relevancia¹. Se trata de la primera vez que el Tribunal de Justicia se pro-

¹ STJCE 6 octubre 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, en <http://curia.europa.eu/jurisp>. Vid. los comentarios a esta Sentencia de A. LEANDRO, «Obligazioni contrattuali: noleggio e trasporto equiparati per la scelta del giudice competente»,

nuncia sobre la interpretación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales². Las cuestiones jurídicas planteadas giran en torno a los extremos más polémicos del CR, entre ellos la articulación del art. 4 CR, basado en el principio de proximidad, sistema de presunciones y cláusula de excepción. Finalmente, la repercusión que dicha decisión pueda llegar alcanzar en la aplicación e interpretación del Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I» que sustituye al CR y que paradójicamente ya estaba en vigor al tiempo de dictarse la sentencia objeto de estudio de este trabajo, no deja de suscitar cierta inquietud jurídica³.

2. Para poder abordar con precisión tales extremos, se hace necesario comenzar con una exposición de los hechos, las cuestiones prejudiciales planteadas y la posición mantenida por el TJCE al respecto, para seguidamente pasar a analizar con mayor detenimiento aquellos aspectos planteados al hilo de este asunto y que giran en torno a la determinación de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes, tanto en el ámbito del CR como en el ámbito del Reglamento Roma I.

II. El asunto *Intercontainer Interfrigo*

1. Hechos

3. Durante el mes de agosto de 1998, *Intercontainer Interfrigo SC* (en adelante, ICF), una empresa con domicilio social en Bélgica, celebró un contrato de fletamento con *Balkenende Oosthuizen BV* (en lo sucesivo, *Balkenende*) y *MIC Operations BV* (en lo sucesivo, MIC), dos sociedades con domicilio en los Países Bajos. En virtud de dicho contrato, que se concluyó en el marco de un proyecto de conexión ferroviaria para el transporte de mercancías entre Ámsterdam (Países Bajos) y Frankfurt (Alemania), ICF se comprometía a poner a disposición de *Balkenende*, que actuaba por cuenta de MIC, unos vagones, debiendo además garantizar el transporte por ferrocarril, a cuyo fin adquirió las locomotoras y los servicios necesarios. Por su parte MIC, se encargaba de la capacidad de carga y la parte operativa del transporte.

4. Aunque las partes no celebraron ningún contrato por escrito, cumplieron durante un breve periodo de tiempo sus acuerdos. No obstante, ICF remitió a MIC un proyecto de contrato escrito, que contenía una cláusula que designaba la ley belga como ley aplicable al contrato. En cualquier caso, dicho proyecto de contrato no fue firmado por ninguna de las partes.

5. El 27 de noviembre de 1998 y el 22 de diciembre del mismo año, ICF envió a MIC sendas facturas por importe de 107.512,50 euros y de 67.100 euros, respectivamente. MIC solo pagó la segunda. Casi tres años después, concretamente el 7 de septiembre de 2001, ICF requirió infructuosamente el pago de la primera factura.

6. El 24 de diciembre de 2002, ICF interpuso una demanda ante el *Rechtbank* de Haarlem solicitando se condenara a *Balkenende* y MIC a pagar la factura pendiente así como el impuesto sobre el valor

Guida al Diritto, 2009, núm. 43, pp. 71-75; S. RAMMELOO, «Chartervertrag cum annexis – Art. 4 Abs. 2, 4 und 5 EVÜ (zu EuGH, 6.10.2009– Rs. C-133/08- *Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*)», *IPRax* 2010, vol. 3, pp. 215-219.

² La naturaleza jurídica del Convenio de Roma hizo necesaria la elaboración de dos Protocolos con el fin de atribuir al TJCE (actualmente TJUE) competencia para interpretar de manera vinculante el texto convencional. Ambos Protocolos firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, entraron en vigor general y también para España, el 1 de agosto de 2004 (*BOE* de 8 de octubre de 2004).

³ *DO* núm. L 177, de 4 de julio de 2008. La ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina en todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca, con arreglo al Reglamento Roma (arts. 28-29 Reg. Roma I).

añadido correspondiente, incrementada con los intereses y costas. Las empresas demandadas invocaron la prescripción del crédito controvertido, sosteniendo que en virtud de la ley aplicable al contrato –según ellas, el Derecho neerlandés–, dicho crédito había prescrito. En cambio, para ICF la ley aplicable al contrato era el Derecho belga y conforme a tal ordenamiento jurídico el crédito no había prescrito.

7. Mediante sentencia de 28 de enero de 2004, el *Rechtbank* de Haarlem consideró que en aplicación del Derecho neerlandés, -Derecho que regía el contrato-, el crédito reclamado había prescrito, y por tanto declaró la inadmisibilidad de la demanda. ICF interpuso recurso de apelación ante el *Gerechthof* de Ámsterdam. El mencionado Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia.

8. Ante los órganos jurisdiccionales que conocieron del fondo del asunto, ICF sostuvo que el contrato sobre el que versaba el litigio no era un contrato de transporte, por tanto, la determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección por la partes no podía efectuarse sobre la base del art. 4.4 CR sino recurriendo al art. 4.2 CR.

9. Tanto el *Rechtbank* como el *Gerechthof* calificaron el contrato como un contrato de transporte de mercancías, al considerar que, a pesar de que ICF no tenía la condición de transportista, el objeto principal del contrato era el transporte de mercancías.

10. Aun así descartaron la aplicación del art. 4.4 CR por no existir una conexión pertinente en el sentido de dicha disposición. Para determinar el Derecho aplicable al contrato, recurrieron al principio de proximidad, esto es, la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). Basándose en diversas circunstancias del caso concreto –tales como, el domicilio social de ambas partes contratantes, el trayecto de los vagones entre Ámsterdam y Frankfurt y el lugar de carga (Ámsterdam) y el lugar de descarga (Frankfurt)- consideraron que el contrato presentaba vínculos más estrechos con los Países Bajos.

11. En cualquier caso, ambos tribunales pusieron de manifiesto que incluso en el supuesto de considerar que el contrato objeto de litigio no fuese un contrato de transporte, en el sentido del art. 4.4 CR, tampoco resultaría aplicable el art. 4.2 CR, -presunción general-, sino el art. 4.5 CR, -cláusula de excepción-, en tanto que del conjunto de las circunstancias resultaba que el contrato presentaba vínculos más estrechos con los Países Bajos.

12. ICF interpuso un recurso de casación ante el *Hoge Raad* alegando error de Derecho no sólo en cuanto a la calificación del contrato sino también por la incorrecta aplicación del art. 4.5 CR. En relación a este último extremo, y según la demandante, sólo cabe recurrir a la cláusula de excepción cuando del conjunto de las circunstancias resulta que el lugar al que conduce la prestación característica, -presunción general-, carece de verdadero valor de conexión.

2. Cuestiones prejudiciales

13. Ante las divergencias sobre la interpretación del art. 4 CR, el *Hoge Raad* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales que pueden agruparse en tres bloques:

14. El primero de ellos, se dirige a discernir básicamente un problema de calificación del contrato. Concretamente se trata de dilucidar el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR, –destinado a establecer una presunción especial para los contratos de transporte de mercancías-, precisando, a tal efecto, si los contratos de fletamento distintos a los mencionados expresamente por dicha disposición, -«los contratos de fletamento para un solo viaje», pueden ser subsumidos en el supuesto de hecho de tal norma.

15. El órgano jurisdiccional remitente es consciente de que el contrato de fletamento objeto de litigio forma parte de un contrato complejo cuyo fin último es el transporte de mercancías. Ante tal hecho el propio tribunal se plantea dos líneas interpretativas:

- a) una restrictiva, conducente a excluir del art. 4.4 CR aquellos contratos de fletamento distintos a los contratos de fletamento para un solo viaje.
- b) una interpretación amplia, consistente en considerar que el objeto principal del contrato es el transporte de mercancías, y por tanto, todas las partes del mismo han de quedar regidas por lo dispuesto en el art. 4.4 CR.

16. Un segundo bloque, consecuencia directa del anterior, en caso de mantenerse una interpretación restrictiva en torno al ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR gira en torno al posible fraccionamiento judicial del contrato (art. 4.1.II CR). En el supuesto de contratos mixtos o contratos complejos, como el caso de autos, resulta legítimo cuestionarse si el contrato de fletamento en sí mismo considerado debe quedar regido por el art. 4.2 CR y el contrato de transporte por el art. 4.4. CR. Si así fuera, aplicando esta interpretación, quedaría por resolver otra cuestión: cuál de las dos leyes aplicables a sendos contratos regiría la acción de prescripción de la acción.

17. El tercer bloque se centra en uno de los aspectos que mayor polémica doctrinal y jurisprudencial, ha suscitado el CR: la aplicación de la cláusula de excepción (art. 4.5 CR) en relación con el sistema de presunciones (art. 4. 2 a 4 CR). En este sentido el *Hoge Raad* solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión tan poco baladí como el valor que desempeñan las presunciones para fijar la ley aplicable en defecto de elección de las partes. En otras palabras, se trata de determinar si las presunciones establecidas en el CR son meros «índices de valoración» a tener en cuenta por el operador jurídico con vistas a determinar el Derecho aplicable al contrato, o si por el contrario, deben de ser aplicadas con carácter general y apriorístico sin necesidad de examinar las circunstancias del contrato, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que tales presunciones no reflejen una proximidad suficiente, por existir otro país con el que el contrato se halla más estrechamente conectado.

3. Posición del TJCE

18. Respecto al *ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR*, el Tribunal de Justicia sigue una *interpretación amplia*. Se basa para ello en el tenor literal del precepto que asimila a los contratos de transporte no sólo a los contratos de fletamento para un solo viaje sino también a otros contratos, siempre que el objeto esencial de éstos sea el de realizar un transporte de mercancías. De tal modo que cabe subsumir en el supuesto de hecho de la norma a aquellos contratos que, aun teniendo en Derecho nacional la calificación de contratos de fletamento, tengan como objeto principal el transporte de mercancías (FJ 33).

19. A tal fin debe tomarse en consideración la finalidad de la relación contractual y, consiguientemente el conjunto de obligaciones de la parte que realiza la prestación característica. En este sentido, un contrato de fletamento en el que el fletante no sólo se obligue a poner un medio de transporte a disposición del fletador sino al transporte mismo de las mercancías, con independencia de la calificación que reciba en Derecho nacional, queda incluido en el ámbito de aplicación del art. 4.4 CR (FJ 34 y 35).

20. Si bien, recuerda el propio Tribunal de Justicia la presunción del art. 4.4 CR solo se aplica cuando el fletante que además es considerado transportista tenga su establecimiento principal, en el momento de celebración del contrato, en el país en el que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor (FJ 36).

21. En cuanto al *fraccionamiento judicial el contrato*, contemplado en el segundo inciso del art. 4.1 CR el Tribunal recalca el *carácter excepcional* de dicho mecanismo (FJ 43). Por consiguiente, antes de que el juez proceda a la separación del contrato, debe comprobar los siguientes extremos:

- a) Que no se quebranta con ello la seguridad jurídica, algo que tendrá lugar cuando no resulte previsible con cierto grado de certeza para las partes (FJ 44).
- b) Que el contrato comprenda una pluralidad de partes que puedan ser consideradas autónomas entre sí (FJ 45).

22. Si así sucede, cada parte del contrato se regirá por una sola ley. Por consiguiente, en lo que atañe concretamente a las normas relativas a la prescripción de un derecho, tales normas deben pertenecer al mismo ordenamiento jurídico que el que se aplique a la obligación correspondiente, tal y como establece el art. 10.1 d) CR (FJ 47).

23. Finalmente y por lo que respecta a lo que cabría calificar como el punto álgido de las cuestiones controvertidas: *la aplicación del art. 4.5.II CR*, el Tribunal de Justicia se muestra tajante: se decanta por *una interpretación casuística*. De tal forma que, en defecto de elección del derecho aplicable al contrato, el juez si bien es cierto debe partir de las presunciones establecidas en el art. 4. 2 a 4 CR, en aras los principios de previsibilidad y seguridad jurídica que han de regir las relaciones contractuales, debe descartar la aplicación de las mismas siempre y cuando del conjunto de las circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto al designado por tales disposiciones. Incumbe por tanto al juez, tras el examen de las circunstancias del caso concreto, descartar cuando así procesa, –cuando del conjunto de las circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del determinado sobre la base de alguno de los criterios previstos en los apartados 2 a 4 el art. 4 CR-, tales criterios y aplicar la ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos (FJ 62-64).

III. El art. 4 CR a la luz del asunto *Intercontainer Interfrigo*

1. Aspectos generales: el art. 4 CR

24. En defecto de elección de la ley por las partes, o cuando esta elección no sea válida, la ley reguladora del contrato se determina mediante los criterios objetivos establecidos en el art. 4 CR. El texto convencional se decanta para ello por el *principio de proximidad*, que tiende a buscar la mejor localización del supuesto y la justicia al caso concreto, de modo que el contrato queda regulado por la ley del Estado con el que presenta *los vínculos más estrechos*⁴.

25. Pero, esta regla básica de los vínculos más estrechos presenta, por su generalidad, el inconveniente de hacer difícilmente identificable para las partes el Derecho aplicable, especialmente durante las fases de negociación del contrato. De ahí que el Convenio tienda a buscar un equilibrio entre la justicia del caso concreto y la exigencia de seguridad y previsibilidad jurídica, estableciendo, a tal efecto, un sistema de presunciones (art. 4. 2, 3 y 4 CR) que determinan *a priori* el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

⁴ Vid., entre otros: R. BARATTA, *Il collegamento piu stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè Ed., Milán, 1991; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137; M. FRIGO, «La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma», en C. SACERDOTI/M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè ed., Milán, 1993, pp. 17 y ss; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980», *Diario La Ley*, núm. 95, de 4 de abril de 1995, pp. 1-6; M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; Id., «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos mas estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», en I. L. IGLESIAS PRADA (coord), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 52289-5309.

26. Este sistema de presunciones consta de: a) *Un regla general*, que gira en torno a la *prestación característica*⁵. Se presume que el contrato se encuentra más estrechamente vinculado con el país en el que la parte que debe realizar la prestación característica tiene su residencia habitual, –si es persona física–, o su administración central, –si es una sociedad, asociación o persona jurídica– (art. 4.2 CR). b) *Un régimen especial* para los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o la utilización de un inmueble (art. 4.3 CR) y para los contratos de transporte (art. 4.4 CR.). Para los primeros, la vinculación más estrecha se presume con el país dónde está situado el inmueble. Respecto a los segundos, la presunción de que el centro de gravedad del contrato se encuentra en el Estado donde tiene su sede la parte que debe realizar la prestación característica, sólo opera cuando en el momento de celebración del contrato, éste coincide con el del lugar de carga, descarga o el establecimiento principal del expedidor. En este sentido, cabe afirmar que más que una presunción especial, el art. 4.4 CR actúa como límite al funcionamiento de la regla general.

27. Las anteriores presunciones son, sin embargo, presunciones *iuris tantum*, enervables en dos grupos de supuestos: a) cuando no concurren los elementos básicos que les permiten funcionar; b) y cuando del conjunto de las circunstancias, resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto de aquél al que conducen las presunciones. En ambos supuestos, se aplica al contrato, tal y como se prevee en el art. 4.5 CR, la ley del país con el que dicho contrato presenta los vínculos más estrechos⁶.

28. El art. 4 CR posee una estructura compleja cuyo análisis no sólo ha dividido a la doctrina sino también a la jurisprudencia. De tal suerte, cabría afirmar *grosso modo* son dos las formas que se han propuesto para interpretar dicha disposición:

29. a) *Método casuístico*: según el cual, corresponde al operador jurídico, determinar caso por caso el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos, valorando todas las circunstancias del supuesto. Las presunciones recogidas en el art. 4. 2, 3 y 4 CR constituyen un índice de vinculación más. Este modelo otorga primacía absoluta al principio de justicia del caso concreto, –es necesario realizar siempre un examen de todas las circunstancias que rodean al contrato–, y además merma la previsibilidad de las partes en cuanto a la ley aplicable, –éstas deben esperar a que intervenga el órgano jurisdiccional para saber cual será, en función de los índices examinados, el Derecho rector del contrato⁷.

30. b) *Método de las presunciones fuertes*: Un correcto entendimiento del art. 4 CR ha de partir de una interpretación presidida por un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y la justicia de resultado. El primero de ellos exige aplicar las presunciones contenidas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 4 CR con carácter general, constituyendo presunciones fuertes. Tales presunciones se erigen como la primera solución para determinar el Derecho aplicable a falta de elección por las partes. El art. 4 CR aparece así como una regla sencilla y clara en tanto que permite individualizar la *lex contractus* mediante criterios directos y estables sin necesidad de realizar un examen de las circunstancias globales

⁵ Vid., *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*», en A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; H. U. JESSURUND D'OLIVEIRA, «Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention», ARIL, 1977, pp. 303 y ss.; K. LIPSTEIN, «Charasteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract of the EEC», *Northeastern Journal of International Law Business*, 1981, pp. 402-423; M. MAGAGNI, *La prestazione caratterstica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989; P. M. PATOCHI, «Charasteristic performance. A new myth in the conflict of Law?», *Festschrift für P. Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, «Aspetti porblematici della prestazione caratteristica», RDIPP, 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, «The Principle of Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention», en K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of PrivateInternational Law by EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 86-108.

⁷ Vid., en este sentido: R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 186-191; L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, 1994, pp. 73-112; A. L. DIAMOND, «Conflict of Laws in the EEC» *Current Legal Problemns*, 1979, pp. 155-177; Id., «Harmonization of Private internacional Law relating to contratual Obligations», *RCADI*, 1986, vol. 199, pp. 133-321; M. FRIGO, *loc.cit.*, *op. cit.*, pp. 17-34; A. KASSIS, *Le nouveau droit europeen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 225-328., pp. 285-327; E. VITTA, «La convenzione CEE suite obbligacioni contrattuali e l'ordinamiento italiano», *RDIP*, 1981», pp. 837-852.

que rodean al contrato. Sólo en casos excepcionales deberá recurrirse al principio de los vínculos más estrechos tal y como viene establecido en el art. 4.5 CR, y proceder, por tanto a un análisis de todas las circunstancias el caso concreto⁸.

31. El Tribunal de Justicia, en el asunto *Intercontainer Intertrigo*, se decanta sorprendentemente por el primero de estos métodos. Y sorprende dicha decisión básicamente por tres motivos. Primero: contraría uno de los principales objetivos perseguidos por el CR, -la seguridad jurídica-. De tal forma que las partes de un contrato que no hayan elegido la ley aplicable, no podrán saber de antemano cual es el Derecho rector del mismo. Dependerá de la valoración del juez en cada caso concreto tras un examen de las circunstancias que rodeen el supuesto. Segundo: se complica innecesariamente la determinación de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes, -el tribunal deberá de intervenir siempre, caso por caso, en esa labor-. Tercero: la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia encaja mal, como se verá más adelante, con la solución ofrecida por el Reglamento Roma I, cuya entrada en vigor estaba próxima a la fecha de dictar la sentencia objeto de análisis de este trabajo. Dato este último que, al parecer, no tuvo en cuenta el alto Tribunal.

2. El contrato de fletamento: art. 4.4 CR

32. El CR establece una regla especial para los contratos de transporte de mercancías. Para este tipo de contratos, tal y como dispone el art. 4.4 CR, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de la conclusión del contrato si dicho país coincide con aquél en el que está situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor⁹.

33. El art. 4.4 CR exige una proximidad real entre el contrato y el país cuya ley lo rige. De haberse mantenido la presunción general del art. 4.2 CR para estos contratos, la ley aplicable al contrato podría haber sido la de un Estado poco o nada conectado con la situación contractual. Esta es la razón que justifica su exclusión del art. 4.2 CR¹⁰.

34. En cualquier caso, el art. 4.4 CR es *una norma poco clara*, especialmente por lo que se refiere a su ámbito material de aplicación. La misma redacción el precepto ha dado lugar a interpretaciones

⁸ Vid., entre otros: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc.cit., op.cit.*, pp. 86-108; H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE num. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte a la signature à Rome le 19 juin 1980)», *RTDE*, 1981, pp. 215-285; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 400-430; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, pp. 1-6.; E. POCAR, «L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti», *RDIPP*, 1991, pp. 249-252; U. VILLANI, *loc. cit.*, pp. 513-540; M. VIRGÓS SORIANO, «Artículo 10.5 Cc» en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 2, Edersa, Madrid, pp. 654-662; M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-10.

⁹ Vid. sobre el contrato de transporte de mercancías en el ámbito del CR: R. ESPINOSA CALABUIG, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada, 1999, pp. 251-358; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 337-372; J. C. SCHUTLITZ, «The concept of characteristic performance and the effect of the EEC Convention on carriage of goods», en P. NORTH, *Contract Conflict. The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligation: A Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 185-201.

¹⁰ La aplicación de la presunción característica a los contratos de transporte de mercancías conduciría a la aplicación de la ley del lugar donde el porteador tuviera su establecimiento principal, con la consecuencia de que en un gran número de supuestos, sería la de un país distante, poco conectado con el contrato. Así por ejemplo no sería apropiado que un contrato de transporte marítimo realizado desde Nueva York a Hamburgo y concluido por un porteador sueco, se regulara por el Derecho sueco conforme al art. 4.2 CR. Circunstancia esta que adquiere mayor sentido cuando se trata de buques con pabellón de conveniencia. Vid. E. SELVIG, «Certain Problems relating to Application of the EEC Draft in the Field of International Maritime Law», en B. VON HOFFMANN/K. SIEHR, *European Private International Law of Obligations*, JCB Möhr, Tübingen, 1975, p. 197. Vid. M. GIULIANO/P. LAGARDE, *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992, (en adelante Informe GIULIANO/LAGARDE), p. 20.

divergentes. Por un lado, se alude expresamente a «*los contratos de fletamento para un solo viaje*». Por otro, se refiere a «*otros cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías*». El problema surge de inmediato: se ha de proceder a la calificación del contrato para dilucidar si puede ser subsumido en el supuesto de hecho del art. 4.4 CR.

35. Dicha labor se complica aún más si se tiene en cuenta que los ordenamientos jurídicos nacionales presentan importantes divergencias respecto a la naturaleza jurídica del contrato de fletamento¹¹. Esta situación ha hecho surgir dos posibles formas de interpretación.

36. a) Una concepción restringida. Según esta corriente doctrinal, solo los contratos de transporte en línea regular y el fletamento para un solo viaje al que alude el precepto, integrarían el contenido del art. 4.4 CR. La mención específica a los contratos de fletamento para un solo viaje se justifica por su similitud a los contratos de transporte, debiendo entenderse que todos las demás modalidades de fletamento, -tales como, el fletamento por viajes múltiples, el fletamento por tiempo, etc.- quedan excluidos por alejarse en mayor medida de los contratos de transporte. Consecuentemente, para poder subsumir el contrato en el art. 4.4 CR, debe presentar carácter unitario. Ahora bien, el hecho de que el precepto aluda a otros contratos cuyo objeto principal sea el transporte de mercancías daría entender que se está refiriendo a aquellos contratos de carácter mixto –transporte y depósito, transporte y venta o transporte y arrendamiento de obra-. Será necesario en este caso, que el transporte constituya el objeto principal de tales contratos para poder englobarse en el ámbito de aplicación de la norma convencional.

Además, el precepto debe limitarse a los contratos de transporte *strictu sensu* en la medida en que sólo en estos contratos adquieren una especial significación los criterios de conexión empleados, esto es, el lugar de carga y de descarga, y la figura del expedidor.

La consecuencia de todo ello será la necesidad de regular todos los contratos que se hayan excluido del ámbito material del art. 4.4 CR a través de la presunción general del art. 4.2 CR, algo que conducirá a aplicar la ley del país donde el porteador-fletante tenga su establecimiento principal¹².

37. b) Una concepción amplia. Desde esta perspectiva, se defiende subsumir en el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR todos aquellos contratos que a pesar de no tener como objeto principal el transporte de mercancías *strictu sensu*, tal y como sucede en la mayoría de las modalidades de fletamento, si que tienen un claro objetivo o finalidad de transporte.

Desde una perspectiva funcional y económica, esta interpretación se adapta más a la realidad actual de este sector del comercio internacional. De no hacerlo así, quedaría sin sentido la propia justificación del art. 4.4 CR¹³.

La presunción del art. 4.4 CR fue además creada para evitar la aplicación de una ley poco conectada con el contrato, algo que sucedería si aplicásemos el art. 4.2 CR a otros contratos de fletamento no mencionados expresamente en dicha disposición. Se debería por tanto recurrir para determinar el Derecho aplicable al contrato al art. 4.5 CR, contraviniendo con ello su carácter excepcional¹⁴.

38. En este contexto, el asunto *Intercontainer Interfrigo* adquiere una especial relevancia. El Tribunal de Justicia se decanta por una interpretación amplia del supuesto de hecho del art. 4.4 CR, acorde con la finalidad perseguida por la norma: ofrecer una solución conflictual adaptada a las peculiaridades

¹¹ Así, por ejemplo, en Francia e Italia el contrato de fletamento y el contrato de transporte son considerados contratos completamente distintos. Por el contrario, en el Derecho inglés y en el Derecho español el contrato de fletamento es equiparado a un contrato de transporte. Sobre los problemas de calificación de los contratos de fletamento, *vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 270-281.

¹² *Vid.*, entre otros: F. BERLINGIERI, «La Convenzione di Roma Stith Legge Applicabile alle Obligazioni Contrattuali e Trasporto Marittimo», en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam; Padua, 1983, p. 254;

¹³ *Vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 294-301; A. A. MOCATTA/M. MUSTILL/S. C. BOYD (eds.), *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1984, p. 51; J. C. SCHULLTSZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁴ Informe GIULIANO/LAGARDE, p. 20.

de este concreto sector del comercio internacional. En cualquier caso, los problemas de calificación no desaparecerán con ello. Para que un contrato de fletamento pueda ser subsumido en el supuesto de hecho del art.4.4 CR, -dirigido a establecer una presunción especial en materia de contratos de transporte de mercancías-, será necesario examinar y analizar, caso por caso, la finalidad de la relación contractual y el conjunto de las obligaciones de la parte que realiza la prestación característica¹⁵.

39. Por otro lado, el art. 4.4 CR es *una norma incompleta*. Para que pueda funcionar resulta necesario que concurren como mínimo dos puntos de conexión. En este sentido, el art. 4.4 CR actúa como límite a la presunción general con el fin de aplicar una ley efectivamente conectada con el caso concreto. Guarda silencio la norma, para aquellos casos en que no opere la coincidencia de factores. En este caso, habrá que acudir al art. 4.1 CR: el principio de los vínculos más estrechos para determinar la ley rectora del contrato, y no al art. 4.2 CR¹⁶.

40. Podría suceder que aún operando las conexiones del art. 4.4 CR, éstas condujeran a la aplicación de una ley poco conectada con el contrato, en este supuesto habrá que recurrir a la cláusula de escape prevista en el art. 4.5 CR.

3. El fraccionamiento judicial del contrato (art. 4.1.II CR)

41. Para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el CR utiliza una unidad básica de asignación: el contrato. En ausencia de elección por las partes, el contrato debe quedar sujeto a una sola y única ley (art. 4.1.I CR). Sin embargo, el art. 4.1.II CR afirma que, excepcionalmente, «*si una parte del contrato es separable del resto del mismo y presenta un vínculo más estrecho con otro país, se podrá aplicar a título excepcional, a esta parte del contrato, la ley de este otro país*».

42. El recurso al art. 4.1. II CR es excepcional por dos motivos: a) se trata de una solución subsidiaria. Sólo opera en defecto tanto de las presunciones (art. 4.2 a 4.4 CR) como en caso de no ser posible determinar una única ley aplicable a todo el contrato por presentar una fuerte plurilocalización (art. 4.5. I CR). b) El propio art. 4.1.I CR afirma que el juez solo debe recurrir al fraccionamiento de modo excepcional. Así queda confirmado por el propio Tribunal de Justicia en el asunto *Intercontainer Interfrigo*¹⁷.

43. Para poder recurrir al fraccionamiento judicial el contrato, deben concurrir las siguientes condiciones¹⁸:

- a) El contrato debe presentar partes separables, eso significa, que debe referirse a un sector del contrato susceptible de viabilidad comercial independiente. Por «parte separable» se hace referencia al régimen jurídico de las obligaciones de uno de los contratantes.
- b) Dicha parte separable debe manifestar una vinculación más estrecha con otro país, distinto de aquel al que el resto del contrato está conectado.
- c) Las presunciones deben haber resultado inoperantes para fijar la ley aplicable a todo el contrato por falta de concurrencia de los elementos básicos de las mismas. Así sucederá cuando no se pueda determinar una prestación característica de todo el contrato – caso de los contratos complejos, *factoring*, etc...-.
- d) El contrato debe de estar intensamente conectado con más de un país. Si tal plurilocalización es débil y el contrato presenta una vinculación general más estrecha con un solo país, la ley de dicho Estado será aplicable a todo el contrato en virtud del art. 4.5.I CR).

¹⁵ FJ 33-35.

¹⁶ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 349-351.

¹⁷ FJ 43-47

¹⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma...», *op. cit.*, pp. 107-108.

4. El criterio de la vinculación más estrecha: art. 4.5 CR

44. Existen dos supuestos en los que las presunciones previstas en el art. 4. 2 a 4 CR no son aplicables para determinar el Derecho aplicable al contrato: a) cuando no concurren los elementos necesarios que permiten funcionar a las presunciones; b) cuando del conjunto de las circunstancias del contrato resulta que éste presenta vínculos más estrechos con otro país, distinto a aquél al que conducen las presunciones.

45. En ambos supuestos, el art. 4.5 CR establece la aplicación al contrato de la ley del país con el que dicho contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR). Dicho principio desempeña *una doble función*. En el primer caso, juega como *cláusula de cierre* del sistema. Las presunciones son inoperantes, por tanto constituye una regla subsidiaria de las mismas, útil para cerrar el sistema de determinación de la ley aplicable al contrato. En el segundo, actúa como *cláusula de cierre* o *cláusula de excepción*. Las presunciones no garantizan la proximidad del contrato con el país cuya ley designan, actúa como auténtico correctivo, de modo que hace decaer las presunciones del art. 4. 2 a 4 CR¹⁹.

46. Para poder aplicar la cláusula de escape (art. 4. 5 IICR) resulta necesario un proceso de razonamiento que demuestre, apoyado sobre datos concretos, que el contrato presenta una vinculación más estrecha con otro país. Sólo así se podrán destruir las presunciones simples contenidas en el art. 4. 2 a 4 CR.

47. Cuando el criterio de los vínculos más estrechos opera como correctivo de las presunciones, la aplicación del art. 4.5 CR debe hacerse con carácter restrictivo. Y ello debiera de ser así en tanto que contempla casos excepcionales: aquéllos en los que las presunciones no conducen a la aplicación del ordenamiento del Estado más estrechamente vinculado con el contrato.

Desde esta perspectiva, el art. 4.5.II CR desempeña además una función procesal en tanto que incide en la carga de prueba. De tal forma, el contratante que sostenga la aplicación de una ley distinta a la determinada por las presunciones, debe aportar los elementos que sirvan para destruir la presunción, debiendo el órgano jurisdiccional valorar a la luz de tales datos, si efectivamente el contrato presenta una más estrecha vinculación con otro país.

48. Ahora bien, el CR no establece expresamente las pautas que debe seguir el intérprete para concretarse el Estado con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Por otro lado, resulta del todo lógico, ya que el Convenio asume que la ley del contrato se fije por el órgano jurisdiccional caso por caso, en atención de las circunstancias presentes en cada supuesto. Se trata de una solución casuística que exige un considerable despliegue jurisprudencial.

49. Por ello, el art. 4.5 CR ha sido objeto de ciertas críticas. Especialmente se ha puesto de manifiesto que visto el margen discrecional que dicha disposición concede a los tribunales, subsiste el peligro de que éstos continúen aplicando sus antiguas soluciones de DIPr en materia contractual. Es más, también se corre el riesgo, como así ha sucedido, que los órganos jurisdiccionales utilicen tal margen de discreción para interpretar el art. 4 CR en su conjunto siguiendo el método casuístico, en el que las presunciones del art. 4. 2 a 4 CR quedan reducidas a simples índices de valoración²⁰.

¹⁹ Vid. C. CAMPIGLIO; «Prime applicazioni della clausula d'eccezione «europea» in materia contrattuale», *RDIPP*, 1992, pp. 1090 y ss.; C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Ginebra, 1983, K. IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et des juridictions ou le principe de proximité*, 1994.

²⁰ Para un estudio comparado de la jurisprudencia surgida en torno al art. 4.5.II CR, *vid.*: O. LOPES PEGNA, «Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di Regolamento «Roma I»», *RDI*, 2006, núm. 3, pp. 756-782, esp. pp.764-773. Para un análisis de la jurisprudencia española, ciertamente dividida en este aspecto, *vid.*: E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 111-126.

50. De ahí, la necesidad de que el Tribunal de Justicia se pronunciase al respecto para fijar las pautas a seguir en torno a la interpretación del art. 4.5 CR, habida cuenta de las diferentes líneas jurisprudenciales que se estaban siguiendo en los distintos Estados miembros de la UE. Y lo hecho a través del asunto *Intercontainer Intertrigo*. El Tribunal de Justicia descarta el sistema de presunciones fuertes. Corresponde en cada caso al juez determinar a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ley más vinculada con el contrato. Las presunciones establecidas, por tanto, en el art. 4. 2 a 4 CR se convierten en simples índices de valoración a tener en cuenta por el tribunal²¹.

51. La decisión del Tribunal de Justicia resulta más que criticable entre otras razones, porque se quebranta con ella la seguridad jurídica, se complica innecesariamente el sistema de fijación de la ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, pero sobre todo porque no tiene en cuenta la nueva regulación ofrecida por el Reglamento Roma I, tendente a primar la seguridad jurídica y la previsibilidad sobre la justicia del caso concreto. Queda ahora por ver, cómo afectará dicha sentencia a la interpretación del mencionado Reglamento comunitario.

IV. El Reglamento Roma I: ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes

52. El Reglamento Roma I, que constituye una de las piezas angulares del Derecho internacional privado de origen comunitario, ha venido a sustituir al Convenio de Roma sobre ley aplicable a obligaciones contractuales. Junto al cambio de naturaleza jurídica, el nuevo texto ha venido a introducir ciertas modificaciones²².

53. De ellas destaca, sin lugar a dudas, la nueva estructura del art. 4 Reg. Roma I destinado a determinar la ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes o cuando dicha elección no sea válida. La justificación de este cambio se encuentra en las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a las que había dado lugar el art. 4 CR, tal y como ha quedado expuesto en páginas anteriores, y que precisamente motiva la sentencia del TJCE objeto de este trabajo.

54. El art. 4 Reglamento Roma I trata de primar la certeza y la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo sobre la justicia del caso concreto (Considerando 16 Reg. Roma I). A tal fin y para determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, se suprime el principio de proximidad como regla de base del sistema. Se abandonan los puntos de conexión flexibles que necesitan ser concretados por el tribunal y que se inspiran en el mencionado principio. También desaparece, por la misma causa, el fraccionamiento judicial del contrato.

55. La nueva estructura del art. 4 Reglamento Roma I descansa sobre: a) *unas normas de conflicto especiales* para un elenco de contratos, —concretamente, ocho—, los más comunes en la práctica comercial internacional, para los que se indica a través de puntos de conexión rígidos la determinación de una concreta ley estatal (art. 4.1 Reg. Roma I); b) *una norma general*, aplicable cuando el contrato no es subsumible en ninguna de las anteriores categorías contractuales o es subsumible en más de una de

²¹ FJ 62-64.

²² Sobre el Reg. Roma I, en general, *vid.*, *ad ex.*: T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», *CDT*, vol. 1, n° 1, 2009, pp. 5-18; A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, n° 2, pp. 32-133; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *ID.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares. Granada, 2010, pp. 457-617, esp. pp. 483-617; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; F. FERRARIS/S. LEIBE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», *RCDIP*, 2008-4, pp. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CMLR*, 2008, pp. 1687.1723; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

ellas, entonces el contrato se rige por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2 Reglamento Roma I); c) *una cláusula de excepción*, a la que solo se recurrirá si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4.1 y art. 4.2 Reg. Roma I, en cuyo caso, el contrato se rige por la Ley de este otro país (art. 4.3 Reg. Roma I); d) *una cláusula de cierre* que entra en juego cuando el contrato no quede incluido en ninguna de las ocho categorías contractuales (art. 4.1 Reg. Roma I) y tampoco pueda determinarse en él una prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I), entonces el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I)²³.

56. Para los *contratos de transporte* se incluye un precepto autónomo en el Reg. Roma I (art. 5 Reg. Roma I). La regulación establecida en dicha disposición difiere sustancialmente de la recogida en el art. 4.4. CR. En primer lugar, se ofrece un tratamiento diferenciado y específico para *el contrato de transporte de mercancías*. (art. 5.1 Reg. Roma I) y para *el contrato de transporte de pasajeros* (art. 5.2 Reg. Roma I). En segundo lugar, y dentro de cada uno de estos contratos, se establecen normas para determinar la ley aplicable que se separan en parte del sistema del CR²⁴.

57. Por lo que se refiere al *contrato de transporte de mercancías* (art. 5.1 Reg. Roma I), el legislador comunitario ha optado por suprimir en el supuesto de hecho de la norma de conflicto toda referencia a cualquier tipo de contrato que pueda ser equiparado a un contrato de transporte de mercancías, -el caso, por ejemplo, de los contratos de fletamento-. No obstante, deben considerarse como tales, los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías (Considerando 22, Reg. Roma I).

58. En este contexto, adquiere una especial relevancia la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2009 en el asunto *Intercontainer Interfrigo*, en tanto que el Reg. Roma I perpetúa el problema de interpretación que había suscitado el art. 4.4 CR en torno a su ámbito de aplicación material, y más concretamente respecto a los contratos de fletamento distintos a los expresamente mencionados por la citada disposición.

59. El Tribunal de Justicia se ha decantado por una interpretación amplia de tal forma que cabe considerar como contrato de transporte de mercancías a efectos del art. 4.4. CR, y también por tanto del art. 5. 1 Reg. Roma I, a todos aquellos contratos que a pesar de no recibir tal calificación en los Derechos nacionales persigan como objeto principal el transporte de mercancías. Para ello, debe analizarse la finalidad de la relación contractual y el conjunto de las obligaciones de la parte que realiza la prestación característica²⁵.

60. En cualquier caso, y a pesar de que se defienda una interpretación amplia respecto al ámbito de aplicación material del art. 5.1 Reg. Roma I, los problemas de calificación no se agotan, y hacen aflorar otros. Pongamos como ejemplo que no podamos subsumir en el supuesto de hecho del art. 5. I Reg. Roma I, un determinado contrato de fletamento para viajes sucesivos. En tal supuesto, habrá que acudir al art. 4.1 Reg. Roma I. A primera vista, no cabría utilizar ninguna de las ocho categorías de contratos allí enumeradas. Salvo que, se siguiera la línea de interpretación expansiva, mantenida por el TJUE en torno a los contratos de prestación de servicios en el ámbito del Reg. 44/2001 y la hiciéramos extensible al Reg. Roma I. De no ser así, habría que recurrir para fijar la ley aplicable al contrato a la norma general establecida en el art. 4.2 Reg. Roma I. En ambos casos, la solución sería la misma: aplicar la ley del país

²³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», *op. cit.*, pp. 528-529.

²⁴ Vid. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «La Ley aplicable al contrato de transporte internacional en el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, n° 2, 2009, pp. 160-178; P. A. NIELSEN-, «The Rome I Regulation and Contracts of Carriage», en F. FERRARI/S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 99-105; S. TONOLO, «La legge applicabile ai contratti di trasporto nel Regolamento Roma I», *RDIPP*, 2009, pp. 309-326.

²⁵ FJ 33-35.

donde tiene su residencia habitual bien el prestador del servicio, –norma especial–, bien la parte que deba de realizar la prestación característica, –norma general–. Si del conjunto de las circunstancias se desprendiera claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4. 1 o art. 4.2, se aplicaría la ley de ese otro país (art. 4.3 Reg. Roma I).

61. Esta solución se asemeja con creces a la alcanzada por el CR. En este último, si el contrato no podía ser subsumido en el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR, debía quedar regido por el art. 4.2 CR: prestación característica, y en su caso, por el art. 4.5.II CR: cláusula de excepción. Para este viaje no hacían falta tantas alforjas.

62. La determinación de la Ley aplicable a los contratos de transporte de mercancías se rige en primer lugar, por el Derecho elegido por las partes, de conformidad con el art. 3 Reg. Roma I. En defecto, de elección por las partes, o cuando dicha elección no sea válida, el contrato se regirá por la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando, este lugar coincide con el lugar de recepción, el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente (art. 5.1 Reg. Roma I). Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto, se aplicará la ley de ese otro país (art. 5.3 Reg. Roma I).

63. En caso de no concurrir los puntos de conexión establecidos en el precepto, se aplica la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. Se viene a colmar así la importante laguna que presentaba el art. 4.4. CR.

64. Finalmente, resulta necesario detenerse en la función que desempeña en el ámbito del Reg. Roma I *el principio de los vínculos más estrechos*, y la incidencia que el asunto *Intercontainer Interfrigo* pueda tener sobre el mismo.

65. Dicho principio, cuyo papel dentro del Reg. Roma I cabría calificar «aparentemente» de modesto, juega una *doble función* como: *cláusula de cierre* (art. 4.4 Reg. Roma I) y *cláusula de excepción* (art. 4.3 Reg. Roma I)²⁶.

66. a) Cláusula de cierre. El principio de los vínculos más estrechos se emplea para precisar la Ley del contrato cuando este no es uno de los ocho contratos enumerados en el art. 4.1 Reg. Roma I y, además, dicho contrato no dispone de una prestación característica (art. 4.4 Reg. Roma I). En este sentido, cabe afirmar que el principio de proximidad opera en casos residuales como una mera cláusula de cierre del sistema.

67. b) Cláusula de excepción. Junto a dicha función, el principio de los vínculos más estrechos opera para determinar la Ley que rige el contrato en casos excepcionales, es decir, cuando del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 o art. 4.2. Reg. Roma I. El tenor literal del art. 4.3. Reg. Roma I se aparta del texto del CR con el fin de señalar al intérprete que el juego de esta cláusula es excepcional.

68. Aunque el Reg. Roma I no prejuzga la carga de la prueba, lo más razonable sería entender que corresponde a la parte interesada aportar los elementos necesarios que prueben que el contrato presenta una vinculación manifiesta con la ley de otro país. Pero, nada se dice al respecto²⁷. Quien si se ha pronunciado al hilo del asunto *Intercontainer Intefrigo*, ha sido el Tribunal de Justicia, si bien en relación al art. 4.5 II CR. En este sentido, el Tribunal de Justicia deja claro que incumbe al juez descartar

²⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», *op. cit.*, pp. 528-529; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 13

²⁷ Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 13

la aplicación de tales disposiciones. A ello, habría que añadir que el propio Reg. Roma I establece que si bien es cierto «*las normas de conflictos de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad*», no lo es menos que «*el juez debe de disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación*» (Considerando 16, Reg. Roma I).

69. La aplicación de la doctrina *Intercontainer* al Reg. Roma I puede hacer renacer un viejo dilema. De ser así, se hubiese recorrido un largo y tortuoso camino –la transformación del CR en Reglamento– para alcanzar un decepcionante resultado: la oculta perpetuación y triunfo del principio de proximidad en el Reg. Roma I²⁸.

²⁸ No faltan voces que defienden esta vuelta al pasado, entre ellas: F. FERRARI, «*Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I)*», RCDIP, 2009, pp.459-482; P. LAGARDE, «*Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*», RCDIP, 2006, pp. 331-359.

NOTA SOBRE LA SENTENCIA DEL TJCE AKZO NOBEL Y OTROS DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010: LÍMITES AL PRIVILEGIO LEGAL DE LAS COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS Y SUS CLIENTES

JULIA SUDEROW

Rechtsanwältin & Abogada, llm

Recibido: 18.01.2011 / Aceptado: 01.02.2011

Resumen: 28 años después de la sentencia *AM&S* del TJCE la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes en procedimientos sancionadores por infracciones del Derecho de la Competencia sigue dando que hablar. En el transcurso de las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión Europea siguen surgiendo conflictos en torno al acceso a determinados documentos. El TJCE en su sentencia *AKZO* de Septiembre de 2010 nos recuerda nuevamente el alcance de este derecho fundamental y sus límites. El privilegio legal sólo podrá ejercerse sobre comunicaciones de abogados externos. Por tanto las comunicaciones entre un abogado interno y los directivos de una empresa no están protegidas y la Comisión Europea podrá incluir estos documentos en su expediente sancionador.

Palabras clave: confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente, labor inspectora de la Comisión Europea, privilegio legal, derecho de defensa.

Abstract: 28 years after the decision *AM & S* of the ECJ the confidentiality of communications between lawyers and clients in European Antitrust sanctioning proceedings is still raising questions. During the inspections carried out by the European Commission there are still conflicts about the access to certain documents. The ECJ in its decision *AKZO* of September 2010 has reminded us the limits of this fundamental right. The legal privilege is only applicable to communications of external lawyers. Thus, the communications between the in house counsel and the managers of a company are not protected and the European Commission can include these documents its sanctioning file.

Key words: confidentiality of the communications lawyer-client, inspection powers of the European Commission, legal privilege, defence rights.

Sumario: I. Introducción. II. Definición de la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente. III. Antecedentes del litigio. 1. Hechos. 2. Sentencias recurridas y procedimiento judicial previo. IV. La sentencia del TJCE. 1. Alcance del secreto profesional y principio de igualdad. 2. Evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales y del Derecho de la Unión Europea. 3. Libertad de elección y seguridad jurídica. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El constante aumento de la labor sancionadora e inspectora de la Comisión Europea en asuntos de Derecho de la Competencia y de las autoridades nacionales de Defensa de la Competencia ha puesto de manifiesto que sigue habiendo numerosos conflictos en torno al respeto de los derechos fundamentales de los investigados o empresas durante las inspecciones o incluso durante el

procedimiento sancionador en sí.¹ En concreto el acceso a las pruebas con información sensible sigue provocando una gran repercusión y litigiosidad.² Dentro de esta categoría se encuentran documentos generados por los abogados y asesores de las empresas relacionados con el objeto de la inspección e incluye el acceso durante la inspección y su incorporación al expediente. Así las cosas, aunque la doctrina respecto a la confidencialidad y respeto absoluto de las comunicaciones entre abogados y sus clientes se halle consolidada, siguen existiendo una serie de cuestiones controvertidas en torno a esta cuestión.

2. La confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente ha sido durante mucho tiempo una cuestión discutida en el Derecho Comunitario de la Competencia y en el Derecho de la Competencia de los distintos Estados miembros.³ Ni siquiera a día de hoy existe una norma que regule de forma expresa que los documentos o información elaborados por un abogado o por su cliente en relación a una cuestión legal y la defensa de los intereses del cliente estén protegidos frente al acceso y copia por parte de los inspectores de la Comisión Europea en el marco de una inspección o su incorporación al expediente.

3. Ahora bien, desde la sentencia *AM & S* del año 1982 está claro que la confidencialidad de las comunicaciones entre un cliente y sus abogados es un principio general del Derecho de la Unión que debe ser respetado por los funcionarios de la Comisión.⁴ La reciente sentencia del TJCE en el asunto *AKZO NOBEL* de 14 de septiembre de 2010 nos recuerda que este principio general tiene carácter de derecho fundamental.⁵ Asimismo las conclusiones de la Abogado General *Julianne Kokott* describen detalladamente los fundamentos de este derecho que se desprende de los distintos ordenamientos legales de los Estados miembros y del artículo 8 apartado 1 del CEDH que protege la privacidad de la correspondencia y del artículo 6 apartados 1 y 3 letra c) del CEDH que establece el derecho a un juicio justo y del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el respeto a las comunicaciones y los artículos 47, I y II y 48 de dicha Carta.⁶

4. Pues bien, en el año 2010, es decir 28 años después de la sentencia *AM & S*, el privilegio de las comunicaciones entre abogados y sus clientes sigue dando que hablar.⁷ A pesar de las claras directrices del TJCE en la sentencia *AKZO 2007*, en las inspecciones realizadas por funcionarios de la Comisión Europea o de las autoridades nacionales de la competencia siguen surgiendo controversias en torno a qué documentos se encuentran protegidos por el conocido como privilegio legal de las comunicaciones

¹ Sobre los derechos de las empresas en procedimientos sancionadores ante la Comisión Europea vid.: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 624 y ss. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», *Revista de la Competencia y Distribución*, nº 5, 2009, pp. 33-64.

² Así, en España, las primeras inspecciones de la CNC según la nueva Ley de Defensa de la Competencia han resultado en ocasiones polémicas debido a las controversias surgidas entre las empresas y los inspectores de la CNC. Véase al respecto: R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 83 y ss. Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 3 octubre 2008, *STANPA*, Expt. R 0006/08. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Recurso nº 3/2008, 30 septiembre 2009.

³ M. GRAY, M. LESTER, C. DARBON, G. FACENNA, C. BROWN; E. HOLMES, *EU Competition Law: Procedures and Remedies*, Richmond, 2006, p.30. S. STEWARD, D. VAUGHAN, «Does Legal Professional Privilege Exist in the EEC?», *LS Gaz* 1207, 1975, p. 72. D. EDWARD, «Confidentiality and Privilege in the EEC Context», *NLJ*, 128, 1978, p. 1208.

⁴ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79, Rec. 417 (en adelante: sentencia *AM & S*).

⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros*, C-550/07 P. (en adelante sentencia *AKZO* 2010).

⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 47 y 48.

⁷ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417. STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523. (en adelante *AKZO 2007*). Sobre el debate vid.: J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law Of Competition*, 2ª ed. Oxford University Press, 2007, p. 745. E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005).

abogado- cliente.⁸ Precisamente esta cuestión es la que aclara la sentencia del TJCE en el asunto *AKZO 2010* tal y como veremos a continuación. El presente trabajo describe el debate actual definiendo el concepto y alcance de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y sus clientes. A continuación se extraen, cuestionan y comentan las principales conclusiones del TJCE.

II. Definición de la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente

5. La confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente también se conoce y confunde con las expresiones inglesas «*attorney-client privilege*» o «*legal privilege*».⁹ Gracias a este derecho el cliente puede impedir que se revele a terceros el contenido de sus comunicaciones confidenciales con su abogado. A día de hoy, tribunales y doctrina coinciden en que el secreto profesional o privilegio legal constituye un elemento necesario del derecho de defensa del cliente que también se basa en el papel del abogado como «*Colaborador de la Justicia*» que deberá prestar su asistencia legal de forma independiente y en el interés superior de la Justicia.¹⁰ De este derecho se deriva que en un procedimiento administrativo o judicial no se pueda exigir la revelación de las comunicaciones entre un abogado y su cliente sin su consentimiento y por lo tanto éstas tampoco puedan ser usadas como pruebas en procedimientos administrativos o judiciales.¹¹

6. Este privilegio forma parte del derecho de defensa y en concreto del derecho a asistencia letrada y a no auto inculparse que a su vez se derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tal y como reconoce el artículo 24 de la Constitución Española.¹² La protección «*tiene por objeto garantizar el interés público de una recta administración de la justicia consistente en garantizar que todo cliente tenga la libertad de dirigirse a su abogado sin temor a que la información confidencial que le comunique pueda ser ulteriormente divulgada.*»¹³ El antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución *Pepsi/Coca-Cola* también nos ha recordado que el privilegio es una exigencia del Estado de Derecho con un «*doble objetivo*»: a) *proteger a cualquier persona que precise de la asistencia de un abogado para defender sus derechos y libertades* y b) *garantizar una justa y adecuada administración de justicia.*»¹⁴

7. La confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se considerará privilegiada y por tanto absoluta «*cuando se trate de correspondencia mantenida en el marco y en interés del derecho de defensa del cliente y que por otro lado emane de abogados independientes.*»¹⁵ Aunque no se

⁸ El TPI en la sentencia *AKZO 2007* ha llegado incluso a detallar la forma de proceder en caso de discrepancias: STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 *Rec.* p. II-3523, apartados 79-85. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 91.

⁹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 970. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 84.

¹⁰ STJCE, 18 de mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417 apartados 20,23 y 24 y STEDH 20 septiembre 2000, *Niemietz/Alemania*, Asunto nº 13710/88 serie A, nº 51-B, apartado 37.

¹¹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 970. R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 84.

¹² R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 86. STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417, apartados 18 y 23.

¹³ TDC 22 julio 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, Expte. R 508/02 FJ 6.

¹⁴ TDC 22 julio 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, Expte. R 508/02 FJ 6.

¹⁵ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417, apartado 21. STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 *Rec.* p. II-3523, apartado 117.

plantee en la sentencia analizada conviene recordar brevemente que el privilegio abarca tanto la correspondencia mantenida una vez incoado el expediente como la correspondencia anterior relacionada con el objeto de dicho procedimiento.¹⁶

8. Tal y como se ha indicado, el alcance del privilegio se está convirtiendo en una cuestión de gran importancia en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea. En particular, la posibilidad de extender el privilegio legal a abogados internos, que es el objeto de esta sentencia, ha sido intensamente debatida en la última década. Recordemos que por abogado interno se entiende un jurista que trabaja como empleado en el departamento jurídico de una empresa o de un grupo de empresas y que al mismo tiempo, puede ejercer como abogado de acuerdo con las normas nacionales aplicables.¹⁷

9. Esta cuestión ya fue planteada en el Parlamento Europeo en el marco del desarrollo legislativo del Reglamento 1/2003. El informe *Evans* a la propuesta de la Comisión tal y como lo adoptó el Comité Económico y Monetario del Parlamento Europeo preveía una modificación que establecía que las comunicaciones entre un asesor externo o interno que contuviesen asesoramiento legal debían estar privilegiadas cuando el asesor legal estuviese suficientemente cualificado y cumpliera con las normas de ética profesional y disciplina.¹⁸ Aunque esta propuesta fue rechazada no significa que en el futuro el privilegio sí pueda ser finalmente extendido a este tipo de comunicaciones.¹⁹

10. Para completar la definición del privilegio legal y aunque esta cuestión no es objeto de la sentencia quisiera recordar que tan sólo el cliente y no su abogado puede acogerse o renunciar a este derecho.²⁰ Para hacer valer el privilegio el cliente deberá explicar a la Comisión Europea el porqué el documento en cuestión no puede ser revisado ni copiado por los inspectores mostrando aquellas pruebas o indicios que acrediten que el documento se encuentra protegido. En caso de discrepancias podrá apelar ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, la empresa es la que tiene la carga de la prueba.²¹

III. Antecedentes del litigio

1. Hechos

11. En febrero de 2003 la Comisión Europea realizó una inspección en las oficinas de *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* y *Akros Chemicals* con el objetivo de buscar y obtener pruebas relacionadas con prácticas contrarias al Derecho de la Competencia Comunitario. Durante las inspecciones surgieron una serie de discrepancias entre los representantes de *Akzo* y *Akros* y los inspectores de la Comisión sobre ciertos documentos que según las empresas se encontraban protegidos por el secreto profesional que protege las comunicaciones entre abogados y sus clientes. Por su parte los funcionarios contestaron que debían comprobar estos documentos aunque fuese sumariamente para formarse su propia opinión sobre el grado de protección de los documentos. Tras una larga discusión y bajo amenaza de sanciones coercitivas, las empresas admitieron que la responsable de la inspección consultara sumariamente los documentos.

¹⁶ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 23. A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 629.

¹⁷ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 989.

¹⁸ Parlamento Europeo, Sesión 21 junio 2001, A5-0229/2001 Final, PE 296.005, at. 65-66 (Comité de asuntos económicos y monetarios) sobre la propuesta de Reglamento del Consejo para la aplicación de las normas de Competencia establecidas en los artículos 81 y 82 del Tratado modificando los Reglamentos (CE) N° 1017/68 y 2988/74, n° 4056/86 y n° 3975/87.

¹⁹ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 989.

²⁰ R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, n° 7, p. 85.

²¹ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 630.

Durante el examen se ahondaron las discrepancias en torno a cinco documentos que han sido objeto de dos procedimientos distintos:

- 1º) El primer grupo de documentos se compone de unas notas con informaciones para un futuro dictamen jurídico externo, notas internas sobre los contactos y reuniones con abogados externos así como notas empleadas para mecanografiar la información anterior. Estos documentos fueron introducidos en un sobre lacrado.
- 2º) Dos correos electrónicos entre el Director General de *Akcros* y el coordinador de *Akzo* para el Derecho de la Competencia, siendo este último además abogado inscrito en un colegio de abogados neerlandés que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos de *Akzo* y estaba por tanto empleado de forma permanente en la empresa. Estos documentos fueron incorporados al expediente.

2. Sentencias recurridas y procedimiento judicial previo

12. En mayo de 2003 la Comisión Europea desestimó las solicitudes de ambas empresas y les informó que una vez expirado el plazo para recurrir dicha decisión, procedería a abrir el sobre lacrado. *Akzo* y *Akcros* interpusieron dos recursos de nulidad ante el TPI dirigidos contra la decisión de verificación y contra la Decisión denegatoria. Así, con fecha 17 de septiembre de 2007 el Tribunal General dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso de nulidad de *Akzo* y *Akcros* contra la decisión de verificación (Asunto T-125/03) y desestimó por infundado el recurso de ambas empresas contra la decisión denegatoria de la Comisión (Asunto 253/03).²²

13. En noviembre de 2007, *Akzo* y *Akcros* recurrieron la sentencia de 17 de septiembre de 2007. Este recurso gira en torno a los dos correos electrónicos intercambiados por el director general de *Akcros* y su asesor legal interno y si estos documentos están amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con su asesor o no. Ambas empresas solicitan en su recurso la anulación de la sentencia y que se ordene la devolución de ambos correos a los interesados. Por su parte, la Comisión Europea solicita obviamente desestimar el recurso de casación. Recordemos que las empresas consideran que el privilegio legal incluye las comunicaciones con abogados internos de la empresa investigada mientras que la Comisión Europea basándose en la jurisprudencia *AM & S* considera que el privilegio no alcanza a este tipo de comunicaciones.

14. Este procedimiento ha despertado enorme interés tanto en los gobiernos de los Estados miembros como en particular en las asociaciones de juristas y abogados de la Unión Europea. Así, el Tribunal ha permitido la intervención de diversas asociaciones y colegios de abogados europeos, nacionales e internacionales.²³

IV. La sentencia del TJCE

1. Alcance del secreto profesional y principio de igualdad

15. La sentencia *AKZO 2010* comienza reconociendo que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y sus clientes debe ser protegida a nivel comunitario por lo que la Comisión

²² STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523.

²³ Del lado de las empresas: *Conseil des barreaux européens* (CCBE, Consejo de la Abogacía Europea); *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Consejo de la Abogacía de los Países Bajos), *European Company Lawyers Association* (ACCA); *European Chapter* (Asociación americana de abogados de empresa-sección europea) e *International Bar Association* (IBA, Asociación Internacional de Colegios de Abogados); Irlanda, Países Bajos y Reino Unido: STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P.

Europea tiene que respetar los límites que este derecho establezca a sus poderes de investigación.²⁴ Sin perjuicio de lo anterior, el TJCE también recuerda que este derecho está sujeto a dos requisitos acumulativos: a) Sólo se protege las comunicaciones vinculadas al ejercicio de los derechos de defensa en sí y b) cuando se trate de abogados independientes. Este segundo requisito es el objeto de la sentencia. El TJCE define la independencia del abogado de forma negativa estableciendo que el abogado es independiente cuando no está vinculado a su cliente mediante una relación laboral.²⁵ También continúa recordando los criterios establecidos por la sentencia *AM & S* según la que la obligación de independencia se deriva de la «*función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional impuesta y controlada en interés general. Tal concepción responde a las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y se encuentra igualmente en el ordenamiento jurídico comunitario.*»²⁶

16. En su reciente sentencia el TJCE insiste nuevamente en que la independencia implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente por lo que la protección no alcanza a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa. De acuerdo con la Gran Sala, que sigue las conclusiones de la Abogado General, un abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y por tanto sometido a la disciplina profesional, no tiene el mismo grado de independencia respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes. Así, *el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo.*²⁷

17. Un abogado asalariado no pertenece a una estructura distinta de la su empleador por lo que no se trata de un tercero al que se le pasa una comunicación. Si los empleados y directivos actúan dentro del ámbito de su trabajo, actúan por el desarrollo de la actividad económica de la empresa.²⁸ El Tribunal explicó en el asunto *Becu* que los empleados realizan el trabajo por y bajo la dirección de las empresas. Así, durante la duración de la relación laboral están integrados en la estructura de la empresa por lo que forman una unidad económica con el empleador.²⁹ Esta sentencia muestra la tendencia general seguida por los Tribunales Europeos. En el asunto *Euro-Lex European Law Expertise* el TPI rechazó una solicitud presentada por una empresa alemana y firmada por uno de sus consejeros que además era abogado. El letrado alemán alegaba que de acuerdo con la normativa alemana podía representar a la empresa frente a los tribunales alemanes. Este hecho no impresionó al TPI que recordó que el principio de representación válida ante los tribunales exige que no sólo se trate de un abogado autorizado a actuar ante los tribunales de un Estado miembro sino que el abogado también tiene que ser «tercero» e independiente del «solicitante».³⁰ El Tribunal sigue esta misma línea en el asunto *Lopes* estableciendo que un abogado no puede representarse a sí mismo ante los Tribunales Europeos aunque los tribunales de un Estado miembro sí lo permitan.³¹ En el asunto *AM&S*, el TJCE se basó en estas dos sentencias indicando que para ser independiente «hay que ser un tercero en su relación con el cliente». Aunque el asesor interno pueda negarse a seguir instrucciones contrarias a la Ley, sigue dependiendo de su empresa por lo que su asesoramiento no puede equipararse al del abogado externo que siempre podrá rechazar el mandato y que no depende económicamente de su cliente y que puede decidir libremente si le representa o no.³²

²⁴ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 40.

²⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 45.

²⁶ STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 24.

²⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 61 y 62.

²⁸ E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glimpse», *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 1011-1012.

²⁹ STJCE 16 septiembre 1999, *Becu, Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV*, C 22/98, 1999 Rec. I-5665, apartado 26. STJCE 19 febrero 2002, *Wouters, J.W. Savelbergh*, C-309/99 (2002), Rec. I-1577, apartados 49-51.

³⁰ STPI 8 diciembre 1999, *Euro Lex European Law Expertise GmbH*, Rec. II-3555, apartados 27, 29.

³¹ STJCE 5 diciembre 1996, *Lopes*, C-174/96 (1996), Rec. I-6401, apartado 11.

³² STJCE 18 mayo 1982, *AM&S Limited*, C 155/79 Rec. 417, apartado 24. E. GIPPINI FOURNIER, «Legal professional privi-

18. Akzo y Akcros consideran que la independencia del abogado interno se deriva de las normas profesionales establecidas por el Derecho Neerlandés. Sin embargo, en opinión de la Gran Sala, estos argumentos no son suficientes ya que «*el abogado interno, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, no puede ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra situación que, por su propia naturaleza, no lo permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional.*»³³ Así, el abogado interno y en particular el coordinador en materia de Derecho de la Competencia, puede influir la política comercial de la empresa reforzando los estrechos vínculos entre el abogado y su empresa. Por ello, la dependencia económica del abogado interno y los estrechos vínculos con su empresario no permiten que actúe con la independencia necesaria.³⁴

19. Como consecuencia de las apreciaciones anteriores, el Tribunal también rechaza la segunda alegación de las recurrentes por considerar que no hay ninguna violación del principio de igualdad por tratarse de dos situaciones esencialmente distintas que no son comparables y no pueden por tanto ser tratadas de igual forma.³⁵

20. Quisiera resaltar que es correcto que el abogado debe de ser independiente por lo que el Tribunal tiene insistir precisamente en este requisito. Ahora bien, también es cierto que la Gran Sala niega el privilegio sin ni siquiera distinguir entre un tipo de abogados internos y otros. ¿Si el abogado interno en cuestión se dedica al Derecho de la Competencia y si las comunicaciones están relacionadas con la defensa de la empresa en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia porqué las empresas no pueden acogerse al privilegio? Precisamente el Derecho de la Competencia es una materia muy compleja que requiere asesoramiento especializado tanto desde el punto de vista meramente legal como desde el punto de vista económico. Por ello, las empresas tienen que ser asesoradas por personas que de una parte conozcan el marco legal y de otra conozcan el funcionamiento del mercado afectado, productos y las estrategias de la empresa. Para que la defensa sea efectiva, la empresa no sólo precisa de un abogado externo sino que también necesita un jurista interno que conozca los entresijos de su empresa y sepa trasladárselos al abogado externo. Ambos de forma conjunta podrán entonces desarrollar la estrategia de defensa más adecuada. El abogado interno ejercerá en ocasiones de interlocutor y en otras completará la defensa de la empresa. Curiosamente, si ejerce de interlocutor, por ejemplo informando internamente de las conclusiones de un abogado externo este informe sí está protegido tal y como establece la sentencia del TPI en el asunto *Hilti*.³⁶

21. De otra parte, y precisamente gracias a la labor sancionadora de la Comisión Europea y la consiguiente mejora de la aplicación de las normas de la Competencia, los abogados internos están ganando independencia dentro de sus propias empresas y los programas de cumplimiento o *Compliance* pudiendo incluso influir o vetar políticas comerciales dentro de la empresa si las consideran contrarias al Derecho de la Competencia. Ahora bien, la Abogado General considera que precisamente la cercanía a la empresa pone en entredicho la independencia del abogado interno.³⁷ Este argumento no parece tener en cuenta la realidad en las empresas. Es más, la sentencia del TJCE ni siquiera analiza en detalle el debate sobre la labor específica del abogado interno dedicado a los asuntos de Competencia dentro de la

lege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glances». *Fordham International Law Journal Fordham J. Int. L.* Vol. 28, Book 4 (2005), p. 1012.

³³ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 47.

³⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartados 66 y ss.

³⁵ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 58.

³⁶ STPI 4 abril 1990, *Hilti AG*, T-30/89, Rec. P. II-163. A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General: *La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 629.

³⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 118.

empresa. A favor de una extensión del privilegio también habla la complejidad de los asuntos de Derecho de la Competencia y en particular los procedimientos sancionadores por infracciones del artículo 101 del TFUE iniciados por la Comisión Europea. Precisamente este tipo de asuntos tienen carácter transnacional porque la Comisión resulta competente cuando la conducta afecta al mercado de varios países dentro de la Unión.³⁸ Si afecta a varios países, la empresa precisará el asesoramiento de varios abogados en los distintos países afectados y en Bruselas. Asimismo, estos abogados tendrán que comunicar tanto con la matriz como con las empresas filiales afectadas por la conducta. La única forma de canalizar esto de forma efectiva es a través de los abogados internos de la empresa que a su vez comuniquen con los abogados externos de cada región o país, centralizando y recabando la información necesaria. Por ello, la labor del abogado interno no sólo es necesaria sino más bien imprescindible y merece ser valorada en la misma forma que la labor del abogado externo.

2. Evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales y del Derecho de la Unión Europea

22. Las recurrentes basaban su argumentación en que el TPI debía haber tenido en cuenta los cambios experimentados en el «mundo del Derecho» desde la sentencia *AM& S* que justificaban una reinterpretación de esta sentencia respecto a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Este argumento tampoco ha impresionado al TJCE que se limita a recordar que del estudio de Derecho Comparado realizado por el TPI en su sentencia no se desprende ninguna tendencia uniforme en los Derechos de los Estados miembros.³⁹ La Abogado General tampoco llega a otra conclusión en su análisis de la situación en el año.⁴⁰ Es más, ambas empresas han admitido que no se puede detectar ninguna tendencia generalizada a asimilar los abogados internos con los abogados que ejercen libremente su profesión.

23. En opinión de la Gran Sala, la modernización de las normas procedimentales comunitarias relativas a procedimientos relacionados con el Derecho de la Competencia y en particular el Reglamento 1/2003 tampoco justifican una nueva lectura de la sentencia *AM & S*.⁴¹ Así, estas normas no están en absoluto relacionadas con el ejercicio de la profesión de los abogados.⁴² Lo que sí establecen son los poderes de la Comisión Europea en cuanto a inspecciones en las empresas o asociaciones de empresas permitiendo que los funcionarios de la Comisión examinen libros, documentación profesional y hacer u obtener copias de dichos documentos.⁴³ Estas facultades se encuentran definidas de forma amplia ya que la detección de infracciones del Derecho de la Competencia resulta cada vez más difícil lo que exige preservar la eficacia de las inspecciones. Esta postura encaja con la posición adoptada por el Parlamento Europeo que rechazó la inclusión de una norma específica tal y como se ha indicado en el punto 8.

24. En mi opinión, la Gran Sala y la Abogado General no mencionan la práctica y envergadura de los casos seguidos ante la Comisión Europea que sí han evolucionado desde la sentencia *AM&S*. Desde la introducción de un programa de clemencia realmente efectivo las investigaciones y los procedimientos sancionadores se han vuelto más y más complejos además de abarcar infracciones de gran envergadura y repercusión transnacional.⁴⁴ Así, la estrategia de defensa en procedimientos ante la Comisión Europea en asuntos de Derecho de la Competencia puede diferir en gran medida de las estrate-

³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 440 y ss.

³⁹ STPI 17 septiembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals, Ltd*, T-125/03 y T-253/03 Rec. p. II-3523 apartados 170 y 171.

⁴⁰ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 101.

⁴¹ Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Vid: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 405 y ss.

⁴² STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 83.

⁴³ I. VAN BAEL, J.F BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen, 2010, p. 1000 y ss.

⁴⁴ Sobre la labor sancionadora de la Comisión Europea vid.: A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo Tomo I. Parte General: La competencia*, Colex, Madrid 2010, p. 549.

gias de defensa en otro tipo de procedimientos. En un procedimiento sancionador y dependiendo de la postura adoptada los representantes de la empresa en cuestión pueden verse obligados a recopilar, filtrar y transmitir a la Comisión Europea gran cantidad de información y datos que deben ser estructurados de forma adecuada y en poco tiempo. Para este tipo de tareas, la labor del abogado interno se convierte en esencial y merece ser protegida. De otra parte, si una empresa decide colaborar con la Comisión y trata de conseguir todas las pruebas que se encuentren en su poder con el fin de acogerse al programa de clemencia, también nos encontraremos ante una situación en la que los abogados que conocen la estructura de la empresa y a sus directivos están mejor situados para obtener esa información que un abogado externo que puede que desconozca las estructuras de la empresa o que los directivos no confíen en este último en la misma forma que en el primero. Aunque la Abogado General considere que los programas de *Compliance* suelen ser generales y por tanto de carácter preventivo es cierto que a raíz de la introducción de estos programas o incluso programas de clemencia internos, puede que los empleados comuniquen a sus abogados internos su participación en conductas ilícitas cuya ilegalidad desconocían hasta la introducción de estos programas. En este supuesto el abogado interno se vería obligado a contactar inmediatamente con sus asesores externos y delegar en ellos el asesoramiento en torno a la conducta detectada por completo.

3. Libertad de elección y seguridad jurídica

25. Para finalizar, *Akzo* y *Akcros* consideran que el Derecho de defensa, principio fundamental del Derecho de la Unión, incluye la facultad de ser asesorado, defendido y representado por el asesor jurídico que el justiciable escoja libremente y que la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes es una parte de este derecho. A este respecto, la Gran Sala recuerda que aun suponiendo que las consultas internas formaran parte del derecho a ser asesorados, defendidos y representados, determinadas restricciones y normas sobre el ejercicio de la profesión no menoscaban el derecho de defensa. Es más, los abogados de empresa no siempre pueden representar a su empleador ante los órganos jurisdiccionales nacionales.⁴⁵ Por ello, los justiciables debemos aceptar estas restricciones a la hora de elegir el abogado que defienda nuestros intereses.

26. Tampoco existe una violación del principio de seguridad jurídica ya que las normas que rigen las inspecciones nacionales pueden diferir de las normas aplicables a las inspecciones de la Comisión Europea. En opinión de la Gran Sala el reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales puede provocar una valoración diferente del privilegio legal.⁴⁶ El Tribunal concluye recordando que «*el principio de seguridad jurídica no obliga a recurrir, para los dos tipos de procedimientos... a criterios idénticos por lo que se refiere a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.*»⁴⁷

V. Conclusiones

27. La sentencia del TJCE es clara: El privilegio legal no se extiende a las comunicaciones internas. Sin perjuicio de lo anterior, la situación actual y en particular el riesgo que implica la inclusión de cualquier tipo de documento de carácter auto inculpatario en un expediente está generando tensiones que en mi opinión resultarían innecesarias si el privilegio se extendiese a los abogados internos. El TJCE parece ignorar que terceros en determinadas circunstancias podrán acceder a los documentos recogidos en el expediente por lo que el peligro de lesión de la defensa de la empresa no sólo se limita al proceso sancionador sino que puede afectar a procesos futuros ante los tribunales nacionales. Con el fin de evitar

⁴⁵ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, 29 abril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros*, C-550/07 P, apartado 101.

⁴⁶ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 102.

⁴⁷ STJCE 14 septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros* C-550/07 P, apartado 105.

dificultades, toda la comunicación se canaliza a través de los abogados externos que no cesan de reiterar que el documento o comunicación en cuestión se encuentra protegido por el privilegio legal. De esta forma, se genera una dependencia de los asesores externos innecesaria y desmedida puesto que pueden incluso convertirse en interlocutores entre el abogado interno y los directivos de la empresa con el fin de blindar la comunicación en cuestión.

28. Parece que la razón más evidente para limitar el privilegio a las comunicaciones con abogados externos es de carácter meramente práctico, puesto que si se extendiese el privilegio a las comunicaciones con abogados internos los conflictos en las inspecciones aumentarían notablemente. A los inspectores les resultaría difícil, sin tomar mínimamente conocimiento del documento, determinar si éste está protegido o no.⁴⁸ El TJCE trata de fijar unos criterios prácticos y fáciles de seguir en caso de discrepancias: Se protege el documento generado por un abogado externo y no se protege el documento generado o intercambiado con el abogado interno. Ahora bien, quizás sea interesante trabajar en una Comunicación de la Comisión Europea que defina los límites de una forma más explícita estableciendo una protección de las comunicaciones entre el abogado interno y sus directivos en determinadas circunstancias por ejemplo para solicitantes de clemencia o empresas que decidan cooperar con el objetivo de reducir una posible sanción.

⁴⁸ R. ALLENDE SALAZAR, «Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Enero/Febrero 2009, nº 7, p. 88.

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).